

Capitolo I

Il problema della mobilità del personale nel pubblico impiego privatizzato

SOMMARIO: 1. Prospettive e delimitazione dell'indagine. – 2. La mobilità nel lavoro pubblico privatizzato e il suo scarso utilizzo. – 3. Pubblico e privato nelle riforme della pubblica amministrazione. Le distanze incolmabili. – 4. L'intreccio tra le procedure di mobilità e la determinazione degli organici. Il d.lgs. n. 75 del 2017 ed il rilancio della programmazione del fabbisogno di personale.

1. Prospettive e delimitazione dell'indagine

La disciplina della mobilità dei dipendenti pubblici è da sempre oggetto di intervento, a vario titolo e nei diversi ambiti disciplinari, nelle riforme della pubblica amministrazione, perché si tratta di un istituto che risponde ad esigenze fondamentali quali il soddisfacimento del fabbisogno professionale delle amministrazioni, una più razionale distribuzione del personale all'interno dell'amministrazione o tra le amministrazioni, il contenimento della spesa pubblica, l'interesse del dipendente di trovare una collocazione lavorativa più consona alle proprie necessità professionali o personali.

L'importanza dell'istituto in esame è evidente già dall'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001, secondo cui le disposizioni contenute nel c.d. Testo Unico del pubblico impiego «disciplinano l'organizzazione degli uffici e i rapporti di lavoro e di impiego alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche», nel rispetto dell'art. 97, comma 1, della Costituzione¹ al

¹ Sul fondamentale binomio imparzialità e buon andamento, cfr., senza pretesa di esaustività, F. Satta, *Imparzialità della Pubblica Amministrazione*, in *Enc. Giur.*, vol. XV, Roma, 1989; E. Cannada Bartoli, *Imparzialità e buon andamento*, in *Foro amm.*, 1964, II, p. 73; M. Nigro, *La pubblica amministrazione fra costituzione formale e costituzione materiale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1985, p. 162; C. Pinelli, *Commento agli artt. 97 e 98*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca e A.

fine di «realizzare la migliore utilizzazione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni»².

Principio questo ribadito dall'art. 6, comma 2, del Testo Unico che prescrive alle pubbliche amministrazioni di adottare il piano triennale dei fabbisogni di personale «allo scopo di ottimizzare l'impiego delle risorse pubbliche disponibili e perseguire obiettivi di performance organizzativa, efficienza, economicità e qualità dei servizi ai cittadini».

Si tratta di un tema³ di fondamentale importanza e, nel contempo, di particolare complessità per molteplici ragioni.

Pizzorusso, Roma-Bologna, 1994; M. Martone, *Rapporto di lavoro e corruzione*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, n. 5/6, 2016, p. 1423; F. Carinci, *Massimo D'Antona e la «contrattualizzazione» del pubblico impiego: un tecnico al servizio di un'utopia*, in *WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona»*, n. 80/2008; A. Garilli, *La privatizzazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni e l'art. 97 Cost.: di alcuni problemi e dei possibili rimedi*, in *WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona»*, n. 49/2007.

² Cfr. art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001 che oltre all'obiettivo di una migliore utilizzazione delle risorse umane, contenuta nella lettera c), alle lettere a) e b) prevede anche l'obiettivo di «accrescere l'efficienza delle amministrazioni in relazione a quella dei corrispondenti uffici e servizi dei Paesi dell'Unione europea» e di «razionalizzare il costo del lavoro pubblico, contenendo la spesa complessiva per il personale, diretta e indiretta, entro i vincoli di finanza pubblica». Ma vedi anche l'art. 16, comma 1, lett. d), legge 15 luglio 2011, n. 111 che prevede che «al fine di assicurare il consolidamento delle misure di razionalizzazione e contenimento della spesa in materia di pubblico impiego» può essere disposta «la semplificazione, il rafforzamento e l'obbligatorietà delle procedure di mobilità del personale tra le pubbliche amministrazioni».

³ Sulla disciplina della mobilità dei pubblici dipendenti, vedi E. Gragnoli, *La mobilità*, in M. Rusciano-L. Zoppoli, *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Torino, 1993, p. 183 ss.; S. Mainardi-M. Miscione, *La mobilità, in Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal d.lgs. n. 29/1993 alla Finanziaria 1995*, Commentario diretto da F. Carinci, Milano, 1995, p. 221 ss.; S. Mainardi, *Il passaggio diretto, il trasferimento del lavoratore ed il temporaneo servizio all'estero*, in F. Carinci-L. Zoppoli (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Utet, Torino, 2004, tomo II, p. 713 ss.; P. Sordi, *La mobilità volontaria nel pubblico impiego privatizzato*, in *Scritti in onore di Massimo D'Antona*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 2917 ss.; F. Basenghi, *La mobilità del dipendente pubblico*, in L. Fiorillo-A. Perulli (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 449 ss.; P. Cosmai, *La mobilità nel pubblico impiego ante e post Brunetta*, in *LG*, 2010, n. 1, p. 56; M. Lanotte, *Mobilità professionale e progressioni di carriera nel lavoro pubblico privatizzato*, Torino, 2012; L. Fiorillo, *Il trasferimento e la mobilità*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Utet, 2014, p. 2736 ss.; G. Leone, *La mobilità individuale e collettiva*, in U. Carabelli-M.T. Carinci (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, 2010, p. 239 ss.; A. Riccobono, *La nuova disciplina della mobilità volontaria*, in M. Napoli-A. Garilli (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo. d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 (con aggiornamento alla L. 7 agosto 2012, n. 135) (Spending Review)*,

Importante perché la mobilità è il crocevia nel quale si incontrano e si scontrano l'interesse individuale del lavoratore alla sua «storica» inamovibilità o alla realizzazione di esigenze personali e l'interesse pubblico all'imparzialità ed al buon andamento dell'amministrazione sancito dall'art. 97 della Costituzione⁴.

O, ancora, il terreno di scontro tra gli interessi di più lavoratori candidati a ricoprire il posto vacante; infine, il luogo del contemperamento tra l'interesse del lavoratore, dipendente di altra amministrazione, candidato a ricoprire il posto vacante e quello di cui potrebbero essere portatori i lavoratori già dipendenti dell'amministrazione ricevente.

Complesso anzitutto per i continui e disorganici interventi di riforma che, a partire dalla prima privatizzazione del pubblico impiego⁵, hanno costantemente modificato e reso complicata la disciplina della mobilità⁶, senza peraltro raggiungere gli obiettivi prefissati⁷.

Cedam, Padova, 2013, p. 138 ss. Cfr., inoltre, da ultimo, A. Riccobono, *Organizzazione amministrativa e mobilità del personale nel lavoro pubblico privatizzato*, Napoli, 2017.

⁴In proposito, cfr. l'autorevole ricostruzione di M. Persiani, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina del pubblico impiego*, in *Dir. lav.*, 1993, I, p. 250, che afferma che «la tutela dell'interesse del lavoratore pubblico ben potrebbe risultare attenuata a ragione della prevalenza che deve essere assegnata, a differenza di quanto avviene per l'interesse del datore di lavoro privato, all'interesse pubblico. Tale criterio ermeneutico trova necessaria applicazione alla residua disciplina speciale del pubblico impiego che, per definizione, presuppone la particolare rilevanza del pubblico interesse nel rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici. Quel criterio, però, può trovare applicazione anche quando si tratti di interpretare le disposizioni della legge che regolano il lavoro privato per applicarle al pubblico impiego. Ritenere che queste disposizioni si applichino alle pubbliche amministrazioni con le identiche modalità con le quali sono state tradizionalmente applicate all'imprenditore sarebbe, a mio avviso, opinione superficiale».

⁵Sul processo di «privatizzazione» del pubblico impiego nelle sue varie fasi v., M. Dell'Olio, *Privatizzazione del pubblico impiego*, in *EGT*, 1995, p. 1 ss.; M. Rusciano-L. Zoppoli, *Il lavoro pubblico*, il Mulino, Bologna, 1993; U. Romagnoli, *La revisione della disciplina del pubblico impiego: dal disastro verso l'ignoto*, in *LD*, 1993, p. 231; G. Perone-B. Sassani (a cura di), *Processo del lavoro e rapporto alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Cedam, Padova, 1999; M. Dell'Olio-B. Sassani (a cura di), *Amministrazioni pubbliche, lavoro, processo*, Giuffrè, Milano, 2000; F. Carinci-M. D'Antona (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche dal d.lgs. n. 29/1993 ai d.lgs. nn. 396/1997, 80/1998 e 387/1998. Commentario*, Milano, 2000.

⁶Cfr. I. Piccinini, *Lavoro e valori, Prolusione tenuta il 14 dicembre 2011 a Roma, in occasione dell'inaugurazione dell'anno accademico 2011-2012 della Lumsa*, p. 29 del dattiloscritto, reperibile sul sito www.lumsa.it, che definisce «il legislatore odierno un «calcolatore», costretto a far conti su conti, senza un punto di riferimento sistematico, che agisce sulla base di contingenti esigenze di cassa, in assenza di un progetto, con interventi incoerenti e contraddittori, propendendo verso la moltiplicazione di regole in rapida successione, senza un centro ordinatore, regole che non

Interventi che, lungi dall'innestare le modifiche alla disciplina in un unico *corpus* normativo, fanno emergere anche la necessità di un provvedimento di riordino e semplificazione, peraltro auspicato già dall'art. 16, comma 1, lettera d), del d.lgs. 6 luglio 2011, n. 98.

In secondo luogo perché la disciplina della mobilità nel «lavoro (ormai solo) soggettivamente pubblico»⁸ è collocata in un'area dove alcuni atti di organizzazione degli uffici, sottoposti a regime di diritto amministrativo, convivono con atti di gestione del personale, aventi natura negoziale e parificati agli atti del «privato datore di lavoro»⁹.

Ed infatti, come noto, l'estensione, ad opera del d.lgs. n. 80 del 1998, del regime di diritto privato agli atti della c.d. «bassa organizzazione» o «microorganizzazione»¹⁰, ha inevitabilmente influenzato i processi di mobilità del personale, visto che, fatta eccezione per la programmazione triennale del fabbisogno di personale e della definizione delle dotazioni organiche del personale, da annoverarsi tra gli atti di «macroorganizzazione» ai sensi dell'art. 6 del d.lgs. n. 165 del 2001 e dell'art. 39 della legge n. 449 del 1997, vengono definiti «espressione della capacità di diritto privato» gli «atti che si collocano al di sotto della soglia di configurazione strutturale degli uffici pubblici e che riguardano il funzionamento degli apparati»¹¹ e «correlativamente, i poteri di gestione del personale

garantiscono né la sistematicità (così cara ai giuristi), né la certezza finanziaria (sollecitata dagli economisti)».

⁷ Sulla «ineffettività» delle disposizioni sulla mobilità, cfr. S. Mainardi, *Il passaggio diretto, il trasferimento del lavoratore ed il temporaneo servizio all'estero*, in F. Carinci-L. Zoppoli (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Utet, 2004, tomo II, p. 713 ss.; M. Esposito, *Modelli e strumenti per la mobilità interna del lavoro pubblico: tradizione, resistenze e spinte in avanti fra tensioni ideali e criticità operative*, in F. Carinci (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi, Atti del X Seminario di Bertinoro-Bologna del 23-24 ottobre 2014*, in Adapt Labour Studies E-Book Series, 2015, p. 445.

⁸ M. Dell'Olio, *La costituzione del rapporto di pubblico impiego*, in *Inediti*, Torino, 2007, p. 42.

⁹ C. D'Orta, *Il potere di organizzazione della pubblica amministrazione*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, Commentario diretto da F. Carinci*, seconda edizione, Giuffrè, Milano, 2000, che definisce gli atti e le materie «dell'alta amministrazione» e della «bassa organizzazione», da considerarsi rispettivamente in regime pubblicistico ed in regime privatistico.

¹⁰ Sulla distinzione tra atti di macro organizzazione e microorganizzazione, cfr. A. Orsi Battaglini-A. Corpaci, *Commento all'art. 2*, in A. Corpaci-M. Rusciano-L. Zoppoli (a cura di), *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche. Commentario*, in *NLCC*, Cedam, Padova, 1999, p. 1068.

¹¹ La frase di M. D'Antona, in *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle «Leggi Bassanini»*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 1998, 1,

rispondono nel lavoro pubblico, come in quello privato, ad uno schema normativamente unificato, che non è quello del potere pubblico ma quello dei poteri privati»¹².

p. 36, secondo cui «l'unificazione normativa dei poteri di gestione del personale comporta che siano definitivamente ricondotte alla capacità di diritto privato le determinazioni riguardanti il funzionamento degli apparati, che si collocano al di sotto della configurazione strutturale degli uffici pubblici, la quale rimane riservata a fonti normative primarie o secondarie o atti organizzativi in regime pubblicistico» è ripresa testualmente da numerose ordinanze delle Sezioni unite della Cassazione in sede di regolamento di giurisdizione, nonché in alcune sentenze delle sezioni semplici. Ad es., Cass. 15 maggio 2003, n. 7621, in materia di conferimento di incarichi dirigenziali nel settore sanitario: «la disciplina dei rapporti di pubblico impiego [...] si impernia sul principio per cui gli atti che si collocano al di sotto della soglia di configurazione strutturale degli uffici pubblici e che riguardano il funzionamento degli apparati sono espressione della capacità di diritto privato e, correlativamente, i poteri di gestione del personale rispondono nel lavoro pubblico, come in quello privato, ad uno schema normativamente unificato, che non è quello del potere pubblico ma quello dei poteri privati»; nello stesso senso, Cass. S.U. 15 maggio 2003, n. 7623; Cass. S.U. ord. 27 giugno 2003, n. 10288; Cass. 20 marzo 2004, n. 5659.

¹² In tal senso Consiglio di Stato n. 6705 del 2011. L'attribuzione alla dirigenza pubblica dei «poteri del privato datore lavoro» è stata una delle emblematiche novità della riforma del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni compiuta sin dalla prima privatizzazione. Infatti è con la emanazione del d.lgs. n. 546 del 1993, di correzione e integrazione del d.lgs. n. 29 del 1993, che è stato riformulato il testo originario dell'art. 4 del medesimo d.lgs. n. 29, con la espresa specificazione della natura dei poteri di gestione degli istituti del rapporto di lavoro che venivano equiparati a quelli del «privato datore di lavoro». In proposito, cfr. M. Dell'Olio, voce *Privatizzazione del pubblico impiego*, in *Enc. Giur. Treccani*, aggiorn., Roma, 2000, secondo cui «datrici di lavoro sono rimaste e rimarranno le amministrazioni pubbliche, con la riconduzione, invece, dei rapporti di lavoro «sotto la disciplina» del diritto privato, anzi «civile», per essere «regolati contrattualmente», e correlativamente la devoluzione delle controversie al giudice ordinario». Cfr. anche F. Carinci, *Gli atti di gestione del datore di lavoro pubblico privatizzato sono atti privatistici, non amministrativi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, p. 655; P. Ferrari, *Il sistema delle fonti, in Amministrazioni pubbliche e diritto privato del lavoro*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 16, 1995; P. Sordi, *Atti negoziali, procedimento amministrativo e contratti collettivi nelle controversie di lavoro pubblico*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2005, I, p. 29 ss.; E. Ales, *La pubblica amministrazione quale imprenditore e datore di lavoro: interpretazione giuslavoristica tra indirizzo e gestione*, Milano, 2002. Come noto, tale assimilazione pubblico-privato è stata ribadita con forza dal d.lgs. n. 150 del 2009. Sul punto, cfr. per tutti, M. Persiani, a cura di, *La nuova disciplina della dirigenza pubblica*, in *Giur. It.*, 2010, p. 2697 ss. ed in particolare M. Martone, *La c.d. riforma Brunetta e il ruolo strategico del dirigente nella realizzazione dei suoi obiettivi*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 12, 2010, p. 2708 ss.; F. Carinci, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo governo Berlusconi: dalla l. n.133/2008 alla l. d.n.15/2009*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2008, p. 949 ss.; S. Mainardi, *Fonti, poteri e responsabilità nella valutazione del merito dei dipendenti pubblici*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2009, p. 729 ss.; A. Boscati, *Dirigenza*

Tra questi, evidentemente, gli atti organizzativi presupposti per l'attivazione dei processi di mobilità (dichiarazioni di eccedenza, rilevazioni di posti vacanti in organico, gestione dei bandi e delle graduatorie, ecc.).

In terzo luogo, perché l'istituto della mobilità deve fare i conti con i provvedimenti di contenimento della spesa pubblica, in particolare dei costi di gestione del personale, che costituiscono oramai il «leitmotiv» della legislazione degli ultimi anni e con i conseguenti meccanismi di sbarramento di accesso all'impiego e di fuoriuscita forzata del personale.

Si pensi, solo a titolo esemplificativo, al blocco delle assunzioni, al c.d. *turn over*, al divieto di trattenimento in servizio del personale che ha raggiunto i requisiti pensionistici, alla risoluzione unilaterale del rapporto e, più in generale, alle disposizioni che incidono sull'organizzazione degli uffici, a partire dalla programmazione triennale del fabbisogno di personale, di recente rivisitata dal d.lgs. n. 75 del 2017.

Ciò ha comportato una «mutazione morfologica e funzionale» dell'istituto che, da strumento di «flessibilità organizzativa per la efficiente e razionale allocazione del personale», è divenuto «*in primis*, vincolo procedurale preventivo all'attivazione dei concorsi di assunzione»¹³.

A ciò si aggiunga infine che con il termine «mobilità» nel lavoro pubblico privatizzato si indicano un insieme di vicende diverse per presupposti, finalità e disciplina.

Con tale termine, infatti, che compare nell'intitolazione del Capo III del Titolo II del d.lgs. n. 165 del 2001 (Uffici, piante organiche, mobilità

pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazione del lavoro e svolgimento dell'attività organizzativa, in *Lav. Pubb. Amm.*, 2009, p. 13 ss.; E. Ales, *Le prerogative datoriali delle pubbliche amministrazioni e il loro doveroso esercizio*, in L. Zoppoli, a cura di, *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, 2009, p. 109 ss. Sia altresì consentito il rinvio a E. Fiata, *Le funzioni e i poteri del dirigente nella valutazione della performance individuale: il riconoscimento dei meriti*, in *Giur. It.*, 2010, n. 12.

¹³ Così S. Mainardi, *Piccolo requiem per la flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. A proposito della L. 9 marzo 2006, n. 80*, in *WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona» IT*, 45/2006, pp. 8 e 9, che fa riferimento all'art. 7 della legge 16 gennaio 2003, n. 3, che ha introdotto l'art. 34-bis del d.lgs. n. 165/2001 in materia di precedenza obbligatorie costituite, nei processi di assunzione, per il personale collocato in disponibilità e l'art. 5, comma 1 *quater* del d.l. 31 gennaio 2005, conv. in legge n. 43/2005, che ha introdotto i commi 2 *bis*, *ter* e *quater* all'art. 30 del d.lgs. n. 165/2001 in materia di necessaria attivazione, per tutte le amministrazioni, delle procedure di mobilità per passaggio diretto prima di procedere all'espletamento di procedure concorsuali finalizzate alla copertura di posti vacanti in organico. Cfr. anche la Nota esplicativa dell'Uppa e del Ministero dell'Economia e delle Finanze in materia di dotazioni organiche, mobilità ed assunzioni ai sensi della legge 30 dicembre 2004, n. 311 (Legge finanziaria per l'anno 2005) dell'11 aprile 2005, che ritiene la mobilità «la principale modalità di reclutamento in uno scenario di contenimento delle assunzioni».

e accessi), ci si riferisce ad una pluralità di mutamenti del rapporto di lavoro, del tutto eterogenei tra loro, quali: il passaggio del dipendente da un ente all'altro, appartenente o meno allo stesso comparto (c.d. mobilità individuale, volontaria, intracompartimentale e extracompartimentale); la cessione di personale da una pubblica amministrazione ad altra in conseguenza del trasferimento ad essa di parte o tutte le funzioni già svolte dalla cedente; il collocamento in disponibilità dei dipendenti in eccedenza e, in caso di mancata riallocazione, la risoluzione del rapporto di lavoro (c.d. mobilità collettiva o d'ufficio)¹⁴.

Inoltre, nell'accezione più ampia, il termine mobilità comprende ogni atto che determina uno spostamento, anche temporaneo, del personale.

Si pensi al trasferimento del dipendente da un'unità organizzativa all'altra all'interno della medesima amministrazione (c.d. mobilità interna), il comando, il distacco, lo svolgimento di servizio presso altra Amministrazione in posizione di fuori ruolo, l'assegnazione temporanea di dipendenti presso amministrazioni straniere (c.d. scambio di funzionari all'estero), il collocamento in aspettativa per lo svolgimento di incarichi presso altre Pubbliche Amministrazioni o soggetti privati.

Volendo schematizzare, sono dunque tre le aree, ovviamente interconnesse, che debbono essere tenute in considerazione quando si esamina la disciplina della mobilità: la sfera macro-organizzativa della Pubblica Amministrazione nei processi di riordino e riallocazione delle funzioni tra diversi livelli di governo e/o tra diverse Amministrazioni; l'organizzazione e pianificazione dell'attività di ciascuna Pubblica Amministrazione, in relazione alla programmazione del fabbisogno di professionalità; gli effetti della mobilità rispetto al rapporto individuale di lavoro con l'Amministrazione, le conseguenze sulle situazioni giuridiche soggettive e la tutela giurisdizionale.

L'indagine, muovendo da una ricostruzione evolutiva, avrà ad oggetto le principali forme di mobilità «spaziale»¹⁵ applicabili al pubblico impiego privatizzato, mentre, giova precisarlo sin da ora, non verrà esami-

¹⁴ Per un tentativo di introdurre una definizione legislativa dei vari «tipi» di mobilità, vedi l'art. 1, comma 2, del D.P.C.M. 20 dicembre 2014 recante «Definizione dei criteri di utilizzo e modalità di gestione delle risorse del fondo destinato al miglioramento dell'allocazione del personale presso le pubbliche amministrazioni, ai sensi dell'articolo 30, comma 2.3, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165» che, all'art. 1, comma 2, dà una definizione di «mobilità volontaria», «mobilità volontaria sperimentale», «mobilità d'ufficio», «mobilità obbligatoria tra PA» e «mobilità funzionale».

¹⁵ La mobilità «professionale» verrà esaminata solo limitatamente alla problematica dell'inquadramento, della corrispondenza tra i profili professionali e della conservazione del trattamento economico.

nata la mobilità delle categorie di personale che, ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. n. 165 del 2001, restano disciplinate dai rispettivi ordinamenti¹⁶.

Dopo aver esaminato la disciplina e le novità connesse alle più recenti riforme, l'indagine si propone di offrire un inquadramento sistematico del tema oggetto della trattazione e di esaminare le principali problematiche di carattere interpretativo e applicativo della disciplina che disincentivano la mobilità o generano attorno ad essa un articolato contenzioso.

Ci si soffermerà, in particolare, sulla disciplina della mobilità volontaria e di ufficio delineata nell'art. 30 del d.lgs. n. 165 del 2001, delle eccedenze di personale di cui agli artt. 33 e ss. del medesimo decreto e sulle principali questioni foriere di contenzioso, nel tentativo di individuare proposte operative finalizzate ad una migliore distribuzione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni.

Non senza tener conto, però, della «schizofrenia» dimostrata dalla legislazione lavoristica che, se per taluni istituti, ha il dichiarato fine di uniformare lavoro pubblico e privato¹⁷, per altri, realizza «l'accentuazione dei due binari paralleli sui quali sembrano viaggiare le discipline in materia di diritto del lavoro privato e pubblico privatizzato»¹⁸ confer-

¹⁶ Cfr. art. 3 del d.lgs. n. 165 del 2001, che stabilisce che rimangono disciplinati dai rispettivi ordinamenti i magistrati ordinari, amministrativi e contabili, gli avvocati e procuratori dello Stato, il personale militare e delle Forze di polizia di Stato, il personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia, il personale, anche di livello dirigenziale, del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, esclusi il personale volontario, il personale della carriera dirigenziale penitenziaria. Per una ricognizione delle singole categorie di personale sottratto alla privatizzazione, cfr. A. Tursi, *L'ambito di applicazione della riforma: categorie e amministrazioni escluse dalla privatizzazione del rapporto di lavoro*, in *Diritto del lavoro*. Commentario diretto da F. Carinci, vol. V, *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di F. Carinci, L. Zoppoli, tomo I, Utet, Torino, 2004, p. 31. Giova dunque precisare che la disciplina della mobilità contenuta nel d.lgs. n. 165 del 2001, che costituisce l'oggetto principale della presente indagine, non esaurisce affatto l'intera materia. Ed infatti, se matrice comune ad ogni struttura dei pubblici poteri è la provvista di titolari ed addetti agli uffici, in relazione al tipo di apparato corrisponde una differenziazione delle forme di organizzazione del lavoro. Si pensi alla funzione di regolazione che si avvale dell'apparato ministeriale e delle agenzie (d.lgs. n. 300/1999), dotata di un ordinamento del lavoro privatistico con elementi di specialità. O agli apparati incaricati dello svolgimento delle funzioni d'ordine (difesa, giustizia, ordine pubblico, diplomazia), e di talune funzioni ausiliarie (amministrazione consultiva e di controllo) conservano un ordinamento del lavoro pubblicistico. O, ancora, al «personale politico» dell'amministrazione, legati da un rapporto tradizionalmente definito «onorario» in cui il conferimento dell'ufficio avviene senza previo contratto di lavoro ed il cui titolo di legittimazione deriva da elezione o da nomina discrezionale politica.

¹⁷ Come ad esempio afferma l'art. 2, comma 1, lett. a, legge n. 15/2009.

¹⁸ M. Ricci, *Lavoro privato e lavoro pubblico: rapporti tra le due ipotesi di riforma*,

mando, sempre di più, la specialità del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione.

Il tutto nella consapevolezza delle diversità strutturale tra lavoro pubblico e lavoro privato e, dunque, della difficoltà di «trapiantare» nella disciplina del lavoro pubblico istituti e procedure che, alla lunga, sarebbero destinati ad una «crisi di rigetto».

2. La mobilità nel lavoro pubblico privatizzato e il suo scarso utilizzo

Nonostante gli innumerevoli interventi di riforma del lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione¹⁹, le relazioni allegate al Conto Annuale della Ragioneria dello Stato²⁰ e le altre statistiche nei vari comparti del pubblico impiego dimostrano l'inefficacia della disciplina in materia di mobilità del personale.

I dati più recenti mostrano anzitutto una riduzione continua della forza lavoro impiegata nelle amministrazioni pubbliche, che si attesta al 7,2 % negli ultimi dieci anni (246.187 unità di personale).

Le politiche di contenimento della spesa, tra cui il blocco del *turn over* introdotto per la generalità dei comparti a partire dal 2008²¹, se sono ri-

estensione delle regole e modelli, in F. Carinci (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi, Atti del X Seminario di Bertinoro-Bologna del 23-24 ottobre 2014*, in Adapt Labour Studies E-Book Series, 2015, p. 475.

¹⁹ Tra i principali provvedimenti adottati solo nell'ultimo decennio, si ricordano: il d.l. 25 giugno 2008, n. 112, poi convertito nella legge 6 agosto 2008, n. 133; la legge 4 marzo 2009, n. 15; il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150; il d.l. 31 maggio 2010, n. 78, poi convertito nella legge 30 luglio 2010, n. 122; la legge 4 novembre 2010, n. 183; il d.l. 6 luglio 2011, n. 98, poi convertito nella legge 15 luglio 2011, n. 111; il d.lgs. 1° agosto 2011, n. 141; il d.l. 13 agosto 2011, n. 138, poi convertito nella legge 14 settembre 2011, n. 148; la legge 12 novembre 2011, n. 183; il d.l. 6 dicembre 2011, n. 2011, poi convertito nella legge 22 dicembre 2011, n. 214; la legge 28 giugno 2012, n. 92; il d.l. 6 luglio 2012, n. 95, poi convertito nella legge 7 agosto 2012, n. 135; la legge 6 novembre 2012, n. 190; il d.l. 21 giugno 2013, n. 69, poi convertito nella legge 9 agosto 2013, n. 98; il d.l. 28 giugno 2013, n. 76, poi convertito nella legge 9 agosto 2013, n. 99; il d.l. 31 agosto 2013, n. 101, poi convertito nella legge 30 ottobre 2013, n. 125; il d.l. 24 giugno 2014, n. 14, poi convertito nella legge 11 agosto 2014, n. 114; legge 7 agosto 2015, n. 124 e i relativi decreti attuativi.

²⁰ Ragioneria Generale dello Stato, Commento ai principali dati del conto annuale del periodo 2007-2016 (Dati aggiornati al 16 novembre 2017), in <http://www.contoannuale.tesoro.it>.

²¹ Sulla disciplina del *turn over* sia sufficiente in questa sede ricordare che per le amministrazioni dello Stato, le agenzie, gli enti pubblici non economici, l'art. 1,

sultate efficaci in termini di riduzione di personale e della spesa pubblica, hanno, tuttavia determinato un significativo incremento dell'età media dei dipendenti pubblici, che risultava, alla fine del 2016, di 50,3 anni²².

Si pensi che, nel medesimo periodo di riferimento, oltre 488.000 dipendenti, su un totale di circa 3.200.000, hanno già superato la soglia dei 60 anni, mentre altri 650.000 hanno un'età compresa fra i 55 ed i 59 anni.

Si tratta di un dato non trascurabile ai fini dell'indagine, perché se tra le possibili cause della scarsa mobilità dei pubblici dipendenti vi è la percezione diffusa delle amministrazioni pubbliche come «corpi immobili»²³, appare evidente che, in linea generale e salve le dovute eccezioni, è più facile che un giovane sia predisposto al cambiamento rispetto ad un lavoratore che dopo aver superato nei decenni precedenti il concorso

comma 227 della legge 28 dicembre 2015, n. 208 (legge di stabilità 2016), nel distinguere tra personale dirigenziale e non, ha modificato le percentuali di *turn over* previste dall'art. 3, comma 1, del d.l. n. 90 del 2014 (convertito, con modificazioni, dalla legge n. 114 del 2014). In particolare, per gli anni 2016, 2017 e 2018, le predette amministrazioni possono procedere ad assunzioni a tempo indeterminato di personale di qualifica non dirigenziale nella misura del 25% della spesa relativa al personale della medesima qualifica cessato nell'anno precedente. A decorrere dall'anno 2019, la percentuale è del 100%. Per quanto riguarda, invece, il personale dirigenziale, le facoltà assunzionali sono stabilite nella misura del 60% per l'anno 2016, dell'80% per l'anno 2017 e del 100% a decorrere dall'anno 2018. Il personale di diritto pubblico non contrattualizzato di cui all'art. 3 del d.lgs.165 del 2001 è escluso dalla disciplina, mentre i Corpi di polizia, i Vigili del fuoco, il comparto Scuola e le Università sono destinatari di una speciale normativa di settore. Il d.lgs. n. 218 del 2016 ha modificato sostanzialmente il regime assunzionale a decorrere dall'anno 2017 per gli enti pubblici di ricerca, mediante l'introduzione di uno specifico indicatore delle spese di personale da calcolare rapportando le spese complessive per il personale «di competenza dell'anno di riferimento alla media delle entrate complessive dell'ente, come risultante dai bilanci consuntivi dell'ultimo triennio». Ai sensi dell'art. 1, comma 584, lett. a), della legge n. 190 del 2014, per gli enti del Servizio Sanitario Nazionale, a decorrere dal 1° gennaio 2015, le spese di personale, in ciascuno degli anni dal 2013 al 2020, non possono superare il corrispondente ammontare del 2004 diminuito dell'1,4%, al netto dei rinnovi contrattuali successivi al 2004. Infine, per le regioni e gli enti locali sottoposti al patto di stabilità interno, l'art.1, comma 228, della legge 28 dicembre 2015, n. 208 (legge di stabilità 2016), nel differenziare le percentuali di *turn over* tra personale dirigenziale e non dirigenziale, fissa al 25% delle economie relative al personale non dirigenziale cessato l'anno precedente l'entità del budget da utilizzare, per gli anni 2016, 2017 e 2018, per il reclutamento del personale con la medesima qualifica. Per il personale di qualifica dirigenziale, la predetta percentuale è fissata nella misura dell'80% negli anni 2016 e 2017 e del 100% a decorrere dall'anno 2018 (art. 3, comma 5, d.l. n. 90 del 2014).

²² Nel 2001, l'età media dei pubblici dipendenti era di 44 anni.

²³ S. Cassese, *Le prospettive*, in L. Torchia (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 507.

pubblico, ha lavorato sempre nello stesso ufficio e ha una famiglia nella città in cui lavora.

Considerando la distribuzione del personale in servizio nella Pubblica amministrazione, si evidenzia che il personale dipendente è concentrato per il 54,1 per cento nell'amministrazione centrale, per il 20,0 per cento in aziende o enti del Servizio sanitario nazionale e per l'11,8 per cento nei comuni²⁴.

Quanto alla distribuzione territoriale, il personale in servizio è concentrato per il 35,3 per cento in unità locali dislocate nel Mezzogiorno (il 22,6 per cento nelle regioni del Sud e il 12,7 per cento nelle Isole), per il 22,6 per cento nel Nord-ovest, per il 22,3 per cento nel Centro e per il 19,7 per cento nel Nord-est del Paese²⁵.

Infine, con particolare riferimento alla mobilità, i dati evidenziano oltre ventisettemila movimenti di personale tra amministrazioni appartenenti al medesimo comparto, ed un numero molto più esiguo di mobilità del personale tra i comparti poco al di sopra delle mille unità complessive in tutta Italia, interessando circa l'1% del personale della Pubblica amministrazione²⁶.

In conclusione, le statistiche dell'ultimo quinquennio evidenziano come si faccia poco ricorso alla mobilità volontaria, sia all'interno dei singoli comparti, sia, soprattutto, tra amministrazioni appartenenti a comparti diversi; che la parte più significativa dei flussi di mobilità deriva da interventi legislativi *ad hoc*, non solo a livello nazionale, ma anche regionale, come nel caso della Sanità; infine che talvolta la mobilità volontaria risponde prevalentemente agli interessi dei singoli, più che a una corretta pianificazione dei fabbisogni di personale da parte delle amministrazioni²⁷.

²⁴ Mentre negli altri enti è presente il restante 14,1 per cento del personale. Dati estratti dall'Annuario Statistico Italiano, 2017. Fonte: Istat, Censimento permanente istituzioni pubbliche 2015.

²⁵ Istat, Censimento permanente istituzioni pubbliche 2015.

²⁶ Ministero dell'economia e delle Finanze – Conto annuale sulle amministrazioni pubbliche, 2014.

²⁷ F. D'Amuri-C. Giorgiantonio, *La distribuzione dei dipendenti pubblici in Italia: ruolo e funzioni della mobilità*, in *Dir. relazioni ind.*, 2017, p. 127 ss.; Aran, *Le caratteristiche della mobilità nei comparti del pubblico impiego*, in *Aran Occasional Paper*, 2012, n. 1. Sulla prevalenza degli interessi dei singoli rispetto a quello dell'amministrazione, cfr. F. Carinci, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi dalla legge 133/2008 alla legge 15/2009*, in *WPCSDLE «Massimo D'Antona»*, 88/2009, p.30, che ritiene l'istituto della mobilità volontaria «utilizzato, principalmente se non esclusivamente, non per un riequilibrio rispondente ad un effettivo bisogno delle amministrazioni, quanto per un ritorno al paesello natale in quel del Sud, contribuendo ad un modello di distribuzione del personale del tutto

Dati, questi, che, se da un lato, devono essere tenuti in considerazione quando si analizza il fenomeno della mobilità, dall'altro confermano la necessità di ripensare a politiche della mobilità diverse rispetto a quelle attuate sino ad ora muovendo da un'indagine rigorosa sulle cause della scarsa utilizzazione dell'istituto.

Indubbiamente, una delle ragioni del mancato decollo della mobilità si rinviene nella determinazione dei fabbisogni di personale basata sul sistema delle dotazioni organiche, le cui consistenze spesso datate e non più rispondenti alle effettive esigenze funzionali e organizzative delle amministrazioni non consentivano di individuare agevolmente eventuali soprannumeri o vacanze, sulla base dei quali realizzare i trasferimenti di personale tra amministrazioni attraverso procedure di mobilità volontaria o obbligatoria.

Sono da salutare dunque con favore le modifiche all'art. 6 del d.lgs. n. 165 apportate dal d.lgs. n. 75 del 2017 che, come si vedrà, vanno nella direzione del superamento del concetto di dotazione organica a favore del piano triennale di fabbisogno di personale competente a determinare le reali esigenze delle amministrazioni.

Inoltre, un'ulteriore causa di mancato decollo del ricorso alla mobilità risiede, ad avviso di chi scrive, nella circostanza che, come già anticipato, il fenomeno della mobilità si colloca su un crinale tra atti di macro-organizzazione, di natura amministrativistica e atti privatistici di gestione del personale.

Con la conseguente difficoltà di gestione, da parte dei dirigenti, dei procedimenti di mobilità in relazione ai reali fabbisogni di personale e delle professionalità necessarie per il buon andamento dell'ufficio, sia nel rapporto, spesso conflittuale, con i dipendenti, sia nella «relazione pericolosa» con le organizzazioni sindacali da sempre reali protagoniste della gestione dei procedimenti di mobilità.

Infine, come è stato sostenuto, va rilevata la mancanza di investimenti economici che una seria politica della mobilità impone, specie in termini di «incentivi e di sostegno ai trasferimenti del personale, anche, in un'ottica di funzionale riqualificazione del personale coinvolto nei possibili provvedimenti di riallocazione organizzativa»²⁸.

Ed invece, nella legislazione della crisi e delle politiche di conteni-

patologico, tale da risultare esuberante al Sud e carente al Nord, con riguardo ai bisogni dei territori serviti».

²⁸ M. Esposito, *Modelli e strumenti per la mobilità interna del lavoro pubblico: tradizione, resistenze e spinte in avanti fra tensioni ideali e criticità operative*, in F. Carinci (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi, Atti del X Seminario di Bertinoro-Bologna del 23-24 ottobre 2014*, in *Adapt Labour Studies E-Book Series*, 2015, p. 445.

mento dei costi, il legislatore del 2011 «ha addirittura operato un radicale sfoltimento delle diverse indennità previste in caso di trasferimenti, sia legali sia contrattuali»²⁹.

3. *Pubblico e privato nelle riforme della pubblica amministrazione. Le distanze incolmabili*

Nel «secolo breve»³⁰, il pubblico impiego è stato considerato estraneo alla materia del diritto del lavoro ed assoggettato al dominio esclusivo del diritto amministrativo, con conseguente «tradizionale disinteresse dei giuslaboristi»³¹.

Una prima spinta nella direzione della convergenza tra lavoro pubblico e lavoro privato fu originata dalle iniziative sindacali³² che consenti-

²⁹ M. Esposito, *Modelli e strumenti per la mobilità interna del lavoro pubblico: tradizione, resistenze e spinte in avanti fra tensioni ideali e criticità operative*, cit., p. 447. Si tratta dell'art. 4, comma 44, legge n. 183/2011 che ha stabilito che «le indennità e i rimborsi di cui agli articoli 18, 19, 20 e 24 della legge 18 dicembre 1973, n. 836, come adeguati dalla legge 26 luglio 1978, n. 417, sono soppressi. L'indennità di prima sistemazione di cui all'articolo 21 della legge 18 dicembre 1973, n. 836, come adeguata dalla legge 26 luglio 1978, n. 417, è dovuta esclusivamente nel caso di effettivo mutamento della residenza del dipendente a seguito del trasferimento da una ad altra sede permanente di servizio. Sono, inoltre, soppresse le analoghe disposizioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro. La disposizione di cui al presente comma non si applica nei confronti del personale appartenente al comparto sicurezza, difesa e soccorso pubblico».

³⁰ Per utilizzare l'espressione di M. D'Antona, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle «leggi Bassanini»*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1998, n. 1, p. 42, il quale lo collocava tra la legge Giolitti del 25 giugno 1908, n. 290 e il d.lgs. n. 80 del 1998.

³¹ Così F. Carinci, *Alle origini di una storica divisione: impiego pubblico-impiego privato*, in *Riv. trim. dir. civ.*, 1974, p. 1098 ss. Cfr, in proposito, F. Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1977, p. 72, secondo cui «ancora oggi può dirsi che al rapporto di lavoro pubblico, regolato diversamente dalla legge, e più precisamente da norme che si considerano tuttora appartenenti al diritto amministrativo, non trovano applicazione in concreto le norme costituenti il diritto del lavoro in senso tradizionale»; E. Ghera, *Diritto del lavoro*, 1982, pp. 253-256 «è la sicura prevalenza del rapporto organico su quello di servizio che [...] ha determinato la sistemazione del pubblico impiego nel diritto pubblico (e precisamente nel diritto amministrativo)».

³² M. Rusciano, *Pubblico impiego e diritto del lavoro*, Napoli, 1974 p. 16, il quale osservava che «è un dato di comune esperienza il manifestarsi sempre più accentuato nel pubblico impiego di talune rivendicazioni sindacali, notevolmente articolate,

rono di attribuire al lavoro pubblico l'associazionismo sindacale, il diritto di sciopero, l'indennità di fine rapporto, la retribuzione del lavoro straordinario e l'assistenza, ovvero i «vantaggi del lavoro privato». Che, a sua volta, ottenne il trattamento di quiescenza, le qualifiche, il regime di stabilità con la restrizione dei poteri del datore di lavoro di risoluzione del rapporto, per effetto soprattutto della legge n. 604 del 1966 e della legge n. 300 del 1970.

Ma è con la pubblicazione del «Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione», più conosciuto come «Rapporto Giannini»³³ dal nome del suo autore, che lo predispose in qualità di Ministro della Funzione Pubblica, che è stato scardinato il principio dell'ontologica incompatibilità tra lavoro pubblico e disciplina privatistica.

E così con la legge quadro sul pubblico impiego del 29 marzo 1983 n. 93³⁴ «un fenomeno tipico del lavoro privato, come la contrattazione col-

che differenziandosi da quelle assai frequenti di natura tipicamente corporativa, sono volte ad incidere non solamente sui livelli retributivi ma altresì su quegli aspetti dell'organizzazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni che, resistendo all'erosione del tempo, hanno la duplice negativa funzione di essere contrari all'interesse dei dipendenti senza giovare all'efficienza dell'apparato burocratico. Questo dato di comune esperienza, ben lungi dal poter essere trascurato, si ritiene stia a dimostrare che è in atto un processo, probabilmente irreversibile, di rivalutazione del profilo tipicamente lavoristico del rapporto di pubblico impiego e pertanto impone, sia al legislatore che all'interprete, di operare scelte globali che siano aderenti a questa nuova realtà». Cfr. anche A. Vallebona, *La contrattazione collettiva nel pubblico impiego: spunti per una riflessione*, in *Dir. lav.*, 1979, n. 2.

³³ *Rapporto sui principali problemi dell'Amministrazione dello Stato (trasmesso alle Camere il 16 novembre 1979)*, in *Riv.trim.dir.pubb.* 1982, 722. Ma vedi già M.S. Giannini, voce *Impiego pubblico (teoria e storia)*, in *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970, p. 293 ss. che ritiene che «il modo con il quale è stato ordinato nei paesi come il nostro il rapporto d'impiego pubblico è un modo sostanzialmente ambiguo, non rispondente all'interesse pubblico né a quello del prestatore di lavoro». Cfr., inoltre, S. Cassese, *Lo stato dell'amministrazione pubblica a vent'anni dal rapporto Giannini*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, p. 99 che lo definisce il «punto di svolta nella lunga serie di tentativi di riforma che si sono susseguiti dalla prima guerra mondiale in poi». L'Autore, inoltre, ritiene che la peculiarità dell'analisi contenuta nel rapporto Giannini, risiedeva nell'esposizione di «un concetto che ora appare ovvio ed allora era rivoluzionario, quello che lo Stato potesse essere governato come un'industria» ricorrendo ad «un metodo Taylor del governo e dell'amministrazione» (...). «Lo Stato, dunque, posto una volta fuori ed al di sopra dell'economia e della società, veniva riportato sulla terra, posto al servizio degli uomini e sottoposto alle regole dell'economia».

³⁴ Sulla legge quadro del 1983, cfr. per tutti L. Zoppoli, *Contrattazione e delegificazione nel pubblico impiego (Dalla legge quadro alle politiche di «privatizzazione»)*, Napoli, 2° ed., 1990; M. D'Antona, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle «leggi Bassanini»*, in *Lav. Pubb. Amm.*, 1998, I, p.

lettiva, viene rielaborato dal diritto amministrativo secondo le categorie del diritto pubblico» e si traccia la strada per quel processo di privatizzazione o, se si vuole, di «contrattualizzazione»³⁵, che verrà definito da alcuni «il più grande cambiamento del diritto amministrativo del XX secolo»³⁶ e da altri «una rivoluzione copernicana»³⁷.

La legge delega del 1983 si reggeva però su un compromesso, basato sulla «ibridazione» del modello tradizionale di pubblico impiego con elementi propri del diritto privato³⁸.

Fu affidato ai sindacati maggiormente rappresentativi il compito di condividere l'assetto della disciplina del rapporto dei dipendenti, retto sulla tradizionale natura pubblicistica del rapporto insieme alla stipulazione di un accordo collettivo per ogni comparto, solamente presupposto per l'emanazione di atti di recepimento sotto forma di Decreto del Presidente della Repubblica.

Altro impegno che si assunsero i sindacati fu quello di prendere parte alle scelte politiche e gestionali, mediante l'ingresso di rappresentanti sindacali negli organi direttivi delle amministrazioni pubbliche.

Il modello, come è noto, non ha funzionato e da più parti si riteneva necessario che fosse «lasciata piena autonomia al movimento sindacale,

239 secondo cui «la legge-quadro, anziché trasferire nel pubblico alcune virtù del privato, accentua i difetti strutturali del pubblico impiego. Per di più spinge la spesa per il personale pubblico fuori controllo».

³⁵ F. Carinci, *Massimo D'Antona e la «contrattualizzazione» del pubblico impiego: un tecnico al servizio di un'utopia*, in *WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona».IT – 80/2008* ribadisce la preferenza accordata al termine «privatizzazione» certamente più consona allo spirito della riforma; nonché, in precedenza, cfr. F. Carinci, *Privatizzazione del pubblico impiego e ripartizione della giurisdizione per materia (breve storia di una scommessa perduta)*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2006, 6, p. 1052 ss. Ritiene invece preferibile l'uso del termine «contrattualizzazione» A. Viscomi, *La contrattazione collettiva nazionale*, in L. Zoppoli (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009, p. 43, che sottolinea «la riscoperta centralità del contratto».

³⁶ S. Cassese, *Le ambiguità della privatizzazione del pubblico impiego*, in S. Cassese e S. Battini (a cura di), *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Milano, 1997.

³⁷ M. Rusciano, *Giannini e il pubblico impiego*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, fasc. 4, 2000, p. 11. Cfr. anche M. Persiani, *Brevi riflessioni sulla privatizzazione dell'impiego pubblico*, in *Arg. dir. lav.*, 3, 2000, 621, il quale sembra condividere il timore «che al diritto del lavoro possa accadere quello che accadde all'impero austroungarico quando, ormai già in crisi, si determinò ad anettere la Bosnia-Erzegovina. Annessione che, com'è noto, fu la premessa dell'assassinio del Granduca Ferdinando e, quindi, della prima grande guerra mondiale che determinò, tra l'altro, la scomparsa di quell'impero».

³⁸ In questo senso, cfr. S. Battini, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Cedam, Padova, 2000, p. 326.

che gli accordi [divenissero] veri contratti collettivi, che il contratto [svolgesse] una reale funzione di scambio, che i dipendenti pubblici [assumessero], insieme alle prerogative, anche i rischi di quelli privati»³⁹.

Inoltre, come autorevolmente sostenuto, «la crisi finanziaria degli anni novanta crea drammaticamente le condizioni per l'abbandono del modello del pubblico impiego», tanto è che la legge delega del governo Amato n. 421 del 1992, successiva al blocco delle retribuzioni dei dipendenti pubblici, contiene misure straordinarie per ridurre la spesa pubblica e «tra queste, vi è il superamento del pubblico impiego come ordinamento speciale»⁴⁰.

Con il d.lgs. n. 29 del 1993 un ruolo importante veniva affidato alla dirigenza, titolare del potere direttivo ed organizzativo nei confronti del personale e con il compito di dare attuazione, secondo proprie determinazioni, alle direttive impartite dagli organi politici degli enti, privati di ogni diretta responsabilità gestionale⁴¹.

Il rapporto individuale di lavoro non nasceva più da un provvedimento amministrativo unilaterale di nomina ma dal contratto individuale di lavoro e le vicende del rapporto di lavoro venivano determinate e scandite da atti dell'amministrazione-datore di lavoro di natura privatistica.

³⁹ A. Orsi Battaglini, *Della quadratura di molti cerchi*, in *Pol. dir.*, n. 1, 1984, p. 18. In proposito, cfr. inoltre M. Rusciano, *Rapporto di lavoro «pubblico» e «privato»: verso regole comuni?*, in *Lav. e Dir.*, 1989, p. 372; F. Carinci, *Alle origini di una storica divisione: impiego pubblico-impiego privato*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1974, p. 1098 ss.

⁴⁰ M. D'Antona, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle «leggi Bassanini»*, in *Lav. Pub. Amm.*, 1998, p. 42. Sul dibattito, cfr. inoltre F. Carinci, *La dirigenza nelle amministrazioni dello stato ex capo II, titolo II, d.lgs. n. 29 del 1993 (il modello «universale»)*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 38, secondo cui «la ratio della riforma è quella di omogeneizzare la disciplina dell'uno e dell'altro lavoro, in vista e funzione di esigenze etiche di uguaglianza ed economico-sociali di equiparazione e di mobilità»; M. Persiani, *Prime osservazioni sulla disciplina del pubblico impiego*, in *Dir. lav.*, 1993, I, p. 259; C. D'Orta, *Il potere organizzativo delle amministrazioni pubbliche tra diritto pubblico e diritto privati*, in F. Carinci-M. D'Antona (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Milano, 2000, p. 1029 ss.; E. Ales, *La pubblica amministrazione quale imprenditore e datore di lavoro. Un'interpretazione giuslavoristica del rapporto tra indirizzo e gestione*, Giuffrè, 2002, p. 26 ss. Vedi, però, Cons. Stat. Ad. gen. parere 31 agosto 1992, n.146 che ha espresso perplessità in ordine alla privatizzazione, ritenuta non «obiettivamente possibile» poiché «né con interventi nominali né con la contrattualizzazione si può alterare la sostanza di rapporti giuridici i quali traggono la loro qualificazione dalla natura pubblica degli interessi che vi sono implicati, dai connessi poteri dell'ente pubblico datore e dalle stesse strutture in cui sono inseriti».

⁴¹ Giova precisare che nella prima formulazione del d.lgs. n. 29 del 1993, i dirigenti generali mantennero il loro tradizionale statuto di tipo pubblicistico.

A ciò si aggiungeva la devoluzione al giudice ordinario del lavoro in luogo del giudice amministrativo di buona parte delle controversie sui rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche.

Veniva però estromessa dal «perimetro privatistico» l'organizzazione⁴² e, pertanto, come è stato autorevolmente sostenuto, «il datore, come un Giano bifronte, verso l'organizzazione del lavoro» mostra il volto privatistico del potere direttivo o dello *jus variandi* e verso «l'organizzazione degli uffici mostra il volto pubblicistico del potere discrezionale amministrativo. Solo che le due organizzazioni conoscono molti punti di contatto e interferenza, nei quali tende a prevalere la parte che presenta maggior forza e resistenza»⁴³, ovvero l'assetto pubblicistico.

I dubbi sulla legittimità della riforma vennero fugati dalla Corte costituzionale che, con la nota sentenza n. 309 del 1997⁴⁴, affermò che «il tradizionale statuto integralmente pubblicistico del lavoro con le pubbliche amministrazioni non è frutto di un vincolo costituzionale, ma di una scelta di discrezionalità legislativa». Così autorizzando il legislatore ad ampliare con una nuova legge delega l'ambito della privatizzazione.

Il perdurante intreccio tra organizzazione e gestione e l'ambiguità della distinzione tra organizzazione degli uffici e organizzazione del lavoro, hanno dunque imposto, nella seconda fase della privatizzazione, l'individuazione di una nuova linea di confine tra diritto pubblico e diritto privato.

Il fondamento della seconda privatizzazione si rinviene nell'art. 12, comma 4, lett. a) della seconda legge delega, la n. 59 del 1997 che assegna al Governo il compito di «completare l'integrazione della disciplina del lavoro pubblico con quella del lavoro privato e la conseguente estensione al lavoro pubblico delle disposizioni del codice civile e delle leggi sui rapporti di lavoro privato nell'impresa».

I tre decreti delegati, attuativi della legge n. 57 del 1997⁴⁵, vanno nella

⁴² L'art. 2 della legge 421/92 riservava alla legge «ovvero sulla base della legge o nell'ambito dei principi dalla stessa posti, con atti normativi o amministrativi» la determinazione degli organi, uffici e modi di conferimento della titolarità dei medesimi; principi fondamentali di organizzazione degli uffici; ruoli e dotazioni organiche e loro consistenza complessiva; procedimenti di selezione per l'accesso al lavoro e di avviamento al lavoro; responsabilità giuridiche attinenti all'espletamento di procedure amministrative.

⁴³ M. Brollo, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*. Art. 2103 c.c., Giuffrè, Milano, 1997, p. 90.

⁴⁴ Per un'analisi di Corte cost. 16 ottobre 1997, n. 307, vedi M. Barbieri, *Corte costituzionale e lavoro pubblico: un passo avanti e uno a lato*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 1988, p. 141 ss.

⁴⁵ Il riferimento è ai d.lgs. nn. 396 del 1997, 80 del 1998 e 387 del 1998.

direzione di una contrattualizzazione spinta, con la ridefinizione della linea di confine tra diritto pubblico e diritto privato, attraverso la distinzione tra la c.d. macro-organizzazione lasciata al diritto pubblico e la micro organizzazione, comprendente tutte le decisioni di organizzazione e di gestione del personale di competenza dei dirigenti.

Ed infatti, il d.lgs. n. 80 del 1998, precisando ulteriormente la distinzione tra fonti dell'organizzazione degli uffici, riservata alla legge e al regime pubblicistico, e gestione del lavoro in regime privatistico, realizzava una importante delegificazione in materia organizzativa, attribuendo ai dirigenti, che agiscono «con la capacità ed i poteri del privato datore di lavoro» autonomia e flessibilità nell'organizzazione dell'attività degli uffici.

Per questo, il successivo art. 1, comma 1 del d.lgs. n. 165 del 2001, tra le finalità delle disposizioni del Testo Unico indica quella di «realizzare la migliore utilizzazione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni, assicurando la formazione e lo sviluppo professionale dei dipendenti, applicando condizioni uniformi rispetto a quelle del lavoro privato»⁴⁶.

La «schizofrenia» del legislatore si manifesta però a soli due anni di distanza, quando il d.lgs. n. 276 del 2003, la c.d. Riforma Biagi, in contrasto anche con l'orientamento espresso nel Libro Bianco⁴⁷, esclude le pubbliche amministrazioni dal suo campo di applicazione⁴⁸, salva la fa-

⁴⁶ Art. 1, comma 1, lettera c) del d.lgs. n. 165 del 2001.

⁴⁷ Cfr. il «Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia: proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità» dell'ottobre 2001, curato da M. Sacconi e M. Biagi per il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, e in particolare il Titolo III. 1. dedicato al «Sistema contrattuale», dove si legge che «è intenzione del Governo proseguire con determinazione verso una maggiore omogeneità non solo delle norme ma anche delle relazioni sindacali e dei comportamenti effettivi dei due settori, pubblico e privato».

⁴⁸ In proposito, cfr. B. Caruso, *La storia interna della riforma del P.I.: dall'illuminismo del progetto alla contaminazione della prassi*, in *Lav. Pubb. Amm.*, 2001, p. 991, che, commentando l'art. 11 del disegno di legge delega n. 30 del 2003 ritiene che «se il progetto dovesse andare in porto, le lancette della storia sarebbero rimesse al loro posto. Il pubblico impiego, lungi dall'essere unificato sotto l'egida del diritto comune del lavoro (pubblico e privato) che è il filo conduttore della grande riforma progettata e voluta da Massimo D'Antona, verrebbe bruscamente riportato alla sua originaria natura di diritto speciale o quanto meno differenziato; se non di ripubblicizzazione secca si tratta, rimanendo invariato il sistema del d.lgs. n.165/2001, si pongono le condizioni di una rinnovata differenziazione di status e di regimi tra dipendenti pubblici e privati che potrebbe sfociare anche nella reintroduzione di regole, (perché no a questo punto?), di ri/pubblicizzazione del rapporto»; P. Chieco, *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, a cura di P. Curzio, Bari, 2004, p. 108, secondo cui si tratta di «una legislazione che dichiaratamente e ingiustificata-

coltà, peraltro non esercitata, del Ministro per la funzione pubblica di esaminare con le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei dipendenti pubblici i profili di armonizzazione delle due discipline «entro sei mesi dall'entrata in vigore del decreto», ai fini dell'eventuale predisposizione di interventi legislativi in materia.

A riavvicinare il lavoro pubblico e quello privato ci pensa, almeno sulla carta, la terza riforma del lavoro pubblico che, preceduta da alcune anticipazioni contenute nel d.l. 25 giugno 2008, convertito nella legge n. 133 del 2008⁴⁹, viene avviata con la legge delega n. 15 del 2009, promossa dal Ministro della Funzione Pubblica Brunetta.

Il decreto legislativo attuativo n. 150 del 2009⁵⁰, restringe i margini di azione della contrattazione collettiva «trasferendo i poteri regolativi dal contratto alla legge»⁵¹ e rafforza l'unilateralità delle prerogative dirigenziali attraverso la previsione che le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte «in via esclusiva» dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro⁵².

mente tradisce il processo di avvicinamento tra pubblico e privato». Cfr., inoltre, S. Mainardi, *D.LGS.10 settembre 2003, n. 276 e riforma del mercato del lavoro: l'esclusione del pubblico impiego*, in *Lavoro pubbl. amm.*, 2003, 6, p. 1092.

⁴⁹Vedi anche l'Accordo Quadro del 22 gennaio 2009 e la successiva Intesa attuativa per il settore pubblico del 30 aprile 2009, nonché la legge finanziaria per il 2010 (l. 23 dicembre 2009 n. 191), animati da un'omogenea volontà neo centralizzatrice. In tal senso vedi F. Carinci, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi*, in *WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona*, n. 88/2009.

⁵⁰Sulla riforma Brunetta, cfr. F. Carinci- S. Mainardi (a cura di), *La Terza Riforma del Lavoro Pubblico. Commentario al D. Lgs 27 ottobre 2009, n. 150, aggiornato al «Collegato Lavoro»*, Milano, 2011; L. Zoppoli (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, 2009; M. Napoli-A. Garilli (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo*, Padova, 2013; A. Vallebona, *La riforma del lavoro pubblico: il difficile risveglio da un incubo*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2010, p. 132.

⁵¹Così G. D'Auria, *La «riforma Brunetta del lavoro pubblico»*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2010, 1, p. 5. Ciò però non comporta una «ripubblicizzazione» dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, i quali, per quanto incisive siano le modifiche al preesistente quadro normativo, mantengono la loro natura privatistica. In tal senso, cfr. M. Martone, *La c.d. riforma Brunetta e il ruolo strategico del dirigente nella realizzazione dei suoi obiettivi*, in *Giur. It.*, 12, 2010, p. 2708; S. Mainardi, *Fonti, poteri e responsabilità nella valutazione del merito dei pubblici dipendenti*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2009, 5, p. 746. *Contra*, cfr., A. Bellavista e A. Garilli, *Riregolazione legale e decontrattualizzazione: la neoibridazione normativa del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2010, 1, p. 1 ss.

⁵²Sul punto, cfr. per tutti, M. Persiani (a cura di), *La nuova disciplina della dirigenza pubblica*, in *Giur. It.*, 2010, p. 2697 ss. ed in particolare M. Martone, *La c.d.*

Rientrano, in particolare, nell'esercizio dei poteri dirigenziali le misure inerenti la gestione delle risorse umane nel rispetto del principio di pari opportunità, nonché la direzione e l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici.

La valorizzazione dei poteri della dirigenza e l'ampliamento delle responsabilità⁵³ che ne consegue sono accentuate dal contestuale intervento in materia di relazioni sindacali, finalizzato ad impedire ogni negoziazione sull'esercizio del potere organizzativo: le determinazioni dirigenziali sono oggetto della sola informazione al sindacato, e sempre che tale modalità sia prevista dai contratti collettivi nazionali⁵⁴.

Tale inversione dell'equilibrio tra fonti non è estesa al trattamento economico. È infatti fatta salva la possibilità per il contratto collettivo di intervenire in materia di «incrementi retributivi», anche qualora questi siano stati oggetto di regolazione da parte di disposizioni di legge, regolamenti, atti amministrativi.

riforma Brunetta e il ruolo strategico del dirigente nella realizzazione dei suoi obiettivi, in *Giur. It.*, 12, 2010, p. 2708 ss.; F. Carinci, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo governo Berlusconi: dalla l. n.133/2008 alla l. n. 15/2009*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2008, p. 949 ss.; S. Mainardi, *Fonti, poteri e responsabilità nella valutazione del merito dei dipendenti pubblici*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2009, p. 729 ss.; A. Boscato, *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazione del lavoro e svolgimento dell'attività organizzativa*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2009, p. 13 ss.; E. Ales, *Le prerogative datoriali delle pubbliche amministrazioni e il loro doveroso esercizio*, in L. Zoppoli (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, 2009, p. 109 ss.; P. Sordi, *Il sistema delle fonti della disciplina del lavoro pubblico (dopo il d.lgs. n. 150 del 2009)*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2010, n. 5, p. 805 ss. Sia altresì consentito il rinvio a E. Fiata, *Le funzioni e i poteri del dirigente nella valutazione della performance individuale: il riconoscimento dei meriti*, in *Giur. It.*, 12, 2010, p. 12.

⁵³ Da segnalare che alle ipotesi di responsabilità del dirigente contenute nel d.lgs. n. 165 del 2001, si affiancano ulteriori ipotesi tra cui, solo a titolo esemplificativo: la mancata pubblicazione di informazioni in materia di procedimenti amministrativi (art. 1, comma 33, legge n. 190/2012); adozione tardiva del provvedimento amministrativo (art. 2, comma 9 legge n. 241/1990 e s.m.i.); mancata predisposizione del piano anticorruzione (art. 1, comma 12-14, legge n. 190/2012); mancata pubblicazione di moduli e formulari per l'avvio di procedimenti (art.57, comma 2, d.lgs. n. 82/2005); mancata trasmissione via PEC di documenti tra amministrazioni pubbliche (art. 47, comma 1-bis, d.lgs. n. 82/2005); mancata pubblicazione delle informazioni previste nella sezione "amministrazione trasparente" o mancata adozione del programma triennale per la trasparenza e l'integrità (art. 1, comma 33 l.n.190/2012; art.46, commi 1e 2 d.lgs. n.33/2013); mancata comunicazione degli elementi necessari al completamento ed all'aggiornamento dell'indice degli indirizzi delle pubbliche amministrazioni (art.57-bis, comma 3, d.lgs. n. 82/2005).

⁵⁴ Cfr. F. Carinci, *Contrattazione e contratto collettivo nell'impiego pubblico «privatizzato»*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2013, n. 3-4, p. 493, che parla efficacemente di una «privatizzazione senza contrattualizzazione».