

Il sinallagma nei contratti di lavoro per le Pubbliche Amministrazioni¹

(Bozza)

Marco Barbieri

τῷ δὲ ἐργαζομένῳ ὁ μισθὸς οὐ λογιάζεται κατὰ χάριν ἀλλὰ κατὰ ὀφείλημα (San Paolo, Lettera ai Romani, 4,4)²

SOMMARIO: 1. Il lavoro pubblico tra concezioni non sinallagmatiche e corrispettività: per onore non per denaro. - 1.1. Causa del contratto e interessi delle parti. La corrispettività difficile nello stato giuridico. - 1.2. Tracce del carattere non sinallagmatico: a) le trattenute per lo sciopero. - 1.3. Tracce del carattere non sinallagmatico: b) La prescrizione dei crediti retributivi. - 1.4. Tracce del carattere non sinallagmatico: c) Il divieto di *reformatio in peius*. - 1.5. Tracce del carattere non sinallagmatico: d) La ripetizione dell'indebitito. - 1.6. Tracce del carattere non sinallagmatico: e) L'impignorabilità e inesquestrabilità degli stipendi. - 2. L'art. 36, co. 1, Cost. e il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche: spunti dalla giurisprudenza costituzionale. - 3. L'art. 36, co. 1, Cost. e la sua applicazione ai contratti di lavoro con le amministrazioni pubbliche nella giurisprudenza del Consiglio di Stato. - 3.1. L'applicazione dell'art. 36, co. 1, Cost. ai dipendenti pubblici prima della contrattualizzazione del rapporto. - 3.2. L'applicazione dell'art. 36, co. 1, Cost. ai dipendenti pubblici contrattualizzati. - 4. La causa del contratto individuale di lavoro dei dipendenti pubblici. - 4.1. La tesi dell'art. 97 come fonte della funzionalizzazione integrale del rapporto di lavoro pubblico. - 4.2. Una ricostruzione alternativa dell'art. 97 Cost.: la tesi di Orsi Battaglini e la giurisprudenza costituzionale. - 4.3. Un'altra tesi neopubblicistica: dipendente pubblico e utente nella causa del contratto. - 4.4. La tesi contrattualistica: specialità di disciplina e non di causa nel contratto dei dipendenti pubblici. - 5. Le fonti di disciplina della retribuzione per i dipendenti pubblici. - 5.1. Regolamenti, statuti e atti amministrativi come fonte di trattamenti economici? - 5.2. I vincoli legali alla contrattazione collettiva come autorità salariale. - 5.3. Corrispettivo a cosa? Qualche questione in tema di metrica del lavoro pubblico. - 5.4. Corrispettivo a cosa? (segue) Qualche questione in tema di fissazione di obiettivi e oggetto dell'obbligazione. - 5.5. I trattamenti economici erogati unilateralmente. - 5.6. L'autorità salariale nascosta. - 5.7. Il contratto individuale. - 5.8. I nuovi contratti nazionali. - 5.9. Il divieto di *reformatio in peius*: una fonte inventata del trattamento economico dei dipendenti pubblici contrattualizzati. - 5.10. La ripetizione dell'indebitito nel lavoro pubblico contrattualizzato. - 6. Il lavoro gratuito. - 6.1. Il lavoro subordinato gratuito (e semigratuito) per le amministrazioni pubbliche. - 6.2. Il baratto amministrativo come forma di lavoro semigratuito a vantaggio delle amministrazioni pubbliche. - 6.3. Le prestazioni occasionali e il lavoro autonomo gratuito a vantaggio delle amministrazioni pubbliche. - 7. Conclusione.

1. Il lavoro pubblico tra concezioni non sinallagmatiche e corrispettività: per onore non per denaro

Come sappiamo, non fu sempre così come ci ricorda San Paolo: gli ordinamenti giuridici generali che hanno preceduto la formidabile invenzione europea dello Stato come parte del grande progetto moderno non necessariamente prevedevano una remunerazione per coloro che coadiuvassero i detentori del potere. Se infatti a Roma le magistrature repubblicane erano cariche onorarie gratuite – “il *cursus honorum* non può rientrare in nessuna nozione, per quanto ampia, di burocrazia”³ –, oltre che limitate nel tempo, le cariche create durante il Principato duravano quanto fosse giudicato opportuno dal principe, prevedevano una più rigida divisione di competenze ed erano compensate con un *salarium* la cui misura era unilateralmente e potremmo dire graziosamente fissata, ma talvolta elevata⁴, e la cui provenienza era il *fiscum Caesaris*⁵, che non era affatto, nella sua complessa origine, pubblico, ma piuttosto il tesoro privato del principe⁶.

¹ Debbo ringraziare la dott. Gemma Pacella per la pazienza e l'intelligenza con cui ha esaudito tutte le necessità di documentazione che ho incontrato, Michele Gentile, sindacalista di rara competenza e disponibilità, nonché il Presidente Giancarlo Montedoro e le colleghe e i colleghi, amicizie di una vita, Piervito Bianchi, Francesca Cangelli, Maria Teresa Carinci, Vito Leccese, Francesco Macario, Valeria Mastroiacovo, Marco Nicola Miletta, Vito Pinto, Giunio Rizzelli, Giuseppe Trisorio Liuzzi, Patrizia Tullini, con cui ho avuto occasione di discutere alcune delle idee qui esposte, la cui responsabilità resta naturalmente tutta mia.

² “Ora, a chi lavora, il salario non viene computato a titolo di favore, bensì a titolo di cosa dovuta” (*Lettere di San Paolo*, ed. a cura di P. Rossano, San Paolo, 2002⁸, p. 293).

³ M. Bretone, *Storia del diritto romano*, Bari, Laterza, 1999⁶, p. 248.

⁴ *Ivi*, p. 251. Ricorda F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, Jovene, 1974², vol. IV, parte prima, p. 670, che “la carriera degli uffici” – stiamo parlando, secondo lo stesso A., di numeri di funzionari oscillanti tra i 107 di età adrianea e i 182 dell'età dei Filippi (*ivi*, p. 669) – “era dominata dalla ripartizione secondo il salario [...] questo stipendio non era la sola entrata dei funzionari: agli uffici rispettivi erano attribuiti altri proventi, che rendevano la carriera assai più remunerativa”

⁵ W. Kunkel, *Linee di storia giuridica romana*, Napoli, ESI, 1973, p. 77; M. Bretone, *op. cit.*, p. 247.

⁶ W. Kunkel, *op. cit.*, p. 68.

Peraltro, in età tardo-imperiale gli stipendi passarono dall'essere corrisposti in beni in natura, al pagamento in denaro (*adaeratio*)⁷, a cui si sommarono però sportule onerose per la popolazione⁸, e si cominciò a delineare una carriera civile separata: “non c'è dubbio che siamo di fronte a un fenomeno burocratico”⁹.

E tuttavia non si può certamente parlare di sinallagma, dato che “ogni scelta, e lo svolgimento e la durata dell'ufficio, dipendevano dall'arbitrio del principe”¹⁰.

E anche quando avvertiamo in Europa i prodromi dello Stato, “è la corona che [...] conferisce la titolarità degli uffici-organismi”, ma utilizzando “figure privatistiche diverse, come quelle della procura (rappresentanza), del mandato, della fiducia, della commissione, della delega”, onde “molte volte l'ufficio non era retribuito, altre volte era ad esso connesso un beneficio, o almeno un compendio patrimoniale fruttifero, altre volte ancora lo si sostentava con i proventi dell'esercizio della sua attività; ma anche quando l'ufficio prevedeva un appannaggio, a nessuno sarebbe mai venuto in mente di dire che il titolare dell'ufficio fosse un prestatore d'opera che fruisse di una retribuzione da parte della corona”¹¹.

Né accadrà diversamente quando si assisterà “alla nascita o quanto meno allo sviluppo di uno Stato preburocratico”¹²: dai 4000 funzionari di Francesco I ai 25.000 del 1610 con Enrico IV e Sully ai 46.000 del 1665 con Luigi XIV e Colbert¹³, è in Francia che si produce l'alba dello Stato e con esso di una burocrazia pubblica, ma ancora allora “lo stipendio degli ufficiali o funzionari” non rappresenta “una grande cifra per l'epoca, perché costoro si stipendiano praticamente da soli, grazie al patrimonio di cui dispongono e alle tangenti versate, più o meno ufficialmente, dai loro amministratori. Quanto riscuotono dallo Stato non è dunque che una parte, e non la maggiore, dei loro guadagni”¹⁴.

Che non ci fosse sinallagma tra prestazione e attribuzione patrimoniale da parte dello Stato, del resto, è testimoniato non solo dalla generalizzata venalità delle cariche¹⁵, ma anche dalla *paulette* che fu introdotta nel 1604¹⁶, ossia il diritto di trasferire la carica pubblica a chi volesse il titolare, pagando annualmente alla Corona un sessantesimo della somma che aveva pagato quando la aveva acquistata: “non se ricavavano tanto stipendi e indennità quanto benefici e prerogative”¹⁷. E proprio per questo poté accadere che un re potesse incitare “i burocrati ad essere orgogliosi della loro attività e a trovare in essa un contenuto ideale di vita operando come «individui intelligenti, zelanti e assidui che dopo Dio apprezzassero sopra ogni altra cosa il compiacimento del re e lo servissero per amore e in nome dell'onore più che per denaro»”¹⁸.

*Per onore, non per denaro*¹⁹: sarebbe di straordinario interesse, specie di fronte alla riproposizione di tesi neopubblicistiche sul rapporto di lavoro pubblico che fanno leva anche sull'obbligo di adempiere alle funzioni pubbliche affidate con disciplina e onore, prestando giuramento nei casi stabiliti dalla legge (art.

⁷ Sul punto F. De Martino, *op. cit.*, vol. V, Napoli, Jovene, 1975², pp. 384 e 417.

⁸ W. Kunkel, *op. cit.*, p. 188.

⁹ M. Bretone, *op. cit.*, p. 252.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ M.S. Giannini, *Impiego pubblico (teoria e storia)*, in *Enc.dir.*, Milano, Giuffrè, vol. XX, 1970, pp. 293-305 e qui p. 294. Adesivamente M. Rusciano, *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, il Mulino, 1978, p. 37.

¹² E. Le Roy Ladurie, *Lo Stato del re. La Francia dal 1460 al 1610*, Bologna, il Mulino, 1999, p. 177.

¹³ *Ivi*, p. 331.

¹⁴ *Ivi*, p. 259.

¹⁵ Altrettanto viene attestato un secolo dopo nella Prussia di Federico Guglielmo I (H. Rosenberg, *La nascita della burocrazia. L'esperienza prussiana 1660-1815*, Roma, Editori Riuniti, 1986, p. 101). È interessante notare che invece la burocrazia venne riorganizzata nella Russia petrina con la Tavola dei Ranghi del 1722, interdichendo ereditarietà e venalità delle cariche (L. Hughes, *Pietro il Grande*, Torino, Einaudi, 2003, p. 208). Tuttavia, l'esperienza precedente della Moscovia era stata segnata da peculiarità come l'universalità del servizio di Stato che per la nobiltà era appunto un servizio personale, ricompensato sotto forma di attribuzione di terre a titolo vitalizio (*pomest'e*) o ereditario (*votčina*): v. M. Raëff, *La Russia degli zar*, Roma-Bari, Laterza, 1999, pp. 8-11.

¹⁶ E. Le Roy Ladurie, *op. cit.*, p. 310.

¹⁷ H. Rosenberg, *op. cit.*, p. 43.

¹⁸ *Ivi*, p. 115, riprendendo il testo delle norme di servizio per il Direttorio generale e i commissariati della guerra e del demanio della Prussia.

¹⁹ M. Rusciano, *L'impiego pubblico*, cit., p. 287: “ancora nei primi decenni del secolo si riteneva che la differenza tra impiegato e lavoratore subordinato fosse basato sul fatto che mentre il primo mirava alla dignità dell'ufficio e alla carriera, il secondo mirava soltanto al salario”.

54, co. 2, Cost.)²⁰, indagare sulla lunga durata di alcune ideologie del lavoro pubblico che stiamo vedendo proprie della fase formativa dello Stato in Europa. Ci tornerò in seguito, al paragrafo 4.3.

1.1 Causa del contratto e interessi delle parti. La corrispettività difficile nello stato giuridico Per ora, possiamo dare per acquisita la conclusione che, nella fase in cui era iniziato il tramonto del pubblico impiego di diritto pubblico, trasse Mario Rusciano in un lavoro pionieristico²¹ ma fondamentale per la dottrina giuslavoristica, scaturigine di tanti approfondimenti successivi: “Nel pubblico impiego poi le parti non intendono soddisfare esigenze egoistiche: non la pubblica amministrazione, che si serve degli impiegati per il perseguimento dell’interesse generale; e in fondo neanche l’impiegato, il quale sa bene di destinare la propria opera al servizio della collettività e di soddisfare quindi un interesse non certo egoistico della controparte”: “ciò comporta l’impossibilità di individuare nello scambio tra prestazione e retribuzione la causa del rapporto”²².

Non si sarebbe potuto dir meglio, e a mio avviso questa posizione è attuale, di fronte alla permanenza in dottrina e in giurisprudenza di teorie neopubblicistiche, che si avrà modo di analizzare e criticare.

Causa del contratto e interessi delle parti appaiono dunque come il perno necessario attorno al quale deve ruotare ogni ragionamento giuridico in materia di lavoro pubblico.

Nella concezione storicamente prevalsa nel Novecento con il pubblico impiego di diritto pubblico, non è che fosse ignorata, naturalmente, la necessità di retribuire le prestazioni di lavoro dei dipendenti pubblici: piuttosto, ci segnalò ancora Rusciano, “la retribuzione corrisposta dall’amministrazione al dipendente non costituisce oggetto di un diritto soggettivo – che sta in relazione di corrispettività con il diritto del creditore di lavoro alla prestazione lavorativa – ma ha carattere «alimentare», si atteggia mezzo di sussistenza *concesso* dall’amministrazione al dipendente. Il rapporto di pubblico impiego viene cioè considerato un tipico esempio nel quale «prestazione lavorativa» e «corresponsione di un compenso» possono coesistere senza interdipendere”²³.

Naturalmente, vi è stata anche una lunga resistenza dottrinale, talché non si deve pensare che il carattere sinallagmatico della attribuzione patrimoniale percepita dai dipendenti pubblici fosse senza sostenitori. In effetti, all’inizio del XX secolo, fu anche sostenuto, nell’ambito dell’imponente opera orlandiana del Primo trattato completo di diritto amministrativo, che occorresse distinguere i “rapporti di diritto privato che si presentano commisti a quelli di diritto pubblico, in quanto l’assunzione di una carica possa costituire una locazione d’opera”, nel qual caso si considerava il “compenso che sia loro [ai funzionari pubblici] dovuto eventualmente [cioè prescindendo dal caso dei funzionari onorari] a titolo di stipendio o di retribuzione, *come corrispettivo*²⁴ dell’opera da loro prestata”²⁵. Nello stesso senso, vi fu chi, nell’ambito di una ricostruzione del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici come contratto di diritto pubblico, affermò energicamente la natura corrispettiva della retribuzione, soggiungendo che “lo stipendio [...] deve cioè essere proporzionato al valore dell’opera”²⁶.

²⁰ R. Cavallo Perin, *Le ragioni di un diritto ineguale e le peculiarità del rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2003, pp. 119 ss.; R. Cavallo Perin, *L’etica pubblica come contenuto di un diritto degli amministrati alla correttezza dei funzionari*, in R. Cavallo Perin, F. Merloni (a cura di), *Al servizio della nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Franco Angeli, Milano, 2009, p. 147 ss.; R. Cavallo Perin, B. Gagliardi, *Status dell’impiegato pubblico, responsabilità disciplinare e interesse degli amministrati*, in *Dir. amm.*, 2009, pp. 53 ss.; R. Cavallo Perin, B. Gagliardi, *L’exemple italien: l’exorbitance de la relation professionnelle des fonctionnaires, malgré leur contractualisation*, in Fortier Ch. (sous la direction de), *Le statut général des fonctionnaires: trente ans, et après?*, Dalloz, Paris, 2009b, p. 177 ss.; R. Cavallo Perin, B. Gagliardi, *La dirigenza pubblica al servizio degli amministrati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, pp. 309 ss.; M. Calcagnile, *Il rapporto d’impiego con gli enti pubblici e la funzione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 187-227.

²¹ Cui vanno affiancati il più sintetico lavoro di E. Ghera, *Il pubblico impiego*, Cacucci, Bari, 1975, nonché il saggio di F. Carinci, *Alle origini di una storica divisione: impiego pubblico-impiego privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, pp. 1098-1151.

²² M. Rusciano, *L’impiego pubblico*, cit., p. 44.

²³ M. Rusciano, *L’impiego pubblico*, cit., p. 286.

²⁴ Corsivo mio.

²⁵ L. M. Giriodi, *I pubblici uffici e la gerarchia amministrativa*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, Soc. Editrice Libreria, 1900, vol. I, rispettivamente pp. 375 e 378. Per il carattere corrispettivo dello stipendio dei dipendenti pubblici, nell’ambito del contratto di diritto pubblico, si espresse poi L. Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, Società editrice libreria, vol. I, 1915², pp. 343 e 372-381.

²⁶ M. Carboni, *Lo stato giuridico degli impiegati al servizio di amministrazioni dirette dello Stato in Italia*, Tip. Editrice cav. A. Tocco, Napoli, 1911, p. 41 (ma si v. tutta l’argomentazione, alle pp. 25-41 e 255-285).

E lo stesso Orlando difese la concezione sinallagmatica del rapporto di lavoro degli impiegati pubblici come la sua origine contrattuale²⁷.

Anche le teorie che sono state poi chiamate “intermedie” tra autoritarismo e contrattualismo²⁸, dal punto di vista che ci occupa sono in realtà teorie del carattere sinallagmatico del rapporto, affermandosi che “il rapporto di pubblico impiego, per la stessa normale sua costituzione, importa che la prestazione d’opera sia la causa economica e giuridica dello stipendio; per cui diritto dell’impiegato allo stipendio e suo obbligo alle prestazioni di servizio sono concetti interdipendenti e correlativi”²⁹, anche se con il temperamento di ritenere non inconciliabili le tesi dello stipendio come rendita alimentare e quella dello stipendio come prezzo dell’opera³⁰.

Nel senso della corrispettività deponiva pure il fatto che lo stipendio spettasse “solo per servizio effettivamente prestato, posticipatamente, e non è, quindi, fondata una richiesta di arretrati se il servizio fu assunto in ritardo, non valendo addurre che alla sistemazione in ruolo fu, per legge, dato effetto anteriore (Adunanza generale 2 maggio 1929, n. 124)”³¹.

Tuttavia, altri affermarono che lo stipendio dovesse essere considerato piuttosto una indennità che un corrispettivo³²; o che “l’accontrattualità del rapporto d’impiego, più che una constatazione teorica emergente dall’analisi del rapporto, costituisce uno degli elementi distintivi più decisi ed essenziali per definire il concetto di impiego pubblico moderno”, onde era naturale trarne la deduzione che lo stipendio “ha piuttosto carattere e obiettivo alimentare che quello di compenso equivalente alla prestazione o di prezzo”³³.

E, del resto, questa interpretazione era suffragata dalla stessa Relazione al Re del R.D. 30 dicembre 1923, n. 2960, nella quale si affermava che “è da riconoscere che il rapporto che corre tra lo Stato e l’impiegato non è quello di una ordinaria prestazione d’opera, alla quale corrisponda un semplice e materiale corrispettivo economico, ma bensì un rapporto etico per cui l’impiegato è ammesso, normalmente, per tutta la vita nella compagine amministrativa, affinché dedichi ad essa tutte le proprie forze d’ingegno e di coltura, nell’ambito degli scopi politici e sociali che sono propri dello Stato. Si tratta, pertanto, di un rapporto di fedeltà”³⁴.

Non si deve credere che si trattasse di pura ideologia³⁵. Vi era certamente un elemento di trascinarsi storico della vicenda dianzi evocata, il “perdurante influsso del rapporto «munifico» tra il sovrano e chi gli prestava la sua collaborazione”³⁶; ma vi era altresì un elemento reale di genere sociologico, perché in un Paese di analfabeti quale l’Italia³⁷ il saper leggere, scrivere e far di conto, che era condizione necessaria per svolgere mansioni impiegate anche solo di ordine, era comunque lo stigma di un privilegio sociale.

Né mancavano gli effetti giuridici di questa concezione non sinallagmatica del rapporto di pubblico impiego che traeva origine dalla fase genetica dello Stato.

²⁷ V.E. Orlando, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, Barbera, 1910, pp. 98 ss.

²⁸ Così M. Rusciano, *L’impiego pubblico*, cit., specie pp. 119-148, il quale ha pure rilevato che “nel delineato quadro socio-politico, porsi il problema se la natura del rapporto di pubblico impiego sia autoritaria oppure contrattuale appare come una sterile operazione concettuale” (p. 68).

²⁹ M. Petrozziello, *Il rapporto di pubblico impiego*, Soc. editrice libraria, Milano, 1935, pp. CCCVI s. (ma v. pure pp. XXIV s., e CCCXXI).

³⁰ *Ivi*, pp. CCCX ss.

³¹ Consiglio di Stato, *Il Consiglio di Stato nel biennio 1929-30. Relazione del Presidente a S.E. il Capo del Governo*, Istituto Poligrafico dello Stato, Roma, 1931, p. 296.

³² F. Cammeo, *La volontà individuale ed i rapporti di diritto pubblico. I contratti di diritto pubblico*, in *Giur.it.*, 1900, IV, 1.

³³ D. Soprano, *Della singolarità del rapporto di pubblico impiego*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, I, pp. 171 ss., e qui rispettivamente pp. 173 e 175.

³⁴ In *G.U.R.I.*, 21 gennaio 1924, n. 17. Ha osservato S. Battini, *Il personale*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, t. I, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 335-531, e qui p. 354, che il rapporto di pubblico impiego elaborato dalla scienza giuridica italiana era “un rapporto [...] non paritario, ma di sottomissione dell’uno all’altro; un rapporto, inoltre, non conflittuale, ma di immedesimazione, cui è assolutamente estranea ogni idea di scambio e di corrispettività”.

³⁵ Ha segnalato con acume il nesso tra l’asserita non sinallagmaticità del rapporto e alcuni istituti che saranno qui esaminati, V. Ferrante, *Direzione e gerarchia nell’impresa (e nel lavoro pubblico privatizzato). Art. 2086 c.c.*, in *Commentario al codice civile* fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 95 s.

³⁶ M. Rusciano, *L’impiego pubblico*, cit., p. 287.

³⁷ Nel 1861 la percentuale era del 75%, nel 1911 ancora del 40%, con rilevanti differenze regionali (T. De Mauro, *Storia linguistica dell’Italia unita*, Roma-Bari, Laterza, 2002⁷, p. 95).

È pur vero che l'art. 33 del Testo unico per gli impiegati civili dello Stato – D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, sembrava aver superato definitivamente la concezione non sinallagmatica della retribuzione dei pubblici dipendenti, pur unilateralmente fissata, disponendo al co. 1 che “L’impiegato ha diritto allo stipendio ed agli assegni per carichi di famiglia, nella misura stabilita dalla legge, in relazione alla quantità e qualità delle prestazioni rese”.

E anzi, questa norma era stata preceduta dall'art. 228 del R.D. 3 marzo 1934, n. 383, il quale, al comma 1, disponeva che “nella fissazione degli stipendi e dei salari degli impiegati e salariati dei comuni, delle provincie e dei consorzi, si deve tener conto delle condizioni finanziarie degli enti, delle condizioni economiche locali, dei requisiti richiesti per l’ammissione del personale, della natura ed importanza del servizio, dei rapporti fra i vari gradi dell’organico e di ogni altro elemento utile”: e certo, nella “natura e importanza del servizio” si faceva luce, in una congerie di elementi, il tema della corrispettività.

È impossibile non avvertire nella norma dell'art. 33 T.U. n. 3/1957 ora ricordata, e in particolare nel riferimento alla “quantità e qualità delle prestazioni rese”, l’eco della previsione dell'art. 36, co. 1, Cost., pur in un testo normativo che sostanzialmente legificava gli approdi cui era giunta l’ultratrentennale giurisprudenza del Consiglio di Stato³⁸, fornito di giurisdizione esclusiva sin dal 1924, a sigillo della definitiva separazione del pubblico impiego dalla *locatio operarum* del settore privato³⁹. Va tuttavia osservato che eravamo dentro un quadro acontrattuale, cioè dentro il quadro dello stato giuridico – lo debbo rammentare: tecnica di disciplina dei rapporti di lavoro alternativa al contratto, giacché nel primo caso la unilateralità della disciplina, cioè la “logica dello «stato giuridico» come normativa garantista che il legislatore pone al fine di conferire appunto uno *status*” è ben diversa, non solo formalmente, dalla bilateralità del secondo, nel quale “in ragione di una precisa scelta politico-ideologica, [la] contrapposizione di interessi viene completamente rimossa”, “perché qui l’interesse in gioco è immediatamente pubblico”⁴⁰. E appropriatamente si osservò che il significato implicito era il disconoscimento dell’alterità e della contrapposizione degli interessi sottesi all’erogazione della prestazione lavorativa da parte dei pubblici dipendenti⁴¹.

Si trattava, dunque, di una *corrispettività difficile*, come mostrano gli esempi, le contraddizioni e le eccezioni su cui si tornerà, e di un assetto che mostrava permanenze dell’impostazione non sinallagmatica.

1.2 Tracce del carattere non sinallagmatico: a) le trattenute per lo sciopero

Le si vede innanzitutto nella discussione sugli effetti retributivi dello sciopero dei pubblici dipendenti. Il tema è stato oggetto di controversie anche nel lavoro privato, come si sa⁴², ma assai meno che nel lavoro pubblico.

Nel pubblico impiego di diritto pubblico non è mancato, originariamente, un filone dottrinale che, dopo la caduta della dittatura fascista, quando i pubblici dipendenti hanno di fatto preso a scioperare, ha affermato che, nell’impossibilità di adoperare il principio dell'art. 1460 c.c., non potessero essere effettuate trattenute⁴³ proprio per l’assenza di “reciproca causalità”⁴⁴ tra gli obblighi delle parti, rilevando invece la necessità di aprire un procedimento disciplinare.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato, invece, si è trovata ad affrontare giudizi originati dall’impugnazione di provvedimenti delle Amministrazioni che avevano disposto trattenute sugli stipendi. Tralasciando qui il filone giurisprudenziale e dottrinale che negava proprio la titolarità del diritto di

³⁸ M. Rusciano, *L’impiego pubblico*, cit., p. 184.

³⁹ M.G. Garofalo ha spesso insistito sul dato che la separazione delle giurisdizioni tra dipendenti pubblici e dipendenti privati è stato il primo motore della divaricazione storica prodottasi tra lavoro privato e lavoro pubblico (*Verso l’unificazione del mondo del lavoro?* in ISAM, *Riforma del rapporto di pubblico impiego*, Milano, Franco Angeli, 1990, pp. 59-68, ora in M. Barbieri e R. Voza (a cura di), *Gianni Garofalo. Il pane del sapere*, Roma, Ediesse, 2013, pp. 333-344, e qui pp. 336 s.; *Osservazioni sul sistema contrattuale e sulla giurisdizione*, in G. Naccari (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico*, Roma, Ediesse, 1993, pp. 121-134, ora in M. Barbieri e R. Voza (a cura di), *op. cit.*, pp. 345-356, e qui pp. 355 s.). Ma sul significato storico dell’istituzione della giurisdizione esclusiva aveva richiamato l’attenzione già M. Rusciano, *L’impiego pubblico*, cit., pp. 91-100.

⁴⁰ M. Rusciano, *L’impiego pubblico*, cit., pp. 143 s.

⁴¹ M.G. Garofalo, *Verso l’unificazione*, cit., p. 335.

⁴² Sinteticamente G. Giugni, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2014, pp. 266-268.

⁴³ E. Guicciardi, *Sciopero dei dipendenti pubblici e diritto allo stipendio*, in *Riv. amm.*, 1950, I, pp. 548 ss., e poi in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, Cedam, Padova, 1950, vo. IV, pp. 517-527.

⁴⁴ *Ivi*, p. 521.

sciopero in capo ai dipendenti pubblici⁴⁵, per quanto attiene alle conseguenze retributive si sono opposti un orientamento che faceva riferimento addirittura all'art. 1460 c.c., cioè a una norma del tutto estranea a quel contesto⁴⁶, e uno che invece qualificava la trattenuta come sanzione disciplinare *ex art.* 47 R.D. 30 dicembre 1923, n. 2960⁴⁷, il quale prevedeva, al comma 1, che fossero “dichiarati dimissionari, senza pregiudizio dell'azione penale, gli impiegati che volontariamente abbandonino l'ufficio o prestino l'opera propria in modo da interrompere o turbare la continuità e la regolarità del servizio, nonché i loro istigatori”, al secondo comma che potesse “tuttavia il ministro, considerate le condizioni individuali e le personali responsabilità, applicare invece la sospensione dal grado con privazione dello stipendio, l'esclusione definitiva dalla promozione, il ritardo della promozione o dell'aumento periodico di stipendio, la revoca dallo impiego”, e infine al comma 3 che “in ogni caso, e indipendentemente dai provvedimenti di cui ai precedenti commi, gli impiegati di cui sopra sono sospesi dallo stipendio per la durata dell'infrazione ai loro doveri di ufficio, mediante decreto ministeriale e previo accertamento dell'infrazione stessa da parte del capo dell'ufficio o del servizio ovvero di un ispettore”: ed è chiaro che neppure la terza ipotesi rispondesse a una logica sinallagmatica⁴⁸.

Peraltro, neppure la svolta verso la corrispettività del T.U. risolse del tutto la questione, tanto che fu necessario, in relazione all'emergere del fenomeno degli scioperi brevi e proprio per la *corrispettività difficile* di cui parlavo, l'emanazione di una disposizione apposita contenuta nell'art. 171 della legge 11 luglio 1980, n. 312⁴⁹: qui, non potendo entrare nel campo dell'*aliud pro alio* o della *mora credendi*, cioè della non corrispondenza o meno della prestazione offerta con quella dedotta in obbligazione, il legislatore è stato costretto a misurare la trattenuta dagli effetti dello sciopero, anziché dalle caratteristiche della prestazione offerta nelle fasi in cui non vi fosse stata astensione, come pacificamente è nel settore privato.

1.3. Tracce del carattere non sinallagmatico: b) la prescrizione dei crediti retributivi

Possiamo considerare ancora effetto del trascinarsi di concezioni non sinallagmatiche della retribuzione dei dipendenti pubblici, ma piuttosto come rendite alimentari, il differente regime della prescrizione dei crediti retributivi.

Sin dall'art. 1 della legge 9 marzo 1871, n. 102, fu previsto che gli “stipendi e gli altri assegni fissi personali a carico dello Stato, dei quali non sia domandato il pagamento entro due anni dal giorno della loro rispettiva scadenza, sono prescritti”.

Di tenore analogo fu pure l'art. 380, co. 1, del R.D. 23 maggio 1924, n. 827⁵⁰, che conteneva il Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato.

Poi, l'art. 2 del R.D. 19 gennaio 1939, n. 295, al primo comma, dispose che “Le rate di stipendio e di assegni equivalenti, le rate di pensione e gli assegni indicati nel decreto-legge luogotenenziale 2 agosto

⁴⁵ V., per esempio, la non isolata posizione (sono ivi richiamati precedenti) di Cons. Stato, sez. VI, 19 dicembre 1956, n. 978, in *Cons. Stato*, 1956, I, p. 1506, nella quale si argomenta che per i dipendenti pubblici “nella Costituzione, vi sono altre norme che implicitamente, ma chiaramente, escludono la possibilità di ricorrere allo sciopero per la tutela dei loro interessi”. V. pure Corte dei conti, sez. controllo, 15 giugno 1954, n. 15, in *Foro it.*, 1955, III, c. 71. In dottrina, l'ultimo esempio mi pare sia I. Scotto, *Il diritto di sciopero*, Roma, Italedi, 1968², pp. 78-97, ove ampi richiami giurisprudenziali e dottrinali all'intera vicenda.

⁴⁶ Cons. Stato, Ad. Plen., 8 maggio 1951, n. 2, in *Cons. Stato*, 1951, p. 499.

⁴⁷ Cons. Stato, sez. IV, 9 dicembre 1952, n. 1018, in *Foro amm.*, 1953, I, 1, p. 158.

⁴⁸ Una più ampia rassegna della giurisprudenza in materia in F. Trimarchi, *Orientamenti della giurisprudenza del Consiglio di Stato in materia economica*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1965, e poi in Id., *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. 117-136.

⁴⁹ Che prevedeva: “1. Per gli scioperi di durata inferiore alla giornata lavorativa le relative trattenute sulle retribuzioni possono essere limitate all'effettiva durata dell'astensione dal lavoro. In tal caso la trattenuta per ogni ora è pari alla misura oraria, senza le maggiorazioni del 15 per cento e del 30 per cento, del compenso per il lavoro straordinario aumentata della quota corrispondente agli emolumenti a qualsiasi titolo dovuti e non valutati per la determinazione della tariffa predetta. 2. Il precedente comma non può trovare applicazione qualora, trattandosi di lavoro basato sull'interdipendenza funzionale di settori, reparti, servizi e uffici oppure riferito a turni od attività integrate, lo sciopero limitato ad una o più ore lavorative produca effetti superiori o più prolungati rispetto a quelli derivanti dalla limitata interruzione del lavoro. 3. Con decreto ministeriale, sentito il Consiglio di amministrazione, potranno preventivamente stabilirsi i casi in cui la trattenuta sulle retribuzioni debba essere determinata sulla base di quanto previsto dal primo comma del presente articolo. 4. Con decreto ministeriale, sentito il Consiglio di amministrazione, nonché le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale saranno stabiliti i casi in cui la trattenuta sulle retribuzioni debba essere determinata sulla base di quanto previsto dal secondo comma del presente articolo”.

⁵⁰ “Le rate di pensioni, di stipendi, ed altri assegni fissi al personale, non richieste entro due anni dalla loro scadenza, sono prescritte e non si può farne in verun caso il pagamento”.

1917, n. 1278⁵¹, dovuti dallo Stato, si prescrivono con il decorso di due anni”: e questa disposizione è durata sino a che la Corte costituzionale non ne dichiarò⁵² l’incostituzionalità per contrasto con l’art. 3 Cost., risultando irragionevole la differenza di trattamento a detrimento dei dipendenti statali “fra crediti aventi la medesima natura giuridica ed il medesimo contenuto e fra i loro titolari, pur appartenendo, tutti costoro, alla categoria sostanzialmente omogenea dei dipendenti e pensionati di soggetti di diritto pubblico”.

Per quanto gli argomenti addotti per giustificare la differenziazione tra dipendenti statali e altri dipendenti pubblici siano stati sovente attinenti alla complessità del bilancio dello Stato rispetto a quello degli altri enti pubblici⁵³, ritengo si debba far discendere questo assetto particolare dell’istituto dalle concezioni richiamate, come fa supporre anche la biennialità.

1.4. Tracce del carattere non sinallagmatico: c) il divieto di *reformatio in peius*

Un altro istituto che reca i segni delle concezioni non sinallagmatiche è quello del divieto della *reformatio in peius* del trattamento economico, tanto che alle soglie della contrattualizzazione del rapporto, la dottrina segnalava l’istituto come un esempio della “non sinallagmaticità” del rapporto di pubblico impiego fondato sullo stato giuridico, in quanto mostrava l’insensibilità della retribuzione alle vicende del rapporto di lavoro⁵⁴.

L’art. 227 del R.D. n. 383/1934 disponeva che “i comuni, le province ed i consorzi non possono modificare in danno dei rispettivi impiegati o salariati, che abbiano conseguito la stabilità, il trattamento economico già raggiunto, ovvero il trattamento di quiescenza in vigore quando l’impiegato ha raggiunto il limite massimo di età o di servizio occorrente per essere collocato a riposo a sua domanda”, onde ogni modifica della posizione del dipendente che potesse comportare una diminuzione della retribuzione sarebbe stata invece destinata a restare priva di tale effetto attraverso la concessione di un assegno *ad personam*. La norma è stata poi replicata nell’art. 202 del D.P.R. n. 3/1957⁵⁵, e ancora in disposizioni successive⁵⁶, e “considerata dalla dottrina e dalla giurisprudenza un principio generale, applicabile a tutti i pubblici dipendenti”⁵⁷. A parte i casi di mutamento di amministrazione, il problema si poneva con una certa frequenza per effetto del peso dell’anzianità nella struttura retributiva del pubblico impiego di diritto pubblico, onde facilmente la promozione – che si determinava nel grado iniziale della posizione gerarchica superiore – avrebbe dovuto comportare, nell’ambito della corrispettività, una diminuzione retributiva.

Orbene, è vero che il divieto di *reformatio in peius* riguardava “la retribuzione globale stabilmente acquisita e non già le singole voci”⁵⁸, e riguardava solo il trattamento iniziale, senza pregiudizio della riassorbibilità successiva⁵⁹: ma anche concepito in questo modo è impossibile non avvertire la manifesta deviazione dalla corrispettività. Sul punto si tornerà *infra*, al par. 5.9.

1.5. Tracce del carattere non sinallagmatico: d) la ripetizione dell’indebito

Va considerata ancora, come manifestazione degli effetti prolungati dell’origine del pubblico impiego nell’epoca dello Stato patrimoniale, il tema della ripetizione dell’indebito eventualmente corrisposto ai propri dipendenti da parte dell’amministrazione. Dal codice civile del 1942 traiamo, come si sa, la regola

⁵¹ “Sono compresi tra gli assegni personali soggetti alla prescrizione biennale, giusta la legge 9 marzo 1871, n. 102, le indennità di missione, quelle di tramutamento, le indennità di residenza, le indennità eventuali e speciali per il Regio Esercito e per la Regia Marina e quelle di guerra, i compensi mensili straordinari previsti dall’art. 3 della legge 8 aprile 1906, n. 109, ed in genere tutti gli assegni fissi di cui nell’art. 3 della legge 22 luglio 1894, n. 339” (articolo unico).

⁵² Corte cost. 7 aprile 1981, n. 50.

⁵³ In questo senso, per esempio, M. Petrozziello, *op. cit.*, p. CCCVIII.

⁵⁴ L. Zoppoli, *La corrispettività nel rapporto di lavoro pubblico e nel rapporto di lavoro privato*, in Centro studi Domenico Napoletano, *Il rapporto di lavoro negli enti pubblici*, interventi al convegno di studi organizzato dalla sezione ligure, Genova 2-3 dicembre 1988, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 33-38, e qui p. 34.

⁵⁵ “Nel caso di passaggio di carriera presso la stessa o diversa amministrazione agli impiegati con stipendio superiore a quello spettante nella nuova qualifica è attribuito un assegno personale, utile a pensione, pari alla differenza fra lo stipendio già goduto ed il nuovo, salvo riassorbimento nei successivi aumenti di stipendio per la progressione di carriera anche se semplicemente economica”.

⁵⁶ Per esempio, l’art. 12 D.P.R. 28 dicembre 1970, n. 1079, disponeva il non riassorbimento di quegli assegni per effetto degli aumenti disposti dallo stesso D.P.R.

⁵⁷ S. Terranova, *Il rapporto di pubblico impiego*, Milano, Giuffrè, 1995², p. 207. Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 23 giugno 1986, n. 435.

⁵⁸ P. Virga, *Il pubblico impiego*, 1991³, Milano Giuffrè, p. 243.

⁵⁹ Cons. Stato, sez. IV, 15 novembre 2004, n. 7424.

generale della ripetibilità dell'indebitato oggettivo (art. 2033 c.c.), rilevando la buona fede dell'*accipiens* soltanto sotto il profilo della decorrenza degli interessi.

Nelle amministrazioni pubbliche, peraltro, l'art. 406 del R.D. 827/1924, *supra* già ricordato, disponeva (e dispone) che "ove una o più rate di stipendi, pensioni od altri assegni fissi personali fossero state indebitamente pagate ai titolari, l'amministrazione, se non abbia altro mezzo immediato per conseguirne il rimborso, può trattenere il pagamento delle rate posteriori sino alla concorrenza delle somme indebitamente pagate, senza bisogno di atto giudiziale o di qualsiasi altra autorizzazione".

Tuttavia, l'art. 3 del R.D. 295/1939, anch'esso già richiamato *supra*, prevedeva che "ove risulti effettuato il pagamento di somma prescritta o, in genere, risultino pagate una o più rate non dovute di stipendi ed assegni equivalenti, di pensione ed indennità che ne tengano luogo, o di uno qualsiasi degli assegni indicati dal decreto Luogotenenziale 2 agosto 1917, n. 1278, l'Amministrazione, se non abbia altro mezzo immediato per conseguire il rimborso, può trattenere il pagamento delle rate successive, ed in genere di qualunque altro credito che venga a maturarsi anche oltre il limite del quinto e fino al massimo di un terzo previa comunicazione scritta del relativo provvedimento amministrativo"⁶⁰.

Dunque, mutavano forme e limiti della ripetizione dell'indebitato.

Soprattutto, la giurisprudenza, a partire dall'Adunanza plenaria 28 ottobre 1958, n. 20⁶¹, si orientava nel senso di una dilatazione quasi illimitata del significato della buona fede dell'*accipiens*, attribuendo al provvedimento di recupero natura discrezionale, e dunque rendendo possibile, paternalisticamente, che il dipendente pubblico non dovesse restituire alcunché. Si affermava, infatti, che "la pubblica amministrazione non ha l'obbligo generale e indiscriminato di recuperare in ogni tempo tutte le somme indebitamente erogate a qualsiasi titolo, quali che siano le cause dell'indebitato pagamento, né tale obbligo si desume dall'art. 406, r.d. 23 maggio 1924, n. 827, e dall'art. 3, r.d.l. 19 gennaio 1939, n. 295, che si limitano a disciplinare il procedimento da seguire nel caso in cui venga adottato un provvedimento di recupero; pertanto, per il principio di autoresponsabilità della pubblica amministrazione, ove tra il fatto o atto giuridico, da cui la legge fa derivare la riduzione o la sospensione totale o parziale del trattamento di quiescenza, e l'adozione del relativo provvedimento sia intercorso un intervallo di tempo molto maggiore di quello richiesto, di regola, per il relativo procedimento, la retroattività, quale elemento dell'atto di recupero, non opera, e non è consentito all'amministrazione di retrodatare con apposita clausola gli effetti dell'atto"⁶².

In questa logica⁶³, la ripetizione dell'indebitato pagamento di somme ai pubblici dipendenti o a pensionati contiene esplicitamente o implicitamente un provvedimento di autotutela recante l'annullamento del provvedimento di pagamento illegittimo, partecipa della natura discrezionale dell'atto di autotutela e deve contenere una valutazione dell'interesse pubblico alla ripetizione, raffrontato al pregiudizio di chi ha percepito le somme, tenendo conto della buona fede del percipiente, della natura retributiva delle somme indebitamente pagate, della loro avvenuta destinazione ai bisogni correnti del lavoratore e della sua famiglia in rapporto anche alla ampiezza della retribuzione originaria e alla disponibilità di altri redditi di diversa provenienza, alla incidenza della restituzione sulla possibilità di soddisfacimento di bisogni essenziali di vita al di sotto di limiti minimi.

⁶⁰ Peraltro, la giurisprudenza amministrativa ha tratto da questa norma l'impossibilità per le amministrazioni pubbliche di rinunciare alla prescrizione dei crediti vantati nei loro confronti dai dipendenti (Cons. Stato, ad. plen., 7 agosto 1996, n. 17).

⁶¹ Un riassunto delle posizioni emerse in giurisprudenza e anche in dottrina sino alla fine del secolo scorso, in S. Terranova, *Il rapporto*, cit., pp. 200-204. È singolare che anche la giurisprudenza della Cassazione abbia accolto questo orientamento per quanto riguarda le fattispecie anteriori alla contrattualizzazione del rapporto (da ultimo, Cass. 9 maggio 2014, n. 10121, ove ulteriori richiami).

⁶² Cons. Stato, ad. plen., 5 ottobre 1971, n. 7, in *Foro it.*, 1971, III, c. 398. Conf. Cons. Stato, ad. plen., 30 marzo 1976, n. 1, in *Foro amm.*, 1979, I, 2423; cui hanno fatto seguito le ad. plen. nn. 2/1976, 2/1986 (che esclude la buona fede nel caso concreto); n. 20, 21, 22 e 23/1992, nonché 11/1993 (per le quali l'atto di recupero "è un atto discrezionale e contiene per implicito o presuppone l'annullamento in autotutela dell'atto che ha determinato la retribuzione in misura maggiore al dovuto, sicché l'amministrazione, previo avviso di avvio del procedimento di annullamento, non può tenere conto soltanto della esigenza di salvaguardare le proprie finanze, ma deve valutare gli effetti già prodotti dall'atto originario e le situazioni sulle quali ha inciso, ivi compreso l'affidamento ingenerato in relazione al tempo trascorso dall'originario pagamento"). Questo orientamento è ancora seguito da Cons. Stato, sez. IV, 22 settembre 2005, n. 4963, che afferma sia necessario "motivare adeguatamente sulla comparazione degli interessi fra la ripetizione stessa e la situazione di certezza giuridica ormai entrata nella sfera giuridica del destinatario del recupero" (nel caso, erano passati cinque anni).

⁶³ Che ebbe pure sostegno in dottrina: per tutti, E. Mele, *Repetitio indebiti e certezza del diritto*, in *Foro amm.*, 1987, pp. 1003-1007, e soprattutto I. Franco, *La repetitio indebiti nel rapporto di pubblico impiego*, in *Foro amm.*, 1989, pp. 2603-2623, ove ampia trattazione storica e teorica della vicenda, con richiami di dottrina e giurisprudenza.

In un'altra versione, la buona fede dell'*accipiens* non impedisce il recupero ma rende necessario “una ponderazione degli interessi coinvolti, con conseguente illegittimità dell'atto solo quando il sacrificio del dipendente non risulti di rilevanza tale da prevalere su quello pubblico”⁶⁴.

Se poi invece al recupero si fosse provveduto, un orientamento più moderato riteneva che esso fosse sottoposto a una serie di condizioni, la prima delle quali era un provvedimento di annullamento d'ufficio dell'atto sulla base del quale fosse stata erogata indebitamente la somma, atto che, per quanto potesse fare tutt'uno con il provvedimento di recupero, secondo le regole generali dei provvedimenti amministrativi, avrebbe dovuto considerare come “elemento, che assume rilevanza e che l'amministrazione non può non prendere in considerazione nell'esercizio del potere di annullamento, [...] l'interesse del privato dipendente, sicuramente apprezzabile dal punto di vista pubblico, affinché il disagio che questi dovrà sopportare a seguito della ripetizione, non sia così grave da incidere sulle esigenze primarie dell'esistenza”, pur se “tale interesse, oltre a perdere oggettivamente di rilievo in caso di consapevolezza dell'*accipiens* di ricevere somme non dovute” – anche qui, dunque, valorizzazione della buona fede dell'*accipiens* – “è adeguatamente valutato se [...] il recupero venga disposto ratealmente, in proporzione tale da incidere minimamente sulla retribuzione”⁶⁵.

Solo più tardi si è affermato un orientamento differente, per il quale la ripetizione dell'indebito da parte dell'amministrazione sarebbe un atto dovuto *ex art.* 2033 c.c., a tutela di un interesse pubblico sempre concreto e attuale, che non necessita neppure di specifica motivazione non avendo carattere provvedimentale, alle sole condizioni che siano chiarite le ragioni per cui l'*accipiens* non aveva diritto alla percezione delle somme in questione, e di modalità non incidenti soverchiamente sulle esigenze di vita del dipendente⁶⁶.

Insomma, sino ancora dentro questo secolo la palese deviazione dalla corrispettività consistente nella non ripetibilità – o nella condizionata ripetibilità - dell'indebito ha continuato ad operare.

1.6. Tracce del carattere non sinallagmatico: e) L'impignorabilità e inesquestrabilità degli stipendi

Le permanenze delle concezioni non sinallagmatiche del rapporto, però, sono evidenti soprattutto nella previsione sulla impignorabilità e inesquestrabilità degli stipendi dei pubblici dipendenti⁶⁷.

Ovviamente, oggi potremmo dire che le eccezioni al principio per cui “il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri” (art. 2740 cod. civ.) debbano essere stabilite dalla legge e rispondere a ragioni di interesse pubblico: ma la vicenda è assai più antica del Codice civile del 1942.

L'art. 591, co. 1, del codice di procedura civile del 1865 già disponeva che “Gli stipendi e le pensioni dovute dallo Stato non possono essere pignorati, se non nei casi e nei modi stabiliti dalle leggi speciali”⁶⁸.

⁶⁴ Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 2010, n. 4231, per il quale il recupero è legittimo perché le rate non hanno ecceduto il quinto dello stipendio. Conf. Cons. Stato, sez. I, 2 maggio 2006, n. 2436 (recupero legittimo perché le rate erano di circa 7000/8000 lire al mese).

⁶⁵ Cons. Stato, sez. IV, 4 agosto 1986, n. 549, in *Foro amm.*, 1986, p. 1304, il quale perciò ritenne legittimo il provvedimento di recupero che prevedeva rate non superiori al 5% della retribuzione erogata.

⁶⁶ Cons. Stato, sez. VI, 4 maggio 1999, n. 574; Cons. Stato, sez. VI, 9 aprile 2001, n. 2153; Cons. Stato, sez. IV, 11 dicembre 2001, n. 6197; Cons. Stato, sez. VI, 3 giugno 2002, n. 3091; Cons. Stato, sez. IV, 27 dicembre 2004, n. 8233; Cons. Stato, sez. IV, 12 maggio 2006, n. 2679.

⁶⁷ Ne ebbe chiara consapevolezza M. Petrozziello, *op. cit.*, pp. CCCXI-CCCXIII.

⁶⁸ Ci informa L. Borsari, *Il codice di procedura civile italiano annotato*, Utet, Torino, 1880, vol. III, pp. 70 s., che mentre l'art. 774 del codice sardo “ammetteva che gli stipendi e le pensioni erano in parte pignorabili”, ora questo “vero privilegio” era concesso nell'interesse pubblico, in quanto “fiaccato dalla povertà l'impiegato suol prestare debole e distratto servizio, nondimeno i diritti dei creditori non devono subire limitazione se non quando l'interesse massimo, come quello dello Stato che rappresenta l'universale dei cittadini, lo esige”. I repertori ci dicono altresì che si sviluppò un contenzioso significativo sul campo di applicazione di questa norma, e soprattutto sulla sua estensione o meno ai dipendenti comunali, con contrastanti orientamenti giurisprudenziali (v. E. Cuzzi, *Il codice italiano di procedura civile*, Verona, D. Tedeschi e figlio, 1902, pp. 135-139), sino all'estensione operata con la legge 26 luglio 1888, n. 5579. Osservava però L. Mattiolo, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, Torino, Fratelli Bocca, 1905⁵, p. 525 nt. 2, che “più che un privilegio accordato a questi impiegati, è un provvedimento di ordine pubblico, dettato nell'interesse della pubblica amministrazione, ossia per il miglior andamento del pubblico servizio e della contabilità generale dello Stato”.

Ma anche la dottrina sostanzialistica rilevò che si trattasse “certo [di] un diritto speciale o singolare, che si vuole giustificare con una ragione di pubblica necessità ed utilità, e cioè: che, assicurati gli impiegati nei loro bisogni essenziali, non dovendo ad essi mancare i necessari mezzi di sostentamento, il funzionamento della P. Amministrazione potrà svolgersi con regolarità e continuità” (M. Petrozziello, *op. cit.*, p. CCCXIII).

E in effetti l'art. 36, co. 2, della legge 14 aprile 1864, n. 1731⁶⁹, aveva l'anno prima previsto che “Nè le pensioni, nè gli arretrati di esse possono cedersi o essere sequestrati, eccettuato il caso di debito verso lo Stato, che sia dipendente dall'esercizio delle funzioni dell'impiegato, e per causa di alimenti dovuti per legge”, e all'art. 45 estendeva questa disposizione anche agli stipendi degli impiegati civili.

Successivamente, la legge 7 luglio 1902, n. 276, stabiliva l'impignorabilità e l'insequestrabilità, prevedendo all'art. 2 eccezioni sino a un terzo per cause di alimenti dovuti per legge, e fino a un quinto per debiti verso lo Stato dipendenti dall'esercizio delle funzioni o per tasse o imposte personali, e disciplinava la cessione degli stipendi, applicando all'art. 11 un regime leggermente diverso agli impiegati non statali solo per la cessione⁷⁰. Era seguita dalla legge 30 giugno 1908, n. 335, anch'essa prevedente l'impignorabilità e insequestrabilità degli stipendi dei dipendenti pubblici, non più solo statali (art. 1), con le eccezioni sino a un terzo per cause di alimenti, e sino a un quinto per debiti verso l'Amministrazione datrice di lavoro o tributi (art. 2).

Non mancò, nel tempo, chi osservò autorevolmente che una “disposizione proibitiva, di ampiezza tanto singolare, sarebbe riescita inconciliabile con imprescindibili esigenze di giustizia, se non avesse ricevuto qualche mitigazione”⁷¹: ma più che di giustizia, si trattava sempre di interessi pubblici differenti, quali quelli già considerati nella legge del 1864.

Finalmente, con il Testo unico emanato con R.D. 5 giugno 1941, n. 874, il processo era portato a termine, estendendo la categoria dei soggetti tutelati ai dipendenti di qualsiasi ente ed istituto pubblico “sottoposto a tutela, od anche a sola vigilanza, dell'amministrazione pubblica” (art. 1), e restando identiche le eccezioni (art. 2).

All'inizio dell'età repubblicana la impignorabilità e insequestrabilità è stata quasi totale – con le eccezioni previste all'art. 2 del D.P.R. 5 gennaio 1950, n. 180, cioè sino a un terzo per cause alimentari, sino a un quinto per debiti verso l'Amministrazione datrice di lavoro e per tributi – per gli stipendi dei dipendenti pubblici, mentre contemporaneamente per i dipendenti privati il testo originario del codice di procedura civile disponeva all'art. 545 che “le somme dovute da privati a titolo di stipendio o di salario possono essere pignorate soltanto per la parte eccedente le lire settecentocinquanta; le somme dagli stessi dovute per indennità di licenziamento possono essere pignorate soltanto per la parte eccedente le lire cinquemila. Le somme suddette possono essere in ogni caso pignorate fino alla misura di un quinto per imposte e tasse dovute allo Stato ed ai comuni, e nella misura autorizzata dal pretore per causa di alimenti”. Né la modifica operata a quest'ultima norma dal D.Lgs. C.p.S. 10 dicembre 1947, n. 1548, ha modificato la sostanziale differenziazione che esisteva tra dipendenti pubblici e dipendenti privati, prevedendo per questi ultimi che “Le somme dovute dai privati a titolo di stipendio, di salario o di altre indennità relative al rapporto di lavoro o di impiego comprese quelle dovute a causa di licenziamento, possono essere pignorate per crediti alimentari nella misura autorizzata dal pretore” (co. 3 novellato).

In sostanza, mentre il lavoratore privato era soggetto a pignoramento e sequestro della retribuzione entro i limiti dettati dall'art. 545 c.p.c. *da parte di qualunque creditore*, il dipendente pubblico coevo lo poteva solo per crediti alimentari o *da parte dello Stato e delle Pubbliche Amministrazioni*.

Questa distinzione, di cui non si comprenderebbero origine e funzione al di fuori del quadro ideologico-giuridico sopra accennato, è peraltro durata assai a lungo, anche quando, come si vedrà ora, la concezione della corrispettività delle attribuzioni patrimoniali delle Amministrazioni verso i propri dipendenti aveva ormai ricevuto consacrazione legislativa e giurisprudenziale.

Infatti, la Corte costituzionale affermò ancora nel 1963 che “la riforma del 1947 ha avvicinato sensibilmente la tutela dei dipendenti privati a quella dei dipendenti pubblici, in modo che può ritenersi adeguato alle differenze che corrono tra i due tipi di rapporto, tenuto anche conto del fatto che la misura delle retribuzioni dei pubblici dipendenti è stabilita da norme giuridiche dettate in funzione dei bisogni essenziali di questi, considerati a seconda del grado e delle responsabilità assunte e del prestigio necessario all'ufficio, ma nei limiti consentiti dalle finanze dell'ente pubblico, e, d'altra parte, le limitazioni sono compensate dalla esistenza di garanzie di stabilità dell'impiego, che non si ritrovano nei rapporti di diritto

⁶⁹ Per ragioni di spazio, non ci si occuperà, qui e poi, degli analoghi problemi che si sono posti per il (e delle discipline relative al) personale militare.

⁷⁰ Per la quale il divieto sarebbe ricaduto a danno degli stessi impiegati pubblici, come segnala L. Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, Vallardi, 1923⁴, p. 208.

⁷¹ *Ibidem*.

privato. Perciò all'esigenza di assicurare anche per questa via il buon andamento dell'Amministrazione (art. 97, primo comma, della Costituzione) si somma una esigenza di giustizia, la cui attuazione non contraddice il principio contenuto nell'art. 3 della Costituzione, ma anzi ne assicura ancor meglio la attuazione⁷².

In disparte in questa sede ogni considerazione sull'art. 97 Cost. come chiave della differenziazione del lavoro pubblico⁷³, è evidente che se la misura della retribuzione è fissata dalla legge, in funzione dei bisogni essenziali dei dipendenti ma in considerazione del *prestigio necessario all'ufficio*, l'onore di cui si parlava viene chiamato in causa per determinare la *ratio* dell'attribuzione patrimoniale da parte dell'Amministrazione.

Questa posizione della giurisprudenza costituzionale è peraltro durata ancora, attraverso ordinanze di manifesta infondatezza della questione riproposta⁷⁴ o sentenze in cui, riunendo le questioni poste sull'art. 545 c.p.c. e sull'art. 1 del D.P.R. n. 180/1950, a sostegno della affermata infondatezza si è affermato che "l'impignorabilità non è che l'aspetto particolare di una normativa volta ad assicurare, nell'interesse precipuo della p.a., l'indisponibilità giuridica - sia pure non assoluta - delle retribuzioni dei pubblici dipendenti e di coloro che comunque sono addetti a taluni pubblici servizi, il cui regolare funzionamento è stato ritenuto di primaria importanza. La legge, infatti, non si limita a sancire l'impignorabilità degli stipendi ma ne vieta, altresì, come si è ricordato, oltre che il sequestro, la cessione, salvo che agli istituti indicati nell'art. 15 del d.P.R. citato, e con i limiti e le modalità in esso d.P.R. specificati. In passato, anzi, il divieto di cessione fu assoluto e solo in un secondo momento, per venire incontro alle esigenze dei dipendenti, i quali altrimenti sarebbero venuti a trovarsi nell'impossibilità di contrarre mutui per far fronte a gravi esigenze anche di carattere familiare, fu introdotta la possibilità di una limitata cessione, dando vita a provvidenze che nel tempo hanno poi assunto i caratteri di una vera e propria assistenza creditizia nei confronti dei dipendenti delle pubbliche Amministrazioni. Il che conferma che il legislatore, più che alla natura del rapporto, ha avuto riguardo al carattere pubblico (o, comunque, di interesse generale) della funzione o del servizio espliciti attraverso il medesimo, preoccupandosi di escludere, salvo talune eccezioni tassativamente previste, la possibilità di sottrazione o di distrazione, anche legittima, della retribuzione dovuta ai dipendenti, nell'intento che ciò valga ad assicurare il regolare svolgimento della loro attività nell'espletamento dell'ufficio o del servizio cui sono preposti"⁷⁵.

Insomma, poiché la corresponsione dello stipendio serve alla P.A. datrice di lavoro per poter contare sull'opera del dipendente, il pagamento è oggetto di interesse pubblico per il debitore: come l'analoga norma per i notai è stata giustificata solo nei limiti di quella in questione per i dipendenti pubblici, "mirando a garantire la correttezza, il decoro e la continuità dell'esercizio delle funzioni notarili, così come il d.P.R. n. 180 mira ad assicurare il buon andamento e la continuità degli uffici della P.A."⁷⁶.

Questa linea fu interrotta per la prima volta con la invero sbrigativa sentenza 31 marzo 1987, n. 89, che era però relativa a un dipendente di una banca pubblica, con la quale si dichiarò incostituzionale l'art. 2, co. 1, n. 3, del D.P.R. 180/1950 perché "nessuna distinzione ontologica residua, a seguito del progressivo costante dilatarsi del settore pubblico, per oggetto dell'attività degli imprenditori e oggetto delle prestazioni dei dipendenti tra imprese private ed enti, aziende e imprese di cui al ripetuto art. 1": insomma, nei limiti del quinto, solo nel 1987 diventarono finalmente pignorabili e sequestrabili anche gli stipendi dei dipendenti pubblici, ma solo se non statali.

⁷² Corte cost. 8 giugno 1963, n. 88.

⁷³ Sarà consentito rinviare alla trattazione che ne feci in M. Barbieri, *Problemi costituzionali della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico*, Bari, Cacucci, 1997, *passim*, ma specie pp. 53-148; e, più recentemente, alle considerazioni versate in M. Barbieri, *Legge, contratto e causa del contratto*, in A. Corpaci, R. Del Punta, M.P. Monaco, *La riforma del lavoro pubblico a due anni dalla legge Madia*, atti del Convegno di Firenze, 27 settembre 2017, in corso di pubblicazione per Franco Angeli.

⁷⁴ Corte cost. 23 novembre 1967, n. 131 (ord.); 4 marzo 1970, n. 37 (ord.); 18 dicembre 1973, n. 189 (ord.).

⁷⁵ Corte cost. 9 marzo 1976, n. 49. In seguito, la Corte ha richiamato questa posizione con Corte cost. 13 febbraio 1985, n. 37, ove si afferma che "il buon andamento della pubblica amministrazione, espressamente considerato nell'art. 97 della Costituzione, che potrebbe essere turbato dalla mancanza di tranquillità economica del pubblico dipendente, conseguente alla decurtazione della sua retribuzione"; Corte cost. 13 dicembre 1985, n. 337.

⁷⁶ Corte cost. 24 maggio 1977, n. 105. V. anche, per i giornalisti, Corte cost. 12 luglio 1984, n. 209.

La vera conclusione della vicenda, per quanto qui interessi, si è avuta con la sentenza 26 luglio 1988, n. 878⁷⁷, la quale, premesso che “la pubblica amministrazione non è più oggi un blocco unitario, né sotto il profilo strutturale né sotto il profilo funzionale; essa si articola piuttosto in un complesso di centri i quali operano nelle forme più diverse e nei più diversi regimi, così rendendo sempre meno significative le differenze tra rapporto di impiego pubblico e rapporto di lavoro privato”, ribadiva che “la regola dell’impignorabilità, nata in origine al fine di tutelare il buon funzionamento dei servizi pubblici, e specificatamente di quelli svolti dallo Stato, è stata man mano estesa fino a ricomprendere una serie di fattispecie e di soggetti nettamente diversi tra loro in raffronto alle caratteristiche delle prestazioni del dipendente e dei fini istituzionali dell’ente pubblico. Non appare di conseguenza più ricostruibile la ratio unitaria della norma nell’esigenza di garantire il buon andamento degli uffici e la continuità dei servizi della pubblica amministrazione”, e soprattutto la Corte affermò: “non appare più attuale l’affermazione (sent. n. 88 del 1963) che la misura dello stipendio dei pubblici dipendenti sia fissata in funzione dei bisogni essenziali di questi, considerati a seconda del grado e delle responsabilità, ma nei limiti consentiti dalle finanze dell’ente pubblico: ciò in quanto, come già sottolineato dalla pronuncia n. 49 del 1976, sono ormai invalse forme di contrattazione collettiva anche nel settore del pubblico impiego”.

Insomma, la comparsa di forme di pseudocontrattazione collettiva quali quelle degli accordi sindacali come presupposto procedimentale del D.P.R. sullo stato giuridico, secondo le previsioni che furono dapprima delle leggi di settore e poi della legge quadro 29 marzo 1983, n. 93⁷⁸, malgrado la forma alquanto ambigua giuridicamente⁷⁹, aveva fatto emergere che la corresponsione dello stipendio *non* era un interesse dell’Amministrazione, ma del creditore/lavoratore, in un rapporto, ancorché di diritto pubblico, nel quale l’ordinamento non poteva più negare l’esistenza di un conflitto tra interesse datoriale e interesse del prestatore: e infatti osservò la Corte che “la misura della retribuzione del pubblico dipendente è oggi fissata in funzione di parametri assai simili a quelli del rapporto di lavoro privato”.

Qui vorrei fare una breve digressione: è singolare, a mia opinione, che mentre la maggioranza della dottrina tiene per dogma il fatto che il debitore della prestazione abbia come unico interesse nell’esecuzione la liberazione dal vincolo⁸⁰, cioè che non vi sia un diritto del lavoratore alla esecuzione della prestazione, malgrado qualche importante e argomentata pronuncia giurisprudenziale in senso contrario⁸¹, non ci si avveda che assai a lungo si è dato per pacifico che l’esecuzione della controprestazione retributiva da parte delle Pubbliche Amministrazioni, sia pure in un assetto giuridico prevalentemente non contrattuale⁸², fosse anche nell’interesse del debitore.

Siccome però anche nel caso da ultimo evocato si è fatto riferimento all’essere il lavoro – e qui non rileva più se pubblico o privato – “finalizzato al conseguimento della retribuzione, a mente dello stesso precetto dell’art. 36/I Cost.”⁸³, e siccome abbiamo parlato dell’influenza della norma costituzionale

⁷⁷ Cui seguì, con Corte cost. 9 marzo 1990, n. 115, la dichiarazione di incostituzionalità dell’art. 1, terzo comma, lett. b), della legge 27 maggio 1959 n. 324, che stabiliva separatamente il divieto della cedibilità, pignorabilità e sequestrabilità della indennità integrativa speciale istituita dalla legge stessa.

⁷⁸ Per il settore ospedaliero: art. 40 legge 12 febbraio 1968, n. 132, e poi art. 7 D.L. 8 luglio 1974, n. 264, conv. In L. 17 agosto 1974, n. 386, poi per il Servizio Sanitario Nazionale art. 47 legge 23 dicembre 1978, n. 833; per il settore statale: art. 24 legge 28 ottobre 1970, n. 775, poi modificato dall’art. 9 legge 22 luglio 1975, n. 382; per il parastato: art. legge 23-31 marzo 1975, n. 70; per gli enti locali: art. 6 legge 27 febbraio 1978, n. 43.

⁷⁹ Corte cost. 25 luglio 1984, n. 219, rigettava nettamente una questione fondata sulla “supposta identificazione della ‘disciplina in base ad accordi’ di cui all’art. 3 della legge n. 93, con la contrattazione collettiva, direttamente operante, di cui all’art. 39 della Costituzione”.

⁸⁰ Da ultimo in questo senso V. Ferrante, *Obbligo e diritto alla esecuzione della prestazione*, in M. Marazza (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, t. II, *Diritti e obblighi, Trattato di diritto del lavoro* diretto da M. Persiani e F. Carinci, Cedam, Padova, 2012, pp. 1652-1688, e qui pp. 1668-1675. Come lo stesso A. segnala, “la questione del diritto del debitore ad eseguire la propria prestazione è talmente antica, che viene tratta anche da L. Barassi” (p. 1672 nt. 201); tuttavia, L. Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, Soc. editrice libraria, 1901, pp. 515 s.; ora anche in *anastatica* con cura e introduzione di M. Napoli, Milano, Vita e Pensiero, 2003, aveva una posizione più possibilista.

⁸¹ Cass. 18 giugno 2012, n. 9966, per la quale “che il lavoratore, in base al contratto di lavoro, abbia diritto, non solo a percepire la retribuzione, ma anche a lavorare, è concetto che si fonda sui principi costituzionali e che trova riscontro nei numerosi filoni giurisprudenziali che tutelano il lavoratore contro comportamenti datoriali in cui, senza giustificazione, al lavoratore viene pagata la retribuzione, ma non viene fatta eseguire la prestazione. Il lavoro non è solo strumento di sostentamento economico, ma è anche strumento di accrescimento della professionalità e di affermazione della propria identità a livello individuale e nel contesto sociale. Questa molteplicità di profili è considerata dalla Costituzione quando afferma che la Repubblica è fondata sul lavoro (art. 1), riconosce i diritti dell’uomo ‘sia come singolo che nelle formazioni sociali’ (art. 2) e in particolare riconosce ‘il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto’, che è altresì un ‘dovere’ nei confronti della società (art. 4)”.

⁸² Ma impignorabilità e insequestrabilità riguardavano anche i rapporti contrattuali.

⁸³ Ancora V. Ferrante, *op. cit.*, pp. 1670 s.

sull'art. 33 del T.U. n. 3/1957, e quindi sul passaggio legislativo e giurisprudenziale a quella che ho chiamato la *corrispettività difficile* del pubblico impiego di diritto pubblico, mi pare il momento di passare all'esame della disposizione costituzionale.

2. L'art. 36, co. 1, Cost. e il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche: spunti dalla giurisprudenza costituzionale

Occorre premettere alla successiva trattazione alcune considerazioni sull'art. 36, co. 1, Cost., per rapporto al lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, facendo per il resto rinvio all'ampio svolgimento della bella relazione del collega Paolo Pascucci. Non può sfuggire, infatti, la singolarità dell'assunzione al rango costituzionale della determinazione del contenuto di un rapporto obbligatorio, riflettendo “nella sua funzione e nella sua regolazione, la complessità delle fonti e dei caratteri che distinguono il rapporto di lavoro dalla generalità dei rapporti obbligatori”⁸⁴.

Ora, si sa che esiste un rapporto originario tra retribuzione e contratto collettivo, che si può scorgere sin dalle fasi aurorali dello sviluppo del movimento sindacale nei Paesi europei: regolazione della tariffa e limitazione al potere disciplinare sono pressoché dappertutto i contenuti della contrattazione collettiva al suo sorgere. Ma è proprio quel nesso a mancare nel lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, e quella mancanza ha contribuito a marginalizzare le concezioni contrattualistiche del rapporto di pubblico impiego e a spingere ai margini della riflessione scientifica i rapporti di lavoro contrattuali che pur continuavano a sussistere con le Pubbliche Amministrazioni.

Quando l'art. 36, co. 1, Cost., opera la costituzionalizzazione della retribuzione, peraltro, pone il salario minimo nettamente al di là del “minimo necessario del salario”⁸⁵ che consenta alla persona del lavoro la sussistenza.

Nel fare questo, l'Assemblea costituente, che si applicò con passione al tema⁸⁶, aveva presente naturalmente la necessità di intervenire sotto forma di regola per il mercato, onde non può meravigliare che non abbia preso in considerazione la questione della retribuzione dei dipendenti pubblici che, al di là della marginalità dei rapporti a qualificazione giuridica contrattuale, comunque non lavorano per il mercato.

Entriamo così nel terreno minato – per la sua carica ideologica – del rapporto tra la regola costituzionale e il mercato. Ancora recentemente uno dei più autorevoli Maestri del diritto del lavoro, che al tema ha dedicato contributi fondamentali – ha scritto che “entrambi i principi” – sufficienza e proporzionalità – “non solo il primo, segnalano uno scostamento delle regole costituzionali sulla retribuzione dai criteri di mercato”⁸⁷; e analogamente Ichino ha scritto che “nell'intendimento originario del legislatore costituente vi era, eccome, un intervento correttivo della retribuzione risultante dal libero gioco del mercato”⁸⁸.

Credo che questa idea non possa essere condivisa.

Non c'è mercato senza regole: e - contrariamente a quel che ha scritto Treu – è “libera contrattazione” sia quella individuale sia quella collettiva, e dunque entrambe sono espressione di un criterio di mercato: solo che siccome non c'è mercato senza regole giuridiche, nel primo caso la regola giuridica su cui si fonda la fissazione individuale della retribuzione è l'autonomia negoziale dei soggetti del contratto di lavoro, nel secondo è la libertà sindacale.

Se la Costituzione ha voluto comprimere l'autonomia individuale dei contraenti imponendo loro che il contenuto della controprestazione retributiva avesse inderogabilmente i caratteri della proporzionalità e della sufficienza, lo ha fatto scegliendo dunque *quale* mercato sia possibile, e quale vietato. In particolare, grazie all'interpretazione prevalsa in giurisprudenza, è possibile e lecito il mercato i cui prezzi sono determinati a livello nazionale dal contratto collettivo nazionale di lavoro, non è permesso il mercato i cui prezzi sono determinati dalle situazioni personali e locali, se non in quanto *superino* i primi.

⁸⁴ T. Treu, *Contratto di lavoro e corrispettività*, in M. Marazza (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, t. II, *Diritti e obblighi*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. Persiani e F. Carinci, Padova, Cedam, 2012, vol. IV, pp. 323 s.

⁸⁵ K. Marx, *Lineamenti fondamentali della critica dell'economia politica*, Firenze, La Nuova Italia, 1970 (ma i *Grundrisse* sono del 1857-1858), vol. II, p. 555.

⁸⁶ V. la preziosa ricostruzione del dibattito in C. Faleri, *Le origini ideologiche e culturali del principio della giusta retribuzione*, in L. Gaeta (a cura di), *Prima di tutto il lavoro. La costruzione di un diritto all'Assemblea Costituente*, Roma, Ediesse, 2014, pp. 166-181.

⁸⁷ T. Treu, *Contratto di lavoro*, cit., p. 1328.

⁸⁸ P. Ichino, *La nozione di giusta retribuzione nell'articolo 36 della Costituzione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, pp. 719-767, e qui p. 733.

E persino se il contratto collettivo manchi, la giurisprudenza ha fatto rinvio proprio “come espressione parametrica delle condizioni di mercato” – non scostandosi da esse, dunque – ad “altro contratto che concerne prestazioni lavoratori affini o analoghe”⁸⁹: possiamo dunque dire, e vedremo che rilievo abbia l’affermazione quando passeremo agli interventi legislativi, che un contratto collettivo utile come parametro per la fissazione della retribuzione proporzionata e sufficiente c’è *sempre*.

E tuttavia, la giurisprudenza costituzionale, che ha avuto tante occasioni di scrutinare norme alla luce dell’art. 36, co. 1, Cost., non ha mancato sin dagli anni ’60 di ritenere doverosa l’applicazione anche ai dipendenti pubblici, senza neppure interrogarsi sul punto bensì dandolo per acquisito nelle proprie argomentazioni⁹⁰; forse alla luce della antica considerazione che il mercato del lavoro comunque presenta una comunicazione fra livelli salariali dei dipendenti privati che producono per il mercato, e livelli salariali dei dipendenti pubblici, che non lavorano per il mercato, rilevando che la “indipendenza [...] non è affatto assoluta; e le non infrequenti variazioni, che pur nel trattamento economico fatto ai pubblici impiegati si succedono, mostrano come anch’esso debba adeguarsi allo stato dell’economia generale e alle condizioni della domanda e dell’offerta”⁹¹.

Insomma, la regola del mercato per chi per il mercato lavora e produce, vale inevitabilmente anche per chi lavora e produce non per il mercato: essendo unico il *mercato del lavoro*, ciò che accade da un lato provoca effetti dall’altro.

Inoltre, mi pare di qualche interesse ricordare una recente e molto importante sentenza costituzionale⁹², di cui fu redattrice la cara collega Silvana Sciarra, che per l’articolazione e l’approfondimento dell’argomentazione pare rappresentativa dell’attuale punto d’approdo della giurisprudenza costituzionale sul punto dell’applicazione dell’art. 36, co. 1, Cost. ai dipendenti pubblici.

In disparte considerazioni sulla sentenza in genere, che ho avuto modo di svolgere in altra sede⁹³, la questione della legittimità delle disposizioni di legge che imponevano l’invarianza delle retribuzioni è stata risolta positivamente dalla Corte negando che fosse predicabile una “indiscriminata illegittimità della sospensione delle procedure negoziali” – e dunque del blocco salariale – in nome del “contemperamento dei diritti, tutelati dagli artt. 36, primo comma, e 39, primo comma, Cost., con ‘l’interesse collettivo al contenimento della spesa pubblica’, che deve essere adeguatamente ponderato ‘in un contesto di progressivo deterioramento degli equilibri della finanza pubblica’ (sentenza n. 361 del 1996, punto 3. del Considerato in diritto)”⁹⁴.

La citazione di un precedente dovuto all’illustre penna di Luigi Mengoni non toglie che si possano muovere critiche all’argomentazione adoperata nei suoi presupposti fattuali, nel suo significato sistematico, e nei suoi effetti funzionali.

Rinviano per la critica ai presupposti fattuali del ragionamento della Corte a quanto già rilevato in altre sede⁹⁵, qui la Corte ha posto sullo stesso piano dal punto di vista dei valori costituzionali il diritto alla giusta retribuzione e quello alla contrattazione collettiva, da un lato, e il principio dell’equilibrio di bilancio contenuto nell’art. 81, co. 1, dopo la L. cost. 20 aprile 2012, n. 1⁹⁶. Orbene, questa equiordinazione è assai discutibile, poiché con Mortati si potrebbe ritenere che il principio lavoristico

⁸⁹ Da ultimo Cass. 23 dicembre 2016, n. 26953, ove ulteriori richiami.

⁹⁰ Corte cost. 13 gennaio 1966, n. 3; 3 luglio 1967, n. 78; 19 luglio 1968, n. 112; 9 dicembre 1968, n. 124; 5 aprile 1971, n. 70, e così via.

⁹¹ M. Petrozziello, *op. cit.*, p. CCCIX, che soggiunge: “quando gl’impieghi privati offrono l’attrattiva di considerevoli lucri, assai scarsa è la domanda di pubblici impieghi; per cui la P. Amministrazione è costretta anch’essa a elevare stipendi [...] Viceversa, qualora la economia generale incontri difficoltà e ristrettezze con le conseguenti riduzioni di salari e disoccupazione, affluisce allora la domanda pei pubblici impieghi; e l’Amministrazione può apportare riduzioni anche considerevoli nel trattamento economico dei suoi impiegati”. *Ivi*, alla nt. 1, ulteriori riferimenti per le tesi dottrinali conformi e opposte.

⁹² Corte cost. 23 luglio 2015, n. 178.

⁹³ Sarà dunque consentito il rinvio a M. Barbieri, *Contratto collettivo e lavoro pubblico: blocco salariale e blocco della contrattazione tra scelte legislative e giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, pp. 453-481.

⁹⁴ Corte cost. 23 luglio 2015, n. 178, al Considerato in diritto 10.3.

⁹⁵ M. Barbieri, *Contratto collettivo e lavoro pubblico*, cit., pp. 458 s.

⁹⁶ In questo era stata preceduta da TAR Lazio, sez. III, 23 ottobre 1997, n. 2531, in *Lav. publ. amm.*, 1998, p. 571, che ne aveva tratto ragioni per respingere un ricorso contro il CCNL del comparto scuola, osservando tra l’altro che “non si può invero avere riguardo esclusivamente al mero rapporto sinallagmatico”.

assuma (con altri) una rilevanza caratterizzante l'ordinamento, ciò che certamente non si potrebbe predicare del principio dell'equilibrio di bilancio⁹⁷.

Per quanto attiene invece agli effetti funzionali, la Corte ha negato la violazione dell'art. 36 Cost., sotto il profilo che “la legittimità delle misure ricordate [...] risiede nella ragionevolezza che ne ispira le linee direttrici”, onde “il sacrificio del diritto alla retribuzione commisurata al lavoro svolto [...] non è, nel quadro ora delineato, né irragionevole né sproporzionato”⁹⁸.

Dunque, è stato riconosciuto che nella fattispecie oggetto del giudizio il sacrificio del principio di proporzionalità della retribuzione sussistesse, ma si è ritenuto tale sacrificio ragionevole e proporzionato sulla base di una ideologia – a sostegno vengono richiamate le considerazioni della Corte dei conti sulla necessità del contenimento delle retribuzioni pubbliche e le osservazioni dell'Aran sulla dinamica retributiva pubblica che sarebbe più sostenuta di quella riscontrabile nel lavoro privato: e vedremo *infra*, sub §5.6⁹⁹, quanto questa premessa fattuale fosse infondata. Peraltro, non vi è alcuna norma nell'ordinamento che preveda la necessità costituzionale della coerenza tra le dinamiche retributive pubbliche e private, e molti economisti ci insegnano quanto sia viceversa irragionevole il contenimento delle retribuzioni pubbliche nei periodi di crisi.

L'applicazione ai dipendenti pubblici della disposizione dell'art. 36, co. 1, Cost., dunque, non solo è stata in passato, come si vedrà meglio nel paragrafo successivo, ma continua a essere nel mondo attuale un campo di confronto tra ideologie giuridiche differenti.

3. L'art. 36, co. 1, Cost., e la sua applicazione ai contratti di lavoro con le amministrazioni pubbliche nella giurisprudenza del Consiglio di Stato

Il problema dell'applicazione della disposizione dell'art. 36, co. 1, Cost. ai rapporti di lavoro con le amministrazioni pubbliche è però vissuto innanzitutto nella giurisprudenza amministrativa.

Il tema, come si sa, ha avuto un particolare rilievo in relazione al tema della retribuzione dello svolgimento di mansioni superiori all'inquadramento posseduto, prima e dopo la contrattualizzazione del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici intervenuta con i provvedimenti legislativi del 1992¹⁰⁰/1993¹⁰¹.

Innanzitutto, però, si pose anteriormente alla contrattualizzazione e non in riferimento alle mansioni superiori. In effetti, il T.U. n. 3/1957, nel fare riferimento alla “misura stabilita dalla legge” per la retribuzione, pur aggiungendo “in relazione alla quantità e qualità delle prestazioni rese”, sembrava lasciare la porta aperta non per la diretta applicazione giudiziale della norma, ma per il necessario passaggio attraverso una questione di costituzionalità della legge che in ipotesi non consentisse la percezione della giusta retribuzione conformemente alla disposizione costituzionale.

Il Consiglio di Stato, però, in dichiarata difformità dalla coeva giurisprudenza della Cassazione, inizialmente dichiarò – senza plausibile motivazione – che nei confronti dei dipendenti pubblici l'art. 36, co. 1, Cost. avesse natura programmatica e dunque non fosse immediatamente applicabile¹⁰². Successivamente, e meno implausibilmente, l'Adunanza Plenaria 13 maggio 1966, n. 11¹⁰³, affermò che “anche la P.A., nell'emanazione degli atti autoritativi che determinano la retribuzione dei pubblici dipendenti, è tenuta ad osservare l'art. 36, primo comma, Cost.”, il quale era considerato pertanto “di immediata applicazione anche nel rapporto di pubblico impiego”: *ma* con una “operatività” diversa, rispetto al lavoro privato, non potendosi prescindere dalla tempestiva impugnazione degli atti autoritativi di determinazione dello stipendio che fossero in contrasto con la disposizione costituzionale. E infatti, la stessa Adunanza Plenaria precisò poi trattarsi di controversie su interessi legittimi, “in quanto la rilevata natura precettiva e non meramente programmatica dell'art. 36 della Costituzione non importa che il

⁹⁷ Una sintetica ricostruzione di questo dibattito, con riferimenti, in L. Nogler, *Cosa significa che l'Italia è una Repubblica «fondata sul lavoro»?*, *Lav. dir.*, 2009, specie pp. 434 ss. Si potrebbe aggiungere che la stessa caratterizzazione dell'ordinamento come Stato sociale (se si può mutuare un concetto tedesco) dipenda dal ruolo riconosciuto alla autonomia collettiva, che assurgerebbe così al ruolo di uno dei principi supremi dell'ordinamento stesso, nel senso che all'espressione ha dato A. LONGO, *I valori costituzionali come categoria dogmatica*, Jovene, 2007, specie pp. 404 ss. Ne deriverebbe un bilanciamento *ex ante* con il principio di equilibrio di bilancio, che porterebbe a conclusioni diverse da quelle della Corte, nel senso dell'illegittimità di ogni blocco contrattuale, anche temporaneo.

⁹⁸ Corte cost. 23 luglio 2015, n. 178, al Considerato in diritto 12.2.

⁹⁹ Alla nt. 277.

¹⁰⁰ Art. 2 L. 23 ottobre 1992, n. 421.

¹⁰¹ D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29.

¹⁰² Cons. Stato, sez. VI, 27 settembre 1952, n. 270; sez. V, 3 giugno 1962, n. 238; 10 giugno 1961, n. 274.

¹⁰³ In *Foro it.*, 1967, III, c. 107.

dependente abbia un diritto soggettivo perfetto, immediatamente tutelabile. Occorre infatti che l'Amministrazione, nell'esercizio della sua potestà discrezionale, determini la quantità e qualità del lavoro prestato nel caso concreto¹⁰⁴, né – cosa per noi del maggiore interesse – si sarebbe potuto invocare il paragone con le retribuzioni degli insegnanti statali¹⁰⁵, peraltro tra loro diverse: emerge la difficoltà di applicare la disposizione costituzionale in assenza del parametro fornito dai contratti collettivi.

Insomma, come la corrispettività senza contratto individuale si era rivelata difficile, così pure l'applicazione della disposizione costituzionale in materia di giusta retribuzione si rivelava difficile senza contratto collettivo.

Con il dilatarsi quantitativo del lavoro pubblico¹⁰⁶, la rigidità del sistema della piante organiche – una fotografia rigida dell'Amministrazione, che conteneva nello stesso atto sia il disegno organizzativo dell'ente sia la quantificazione del personale necessario alle singole articolazioni di quel disegno – cozzava sempre più spesso con la funzionalità dell'attività: al che le Amministrazioni replicavano sovente con il c.d. mansionismo, cioè con l'uso del lavoro in maniera indipendente dal formale inquadramento dei singoli lavoratori¹⁰⁷. Naturalmente, se il fenomeno si prestò anche ad abusi, d'altro canto suscitò un significativo contenzioso – si parla di diverse centinaia di sentenze in mezzo secolo, per quanto possa emergere da repertori e banche dati - quando coloro che esercitavano mansioni superiori richiesero la corresponsione delle relative differenze retributive.

Tuttavia, su questo la giurisprudenza amministrativa¹⁰⁸ ha preso una posizione estremamente rigida, che ha comportato anche uno scontro con l'opposto orientamento della Corte costituzionale.

Il Consiglio di Stato, infatti, ha, in larga prevalenza¹⁰⁹, ostinatamente negato il diritto alle differenze retributive per i pubblici dipendenti.

Allo scopo di analizzare le argomentazioni portate nei decenni – molte delle quali di stretta attualità al di là delle differenti situazioni giuridiche prese in esame – mi pare sia necessario dividere la giurisprudenza del Consiglio di Stato in due filoni: quello relativo a situazioni antecedenti la contrattualizzazione, quando (quasi) tutti i rapporti erano disciplinati dallo stato giuridico, e che apparentemente potrebbe apparire non più interessante, ma dove in realtà troviamo l'origine di argomentazioni tuttora adoperate, come si vedrà; quello incidente su situazioni successive, in relazione ai dipendenti contrattualizzati per i quali la giurisdizione sino al 30 giugno 1998 è restata quella amministrativa¹¹⁰.

3.1. L'applicazione dell'art. 36, co. 1, Cost. ai dipendenti pubblici prima della contrattualizzazione del rapporto

Le posizioni espresse nelle tre fondamentali pronunce dell'Adunanza Plenaria degli anni '60 hanno continuato ad alimentare le posizioni della giurisprudenza anche nel quarto di secolo che le ha separate dalla contrattualizzazione del rapporto di lavoro della grande maggioranza dei dipendenti pubblici.

Il Consiglio di Stato, dunque, ha continuato a ragionare sulla “operatività” della norma all'interno del lavoro pubblico, ritenendo che occorresse la tempestiva impugnazione degli atti con le quali la retribuzione era stata fissata in supposta difformità dalla disposizione costituzionale¹¹¹, o addirittura dei singoli atti mensili di liquidazione¹¹². Più articolatamente, si è ritenuto che “l'eventuale inadeguatezza della retribuzione ai minimi garantiti dall'art. 36 cost. si risolve in illegittimità costituzionale della legge

¹⁰⁴ Cons. Stato, Ad. Plen., 7 marzo 1969, n. 5, in *Foro it.*, 1969, III, c. 89.

¹⁰⁵ Il caso riguardava una scuola legalmente riconosciuta annessa a un Convitto nazionale. Ma in termini v. già Cons. Stato, Ad. Plen., 5 novembre 1966, n. 20, in *Foro amm.*, 1966, I, 2, 1002.

¹⁰⁶ Da 1.075.042 dipendenti statali (esclusi gli enti locali) nel 1948 a 1.417.529 nel 1963. Dopo altri quindici anni, nel 1978 saranno 2.157.717 (G. Melis, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, il Mulino, 1996, pp. 467 e 521).

¹⁰⁷ Una discussione sulla situazione subito dopo la contrattualizzazione del rapporto in P. Alleva, *Lo ius variandi*, in F. Carinci (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Milano, Giuffrè, 1995¹, vol. II, pp. 941-962.

¹⁰⁸ Per ragioni di spazio, non sarà qui presa in esame quella di primo grado.

¹⁰⁹ Un orientamento minoritario, che riconosceva l'applicazione dell'art. 36, co. 1, Cost., si può vedere a partire da Cons. Stato, sez. VI, 4 marzo 1998, n. 242.

¹¹⁰ Non mi occuperò in questa sede di dipendenti non contrattualizzati ex art. 2, co. 3, D.Lgs. n. 165/2001.

¹¹¹ Cons. Stato, sez. VI, 13 ottobre 1986, n. 789; Cons. Stato, sez. V, 30 giugno 1987, n. 425; Cons. Stato, sez. V, 29 dicembre 1987, n. 844; Cons. Stato, sez. V, 22 luglio 1992, n. 676, in *Foro amm.*, 1992, p. 1660; Cons. Stato, sez. V, 12 ottobre 1999, n. 1447, in *Ragiusan*, 2000, 188, 332; Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 1999, n. 1879, in *Foro amm.*, 1999, 2466; Cons. Stato, sez. V, 16 ottobre 2002, n. 5598.

¹¹² Cons. Stato, sez. V, 26 ottobre 1979, n. 629.

o in illegittimità del provvedimento, generale o particolare, che fissa la retribuzione; e che tali illegittimità possono essere fatte valere soltanto con i mezzi previsti dall'ordinamento, rispettivamente, per eccepire l'illegittimità costituzionale di leggi o per impugnare gli atti amministrativi", in relazione al fatto che la "precettività della disposizione costituzionale postula, peraltro, la natura contrattuale del rapporto di lavoro"¹¹³. Non si potrebbe essere in disaccordo, stavolta: l'ostacolo alla correttezza costituzionalmente disposta sta nella unilateralità dello stato giuridico.

Singolare fu la posizione della sentenza con la quale, ritualmente invocato l'art. 97 Cost. per sbarrare la strada alla pretesa delle differenze retributive, si aggiunse che, poiché il dipendente avrebbe potuto rifiutarsi di svolgere mansioni non proprie, senza danno alle previsioni dell'art. 36 Cost. si dovesse escludere che "senza la connivenza dell'interessato si pot[essero] creare situazioni di sfruttamento del lavoro dipendente"¹¹⁴.

Un altro tema già posto nelle Adunanze Plenarie *supra* ricordate al fine di rigettare la domanda fondata sull'art. 36, co. 1, Cost., era stato quello del parametro della retribuzione proporzionata e sufficiente, in assenza di contratto collettivo cui riferirsi. Anche questo tema è stato ripreso nella giurisprudenza successiva, ma per escludere che i contratti collettivi, intendendo come tali indiscriminatamente anche gli accordi sindacali antecedenti alla contrattualizzazione, possano essere più di un "parametro di riferimento" per i dipendenti con un rapporto di lavoro di fatto, giacché il contratto collettivo fissa l'entità delle retribuzioni in relazione a diversi "elementi" che il Consiglio di Stato esemplifica in "difficoltà di accesso alla posizione di lavoro, livello di responsabilità, numero delle ore di lavoro, 'forza' contrattuale del sindacato, ecc."¹¹⁵. Difficile non avere perplessità su questa interpretazione della contrattazione, che svincola completamente la disposizione costituzionale dal suo principale riferimento attuativo secondo una interpretazione prevalsa nel lavoro privato, come si sa, sin da Cass. 12 maggio 1951, n. 1184¹¹⁶.

Un caso del tutto particolare è quello relativo alle decisioni sul contenzioso nel campo della sanità, per il quale il legislatore aveva provveduto, nei primi due commi dell'art. 29 D.P.R. 20 dicembre 1979, n. 761, a disciplinare le mansioni, prevedendo al primo comma che "il dipendente ha diritto all'esercizio delle mansioni inerenti al suo profilo e posizione funzionale e non può essere assegnato, neppure di fatto, a mansioni superiori o inferiori" – dal che sembrava emergere il divieto di adibizione a mansioni superiori – ma al secondo comma che "in caso di esigenze di servizio il dipendente può eccezionalmente essere adibito a mansioni superiori. L'assegnazione temporanea, che non può comunque eccedere i sessanta giorni nell'anno solare, non dà diritto a variazioni del trattamento economico".

L'interpretazione avrebbe potuto essere duplice: premesso che nei primi sessanta giorni di eccezionale adibizione a mansioni superiori per esigenze di servizio, non si era pagati, se la durata delle esigenze e conseguentemente delle mansioni superiori avesse superato i sessanta giorni si tornasse al divieto del primo comma; oppure che invece fosse legittima la prosecuzione, ma a quel punto cessasse il divieto di corresponsione delle differenze retributive¹¹⁷.

Il dubbio venne prontamente all'attenzione della giurisprudenza amministrativa, che sollevò appunto una questione di costituzionalità per la mancata previsione della possibilità di adibizione per un periodo più lungo anche in presenza di esigenze di servizio (*ex art. 97*) e delle corrispondenti differenze retributive (*ex art. 36*)¹¹⁸: ma la vicenda fu indirizzata, malgrado qualche iniziale ma non minoritaria espressione negativa della giurisprudenza amministrativa¹¹⁹, dalla presa di posizione della Corte costituzionale, la quale dichiarò rapidamente la manifesta inammissibilità della questione posta, argomentando che "l'eccezionalità della norma impone una interpretazione rigorosa del secondo comma, nel senso che l'assegnazione a mansioni superiori senza maggiorazione retributiva è consentita solo se giustificata dalla

¹¹³ Cons. Stato, sez. V, 3 ottobre 1989, n. 600, in *Foro amm.*, 1989, p. 2696.

¹¹⁴ Cons. Stato, sez. V, 30 ottobre 1997, n. 1219, in *Foro amm.*, 1997, p. 2751.

¹¹⁵ Cons. Stato, sez. V, 21 ottobre 1995, n. 1462, in *Foro amm.*, 1995, 2214; Cons. Stato, sez. V, 24 agosto 2000, n. 4594; Cons. Stato, sez. V, 16 ottobre 2002, n. 5598.

¹¹⁶ In *Riv. giur. lav.*, 1951, II, pp. 253-256.

¹¹⁷ Così fu prospettata la questione di costituzionalità da Cons. Stato, Ad. Plen., 5 luglio 1989, n. 10, in *Foro amm.*, 1989, p. 2013, che appariva propendere per la prima soluzione.

¹¹⁸ TAR Sicilia, Catania, 27 gennaio 1987 (ord.), in *Giur. cost.*, 1987, II, 2, 1107.

¹¹⁹ TAR Val d'Aosta, 5 febbraio 1987, n. 10; TAR Lazio, Latina, 13 maggio 1987, n. 285; *contra* TAR Sicilia, Palermo, 20 maggio 1987, n. 423; TAR Sardegna, 25 agosto 1987, n. 655; Cons. Stato, sez. IV, 20 ottobre 1987, n. 628; TAR Sicilia, Palermo, 6 febbraio 1988, n. 135; TAR Lazio, Roma, sez. I, 17 giugno 1988, n. 909.

condizione indicata e contenuta nel detto limite massimo di tempo, trascorso il quale cessa l'efficacia del provvedimento, e quindi la prestazione ulteriore di lavoro in tali mansioni produce al datore un arricchimento senza causa, che alla stregua dell'art. 36, primo comma, Cost., direttamente applicabile, comporta l'obbligazione di adeguare il trattamento economico del dipendente alla natura del lavoro effettivamente prestato¹²⁰. Dunque, anziché emettere una sentenza additiva, la Corte scelse la via di indicare l'interpretazione costituzionalmente corretta, ritenendo che, oltre i limiti legislativamente fissati l'esercizio di mansioni superiori, spettassero la differenze retributive. Questa posizione è stata rigorosamente mantenuta, tra sentenze e ordinanze, in tutte le successive occasioni¹²¹, anche di fronte all'espresso dissenso di qualche giudice amministrativo che bizzarramente riteneva contrastante con la Costituzione l'assetto derivante dalle pronunce della stessa Corte, e pretendeva che l'assegnazione a mansioni superiori contrastasse con il buon andamento. La Corte replicò che "l'assegnazione provvisoria delle relative mansioni all'aiuto favorisce, non già ostacola, il buon andamento del servizio"¹²².

Conseguentemente, anche nella giurisprudenza del Consiglio di Stato si è affermato un filone che riconosceva le differenze retributive in relazione alle mansioni effettivamente svolte oltre i sessanta giorni, ma – quel che oggi rileva – non solo argomentando *ex art.* 29 D.P.R. n. 761/1979, come era stato interpretato dalla Corte costituzionale, ma, e sempre per dichiarato adeguamento alla giurisprudenza costituzionale, anche per effetto di una predicata "applicazione diretta" della disposizione costituzionale¹²³: della quale, dunque, si assumeva l'applicabilità al lavoro pubblico senza bisogno della mediazione di una norma legale.

E peraltro qualche pronuncia riteneva i principi affermati dalla giurisprudenza e accolti dall'Adunanza Plenaria n. 2/1991 "di portata generale", applicandoli anche a dipendenti pubblici estranei al comparto sanitario¹²⁴.

In altre pronunce, si ammetteva l'applicabilità dell'art. 36 Cost., con l'unica condizione che l'adibizione a mansioni superiori avvenisse in relazione ad una vacanza in organico¹²⁵.

Tuttavia, il Consiglio di Stato ha sviluppato anche altri orientamenti, taluno dei quali persino regressivo rispetto a quello maturato negli anni '60. Da quello, infatti, si può far derivare l'affermazione che l'art. 36, co. 1, Cost. non costituisca "per quanto concerne la determinazione dei compensi da corrispondere al dipendente, fonte diretta di integrazione della disciplina del rapporto di pubblico impiego, ma criterio di valutazione degli atti normativi, che dispongono in materia"¹²⁶.

In difformità, invece, si muove quel filone giurisprudenziale che ha recuperato addirittura la già richiamata giurisprudenza precedente le tre Adunanze Plenarie, ritenendo *tout court* l'art. 36, co. 1, Cost. "una norma programmatica"¹²⁷, e anche quello che inverte la gerarchia delle fonti affermando che l'art. 36 Cost. "non è utilizzabile quando in concreto un atto-fonte primario già determini il criterio di corresponsione della retribuzione"¹²⁸.

Ancora, è stato sostenuto che l'art. 36 Cost. "enuncia solo un principio che deve presiedere alla predisposizione delle norme, legislative o regolamentari, dirette alla disciplina della retribuzione dei lavoratori. La norma ha come suoi destinatari, quindi, il legislatore ordinario e l'amministrazione, nell'esercizio del suo potere regolamentare, e vincola esclusivamente l'esercizio dell'attività normativa", onde "non regola le singole fattispecie concrete" e dunque non intesta una situazione soggettiva ai e alle dipendenti pubblici¹²⁹: posizione che ha particolare rilievo attuale, perché ci rimanda alla questione del

¹²⁰ Corte cost. 26 luglio 1988, n. 908 (ord.). Relatore fu Luigi Mengoni.

¹²¹ Corte cost. 23 febbraio 1989, n. 57; Corte cost. 19 giugno 1990, n. 296; 31 luglio 1990, n. 408 (ord.); 26 marzo 1991 (ord.); 23 luglio 1993, n. 337 (ord.); 31 marzo 1995, n. 101; 22 luglio 1996, n. 289 (ord.). Vale la pena segnalare che anche di tutte queste pronunce fu relatore Luigi Mengoni.

¹²² Corte cost. 19 giugno 1990, n. 296.

¹²³ Questo filone principia da Cons. Stato, Ad. Plen., 16 maggio 1991, n. 2, in *Foro amm.*, 1991, 1352, e arriva sino a Cons. Stato, sez. V, 14 luglio 2003, n. 4166.

¹²⁴ Cons. Stato, 21 settembre 1996, n. 1144, in *Foro amm.*, 1996, p. 2625.

¹²⁵ Cons. Stato, sez. IV, 4 luglio 1996, n. 817.

¹²⁶ Cons.St., sez. VI, 20 aprile 2001 n. 2402; Cons. Stato, sez. V, 23 giugno 2003, n. 3708; Cons. Stato, sez. IV, 14 luglio 2004, n. 5091.

¹²⁷ Cons. Stato, sez. V, 13 giugno 1990, n. 520; Cons. Stato, sez. V, 16 maggio 1995, n. 791.

¹²⁸ Cons. Stato, sez. V, 23 aprile 1998, n. 466.

¹²⁹ Cons. Stato, sez. V, 10 agosto 2000, n. 4399. Segnalo che le massime pubblicate contengono un riferimento ai contratti collettivi in realtà assente nella pronuncia, che si riferisce a fattispecie precedente e ad accordi sindacali recepiti in D.P.R. In termini Cons. Stato, sez. V, 22 novembre 2001, n. 5924; Cons. Stato, sez. VI, 28 settembre 2006, n. 5690.

rilievo del contratto individuale nella disciplina del lavoro pubblico per rapporto alle previsioni dell'art. 49 D.Lgs. n. 29/1993, poi art. 45 D.Lgs. 165/2001, in tema di determinazione del trattamento economico ad opera dei contratti collettivi. Siccome su questo tornerò *infra*, mi limito ora a segnalare il tema.

Ma l'argomento largamente più diffuso nella giurisprudenza del Consiglio di Stato per negare l'applicabilità ai dipendenti pubblici dell'art. 36, co. 1, Cost. – nuovo rispetto alle decisioni degli anni '60 – è un argomento di largo respiro teorico. Si tratta dell'idea che sul rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici insistano una pluralità di principi costituzionali, variamente declinati come sto per illustrare sinteticamente, e che *proprio per questo* la disposizione costituzionale sulla giusta retribuzione *non sia direttamente applicabile*. Orbene, si potrebbe osservare che una disposizione costituzionale non direttamente applicabile sia più banalmente una disposizione inapplicabile, e che l'inapplicabilità delle norme costituzionali richiederebbe ben altra argomentazione di quelle adoperate dalla giurisprudenza in esame. Tuttavia, rinviando al prossimo paragrafo l'esame critico del punto, mi limiterò ora a illustrarne i contenuti come versati in una ininterrotta serie di pronunce.

È stata nel 1983¹³⁰, se non erro, una prima manifestazione di questo orientamento giurisprudenziale, che, a proposito del lavoro straordinario, ha argomentato dalla necessità di coordinare il principio di proporzionalità della retribuzione alla quantità di lavoro svolto con il principio di buon andamento *ex art. 97 Cost.* che giustificherebbe procedure per verificare la necessità di prestazioni straordinarie, cioè l'autorizzazione. Sin qui, la cosa ha un fondamento nella diversità intrinseca del datore di lavoro pubblico rispetto quello privato.

Successivamente, però, la prospettiva si allargò, quando si è tornati a discutere di effetti giuridici dell'esercizio di mansioni superiori. Si affermò infatti che l'art. 36 non giustificasse la pretesa a differenze retributive, perché gli art. 51 e 97, Cost. non avrebbero consentito che l'attribuzione delle mansioni e il relativo trattamento economico fossero oggetto di libere determinazioni dei pubblici funzionari¹³¹. L'aspetto fondamentale è che non solo l'art. 97 Cost. come vincolo dell'organizzazione che impedirebbe la retribuzione delle mansioni superiori, ma vi si aggiunge l'art. 51 Cost., che riguardando il diritto di accedere agli uffici pubblici in condizioni di eguaglianza, in un regime fondato sullo stato giuridico e la pianta organica (la fattispecie era precedente alla contrattualizzazione), avrebbe al più potuto dirci qualcosa sulla legittimità dell'affidamento di mansioni superiori ma non sui suoi effetti patrimoniali.

Ma in realtà questo orientamento negativo nei confronti della pretesa alle differenze retributive dei dipendenti pubblici è esplicitamente connesso a una più generale considerazione della qualificazione giuridica del rapporto, per la quale “gli interessi pubblici coinvolti hanno natura indisponibile e, quindi, l'attribuzione al dipendente delle mansioni ed il conferimento del relativo trattamento economico non possono costituire oggetto di libere determinazioni dei funzionari amministrativi”¹³².

Qui emerge il rilievo da un lato della qualificazione giuridica dei poteri dell'Amministrazione nel rapporto di lavoro, all'epoca indubitabilmente pubblicistica, dall'altro della pianta organica¹³³ come strumento di controllo della spesa pubblica fondato sulla considerazione nello stesso atto del disegno organizzativo degli uffici e della attività di programmazione della provvista del personale per le singole articolazioni dello stessa organizzazione come ivi disegnata, sistema poi abbandonato solo nel 1998 con effetti notevolissimi ma che hanno avuto scarsissima attenzione in dottrina e in giurisprudenza¹³⁴.

Sta di fatto che si è ritenuto ostassero non solo al riconoscimento delle differenze retributive per aver svolto mansioni superiori, ma proprio alla “incondizionata applicazione” dell'art. 36, co. 1, Cost. al lavoro pubblico le “contrastanti previsioni”¹³⁵ degli artt. 97 e 98 Cost.¹³⁶.

¹³⁰ Cons. Stato, sez. V, 16 novembre 1983, n. 595.

¹³¹ Cons. Stato, sez. V, 18 giugno 1996, n. 720, in *Foro amm.*, 1996, 1910. In termini Cons. Stato, sez. V, 20 dicembre 1996, n. 1568; Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2002, n. 483.

¹³² Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2002, n. 483. In termini Cons. Stato, sez. VI, 29 settembre 1999, n. 1291, in *Riv. Corte dei conti*, 1999, 5, 182; Cons. Stato, sez. VI, 28 settembre 2006, n. 5690.

¹³³ Fanno riferimento alla pianta organica per negare il diritto alle differenze retributive, fra le altre, Cons. Stato, sez. VI, 29 settembre 1999, n. 1291; Cons. Stato, sez. VI, 15 giugno 2011, n. 3639.

¹³⁴ Eccezione il notevole (ma generalmente incompreso) lavoro di M. Lozito, *Il passaggio dalla pianta organica alla dotazione organica complessiva nel lavoro pubblico*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2009, pp. 61-108.

¹³⁵ Cons. Stato, sez. IV, 16 luglio 2010, n. 4596;

¹³⁶ Così già Cons. Stato, ad. plen., 18 novembre 1999, n. 22. V. poi Cons. Stato, sez. V, 2 agosto 2010, n. 5064.

Ma l'argomentazione più interessante, che mi pare confermi la ricostruzione offerta nel primo paragrafo, è quella, talvolta espressamente subordinata a quella ex art. 97 Cost.¹³⁷, che si fonda sull'affermazione che “in base all'art. 98 Cost. i pubblici dipendenti sono al servizio della nazione, per cui le loro prestazioni non possono essere intese esclusivamente in una logica di scambio”¹³⁸: una *corrispettività difficile*, come si diceva, perché c'è lo scambio, ma non è l'unica logica che debba essere presa in considerazione, perché ce ne sono evidentemente altre.

Anzi, dalla pluralità di logiche sottese allo stato giuridico del pubblico impiego di diritto pubblico si arriva all'affermazione che l'art. 98, co. 1, Cost., ponendo i pubblici impiegati “al servizio esclusivo della nazione”. Tutto questo trae spunto da una importante, ancorché non del tutto chiara, sentenza della Corte costituzionale¹³⁹, la quale da un lato ha affermato che “il principio dell'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni mediante pubblico concorso non è incompatibile col diritto dell'impiegato, assegnato a mansioni superiori alla sua qualifica, di percepire il trattamento economico della qualifica corrispondente, giusta il principio di equa retribuzione sancito dall'art. 36 della Costituzione”, respingendo così l'opposta argomentazione ricorrente nella giurisprudenza amministrativa (prima e anche dopo questa pronuncia); d'altro canto però rinveniva dei limiti alla retribuibilità delle mansioni superiori fondati sull'imparzialità e il buon andamento ex art. 97 Cost., che avrebbero giustificato sia norme come il ricordato art. 29 D.P.R. n. 761/1979, che “consentono l'assegnazione temporanea di dipendenti a mansioni superiori alla loro qualifica senza diritto a variazioni del trattamento economico” sia “un intervento legislativo che provveda a regolarizzare queste posizioni con effetto ex nunc, ma con modalità e agevolazioni tali da compensare l'eccedenza delle mansioni svolte anteriormente rispetto alla qualifica rivestita dal dipendente”, intervento che, derogando al principio del concorso, non sarebbe cumulabile “con la pretesa di differenze retributive arretrate”, secondo una logica compensativa alquanto opinabile. E soprattutto, la Corte sbrigativamente sentenziò che “ciò non significa che l'art. 36 debba trovare incondizionata applicazione ogni volta che il pubblico impiegato venga adibito a mansioni superiori”, perché “l'art. 98, primo comma, della Costituzione vieta che la valutazione del rapporto di pubblico impiego sia ridotta alla pura logica del rapporto di scambio”: considerazione, quest'ultima, che evidentemente aveva un fondamento nella *corrispettività difficile* – anzi, a seguire la Corte direi persino *impossibile* – all'interno di un rapporto retto dallo stato giuridico, ma certamente resta, come si vedrà nel seguito della trattazione, del tutto inapplicabile a un rapporto di lavoro pubblico contrattuale, come quello che stava proprio in quegli anni per nascere¹⁴⁰.

Paradossalmente, si negava così quello che, prima della Costituzione, sotto il fascismo e nel momento del pieno sviluppo della concezione autoritaria e pubblicistica del rapporto di lavoro pubblico, lo stesso Consiglio di Stato aveva riconosciuto il “diritto dell'impiegato a percepire gli stipendi del grado superiore nel periodo in cui egli fu investito – sia pure illegittimamente – di detto grado, e di fatto ne esercitò le funzioni”¹⁴¹.

3.2 L'applicazione dell'art. 36, co. 1, Cost. ai dipendenti pubblici contrattualizzati

Sconcerta il fatto che le stesse argomentazioni siano state versate nelle sentenze successive alla contrattualizzazione dei dipendenti pubblici operata con il D.Lgs. n. 29/1993.

Come si sa, infatti, il giudice amministrativo è stato il giudice dei rapporti di lavoro dei dipendenti contrattualizzati, per il periodo tra il 1993 e il 1998.

¹³⁷ Cons. Stato, sez. III, 25 settembre 2012, n. 5098.

¹³⁸ Cons. Stato, sez. V, 8 agosto 2003, n. 4575. Da ultimo, dopo molte altre, Cons. Stato, sez. V, 25 luglio 2014, n. 3969.

¹³⁹ Corte cost. 27 maggio 1992, n. 236, di cui fu relatore pure Luigi Mengoni.

¹⁴⁰ E infatti Cons. Stato, ad. plen., 28 gennaio 2000, n. 10, riconobbe il diritto, ma solo a far data dall'entrata in vigore del D.Lgs. 29 ottobre 1998, n. 387, che aveva modificato l'art. 57 D. Lgs. n. 29/1993, rendendo palese la volontà legislativa che le differenze retributive fossero riconosciute.

¹⁴¹ Consiglio di Stato, *Il Consiglio di Stato nel biennio 1929-30*, cit., p. 296, riferendosi a Cons. Stato, sez. IV, 3 maggio (ivi, c. 8) 1930, n. 157, in *Foro it.*, 1930, III, c. 6, con nota di U. Forti, *Limiti alla retroattività dell'annullamento*. La sentenza dice proprio “corrispondergli lo stipendio, quale *corrispettivo* [corsivo mio] delle funzioni esercitate e del grado rivestito”. Si deve ricordare che Presidente del Consiglio di Stato era Santi Romano. Si deve inoltre segnalare come particolarmente interessante ai fini di cui ci si occupa il fatto che nell'indice del ponderoso volume, alla p. 1000, la voce alla quale vi è la frase riportata nel testo è intitolata “18. Rassegna della giurisprudenza in tema di stipendi e indennità: lo stipendio come *corrispettivo* [corsivo mio] di un servizio effettivamente prestato”.

Per esempio, è stata riproposta identica la tesi che non solo l'art. 36, co. 1, Cost., ma addirittura l'art. 3 Cost. fossero “norme di principio, di cui non è possibile invocare la diretta applicazione, in quanto rivolte al legislatore ordinario, alla pubblica amministrazione nell'esercizio dei suoi poteri regolamentari e ai soggetti stipulanti i contratti collettivi nei vari comparti del pubblico impiego”¹⁴².

Orbene, si deve certo concordare che la norma costituzionale in esame si rivolga anche a (e dunque vincoli anche gli) stipulanti i contratti collettivi¹⁴³; ma certamente non con l'idea che si tratta di una norma che non intesta diritti alle parti del contratto individuale di lavoro, smentita da una costante giurisprudenza, costituzionale e ordinaria, ormai avviata al settantennio.

Talvolta, si è richiamata l'esistenza della pianta organica e la sua rigidità per giustificare l'inapplicabilità dell'art. 36, co. 1, Cost.¹⁴⁴.

Ancora, si continuava a richiamare la tesi che la “incondizionata applicazione” (cioè l'applicazione) dell'art. 36 Cost. fosse “impedita dalle contrastanti previsioni degli artt. 97 e 98 Cost.”¹⁴⁵.

Anzi, conservando in un contesto normativo del tutto mutato la logica applicata prima della contrattualizzazione, e sebbene talvolta ponendo il richiamo in secondo piano rispetto a quello dall'art. 97 Cost.¹⁴⁶, si è ancora molte volte, e ancora recentemente, affermato che dall'art. 98 Cost. “discende il divieto che la valutazione del rapporto di pubblico impiego sia ridotta alla mera logica del rapporto di scambio”¹⁴⁷, anche in fattispecie almeno parzialmente successive alla contrattualizzazione del 1993.

Dunque, non solo la coesistenza di logiche diverse, ma proprio l'affermazione del divieto costituzionale della corrispettività, in un rapporto di lavoro che – a far data dal 21 febbraio 1993 – aveva assunto *ex lege* qualificazione giuridica contrattuale: onde non è affatto chiaro, in cosa consistesse il contratto nella percezione della giurisprudenza qui ricordata. Si potrebbe osservare che – condivisibile o meno che sia stata questa giurisprudenza – essa è andata a lento esaurimento per effetto del passaggio di giurisdizione operato dal 1998: eppure, credo che in tema di corrispettività ci dica invece ancora molto, perché ci rimanda, direi, al tema essenziale che va affrontato, e che molto poco lo è stato anche da parte nostra: la questione della causa del contratto individuale di lavoro nel lavoro pubblico contrattualizzato.

4. La causa del contratto individuale di lavoro dei dipendenti pubblici¹⁴⁸

¹⁴² Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2013, n. 2549. In termini Cons. Stato, sez. VI, 13 giugno 2013, n. 3303.

¹⁴³ Si deve ricordare che la giurisprudenza ha costantemente affermato che il giudice abbia il potere di sindacare la corrispondenza delle tariffe salariali all'art. 36 Cost., talché – come affermò Cass. 23 novembre 1992, n. 12490, riprendendo la precedente Cass. 15 maggio 1990, n. 4147, la quale a sua volta riprendeva Cass. 18 giugno 1986, n. 4096, “il precetto dell'art. 36 Cost. in tema di retribuzione sufficiente è applicabile anche in presenza di contratti applicabili al rapporto di lavoro, ove il trattamento retributivo dai medesimi previsto sia inadeguato alle previsioni di detta norma costituzionale, per non essere le tariffe corrispondenti alle reali condizioni del mercato del lavoro”. È stato osservato da T. Treu, *Contratto di lavoro*, cit., p. 1330, che “la asserita libertà di valutazione del giudice non si è mai tradotta in una valutazione di insufficienza dei salari contrattati”: ma si tratta di una valutazione sbrigativa. Si v. già G. Pera, *La determinazione della retribuzione giusta e sufficiente ad opera del giudice*, in *Mass. giur. lav.*, 1961, p. 416, e ora in *Scritti di Giuseppe Pera. I. Diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 53-65, e qui pp. 59-61. Cfr. poi la ricostruzione di differenti orientamenti giurisprudenziali compiuta da S. Bellomo, *Retribuzione sufficiente e autonomia collettiva*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 63-67, e, più di recente, M. Marinelli, *Il diritto alla retribuzione proporzionata e sufficiente: problemi e prospettive*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, pp. 86-103, e qui pp. 94-97. Ancora più recentemente, si può citare Trib. Milano 30 giugno 2016, n. 1977, in *Foro it.*, 2016, I, p. 3611, nel quale una previsione salariale di un contratto collettivo è stata ritenuta illegittima e sostituita prendendo a parametro del calcolo delle differenze retributive dovute un altro contratto collettivo in precedenza applicato, precludendo dunque al datore di lavoro lo *shopping* tra le norme contrattuali collettive più vantaggiose.

¹⁴⁴ Cons. Stato, sez. V, 24 gennaio 2013, n. 441; Cons. Stato, sez. VI, 1° settembre 2009, n. 5112.

¹⁴⁵ Cons. Stato, sez. V, 25 luglio 2014, n. 3969; Cons. Stato, sez. V, 17 giugno 2014, n. 3065; Cons. Stato, sez. V, 29 novembre 2013, n. 5715.

¹⁴⁶ Cons. Stato, sez. III, 3 febbraio 2015, n. 520; Cons. Stato, sez. III, 4 dicembre 2014 n. 5982; Cons. Stato, sez. III, 14 marzo 2014, n. 1277.

¹⁴⁷ Cons. Stato, sez. V, 25 luglio 2014, n. 3969. In termini Cons. Stato, sez. V, 11 luglio 2014, n. 3552; Cons. Stato, sez. V, 17 giugno 2014, n. 3065; Cons. Stato, sez. V, 28 maggio 2012, n. 3109; Cons. Stato, sez. V, 28 dicembre 2010, n. 6966; Cons. Stato, sez. V, 25 maggio 2010, n. 3314; Cons. Stato, sez. IV, 28 maggio 2009, n. 3345; Cons. Stato, sez. IV, 10 aprile 2009, n. 2232; Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2008, n. 1687; Cons. Stato, sez. V, 4 marzo 2008, n. 884; Cons. Stato, sez. V, 6 febbraio 2008, n. 375; Cons. Stato, sez. V, 6 dicembre 2007, n. 6254; Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2007, n. 4702; Cons. Stato, sez. IV, 14 maggio 2007, n. 2396; Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2007, n. 644; Cons. Stato sez. IV, 5 dicembre 2006 n. 7118; Cons. Stato, sez. V, 28 giugno 2006, n. 4221; Cons. Stato, sez. VI, 24 ottobre 2002 n. 5868.

¹⁴⁸ Non è questa la sede per ripercorrere l'importante dibattito civilistico sul “presunto declino del requisito causale nell'orizzonte del diritto privato europeo” (S. Mazzamuto, *Giurisprudenza per principi e autonomia privata* in S. Mazzamuto e L. Nivarra (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 275-284, e qui p. 277), per il quale basterà il rinvio all'importante recente libro di M. Barcellona, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova, Cedam, 2015. Qualche

La dottrina giuslavoristica ha avuto molti meriti nel dissodare il terreno del lavoro pubblico contrattualizzato, cercando di restituire razionalità sistematica a un legislatore talvolta incerto, e spesso contraddittorio nelle numerose revisioni che in un quarto di secolo la disciplina ha subito.

Ha però a mio giudizio – lo dico anche in senso autocritico, sia chiaro – il demerito di aver concentrato l'attenzione sul rapporto tra *legge e contratto collettivo*. Vedremo come questa impostazione sia sfociata in una esegesi delle norme di esito imprevedibile e opinabile anche nella giurisprudenza costituzionale, mentre è stato alquanto trascurato il tema fondamentale del rapporto tra *legge e contratto individuale*.

Qui devo ripercorrere in sintesi un dibattito di epoca ormai risalente.

4.1 La tesi dell'art. 97 come fonte della funzionalizzazione integrale del rapporto di lavoro pubblico

Abbiamo sovente ritrovato, nella giurisprudenza del Consiglio di Stato esaminata nel paragrafo precedente, anche quella successiva all'intervenuta contrattualizzazione, la tesi del rilievo dell'art. 97 Cost. – e in particolare della riserva di legge sull'organizzazione e dei principi di imparzialità e buon andamento – come disposizione contrastante con quella dell'art. 36, co. 1, Cost.

Questa tesi aveva una lunga storia alle spalle, derivando dall'interpretazione antica, riproposta dal Consiglio di Stato nel parere dell'Adunanza Generale 31 agosto 1992, n. 146, che sostenne l'impossibilità costituzionale e ontologica della contrattualizzazione: l'interpretazione che accorpa il lavoro pubblico all'organizzazione amministrativa, intendendolo come l'elemento personale della seconda, da essa sostanzialmente indistinguibile¹⁴⁹, ed investito pertanto quanto la prima dalla funzionalizzazione¹⁵⁰ delle potestà pubbliche.

Dentro questa logica, lo stato giuridico è il metodo usuale ma anche più sistematicamente coerente di disciplina del rapporto di lavoro, mentre la qualificazione contrattuale, pur esistente da sempre per rapporti qualificati come avventizi o straordinari, è sostanzialmente un istituto a carattere eccezionale, dovuto ad esigenze di carattere particolare, tanto che è stato considerato «marginale e poco chiaro»¹⁵¹.

Poiché si intendevano i rapporti di lavoro come l'elemento personale dell'organizzazione degli uffici, si traeva dalla riserva di legge dell'art. 97, co. 1, Cost. la piena funzionalizzazione del lavoro, onde in tutti i suoi momenti il rapporto si pretendeva fosse conformato dal carattere soggettivamente pubblico degli interessi cui la prestazione accede.

L'effetto era il riferimento di imparzialità e buon andamento a ciascun atto della P.A., ivi compresa quelli di gestione del fattore lavoro. Con un ulteriore salto logico si compiva la piena equivalenza tra *funzionalizzazione dell'attività* delle P.A. come datrici di lavoro e *funzionalizzazione degli atti*.

In questa logica, come abbiamo visto, corrispettività in realtà non c'è.

4.2 Una ricostruzione alternativa dell'art. 97 Cost.: la tesi di Orsi Battaglini e la giurisprudenza costituzionale

recente riflessione sulla causa nel contratto di lavoro in M. Ranieri, *Identità, organizzazioni, rapporti di lavoro*, Padova, Cedam, 2017, pp. 197-211.

¹⁴⁹ Va rilevato che questa concezione ha esercitato influenza notevole anche tra i giuslavoristi: v., per tutti, L. Fiorillo *Le fonti di disciplina del rapporto di lavoro pubblico*, Cedam, Padova, 1990, *passim*, ma specie pp. 46 s., ove affermava che «non è possibile smembrare la materia relativa alla organizzazione dei pubblici uffici ritenendo che parte di essa (disciplina del rapporto di impiego) possa essere sottratta alla riserva di legge», onde l'A. concludeva (pp. 208 ss.) proponendo la revisione dell'art. 97 Cost.

¹⁵⁰ Ossia dalla rilevanza giuridica dell'intera attività, in relazione alla determinazione normativa di un interesse primario dell'agire delle pubbliche amministrazioni. In tema di funzione e problemi connessi si vedano almeno, per lo stato del dibattito al momento della contrattualizzazione, F. Benvenuti, *Funzione (teoria generale)*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1989, vol. XIV, p. 1 ss.; G. Marongiu, *Funzione (funzione amministrativa)*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1989, vol. XIV, p. 1 ss., il quale sottolinea la «tendenziale coincidenza tra funzione e discrezionalità» (p. 6); F. Modugno, *Funzione*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1969, vol. XVIII, pp. 301 ss.; A. Piras, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Milano, Giuffrè, 1964, vol. XIII, pp. 65 ss.; M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993, vol. II, specie pp. 7-18; F. Bassi, *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1969; M. A. Carnevale Venchi, *Contributo alla nozione di funzione pubblica*, Padova, Cedam, 1969. Uno stringato ma efficace riassunto (almeno ai fini giuslavoristici) in M.T. Carinci, *Il contratto collettivo nel settore pubblico fra riserva di regime pubblicistico e riserva di legge*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, I, pp. 557 ss., qui p. 568 nt. 28.

¹⁵¹ M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993, vol. I, p. 408.

Il superamento di quelle tesi dottrinali e giurisprudenziali è avvenuto non ad opera delle tesi contrattualistiche di ispirazione gianniniana, di cui parleremo *infra*, ma per il generale accoglimento¹⁵² della tesi tempestivamente riproposta, subito dopo la riforma, da Andrea Orsi Battaglini¹⁵³.

Egli distinse, in Costituzione, tre prescrizioni di tipo diverso: quelle attinenti al contenuto del rapporto regolato (come la regola del concorso per l'accesso), caratterizzate dalla indifferenza rispetto alla fonte abilitata ad intervenire; la riserva per fonti di regolamentazione, che sono poi le riserve di legge in senso proprio, consistenti «nella necessità costituzionalmente affermata che rispetto a una determinata materia sussista un *quantum* (di variabile entità) di regolamentazione contenuto in un atto avente forza di legge»¹⁵⁴; e quelle per regime giuridico. Alle seconde Orsi Battaglini ricondusse il disposto dell'art. 97, co. 1.

Negò pertanto che dalla riserva di legge discendesse una riserva di atto unilaterale pubblicistico, affermando che occorresse un “bilanciamento” in caso di conflitto tra valori e principi contrastanti, e che l'art. 97 rendesse possibile ma non obbligata la via della regolazione unilaterale pubblicistica¹⁵⁵.

La tesi di fondo, che ho all'epoca criticato¹⁵⁶, era quella del contemperamento tra nuclei normativi costituzionali contrapposti. La necessità del contemperamento indica come, in questa tesi, sul rapporto di lavoro pubblico vi sia sovrapposizione degli ambiti applicativi dell'art. 97 e dell'art. 39, il che a propria volta presuppone l'interferenza tra area dell'organizzazione delle P.A. e area di svolgimento del rapporto di lavoro stesso¹⁵⁷.

In questo senso si criticava la tesi di Giannini perché distingue tra interesse pubblico finale (proprio dell'attività strettamente pubblicistica dell'organo tributario della potestà pubblica funzionalizzata) e interesse pubblico strumentale (attinente al funzionamento dell'apparato e dunque anche i rapporti di lavoro, ma di per sé neutro dal punto di vista della qualificazione giuridica): Orsi Battaglini scrisse che “l'interesse pubblico che presiede alla organizzazione non può non essere, sempre e necessariamente, che interesse generale. Interesse che non è affatto una scatola vuota, ma è l'interesse della collettività al controllo sull'amministrazione che si realizza attraverso il principio rappresentativo democratico e nella forme della legalità. Interesse esterno dunque, oggettivo nell'ordinamento, e non interesse soggettivo, proprio della pubblica amministrazione”¹⁵⁸.

Questo punto decisivo, la qualificazione giuridica dell'interesse del creditore della prestazione di lavoro, è passato largamente inavvertito nella dottrina giuslavoristica, la quale fu in genere ben felice che vi fosse un autorevole amministrativista, peraltro pubblicato su una prestigiosa rivista lavoristica, con gli argomenti del quale si potesse difendere la legittimità costituzionale della contrattualizzazione, non calorosamente accolta non solo dal Consiglio di Stato ma anche da buona parte della dottrina amministrativistica.

Questa impostazione determinava la (non) definizione di un “confine mobile”¹⁵⁹ tra ciò che è riservato alla fonte primaria e ciò che appartiene ad altre fonti, secondarie o negoziali: il che ha come immediata conseguenza che il controllo di costituzionalità rispetto alle scelte del legislatore sarebbe stato delimitato negli angusti (perché vaghi) limiti derivanti “dal principio di parità di trattamento di tutti i lavoratori ai fini della realizzazione dei valori fondamentali che la Costituzione pone in materia, e, sull'opposto

¹⁵² Da ultimo ascriverei a questa filone la posizione di L. Fiorillo, *Il diritto del lavoro nel pubblico impiego*, Padova, Piccin, pp. 8 s. e 27 ss.

¹⁵³ A. Orsi Battaglini, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1993, pp. 475 ss.

¹⁵⁴ *Ivi*, p. 463.

¹⁵⁵ *Ivi*, pp. 464 s.

¹⁵⁶ M. Barbieri, *Problemi costituzionali*, cit., pp. 92-100.

¹⁵⁷ Il che, peraltro, potrebbe anche significare la coincidenza delle due aree, e in sostanza l'immissione nell'area dell'organizzazione amministrativa dei valori costituzionali lavoristici - e anche di tutti gli altri valori costituzionalmente espressi, nella stessa logica -, con il che si perderebbe la specificità della finalità cui l'organizzazione amministrativa è improntata *ex art. 97 Cost.* Dal punto di vista della teoria generale, questa proiezione appare dipendente dalla negazione, nell'opera dell'A., della strumentalità/neutralità dell'interesse organizzatorio rispetto agli interessi pubblici finali in cura.

¹⁵⁸ A. Orsi Battaglini, *Gli accordi sindacali nel pubblico impiego*, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 66 s.

¹⁵⁹ P. Caretti, *La riserva di legge in materia di organizzazione dei pubblici uffici*, in P. Caretti, C. Pinelli, U. Pototschnig, G. Long, G. Borrè, *La pubblica amministrazione. Commento agli artt. 97-98, Commentario della Costituzione*, diretto da Branca e continuato da Pizzorusso, Bologna-Roma, 1997, pp. 1-31 e qui p. 15. Nello stesso senso e quasi con le stesse parole R. Soloperto, *La riforma della contrattazione collettiva*, in M. Tiraboschi e F. Verbaro (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 97-134, e qui p. 107.

versante, dalla necessità che l'organizzazione amministrativa sia assoggettata a una verifica di conformità ai caratteri dell'imparzialità e del buon andamento e, mediamente, alla sua idoneità a conseguire i fini che l'ordinamento le assegna¹⁶⁰.

Su questa ricostruzione – più semplice e in fondo continuista - si è implicitamente ma chiaramente schierata la giurisprudenza costituzionale, specie nella fase iniziale della riforma; avendone svolto allora analisi più ampie¹⁶¹, basterà qui richiamare la sentenza 16 ottobre 1997, n. 309.

La Corte affermò che “l'evoluzione legislativa tuttora in atto si realizza dunque intorno all'accentuazione progressiva della distinzione tra aspetto organizzativo della pubblica amministrazione e rapporto di lavoro con i suoi dipendenti”.

Si legittimava l'abbandono dello statuto integralmente pubblicistico, perché realizzato “attraverso un equilibrato dosaggio di fonti regolatrici”, rinvenuto nel fatto che “il rapporto di lavoro dei dipendenti viene attratto nell'orbita delle disciplina civilistica per tutti quei profili che non sono connessi al momento esclusivamente pubblico dell'azione amministrativa”, con indeterminatezza del punto di equilibrio del “dosaggio” delle fonti che possa essere considerato compatibile con l'art. 97 Cost., e dei profili di disciplina del rapporto “connessi” al momento pubblicistico dell'azione amministrativa¹⁶².

E infatti in un'altra molto più recente occasione la Corte, con la già ricordata sentenza 23 luglio 2015, n. 178, ha dichiarato incostituzionale il pluriennale blocco della contrattazione collettiva, esito apprezzabile ma raggiunto con un'argomentazione non in tutti i passaggi convincente¹⁶³, in particolare quando ha respinto le censure *ex art. 3 Cost.* per disparità con il lavoro privato, perché “il lavoro pubblico e privato non possono essere in tutto e per tutto assimilati (sentenze n. 120 del 2012 e 146 del 2008) e le differenze, pur attenuate, permangono anche in séguito all'estensione della contrattazione collettiva a una vasta area del lavoro prestato alle dipendenze della pubblica amministrazione”. Si compie così l'inversione logica di far dipendere il potere di disciplinare il rapporto, riconosciuto al contratto collettivo, dall'equilibrio fissato dal legislatore, e non già dal riconoscimento costituzionale *originario* della libertà sindacale, e con essa del potere di disciplinare i termini dello scambio contrattuale *individuale*.

4.3 Un'altra tesi neopubblicistica: dipendente pubblico e utente nella causa del contratto

A quanto sopra detto, in epoca più recente, si è aggiunta un'altra tesi che legge in chiave ancor più neopubblicistica – al punto da richiamare la necessità dello *status* per l'ineguaglianza necessaria del rapporto¹⁶⁴, in barba all'espressa qualificazione contrattuale da un quarto di secolo contenuta, senza variazioni diacroniche, nell'art. 2, co. 3, del D.Lgs. n. 209/1993 prima e del D.Lgs. n. 165/2001 - le fonti del lavoro pubblico¹⁶⁵, tanto da far trasparire la lunga durata delle convinzioni che hanno animato la giurisprudenza del Consiglio di Stato sintetizzata nel paragrafo precedente.

Questa volta, però, il fondamento è una interpretazione che, pur conservando il riferimento all'art. 97¹⁶⁶, incorpora nella causa del contratto¹⁶⁷ la realizzazione delle previsioni costituzionali in tema di responsabilità dei dipendenti pubblici (art. 28), di disciplina e onore nell'adempimento delle funzioni pubbliche (art. 54), di servizio esclusivo alla Nazione da parte dei pubblici impiegati (art. 98 Cost.), invocando, oltre l'“interesse pubblico alla cui soddisfazione è preordinata la prestazione del

¹⁶⁰ A. Orsi Battaglini, *Fonti normative*, cit., p. 473.

¹⁶¹ M. Barbieri, *Problemi costituzionali*, cit., pp. 139-148.

¹⁶² Per una lettura adesiva, invece, alle posizioni della giurisprudenza costituzionale, v. F. Carinci, *Politica e tecnica nella giurisprudenza costituzionale in tema di privatizzazione del pubblico impiego*, in R. Scognamiglio (a cura di), *Diritto del lavoro e Corte costituzionale*, Napoli, ESI, 2006, pp. 1-33.

¹⁶³ M. Barbieri, *Contratto collettivo e lavoro pubblico*, cit., pp. 462-465.

¹⁶⁴ R. Cavallo Perin, *Le ragioni*, cit., pp. 125 e 131. Ma v. S. Battini, *op. cit.*, p. 370, ha giustamente osservato che “il contratto di lavoro [...] ha effetti obbligatori, non attributivi di *status*”.

¹⁶⁵ R. Cavallo Perin, *Le ragioni*, cit.; R. Cavallo Perin, *L'etica pubblica*, cit.; R. Cavallo Perin e B. Gagliardi, *Status dell'impiegato pubblico*, cit.; R. Cavallo Perin e B. Gagliardi, *L'exemple italien*, cit.; R. Cavallo Perin e B. Gagliardi, *La dirigenza pubblica*, cit. In dichiarata adesione alle tesi di Cavallo Perin, con ampio svolgimento su tutti gli aspetti del rapporto, M. Calcagnile, *op. cit.*, specie p. 196 nt. 15 e p. 206 nt. 41.

¹⁶⁶ R. Cavallo Perin, *L'etica pubblica*, cit., pp. 150 s. e 158 ss.; R. Cavallo Perin e B. Gagliardi, *Status dell'impiegato pubblico*, cit., pp. 81 s.; R. Cavallo Perin e B. Gagliardi, *La dirigenza pubblica*, cit., pp. 312 e 331, M. Calcagnile, *op. cit.*, p. 208.

¹⁶⁷ R. Cavallo Perin, *Le ragioni*, cit., p. 131; R. Cavallo Perin, *L'etica pubblica*, cit., p. 159; R. Cavallo Perin e B. Gagliardi, *Status dell'impiegato pubblico*, cit., p. 61; R. Cavallo Perin e B. Gagliardi, *La dirigenza pubblica*, cit., pp. 328 e 331.

dipendente”¹⁶⁸, pure il carattere pubblico dell’obbligazione e l’interesse degli utenti¹⁶⁹.

È infatti *soltanto* la ricostruzione sistematica del profilo causale del contratto individuale di lavoro dei dipendenti pubblici che può ordinare le molte aporie della normativa vigente.

Sotto questo aspetto, è l’analisi della causa del contratto individuale di lavoro, e degli interessi sottostanti, a illuminare il significato sistematico della contrattualizzazione del rapporto di lavoro pubblico, dopo venticinque anni e tanti interventi legislativi, forse irreversibile ma certamente ancora poco compresa.

Del resto, a me pare che la mai sopita discussione tra la concezione della causa nel senso bettiano, della “funzione economico-sociale che caratterizza il tipo”¹⁷⁰, come mi pare tuttora preferibile, e quella ferriana della causa come “funzione economico-individuale”¹⁷¹, che nel rapporto di lavoro sfocia nell’idea che la causa del contratto stia nell’interesse “a disporre di una organizzazione in vista dello svolgimento di una attività”¹⁷², possa considerarsi qui non pertinente, dal momento che in nessuna delle due concezioni alternative si incorporerebbe nella causa del contratto la realizzazione dell’interesse *finale* del creditore della prestazione, cioè la tutela degli interessi pubblici di cui la singola Pubblica Amministrazione sia affidataria *ex lege* e dei quali gli stessi sostenitori della tesi criticata negano il carattere soggettivo.

Infatti, anche la funzione economico-sociale del rapporto, essendo “il rapporto commutativo o associativo che si pone” fra gli oggetti scambiati¹⁷³, dipende dagli interessi che si contemperano nel contratto e che dalla realizzazione del programma negoziale tramite l’adempimento intendono ricavare la propria soddisfazione.

Orbene, la tesi contrattualistica ritiene che il contratto di lavoro dei dipendenti pubblici sia un contratto di scambio tra prestazione di lavoro e controprestazione retributiva, inquadrabile senza residui nelle previsioni dell’art. 2094 c.c., e che presenti dunque una *specialità di disciplina*, indicata nell’art. 2, co. 2, D.Lgs. 165/2001¹⁷⁴, ma *non* una *specialità di causa*: e in questo senso occorre richiamare la fondamentale lezione di Massimo D’Antona per cui “il rapporto di lavoro con le Pubbliche amministrazioni non è un rapporto speciale [...] anche se discipline speciali, in deroga al Codice civile e alle leggi sul lavoro nell’impresa, possono essere richieste da qualche caratteristica dell’organizzazione pubblica”¹⁷⁵.

Questa idea, come l’intera storia della contrattualizzazione del rapporto di lavoro pubblico, riposa, come si sa, sulle poche geniali pagine con cui Massimo Severo Giannini, dopo aver ricostruito la genesi del pubblico impiego, ci avvertì che “quando l’amministrazione assume un dipendente pubblico non cura alcun interesse pubblico, ma cura l’interesse proprio ad avere un servizio personale, in ordine al quale ha, più precisamente, un interesse strumentale”¹⁷⁶.

Questo interesse che Giannini chiama strumentale, che è nel contenuto un interesse *organizzatorio*, è dunque non solo soggettivamente proprio della P.A. datrice di lavoro, e neutro dal punto di vista della qualificazione giuridica pubblicistica o privatistica¹⁷⁷, ma anche *causalmente irrilevante* rispetto al

¹⁶⁸ R. Cavallo Perin e B. Gagliardi, *Status dell’impiegato pubblico*, cit., p. 69 (e v. pure *ivi*, pp. 78 ss.); M. Calcagnile, *op. cit.*, p. 197.

¹⁶⁹ R. Cavallo Perin e B. Gagliardi, *Status dell’impiegato pubblico*, cit., p. 65; R. Cavallo Perin e B. Gagliardi, *L’exemple italien*, cit., pp. 184 e 186 s.; R. Cavallo Perin e B. Gagliardi, *La dirigenza pubblica*, cit., p. 312; M. Calcagnile, *op. cit.*, p. 196.

¹⁷⁰ E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, Utet, 1950, pp. 167 ss. e qui 179. Sul nesso tra causa intesa in questo senso, interessi coinvolti e contratti della P.A. v. pure M. Marazza, *Il contratto collettivo di lavoro all’indomani della privatizzazione del pubblico impiego*, Padova, Cedam, 2005, p. 33. Sulla storia del concetto bettiano di causa, v. recentemente M.N. Miletta, *Diritto privato e funzione economico-sociale: radici bettiane d’una formula* in F. Macario e M.N. Miletta (a cura di), *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, atti dell’incontro di studio, Roma 9 ottobre 2015, Roma, Roma TrE-press, 2017, pp. 9-17 (reperibile a <http://romatrepress.uniroma3.it/ojs/index.php/funzione/article/view/499/496>). Rinvio anche qui a M. Barcellona, *Della causa*, cit.

¹⁷¹ G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano 1966.

¹⁷² Come ci ha mostrato M.T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, in Aidlass, *Il diritto del lavoro al tempo della crisi*, atti del XVII congresso nazionale di diritto del lavoro, Pisa 7-9 giugno 2012, Milano, Giuffrè, 2013, p. 204 nt. 194.

¹⁷³ E. Betti, *op. cit.*, p. 178.

¹⁷⁴ “I rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell’impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto”.

¹⁷⁵ M. D’Antona, *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle Pubbliche Amministrazioni*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, pp. 35-73, qui p. 68.

¹⁷⁶ M.S. Giannini, *Impiego pubblico*, cit., p. 303.

¹⁷⁷ M. D’Antona, *La disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni dalla legge al contratto*, in S. Battini, S. Cassese (a cura di), *Dall’impiego pubblico al rapporto di lavoro con le Pubbliche Amministrazioni*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 1-21, e qui p. 3, ricordò che l’“attività di gestione del personale [...] come ci insegna Massimo Severo Giannini, si dovrebbe considerare neutra rispetto ai fini pubblici”.

contratto di lavoro.

Non diversamente, nel contratto di lavoro subordinato con l'impresa privata, l'interesse *finale* del creditore della prestazione, quello alla cui soddisfazione è strumentale la stessa costituzione del rapporto, cioè l'interesse al profitto, resta irrilevante nel contratto di lavoro.

Fu Mattia Persiani a osservare, più di mezzo secolo fa, che “è di tutta evidenza come l'interesse del datore di lavoro destinato ad essere soddisfatto con l'adempimento dell'obbligazione di lavorare non sia quello al risultato dell'organizzazione produttiva, nel suo complesso considerata”¹⁷⁸. Non mi pare ci sia ragione di mutare opinione rispetto alle Pubbliche Amministrazioni.

Dunque, gli interessi pubblici – al plurale, dopo la crisi della concezione monolitica dell'interesse pubblico alla quale non fu estraneo il contratto collettivo corporativo, che componeva il conflitto tra enti pubblici portatori di interessi contrapposti¹⁷⁹: pluralità che costituisce una rilevante differenza rispetto all'unicità di fine che contraddistingue l'impresa privata, come è stato riconosciuto con il tramonto delle concezioni istituzionistiche – sono estranei alla struttura causale del contratto di lavoro tramite l'adempimento del quale le Pubbliche Amministrazioni si procurano il personale necessario alla propria organizzazione per il raggiungimento delle finalità di interesse pubblico alle quali sono preordinate.

Del resto, gli argomenti addotti a sostegno della tesi che qui si critica sono controvertibili.

Per quanto riguarda l'art. 54 Cost., che si riferisce ai “cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche”, si può osservare che non dovrebbe includere i dipendenti pubblici che cittadini non siano¹⁸⁰: e non solo i cittadini di Paesi componenti l'Unione Europea, ma anche quelli di Paesi terzi che siano titolari del permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo o dello *status* di rifugiato o di quello di protezione sussidiaria, ai sensi rispettivamente del comma 1 e di quello 3-*bis* dell'art. 38 D.Lgs. 165/2001. Peraltro, la disposizione considera solo l'affidamento di funzioni pubbliche, e dunque una parte soltanto dei dipendenti pubblici, parte che è assai minoritaria negli Stati europei contemporanei, mentre certamente riguarda anche i funzionari onorari, che non sono dipendenti pubblici¹⁸¹.

È particolarmente interessante notare che la Corte costituzionale ha chiaramente distinto le misure attuative dell'art. 54, co. 2, Cost. da quelle ispirate da ragioni “punitive o disciplinari”¹⁸², le quali ultime soltanto quindi possono trovare fondamento nel rapporto contrattuale¹⁸³.

Il Consiglio di Stato ha invece applicato la disposizione costituzionale in questione per ritenere legittima la destituzione di un agente di polizia penitenziaria che si accompagnava a delinquenti mentre costoro si drogavano¹⁸⁴, e comunque sempre e solo a dipendenti in regime di stato giuridico pubblicistico.

Del resto, non è di oggi ma del 1900 l'osservazione che “si confonde generalmente, anche dagli scrittori più reputati, il concetto del pubblico *funzionario* con quello del pubblico *impiegato*; e se ne tratta promiscuamente in una sola teorica, come di un unico istituto giuridico. In realtà sono due concetti e due istituti totalmente distinti [...] il secondo non è che un locatore d'opera, che presta dei servizi per un determinato corrispettivo”¹⁸⁵.

Non mi pare, quindi, in ogni caso, che si possa fondare sull'art. 54, co. 2, la rilevanza causale di interessi pubblici nel contratto di lavoro della *generalità* dei dipendenti pubblici.

Peraltro, come ha sagacemente osservato Vito Pinto¹⁸⁶, l'art. 54, co. 2, D.Lgs. 165/2001 impone la sottoscrizione del codice di comportamento da parte del dipendente, all'atto dell'assunzione. Il codice è proprio l'atto con il quale il Governo, in via unilaterale, assicura “la qualità dei servizi, la prevenzione dei

¹⁷⁸ M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, Cedam, 1996, p. 261, cui *adde* le fondamentali precisazioni di F. Liso, *La mobilità del lavoro in azienda: il quadro legale*, Milano, Franco Angeli, 1983, pp. 49-61, e più recentemente la sintetica ma precisa ricostruzione di M.T. Carinci, *La fornitura di lavoro altrui. Interposizione. Comando. Lavoro temporaneo, Lavoro negli appalti. Art. 2127, in Il codice civile. Commentario* diretto da Piero Schlesinger, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 344-346, ove ulteriori riferimenti.

¹⁷⁹ Per tutti, F. Carnelutti, *Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro*, Padova, Cedam, 1928, p. 108.

¹⁸⁰ Si avvede del problema, ma per negarlo, pure R. Cavallo Perin, *L'etica pubblica*, cit., p. 151.

¹⁸¹ Corte cost. 19 novembre 2015, n. 236; 16 dicembre 2016, n. 276.

¹⁸² Corte cost. 4 maggio 2005, n. 172.

¹⁸³ *Contra* R. Cavallo Perin, *L'etica pubblica*, cit., p. 154, per il quale “il richiamo alla disciplina è di interesse [...] come fondamento del potere disciplinare dell'amministrazione pubblica”.

¹⁸⁴ Cons. Stato, sez. IV, 30 giugno 2010, n. 4163. V. pure Cons. Stato, sez. VI, 28 aprile 2001, n. 474, in *Foro it.*, 2003, III, p. 372, e lo stesso Consiglio di Stato, sez. IV, 6 dicembre 1977, n. 1141, in *Foro it.*, 1979, III, 26.

¹⁸⁵ L.M. Giriodi, *op. cit.*, p. 228.

¹⁸⁶ V. Pinto, *Il lavoro pubblico nella transizione dall'autogoverno responsabile delle pp.aa. al rinnovato protagonismo della legge*, in M. P. Iadicicco, V. Nuzzo, *Le riforme del diritto del lavoro. Politiche e tecniche normative*, in *Quaderni della rivista Diritti Lavori Mercati*, Ed. Scientifica, 2016, pp. 107 ss e qui p. 123 s.

fenomeni di corruzione, il rispetto dei doveri costituzionali di diligenza, lealtà, imparzialità e servizio esclusivo alla cura dell'interesse pubblico" (art. 54, co. 1, D. Lgs. n. 165/2001)¹⁸⁷. Si possono criticare sia la imprecisa redazione della norma (la diligenza proprio non c'è in Costituzione) sia la commistione tra doveri connessi all'eventuale esercizio di pubbliche funzioni e obblighi contrattuali, ma è certo che se l'interesse pubblico fosse inerente la causa del contratto di lavoro, non vi sarebbe alcun bisogno né del codice di comportamento, né tanto meno della sua sottoscrizione da parte del dipendente, perché tutto questo integrerebbe *ex se* la causa del contratto di lavoro di tutti i dipendenti pubblici.

Per quanto riguarda il servizio esclusivo alla Nazione, la disposizione dell'art. 98, co. 1, Cost. fu concepita come reazione all'asservimento a finalità di parte e di Partito degli apparati pubblici sotto la dittatura fascista, come dimostrano i successivi due commi oltre che lo stesso dibattito dell'Assemblea Costituente, che esclude fra l'altro la formula "al servizio della collettività"¹⁸⁸: il che nulla ci dice, mi pare, degli interessi alla cui soddisfazione sarebbe ordinato il contratto di lavoro, salvo voler resuscitare - a fianco degli interessi pubblici alla cui cura è volta l'istituzione delle P.A. e la loro azione - un interesse pubblico generale¹⁸⁹ genericissimamente assunto, e che tutti, anche quando in contrasto tra loro, li dovrebbe riassumere.

Nella giurisprudenza costituzionale, la previsione è servita ad escludere implicitamente che le attività dei pubblici dipendenti possano essere svolte a vantaggio di privati¹⁹⁰, e a fondare la legittimità delle norme in materia di incompatibilità¹⁹¹, o è stata considerata una espressione, dal lato soggettivo, dell'imparzialità¹⁹² che l'art. 97 predica per l'organizzazione e attua attraverso la previsione del pubblico concorso, con la funzione di sterilizzare l'amministrazione da influenze politiche¹⁹³. Quando la Corte, come si è visto nel paragrafo precedente, ha dedotto dall'art. 98 Cost. la preclusione costituzionale al fatto che il "rapporto di pubblico impiego sia ridotto alla pura logica del rapporto di scambio"¹⁹⁴, si riferiva per l'appunto a un rapporto di qualificazione giuridica non contrattuale, nella quale la logica della *corrispettività difficile* non riusciva ad affermarsi. Non mi pare che oggi, nel mutato quadro giuridico, quell'affermazione sia riproponibile.

Infine, il richiamo della tesi criticata alla disposizione sulla responsabilità diretta dei funzionari pubblici *ex art. 28 Cost.* A questo proposito, che a differenza dell'art. 54 Cost. si riferisce a tutti i dipendenti, è opportuno richiamare la pronuncia della Corte costituzionale che ha osservato come il buon andamento dell'amministrazione "non deriva, se non in misura marginale, dall'affermazione di responsabilità patrimoniale più o meno estesa a carico dei funzionari, ma piuttosto dai sistemi di controlli sulla legalità dell'azione dei singoli organi, dall'esercizio dei poteri disciplinari¹⁹⁵ di fronte alla colpevole negligenza"¹⁹⁶, separando profili di responsabilità patrimoniale *ex art. 28* e profili di responsabilità disciplinare *ex contractu*.

4.4 La tesi contrattualistica: specialità di disciplina e non di causa nel contratto dei dipendenti pubblici

Supra, sub 4.3, si è fatto cenno alla tesi contrattualistica, alla quale va il mio pieno consenso.

Sono convinto che anche a proposito del tema che ci occupa, trarre tutte le conseguenze sistematiche del carattere contrattuale del rapporto *individuale* di lavoro dei dipendenti pubblici, indicatoci dall'art. 2, co. 3, D.Lgs. n. 165/2001, renderebbe semplice e più certo sia il criterio ermeneutico della normativa stratificatasi per un quarto di secolo, che esaminerò nel paragrafo seguente, sia lo scrutinio di

¹⁸⁷ Sul codice, v. per tutti P. Tullini, *L'inadempimento e la responsabilità disciplinare del dipendente pubblico: tra obblighi giuridici e vincoli deontologici*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 229/2014.

¹⁸⁸ V. la ricostruzione in F. Borgogelli, *La facile genesi delle norme sulla pubblica amministrazione*, in L. Gaeta (a cura di), *Prima di tutto il lavoro. La costruzione di un diritto all'Assemblea Costituente*, Ediesse, Roma, 2014, pp. 344-357 e qui pp. 354 s.; cfr. R. Cavallo Perin e B. Gagliardi *L'exemple italien*, cit., p. 181.

¹⁸⁹ E infatti così R. Cavallo Perin e B. Gagliardi, *L'exemple italien*, cit., p. 183.

¹⁹⁰ Corte cost. 2 aprile 1969, n. 85.

¹⁹¹ Corte cost. 22 dicembre 1989, n. 566; 11 giugno 2001, n. 189.

¹⁹² Così pure R. Cavallo Perin, *L'etica pubblica*, cit., p. 150.

¹⁹³ Corte cost. 15 ottobre 1990, n. 453; 23 luglio 1993, n. 333; 25 novembre 1993, n. 416; 4 gennaio 1999, n. 1; 23 marzo 2007, nn. 103 e 104; 20 maggio 2008, n.161; 13 novembre 2009, n. 293; 5 febbraio 2010, n. 34; 22 luglio 2011, n. 228.

¹⁹⁴ Corte cost. 27 maggio 1992, n. 236.

¹⁹⁵ Che R. Cavallo Perin, *L'etica pubblica*, cit., p. 158, pretende esercitati "anche in assenza di previsioni di legge o di contratto".

¹⁹⁶ Corte cost. 30 aprile 1999, n. 148.

costituzionalità delle differenze che il legislatore eventualmente introduca tra la disciplina del lavoro pubblico e quella del lavoro privato.

È però mia convinzione, non solo di oggi¹⁹⁷, che le differenze di disciplina legittime discendano dalla difformità dei creditori della prestazione: l'impresa, manifestazione della iniziativa economica privata, è libera (art. 41, co. 1), sia pure nei limiti indicati dai commi successivi dello stesso art. 41 Cost. Le Pubbliche Amministrazioni sono organizzate secondo disposizioni di legge al fine di assicurarne l'imparzialità e il buon andamento (art. 97, nel comma oggi divenuto secondo). La prima deve procurarsi il denaro raccogliendo capitale o prestiti con il fine del profitto, le seconde amministrano denaro pubblico in vista di mutevoli finalità di interesse pubblico. È da questo che origina innanzitutto la fitta disciplina eteronoma della contrattazione collettiva, e poi anche molte delle norme speciali relative al rapporto individuale di lavoro.

Ma siccome proprio sotto il profilo del sinallagma contrattuale si deve ritenere che il contratto di lavoro dei dipendenti pubblici non conosca alterazione causale a seguito della pretesa infiltrazione di interessi pubblici, estranei e ulteriori rispetto a quello creditorio, strumentale, di ottenere la prestazione di lavoro per far funzionare l'organizzazione in vista di fini alieni alla sfera giuridica del debitore della prestazione stessa.

L'approccio, proprio di tanta parte della dottrina giuslavoristica, di esaminare il rapporto tra legge e contratto a partire dalle disposizioni legislative in tema di contratto collettivo che si sono succedute nel tempo anziché a partire dalla causa del contratto individuale, realizza quella singolare inversione¹⁹⁸ che D'Antona denunciava scrivendo come "rischia di restare in ombra, parlando di privatizzazione, che l'applicabilità del 'diritto privato' è l'effetto e non la causa del cambiamento di regime giuridico, il quale, nella sua essenza, consiste appunto nella riconduzione della pubblica amministrazione alla posizione contrattuale di parte nel rapporto con i propri dipendenti"¹⁹⁹.

La tesi contrattualistica che qui si evoca ebbe una importante manifestazione nel convegno dell'Aidlass del 1996, in particolare nelle relazioni di Arturo Maresca e – con molte cautele in più, perché individuava nella normativa "un così elevato tasso di disapplicazione di norme che pure corrispondono ad altrettanti elementi tipici del modello cui dichiaratamente ci si ispira (quello del rapporto di lavoro subordinato nell'impresa) da indurre a condividere la tesi di chi vi ravvisa, in termini tecnici [...] non già un momento di omologazione, ma, al contrario, un suo peculiare sottotipo"²⁰⁰ - di Giorgio Ghezzi.

Il primo rilevò che "nella gestione dei rapporti di lavoro pubblico [...] le parti agiscono assumendo posizioni attive e passive che sono riferibili e che si esauriscono nella qualità di soggetti del contratto di lavoro [...] senza, quindi, che il datore di lavoro pubblico possa avvalersi nei confronti del personale dipendente dei poteri di supremazia che, invece, derivano dalla necessità di tutela dell'interesse pubblico"²⁰¹.

Ghezzi, invece, sostenne che "ricondurre il rapporto – come era, in sostanza, alle origini – in una dimensione non più provvedimentale né in prevalenza regolamentare, ma, almeno quanto al suo contenuto essenziale, dichiaratamente contrattuale comporta certamente [...] una ridefinizione delle fonti. Ma non coinvolge invece, di necessità, anche una sempre completa e perfetta equiparazione del tipo negoziale"²⁰²: senza tuttavia ritenere coinvolta la causa del contratto individuale e gli interessi pubblici.

In quella stessa sede Mario Rusciano, che era stato il pioniere, con Edoardo Ghera, degli studi sul pubblico impiego in ambito giuslavoristico, parlò di "principio costituzionale di regolazione collettiva dei rapporti di lavoro" che avrebbe dovuto "confrontarsi con l'altro fondamentale principio costituzione del buon andamento e dell'imparzialità"²⁰³: cosicché l'attenzione alla dimensione collettiva, sin dall'origine

¹⁹⁷ Sarà permesso il rinvio a M. Barbieri, *Problemi costituzionali*, cit., *passim*.

¹⁹⁸ Presente, fra gli altri casi, anche in un interprete sensibile come E. Ales, *Contratti di lavoro e pubbliche amministrazioni*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 26, per cui "la contrattualizzazione" dei rapporti di lavoro pubblico costituirebbe "la conseguenza più rilevante del mutamento di regime giuridico".

¹⁹⁹ M. D'Antona, *La neolingua del pubblico impiego riformato*, in *Lav. dir.*, 1996, pp. 237-251 e qui p. 240.

²⁰⁰ G. Ghezzi, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e la ridefinizione delle fonti*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1996, pp. 265-294, e qui p. 274.

²⁰¹ A. Maresca, *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1996, pp. 187-244, qui pp. 195.

²⁰² Ghezzi, *Il lavoro alle dipendenze*, cit., p. 267.

²⁰³ M. Rusciano, *La riforma del lavoro pubblico: fonti della trasformazione e trasformazioni delle fonti*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1996, pp. 245-264, e qui pp. 255 s.

prevalente in Rusciano²⁰⁴, lo portò, a mio avviso, a trascurare dopo la riforma il significato sistematico della qualificazione giuridica contrattuale del rapporto individuale di lavoro pubblico, che pure aveva rilevato nel suo primo studio²⁰⁵.

E proprio Edoardo Ghera ha costantemente sostenuto che persisterebbe il “collegamento funzionale tra il rapporto e l’interesse istituzionale della pubblica amministrazione all’organizzazione dei propri uffici e servizi”²⁰⁶, cioè che la specialità del contratto di lavoro subordinato dei dipendenti pubblici starebbe nella rilevanza causale dell’interesse pubblico di cui sono intestatarie le Pubbliche Amministrazioni.

Senonché, a me pare che Giannini abbia convincentemente dimostrato che non esista quella che Ghera ha chiamato “la finalità istituzionale dell’organizzazione amministrativa”²⁰⁷. Esistono solo interessi pubblici, di alcuni dei quali ciascuna P.A. è istituzionalmente affidataria, mentre l’organizzazione e con essa i principi di imparzialità e buon andamento e la riserva di legge all’organizzazione connessa, sono soltanto mezzi per garantire il raggiungimento dei fini, non fini in se stessi²⁰⁸.

Allora, si deve escludere la rilevanza causale nel contratto di lavoro subordinato dei dipendenti pubblici dell’interesse o degli interessi pubblici di cui l’Amministrazione datrice di lavoro sia affidataria, e il cui soddisfacimento costituisce lo scopo e direi anche la fonte di legittimazione dell’Amministrazione, *esattamente* allo stesso modo che non ha alcun rilievo causale nel contratto di lavoro subordinato dei dipendenti privati l’interesse dell’imprenditore al raggiungimento del profitto, a cui pure l’utilizzazione della prestazione di lavoro è strumentale²⁰⁹.

In entrambi i casi, mi pare, il lavoratore non può essere responsabile del risultato finale di una organizzazione che gli sfugge per tutto quello che non sia il suo frammento al quale la prestazione di lavoro deve essere coordinabile, e “sempre puntualizzando [...] che tale coordinabilità attiene non al profilo della proficuità della prestazione” (cioè all’interesse *finale* del creditore della prestazione di lavoro/imprenditore, e che nel nostro caso sarebbe invece la soddisfazione degli interessi pubblici alla cui cura sia preposta la P.A. creditrice della prestazione) “bensì a quella della possibilità della sua effettuazione (e quindi dell’utilità per la realizzazione della quale si è realizzato il contratto)”²¹⁰.

La principale obiezione che fu autorevolmente mossa alla ricostruzione contrattualistica fu che *se* la scelta legislativa della contrattualizzazione non era costituzionalmente necessaria, *allora*, “se nel più c’è sempre il meno”, sono indiscriminatamente legittimi sia le discipline speciali del rapporto individuale, sia i limiti all’esplicazione dell’autonomia collettiva, giustificati proprio dall’art. 97 Cost.²¹¹. A me pare che questa argomentazione, confondendo il piano storico-cronologico con quello logico-giuridico, trascuri che, una volta posto sul piano contrattuale il rapporto *individuale*, l’autonomia collettiva acquista carattere *originario*, cioè rientra totalmente nella garanzia dell’art. 39, co. 1, Cost.

Per concludere il panorama delle tesi dottrinarie sul rapporto di lavoro pubblico, proprio nell’ambito dell’obiezione ora ricordata, vorrei ricordare la teoria che definirei semi-contrattualistica. Franco Liso sostenne già nell’immediatezza della riforma che le amministrazioni pubbliche sono “nella posizione (formalmente paritaria in quanto) scaturente dal contratto e quindi disciplinata dal programma negoziale”, onde “il legislatore ha sciolto quel legame di intima ineranza degli assetti del rapporto di lavoro all’immediato perseguimento dell’interesse generale che costituiva il caposaldo della tradizione concezione del rapporto di pubblico impiego. Nella nuova situazione quell’interesse sarà normalmente esterno rispetto alla disciplina del rapporto, costituendo solo un obiettivo che – per quel che riguarda i suoi collegamenti con lo svolgimento del rapporto di lavoro – verrà perseguito dai responsabili

²⁰⁴ M. Rusciano, *L’impiego pubblico*, cit., pp. 206 ss.

²⁰⁵ M. Rusciano, *L’impiego pubblico*, cit., pp. 322 ss.

²⁰⁶ E. Ghera, *Diritto del lavoro*, Bari, Cacucci, 2010, p. 270.

²⁰⁷ *Ibidem*.

²⁰⁸ A. Corpaci, *Regime giuridico e fonti di disciplina dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, I, pp. 467-480, e qui p. 470, parla di “considerazione [da parte del legislatore del 2009] della attività organizzativa in termini strumentali al conseguimento di un risultato produttivo”.

²⁰⁹ Da ultimo V. Pinto, *Il lavoro pubblico nella transizione*, cit., specie pp. 119 ss., ha argomentatamente condiviso questa posizione.

²¹⁰ F. Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, Milano, 1983, p. 55.

²¹¹ F. Liso, *Intervento*, in Aidlass, *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 217-223, qui p. 220.

dell'organizzazione attraverso l'esercizio dei poteri di direzione e di controllo"²¹². Tuttavia più tardi, pur confermando l'ultima affermazione²¹³, aggiunse che "quanto si è sostenuto non vuol certo dire che l'interesse pubblico perda di rilevanza nell'ambito del rapporto obbligatorio. Infatti l'interesse pubblico, inteso come interesse al cui soddisfacimento è predisposta la macchina amministrativa, contribuisce a specificare alcuni contenuti della posizione debitoria del prestatore di lavoro nell'ambito del rapporto contrattuale civilistico"²¹⁴. Nello stesso ordine di idee, mi pare, Edoardo Ales ha riconosciuto che "l'*interesse pubblico concreto* potrebbe essere considerato alla stregua dell'interesse dell'imprenditore privato e, pertanto, nella prospettiva del rapporto individuale di lavoro, costituire uno dei parametri di valutazione della diligenza del prestatore di lavoro ai sensi dell'art. 2104, co. 1, c.c."²¹⁵.

Va notato, però, che così facendo, malgrado l'inquinamento concettuale dovuto alla categoria "interesse pubblico" al posto di quella "interesse strumentale", neutro, che adoperò Giannini, la tesi semi-contrattualistica finisce per rifluire in quella rigorosamente contrattualistica, assumendo l'identità causale – e quindi anche la comparabilità in sede di legittimità costituzionale per rispetto all'art. 3, co. 1, Cost. - tra contratto di lavoro subordinato per i dipendenti pubblici e contratto di lavoro subordinato per i dipendenti privati.

Torna dunque al cuore del sistema la qualificazione giuridica contrattuale del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici, e la considerazione del contratto di lavoro subordinato, dei dipendenti pubblici come di quelli privati, come contratto sinallagmatico.

5. Le fonti di disciplina della retribuzione per i dipendenti pubblici

Prima dell'art. 36, co. 1, Cost., come si è detto, non esisteva una norma legale che si occupasse della *misura* della retribuzione per i lavoratori privati, mentre sin dalla legge 3 aprile 1926, n. 563, implicitamente, e poi con la Carta del Lavoro del 1927, l'ordinamento aveva preso la strada dell'affidamento ai contratti collettivi, cui poi in via suppletiva l'art. 2099, co. 2, c.c. affiancò l'accordo delle parti (che pure avevano e hanno il potere di deroga *in melius*) e infine l'intervento del giudice.

Nell'impiego pubblico, la fissazione degli stipendi *ex lege* (per l'impiego statale, a imitazione del quale si sono poi sviluppati gli impieghi alle dipendenze delle altre Amministrazioni Pubbliche) era stata una delle forme nelle quali si era svolta la lotta dei Parlamenti eletti su base censitaria contro le Corone e i Governi per il controllo del bilancio; lotta coronata definitivamente da successo, in Italia, soltanto nel 1904, con l'art. 2 della legge 11 luglio 1904, n. 372²¹⁶.

Poiché la contrattazione del valore delle prestazioni è, per così dire, la forma primordiale del movimento sindacale, non può stupire che quando all'accordo sindacale è stato fatto uno spazio, sia pure nella forma equivoca della partecipazione procedimentale, con le diverse leggi di settore che a partire dal 1968 hanno previsto tale partecipazione, l'unica materia uniformemente prevista come devoluta alla competenza e alla procedura degli accordi fosse quella del trattamento economico.

Anche con la legge quadro 29 marzo 1983, n. 93, che riordinava l'intero pubblico impiego civile, uniformandone le regole di produzione della disciplina dello stato giuridico, l'art. 3, co. 1, n. 1, riservava alla disciplina tramite accordi "il regime retributivo di attività, ad eccezione del trattamento accessorio per servizi che si prestano all'estero, presso le rappresentanze diplomatiche, gli uffici consolari e le istituzioni culturali e scolastiche".

Non può stupire neppure, dunque, che nella scelta della contrattualizzazione, la legge delega 23 ottobre 1992, n. 421, indicava che i rapporti di lavoro avrebbero dovuto essere "regolati mediante contratti

²¹² F. Liso, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in F. Carinci (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze*, cit., 1995¹, vol. I, pp. p. 73-122, e qui pp. 106 s.

²¹³ F. Liso, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in F. Carinci, M. D'Antona (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, *Commentario*, Giuffrè, Milano, 2000², pp. 177-255, qui p. 233.

²¹⁴ *Ivi*, p. 234.

²¹⁵ E. Ales, *Contratti di lavoro*, cit., pp. 17 s.

²¹⁶ "I ruoli organici e gli stipendi dei funzionari ed impiegati governativi, civili e militari, la cui nomina allo impiego è fatta per decreto Reale, possono essere modificati soltanto con leggi speciali. Possono però farsi per decreto Reale le soppressioni di posti e la creazione di posti nuovi, quando siano conseguenza della soppressione o della creazione di ufficio fatta in virtù di poteri che per legge spettino al Governo e entro il limite della spesa approvata col bilancio". Sui precedenti v. F. Benvenuti, *Evoluzione della disciplina del pubblico impiego*, estratto riproducendo le pp. 345-356 da F. Benvenuti, *La riorganizzazione del pubblico impiego in Italia*, in *Il Politico*, XXVII (1962), n. 2, pp. 342-357, in S. Cassese (a cura di), *L'amministrazione pubblica in Italia*, Bologna, il Mulino, 1974, pp. 109-122, e qui p. 111 nt. 3.

individuali e collettivi” (art. 2, co. 1, lett. a), ma anche che “procedere alla abrogazione delle disposizioni che prevedono automatismi che influenzano il trattamento economico fondamentale ed accessorio, e di quelle che prevedono trattamenti economici accessori, settoriali, comunque denominati, a favore di pubblici dipendenti sostituendole contemporaneamente con corrispondenti disposizioni di accordi contrattuali anche al fine di collegare direttamente tali trattamenti alla produttività individuale e a quella collettiva ancorché non generalizzata ma correlata all’apporto partecipativo, raggiunte nel periodo, per la determinazione delle quali devono essere introdotti sistemi di valutazione e misurazione, ovvero allo svolgimento effettivo di attività particolarmente disagiate ovvero obiettivamente pericolose per l’incolumità personale o dannose per la salute; prevedere che siano comunque fatti salvi i trattamenti economici fondamentali ed accessori in godimento aventi natura retributiva ordinaria o corrisposti con carattere di generalità per ciascuna amministrazione o ente; prevedere il principio della responsabilità personale dei dirigenti in caso di attribuzione impropria dei trattamenti economici accessori” (art. 2, co. 1, lett. o).

Era dunque chiara sin dal 1992 la scelta legislativa: autorità salariale, nel lavoro pubblico contrattualizzato, sarebbe stato il contratto collettivo, come dimostra la concorrente finalità di collegare i trattamenti economici alla produttività collettiva, per quanto la dizione “accordi contrattuali” non escludesse a priori uno spazio anche per la contrattazione individuale. Contemporaneamente, si responsabilizzava la dirigenza nell’attribuzione in concreto del trattamento accessorio ai dipendenti.

Insomma, un condominio: il contratto collettivo avrebbe definito il trattamento economico fondamentale – la retribuzione base – e le regole dell’attribuzione del trattamento accessorio; quest’ultimo sarebbe avvenuta sotto la responsabilità della dirigenza.

Il risultato atteso era, secondo le previsioni che aprivano l’art. 2, co. 1, L. n. 421/1992, il “miglioramento dell’efficienza e della produttività”.

Conseguentemente disponeva l’art. 49 del testo originario del D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29²¹⁷: e poiché all’art. 2, co. 3, era disposto che “i contratti individuali [dovessero] conformarsi ai principi di cui all’art. 49, comma 2”, cioè alla parità di trattamento contrattuale, la mancanza di spazio per il contratto individuale provocò quella disattenzione cui si è fatto cenno.

L’art. 23 D.Lgs. 23 dicembre 1993, n. 546 (correttivo), novellava l’art. 49 ma sostanzialmente, per quel che qui rileva²¹⁸, ci si limitava a definire meglio i trattamenti accessori, collegandoli espressamente a produttività individuale, produttività collettiva, attività disagiate o pericolose.

Questa norma è rimasta tale anche nella seconda tappa della riforma, avvenuta nel 1997-1998, nella quale però si è prodotta una curiosa mutazione dell’assetto delle fonti di disciplina della retribuzione, forse involontaria.

5.1 Regolamenti, statuti e atti amministrativi come fonte di trattamenti economici?

Già con il citato D.Lgs. 546/1993, era stato introdotto, per difendere lo spazio e il ruolo della contrattazione collettiva, una norma sulla cessazione di efficacia, ad opera del successivo contratto collettivo, della legge che fosse intervenuta a regolare materie del rapporto di lavoro²¹⁹.

Forse una infondata preoccupazione per le autonomie locali portò poi il legislatore a prevedere, nell’art. 6, co. 1, L. 15 maggio 1997, n. 127, che “nelle materie soggette a riserva di legge ai sensi dell’art. 2, co. 1, lettera c), della legge 23 ottobre 1992, n. 421 la potestà regolamentare degli enti si esercita tenendo conto della contrattazione collettiva nazionale”, ignorando sorprendentemente che le materie indicate

²¹⁷ “1. Il trattamento economico fondamentale ed accessorio è definito dai contratti collettivi. 2. Le amministrazioni pubbliche garantiscono ai propri dipendenti di cui all’art. 2, comma 2, parità di trattamento contrattuale e comunque trattamenti non inferiori a quelli previsti dai rispettivi contratti collettivi. 3. I contratti collettivi definiscono i trattamenti economici accessori al fine di collegarli direttamente alla produttività individuale ed a quella collettiva, ancorché non generalizzata ma correlata all’apporto partecipativo di ciascun dipendente, ovvero allo svolgimento effettivo di attività particolarmente disagiate, oppure obiettivamente pericolose per l’incolumità personale o dannose per la salute. Per la determinazione dei trattamenti accessori la contrattazione collettiva definisce criteri di misurazione obiettiva nell’ambito dei quali compete ai dirigenti la valutazione dell’apporto partecipativo di ciascun dipendente. 4. I dirigenti sono responsabili della attribuzione dei trattamenti economici accessori”.

²¹⁸ Cioè a parte l’aggiunta di un comma 5 per il personale non diplomatico del Ministero degli esteri e i relativi servizi all’estero.

²¹⁹ La disposizione, all’epoca contenuta nell’art. 2, co. 2-bis, D.Lgs. n. 29/1993, fu assai discussa per rapporto alla sua compatibilità con il principio dell’indisponibilità della fonte equiordinata futura. V. per tutti, all’epoca, V. Speciale, *L’abrogazione della legge da parte del contratto collettivo*, in F. Carinci (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Milano, Giuffrè, 1995¹, vol. I, pp. 123-169.

sono quelle in cui è precluso ogni intervento della contrattazione collettiva, onde non era possibile che gli enti locali tenessero conto di quel che la contrattazione non avrebbe potuto dire.

Inoltre, si aggiungeva che questo tenere conto dovesse avvenire “comunque in modo da non determinarne [della contrattazione nazionale] disapplicazioni durante il periodo della vigenza”: solo che la disapplicazione era ed è istituito riferibile agli atti amministrativi (art. 5 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo n. 2248/1865, all. E) e non già ai contratti, collettivi o meno.

Ma la norma meno congrua sistematicamente era nel terzo periodo dell’art. 6, co. 1, L. 127, ove si disponeva che “nelle materie non riservate alla legge il comma 2-bis dell’articolo 2 del decreto legislativo 3 febbraio 1993, e successive modificazioni e integrazioni, si applica[ss]e anche ai regolamenti di cui al presente comma”, cioè ai regolamenti degli enti locali sull’ordinamento degli uffici e dei servizi.

Orbene, l’interpretazione letterale della norma porta alla conclusione che il legislatore della L. 127 avesse implicitamente autorizzato il regolamento di cui si tratta ad invadere le materie attinenti il rapporto di lavoro, ciò che altrimenti non avrebbe potuto essere legittimamente fatto, perché il divieto legale derivante dalla norma che dispone la regolazione contrattuale dei rapporti di lavoro (art. 2, co. 3, del D.Lgs. n. 29/1993) avrebbe comportato la nullità del regolamento per carenza di potere in astratto, che è stata poi chiamata, con la legge 11 febbraio 2005, n. 15, che ha introdotto l’art. 21-septies nella legge 7 agosto 1990, n. 241, “difetto assoluto di attribuzione”, non esistendo affatto nell’ordinamento un potere di disciplinare il rapporto di lavoro dei dipendenti contrattualizzati, in nessun aspetto, tramite regolamenti o atti amministrativi.

La riproposizione dunque del meccanismo del comma 2-bis assunse così il significato di una garanzia attenuata della contrattazione collettiva, perché operante in forma temporalmente successiva e comunque eventuale - se la contrattazione successiva avesse disposto difformemente da quanto previsto nel regolamento degli uffici e dei servizi, se quest’ultimo non avesse disposto in contrario -, laddove in precedenza l’illegittimità dell’atto conseguiva necessariamente all’invasione in un campo - la disciplina del rapporto di lavoro - che l’art. 2, co. 3, D.Lgs. n. 29/1993 precludeva alle fonti unilaterali pubblicistiche.

La nuova previsione fu contraddittoriamente interpretata da due circolari del Ministero dell’Interno (²²⁰), e in giurisprudenza ha portato a definire “residuale”, rispetto alla disciplina legale e a quella contrattuale collettiva, la potestà statutaria degli enti locali (²²¹).

Sfortunatamente, la confusione nel rapporto tra le fonti è cresciuta con l’emanazione del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80, sulla base della legge delega 15 marzo 1997, n. 59, ricordata, il quale ha novellato l’art. 2 del D.lg. n. 29/1993, sdoppiando la disciplina precedentemente contenuta nell’art. 2, co. 2-bis: in questa sede non interessano le modifiche operate all’art. 2, co. 2, quanto il fatto che al comma 3 dell’art. 2 si aggiungeva altresì un penultimo periodo, che disponeva: “le disposizioni di legge, regolamenti o atti amministrativi” - qui comparivano per la prima volta gli atti amministrativi - “che attribuiscono incrementi retributivi non previsti da contratti” - e qui occorre ripetere che prima e dopo la novella operata dal D.Lgs. n. 80/1998, l’art. 49, co. 1, D.Lgs. n. 29/1993 disponeva che “il trattamento economico fondamentale ed accessorio è definito dai contratti collettivi”, onde anche qui un atto amministrativo attributivo a pubblici dipendenti di somme non contrattualmente previste sarebbe stato nullo per carenza di potere in astratto; e che per di più la stessa novella premetteva nell’art. 2, co. 3, un periodo che ribadiva come “l’attribuzione di trattamenti economici può avvenire esclusivamente mediante contratti collettivi o, alle condizioni previste, mediante contratti individuali”, rendendo ancora più contraddittoria la disposizione in esame - “cessano di avere efficacia a far data dall’entrata in vigore del relativo rinnovo contrattuale” (che comunque avrebbe potuto far ipotizzare per la sola parte retributiva un effetto automatico: smentito però dall’ultimo periodo, che aggiungeva “i trattamenti economici più favorevoli in godimento sono riassorbiti con le modalità e nelle misure previste dai contratti collettivi”: onde avrebbero potuto, in difetto di previsioni in merito da parte del contratto collettivo successivo, anche non essere affatto riassorbiti)²²².

²²⁰ Circolari del Ministero dell’interno, 15 luglio 1997, n. 1, e 14 agosto 1997, n. 2. Al proposito, v. M. Barbieri, *Problemi costituzionali*, cit., pp. 355-359.

²²¹ Trib. Nocera Inferiore, 30 marzo 2000, in *Giust.Civ.*, 2000, I, 3033; TAR Toscana, Sez. I, 18 maggio 1998, n. 248.

²²² *Contra*, per l’automatismo del riassorbimento, Trib. Montepulciano, 14 marzo 2000, in *Lav. pubbl. amm.*, 2000, p. 851, con nota critica di V. Speciale, *Il riassorbimento dei trattamenti economici più favorevoli in godimento dei dipendenti pubblici e la funzione dei contratti collettivi*, ivi, pp. 858-871.

In questo modo, la poco comprensibile differenziazione dei due regimi – quello generale e quello per i trattamenti economici – finiva per essere praticamente irrilevante, risolvendosi in entrambi i casi in un potere di deroga fornito dal D.Lgs. n. 29/1993 ai contratti collettivi.

Dunque, implicitamente il legislatore del 1998 ha consentito che vi fossero trattamenti economici non previsti dai contratti collettivi, ma da leggi – sia pure derogabili dai successivi contratti collettivi: e qui null’altro avrebbe potuto fare – da regolamenti o da atti amministrativi: ai quali ultimi, invece, avrebbe potuto interdire completamente e con efficacia reale ogni intervento in materia retributiva²²³.

Incomprensibile appare dunque l’estensione del potere derogatorio del contratto collettivo dalla legge futura, la quale non è limitabile per le ragioni accennate, ai regolamenti e agli atti amministrativi, ai quali invece in via di principio la stessa norma dell’art. 2 (e anche quella dell’allora art. 49, attuale art. 45 D.Lgs. n. 165/2001) già interdiceva l’intervento, e per i quali la nullità era sanzione che sarebbe stata conseguente all’applicazione delle stesse norme. Si deve dunque osservare che qui si è in presenza di una probabile violazione del principio di ragionevolezza, che, come si sa, la giurisprudenza costituzionale ha estratto da quello di uguaglianza, giacché appare privo di scopo e di senso – ma non di effetti contraddittori con le finalità dichiarate della riforma – prevedere che il trattamento economico debba essere regolato dai contratti collettivi e ammettere che però lo stesso trattamento possa essere modificato da fonti secondarie di diritto pubblico.

Sta di fatto che la questione non si è posta in giurisprudenza, e direi che è passata abbastanza inavvertita anche in dottrina, mentre le disposizioni citate hanno subito solo modifiche marginali nel corso delle successive evoluzioni delle disposizioni dell’art. 2, sino a quella del 2017, che ha determinato la norma vigente.

In particolare, nel 2009, nell’ambito della restrizione della funzione della contrattazione che ha segnato i provvedimenti di quella stagione – legge delega 4 marzo 2009, n. 15, e decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150 - è stata novellata la disposizione del co. 2, prevedendo che il conferimento al contratto collettivo del potere di derogare alle leggi successive vi fosse solo se la legge espressamente lo prevedesse (dunque, praticamente mai) e si è aggiunto al comma 3 l’eccezione all’attribuzione dei trattamenti economici per contratto collettivo, inserendovi i nuovi casi in cui l’attribuzione del trattamento economico poteva avvenire in via unilaterale da parte dell’Amministrazione (artt. 40, co. 3-ter e 3-*quater*, e 47-*bis*), che esaminerò *infra*.

Infine, nel decreto legislativo 25 maggio 2017, n. 75, si è tornati invece nel comma 2 alla presunzione della derogabilità, ma con la nuova precisazione “nelle materie affidate alla contrattazione collettiva ai sensi dell’articolo 40, comma 1, e nel rispetto dei principi stabiliti dal presente decreto”, senza però mutare la disposizione in tema di trattamento economico del co. 3.

5.2 I vincoli legali alla contrattazione collettiva come autorità salariale

Nella logica del legislatore in materia di lavoro pubblico, il 2009 ha segnato un importante rovesciamento di orientamento.

Come è stato generalmente rilevato, si è avuta una significativa rilegificazione del rapporto di lavoro pubblico; il che, a mio giudizio, vuol dire che si è considerato che le Amministrazioni siano strutturalmente incapaci di svolgere il proprio ruolo in modo soddisfacente per gli interessi pubblici, e per quanto riguarda il lavoro si è manifestata sfiducia verso la loro capacità di gestione, donde il legislatore ha voluto imbrigliare i comportamenti mediante una fitta normativa di dettaglio che li conformi, restringendo di molto gli spazi non solo della regolazione tramite contratto collettivo, che è stato considerato fonte di prepotere sindacale, spesa incontrollata e pericolosi abusi, ma anche dell’attività della dirigenza pubblica²²⁴.

²²³ Una lettura differente l’ha proposta M.G. Garofalo, *Delegificazione e rilegificazione*, in M. Gentile (a cura di), *Lavoro pubblico: ritorno al passato?*, Roma, Ediesse, 2009, pp. 13-22, ora in M. Barbieri e R. Voza (a cura di), *Gianni Garofalo. Il pane del sapere*, cit., pp. 357-366, e qui p. 362, affermando che i regolamenti non fondati su una disposizione di legge in uno spazio delegificato - e perciò rilegificabile solo da una disposizione di legge - andassero riqualificati come atti negoziali. Simile, sia pure con cautela e con la precisazione che si tratti di “una previsione abbastanza anomala se si considera l’evidente carenza di legittimazione di questi atti” in A. Riccardi, *Il rapporto tra fonti unilaterali e contratto collettivo*, in F. Carinci e L. Zoppoli (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Diritto del Lavoro. Commentario diretto da Franco Carinci*, V, t. I, Torino, Utet, 2004, p. 170.

²²⁴ Cfr. S. Battini, *Al servizio della Nazione? Verso un nuovo modello di disciplina della dirigenza e del personale pubblico*, relazione tenuta al 62° Convegno di Studi amministrativi su *L’Italia che cambia: dalla riforma dei contratti pubblici alla riforma della Pubblica*

Basterà indicare, sul piano generale, che dopo il D.Lgs. n. 150/2009 le materie oggetto di disciplina ad opera del contratto collettivo erano tripartite in materie affidate, materie escluse e materie “consentit[e] negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge”: il che, a parte la claudicante forma linguistica, determinava limiti alla libertà contrattuale delle organizzazioni sindacali senza confronti con il lavoro privato²²⁵.

Questa libertà sindacale recintata e sotto sorveglianza si è vista, però, anzitutto nelle disposizioni del D.Lgs. n. 150/2009 che hanno circoscritto i poteri del contratto collettivo proprio in relazione al trattamento economico.

In questo senso va segnalata innanzitutto proprio la disposizione dell’art. 40, co. 1. Mentre il previgente testo disponeva che “la contrattazione collettiva si svolge[sse] su tutte le materia relative al rapporto di lavoro e alle relazioni sindacali”, talché il trattamento economico in ogni suo possibile aspetto era sottoposto alla definizione contrattual-collettiva, con la novella contenuta nel D.Lgs. n. 150/2009 tra le materie a ‘contrattazione limitata dalla legge’, cioè, per usare la formula legislativa, “consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge”, rientravano almeno due aspetti pertinenti proprio al trattamento economico: la “valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio” e le “progressioni economiche”.

Per quanto riguarda il primo aspetto, il potere della contrattazione collettiva era limitato innanzitutto dall’inserimento all’art. 45 D.Lgs. n. 165/2001 (che era l’art. 49 D.Lgs. n. 29/1993) di un comma 3-*bis*, il quale imponeva di stanziare nei contratti nazionali apposite risorse “per premiare il merito e il miglioramento della performance dei dipendenti”. In secondo luogo, e in modo più stringente, l’art. 19 del D.Lgs. n. 150/2009, al comma 2, forzava le valutazioni espresse dal complesso sistema di valutazione della *performance* disegnato negli articoli precedenti²²⁶ nella griglia per la quale comunque – cioè a prescindere dal giudizio di merito positivo o meno – il venticinque per cento del personale sarebbe stato inserito nella fascia di merito alta, cui sarebbe stato conferito il cinquanta per cento delle risorse destinate al trattamento accessorio collegato alla *performance*. Infatti, la novella dell’art. 49, co. 2, aveva sostituito i precedenti riferimenti dei trattamenti economici accessori – fermo restando quello alle attività disagiate, pericolose o dannose - alla produttività individuale e collettiva con quello alla *performance* individuale e a quella collettiva, quest’ultima “con riferimento all’amministrazione nel suo complesso e alle unità organizzative o aree di responsabilità in cui si articola l’amministrazione”.

Sull’ampiezza della fascia di merito, a cui sarebbe andata la metà della parte delle risorse destinate a premiare la *performance* individuale, la contrattazione collettiva integrativa aveva un potere di deroga assai limitato, potendo solo, *ex art.* 19, co. 4, D.Lgs. 150/2009, allargare del cinque per cento, dunque sino al trenta per cento, in direzione moderatamente più egualitaria, la fascia di coloro che godevano della metà delle risorse, o restringerla sino al venti per cento. Poteva invece variare liberamente l’ampiezza della fascia intermedia, cui la disposizione legale conferiva l’altra metà delle risorse premiali per la *performance* individuale, e di quella bassa, che sarebbe rimasta all’asciutto, e anche la distribuzione tra queste due ultime fasce della seconda metà delle risorse, attenuando la distinzione legale e la punizione dei reprobri.

Era però chiaramente interdetto alla contrattazione collettiva mutare l’esistenza delle tre fasce, e la destinazione della metà delle risorse alla fascia alta²²⁷.

Amministrazione - Varenna, 22, 23 e 24 settembre 2016, reperibile a www.eticapa.it/eticapa/wp-content/uploads/2017/06/battini_varenna_2016.pdf, p. 5, osserva che il legislatore del 2009 “ha [...] soffocato sia l’autonomia dirigenziale, sia l’autonomia negoziale”.

²²⁵ Di “sovranità limitata” scrisse al proposito A. Viscomi, *La contrattazione collettiva nazionale*, in L. Zoppoli (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, pp. 41-59, e qui p. 52.

²²⁶ Artt. 2-16 D.Lgs. n. 150/2009.

²²⁷ È stato giustamente osservato come il sistema fosse “rigido e vincolante”, e la soluzione ai difetti che erano emersi nelle prassi precedenti di valutazioni fosse “eccessivamente semplificatoria” (così R. Giovannetti, *La valutazione della performance individuale*, in P. Mastrogiuseppe e R. Ruffini (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico tra continuità e innovazione*, Assago, Ipsoa, 2010, pp. 109-157). Anche F. Manganaro, *La specialità del lavoro presso le amministrazioni pubbliche*, in *Foro amm. TAR*, 2013, pp. 2169-2182, e qui p. 2175, osserva che il D.Lgs. n. 150/2009 “procedimentalizza eccessivamente i processi di valutazione della performance”. In termini il giudizio di T. Treu, *Le forme retributive incentivanti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, pp. 637-692, e qui p. 683; e di A. Garilli, *Dirigenza pubblica e poteri datoriali*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2016, pp. 15-42, e qui p. 26: “ci si chiede come sia possibile fissare meccanicamente *ex ante* le fasce di merito del personale e le percentuali delle risorse legate alla performance. Peraltro il modello non tiene conto, se non marginalmente, degli aspetti legati all’organizzazione degli uffici e non prevede reali incentivi al lavoro collettivo”. Tuttavia, la disposizione è stata sostituita dall’art. 13, co. 1, D.Lg. 25 maggio 2017, n. 74, prevedendo ora che “1. Il contratto collettivo

Era ancora la disposizione legale a imporre la previsione, nei contratti nazionali, di un articolato sistema di premi, come il *bonus* annuale delle eccellenze (art. 21), il premio annuale per l'innovazione (art. 22), le progressioni economiche (art. 23), delle quali si imponeva alla contrattazione collettiva nazionale e integrativa che le avrebbe disciplinate il criterio prioritario della collocazione pluriennale nella fascia di merito alta ora descritta, le progressioni di carriera (art. 24), per le quali valeva lo stesso meccanismo salva la disciplina *ex lege* e non per contratto collettivo, l'attribuzione di incarichi e responsabilità (art. 25) e persino l'accesso privilegiato a percorsi di alta formazione (art. 26).

Inoltre, l'art. 40, co. 3-*bis*, del D.Lgs. n. 165/2001, introdotto dal D.Lgs. n. 150/2009, prevedeva che “la contrattazione collettiva integrativa assicura adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici, incentivando l'impegno e la qualità della performance ai sensi dell'articolo 45, comma 3. A tale fine destina al trattamento economico accessorio collegato alla performance individuale una quota prevalente del trattamento accessorio complessivo comunque denominato”.

Dunque, sussisteva un vincolo preciso per la contrattazione collettiva nazionale e integrativa: la quota “prevalente” del trattamento accessorio doveva andare, tra i tre titoli abilitanti alla percezione del trattamento accessorio, indicati all'art. 45, co. 3, D. Lgs. n. 165/2001, alla *performance* individuale.

Da questo norma si è anche voluto, sia pure con qualche cautela, riprendere il tema della “specificazione funzionalizzazione” della contrattazione integrativa²²⁸, che era stato già oggetto di dibattito scientifico in relazione alla differente previsione dell'art. 45, co. 4, D.Lgs. n. 29/1993: ma come allora, anche prima della rimozione legislativa delle norme adoperate a sostegno della tesi, quest'ultima era da ritenere infondata²²⁹, così direi anche rispetto alla disposizione introdotta nel 2009 e conservata, con le modifiche che si vedranno *infra*, dal legislatore del 2017.

Più che una funzionalizzazione a interessi esterni a quelli delle parti stipulanti il contratto integrativo, qui si è in presenza di una direttiva di contenuto indirizzata *ex lege* alle Amministrazioni, con relativa indicazione anche dei mezzi da adoperare.

Insomma, il legislatore diceva a chiare lettere ai dipendenti pubblici che, siccome erano fannulloni, sarebbero stati giudicati, e pochi eletti sarebbero anche stati premiati – esula dall'argomento di questa relazione invece l'aspetto punitivo.

Si potrebbero fare molte osservazioni critiche sugli effetti iperconflittuali che sarebbero state provocati dall'applicazione nelle Amministrazioni di questa impostazione iperguidiziaria (merito/colpa → effetto giuridico, premiale sul trattamento economico o disciplinare) delle procedure di valutazione²³⁰, che invece dovrebbero avere un valore comunicativo e, per quanto riguarda noi giuristi, di precisazione del risultato atteso dal creditore della prestazione nel suo stesso interesse: critiche sono state talvolta espresse con vivacità in dottrina²³¹.

Tuttavia, il già ricordato lunghissimo blocco della contrattazione collettiva ha impedito danni, e il contenzioso che si deve presumere sarebbe nato. Questa disciplina resta però di grande interesse proprio dal punto di vista che sto provando a proporre: il sinallagma contrattuale.

Se una parte della controprestazione retributiva era attribuita secondo meccanismi legali sui quali la contrattazione collettiva non era facultata ad intervenire (si ricordi che l'intero titolo III *Merito e premi* del D.Lgs. n. 150/2009 – artt. 17-31 – era espressamente dichiarato inderogabile dalla contrattazione collettiva ed anzi le sue disposizioni “inserite di diritto nei contratti collettivi ai sensi e per gli effetti degli

nazionale, nell'ambito delle risorse destinate al trattamento economico accessorio collegato alla performance ai sensi dell'articolo 40, comma 3-*bis*, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, stabilisce la quota delle risorse destinate a remunerare, rispettivamente, la performance organizzativa e quella individuale e fissa criteri idonei a garantire che alla significativa differenziazione dei giudizi di cui all'articolo 9, comma 1, lettera d), corrisponda un'effettiva diversificazione dei trattamenti economici correlati. 2. Per i dirigenti, il criterio di attribuzione dei premi di cui al comma 1 è applicato con riferimento alla retribuzione di risultato”.

²²⁸ Così R. Soloperto, *La contrattazione collettiva nazionale e integrativa (artt. 36 e 53-56)*, in M. Tiraboschi e F. Verbaro (a cura di), *La nuova riforma*, cit., pp. 365-476, e qui p. 388 (e in genere sul punto pp. 388-392).

²²⁹ Sarà consentito il rinvio a M. Barbieri, *Problemi costituzionali*, cit., pp. 294-301.

²³⁰ Anche S. Battini e B. Cimino, *La valutazione della performance nella riforma Brunetta*, in L. Zoppoli (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, pp. 255-274, e qui p. 270, hanno osservato che “la riforma Brunetta ha ampliato notevolmente il ventaglio di atti di gestione del personale che si ricollegano in modo automatico o semiautomatico alla valutazione”.

²³¹ L'art. 19 D.Lgs. n. 150/2019 è stato definito “una ulteriore deriva verso la barbarie normativa” da E. Gragnoli, *I principi generali in tema di premi per il merito dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in F. Carinci e S. Mainardi (a cura di), *La Terza Riforma del Lavoro Pubblico*, Assago, Ipsoa, 2011, pp. 91-108, e qui p. 103.

articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile” come testualmente disposto nell’art. 30 D.Lgs. n. 150/2009, facendo nascere gravi dubbi sulla conoscenza delle fonti e dei loro rapporti da parte del legislatore delegato), si poteva ancora parlare di sinallagma e di contrattazione collettiva come autorità salariale nel lavoro pubblico?

Al di là delle doverose critiche a una legislazione così architettata²³², la mia risposta è positiva.

Innanzitutto, spettava pur sempre alla contrattazione nazionale quantificare la parte della risorse che sarebbe andata al trattamento economico accessorio, essendo giuridicamente possibile – per quanto politicamente improbabile – che a quest’ultimo fosse destinata una quota limitata delle risorse economiche distribuite con i rinnovi contrattuali, marginalizzando praticamente i numerosi vincoli legislativi che abbiamo esaminato e che insistevano tutti sul trattamento accessorio²³³.

In secondo luogo, i vincoli alla contrattazione (per quanto opinabili nel loro non essere riconducibili a nessun parametro costituzionale, salvo forse attraverso una interpretazione tutta ideologica e destinata a rovesciarsi nella realtà nel suo contrario, del buon andamento *ex art. 97 Cost.*), attenendo pur sempre al contenuto dei contratti collettivi, avrebbero forse potuto essere giustificati con la nota sentenza della Corte costituzionale relativa al distacco delle imprese a partecipazione statale da Confindustria, nella quale la Corte sostenne che la legge in discussione “contiene disposizioni per lo svolgimento di un’attività amministrativa che, nel caso, gli organi dello Stato avrebbero potuto svolgere anche senza il precetto della legge”²³⁴. Anche qui, si sarebbe potuto imporre alle Amministrazioni di non sottoscrivere contratti collettivi se non comprendenti quei particolari contenuti, vincolando anche Regioni ed enti locali attraverso i poteri di indirizzo riconosciuti al Governo nazionale dagli artt. 41 e 48 D.Lgs. n. 165/2001 in combinazione con il rigido criterio gerarchico tra contratti nazionali e contratti integrativi *ex art. 40, co. 3-quinquies*, D.Lgs. n. 165/2001²³⁵.

In realtà, l’operazione condotta dal legislatore del 2009, volta a impermeabilizzare ogni profilo organizzativo dalla possibile influenza sindacale - con l’eccezione dell’organizzazione e disciplina degli uffici e della consistenza delle dotazioni organiche, per le quali viceversa non si era intervenuti sull’obbligo di consultazione sindacale *ex art. 6, co. 1, D.Lgs. n. 165/2001* – ha provocato un significativo contenzioso proprio in relazione alla definizione degli ambiti ristretti che restavano sotto l’autorità della contrattazione collettiva. L’art. 65 D.Lgs. n. 150/2009 imponeva infatti l’adeguamento dei contratti collettivi integrativi alle disposizioni sopra richiamate (co. 1), a pena di cessazione di efficacia dal 1° gennaio 2011 (co. 2), ma conservava le disposizioni dei contratti nazionali (co. 5).

A creare conflitti fu soprattutto la previsione dell’art. 6, lett. *h*), *i*), ed *m*), del CCNL Scuola del 29 novembre 2007, e le risposte della giurisprudenza, generalmente chiamata a giudicare l’antisindacalità del comportamento dei dirigenti scolastici – ma talvolta anche di altre amministrazioni - che avevano rifiutato di ottemperare a quelle previsioni, sono state contrastanti²³⁶. Per quanto riguarda il tema odierno, bisogna notare che la richiamata lett. *m*) prevedeva *anche* “i criteri per l’individuazione del personale

²³² Una lettura simpatetica con le disposizioni qui in esame si può leggere nei contributi di M. Barilà, *La cultura del merito per la gestione delle risorse umane e gli strumenti premiali condizionati dalla valutazione certificata (artt. 17-31)*, e di R. Soloperto, *La contrattazione collettiva*, cit., entrambi in M. Tiraboschi e F. Verbaro (a cura di), *La nuova riforma*, cit., rispettivamente alle pp. 289-313 e 365-476.

²³³ Una lettura più liberalizzante ha osservato che, una volta previsti i trattamenti economici accessori di cui all’art. 45, co. 3, D.Lgs. n. 165/2001, la contrattazione collettiva “resti arbitra di regolare la struttura della retribuzione come meglio crede, destinando il resto delle risorse ai fini che ritiene più opportuni, ivi compresi ulteriori trattamenti accessori” (E. Menegatti, *La retribuzione, i contratti collettivi nazionali di categoria e la loro interpretazione*, in E. Gagnoli e S. Palladini, *La retribuzione*, Torino, Utet, 2012, pp. 149-192, e qui p. 171). In questo senso v. già R. Santucci, *La retribuzione incentivante nelle amministrazioni pubbliche tra riforme legislative e rinnovi contrattuali del 2000*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2000, pp. 491-513, e qui p. pp. 498 s. A me pare che la disposizione di legge in questione non autorizzi questa lettura. Nel senso qui sostenuto L. Fiorillo, *La nuova struttura della retribuzione nel lavoro pubblico*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1996, pp. 483-499, e qui p. 492 nt. 6; G. Zilio Grandi, *Il trattamento economico*, in *Riv. giur. lav.*, 1996, I, pp. 517-541, e qui p. 519.

²³⁴ Corte cost. 26 gennaio 1960, n. 1.

²³⁵ La giurisprudenza ha presidiato questa disposizione con fedeltà alla lettera: v. Cass. 9 gennaio 2017, n. 213; vedi anche Cass. 13 luglio 2016, n. 14320.

²³⁶ Per l’antisindacalità del comportamento delle amministrazioni, v. Trib. Lamezia Terme 7 settembre 2010; Trib. Torino 21 settembre 2010; Trib. Trieste 5 ottobre 2010; Trib. Roma 7 gennaio 2011; Trib. Treviso 18 febbraio 2011; Trib. Bologna 21 marzo 2011; Trib. Lucca 14 luglio 2011; Trib. Velletri 21 luglio 2011; Trib. Velletri 27 settembre 2011. Dell’orientamento opposto Trib. Pesaro 2 dicembre 2010; Trib. Venezia 12 marzo 2011; Trib. Catanzaro 22 marzo 2011; Trib. Frosinone 11 aprile 2011; Trib. Catanzaro 12 aprile 2011; Trib. Messina 10 maggio 2011; Trib. Genova 19 maggio 2011; Trib. Genova 6 giugno 2011; Trib. Cagliari 15 giugno 2011; Trib. Roma 22 giugno 2011; trib. Roma 1° luglio 2011; Trib. Tivoli 12 agosto 2011.

docente, educativo ed ATA da utilizzare nelle attività retribuite con il fondo di istituto”, e quindi una materia che toccava direttamente il trattamento economico. Emerge dunque che neppure per il trattamento economico è stato di immediata percezione, rispetto alle previsioni dei contratti collettivi, il confine tra materie “direttamente pertinenti al rapporto di lavoro” e no (art. 40, co. 1, D.Lgs. n. 165/2001), e il condominio tra contratti collettivi e dirigenti in relazione agli stipendi non è necessariamente pacifico.

La normativa vigente, intitolata all’allora Ministra Marianna Madia – legge delega 7 agosto 2015, n. 124²³⁷ e decreto legislativo 25 maggio 2017, n. 75²³⁸ –, al di là della restituzione alla contrattazione delle progressioni economiche e della determinazione delle fasce per l’attribuzione del salario accessorio, non ha sostanzialmente mutato la tripartizione delle materie, né le finalità e l’ispirazione della disciplina²³⁹.

Specificamente per il tema che ci occupa, però, va rilevato che oggi l’art. 40, co. 3-*bis*, D.Lgs. n. 165/2001 dispone che “le pubbliche amministrazioni attivano autonomi livelli di contrattazione collettiva integrativa, nel rispetto dell’articolo 7, comma 5, e dei vincoli di bilancio risultanti dagli strumenti di programmazione annuale e pluriennale di ciascuna amministrazione. La contrattazione collettiva integrativa assicura adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici, incentivando l’impegno e la qualità della performance, destinandovi, per l’ottimale perseguimento degli obiettivi organizzativi ed individuali, una quota prevalente delle risorse finalizzate ai trattamenti economici accessori comunque denominati ai sensi dell’articolo 45, comma 3. La predetta quota è collegata alle risorse variabili determinate per l’anno di riferimento. La contrattazione collettiva integrativa si svolge sulle materie, con i vincoli e nei limiti stabiliti dai contratti collettivi nazionali, tra i soggetti e con le procedure negoziali che questi ultimi prevedono; essa può avere ambito territoriale e riguardare più amministrazioni. I contratti collettivi nazionali definiscono il termine delle sessioni negoziali in sede decentrata. Alla scadenza del termine le parti riassumono le rispettive prerogative e libertà di iniziativa e decisione”.

Orbene, il decreto legislativo del 2017 ha chiarito che la prevalenza da destinare alla *performance* è da misurare sulle risorse e non sul trattamento percepito dai singoli, e vi ha incluso il trattamento accessorio connesso alle *performance* non solo individuali ma anche collettive, riferite cioè agli obiettivi dell’organizzazione.

In questo senso, ancora, la contrattazione integrativa ha riconquistato uno spazio di manovra nella determinazione del peso rispettivo dei vari titoli che legittimano l’attribuzione dei trattamenti accessori.

Ancor più rilevante è il collegamento alle risorse variabili dei fondi che alimentano il trattamento economico accessorio.

Su questa scia, lo stesso D.Lgs. n. 75/2017 contiene una disposizione assai articolata sul trattamento accessorio²⁴⁰, che rientra a pieno titolo nell’argomento dei limiti legali alla contrattazione.

²³⁷ V. M. Barbieri e A. Bellavista, *Una riforma senz’anima*, in *Riv giur. lav.*, 2015, I, pp. 473-478; V. Pinto, *Il lavoro pubblico nella transizione*, cit.

²³⁸ V. M. Esposito, V. Luciani, A. Zoppoli, L. Zoppoli (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, Torino, Giappichelli, 2018.

²³⁹ Un giudizio più positivo in G. Natullo, *Tra legge e contratto: l’“equilibrio instabile” del sistema delle fonti del lavoro pubblico*, in M. Esposito, V. Luciani, A. Zoppoli, L. Zoppoli (a cura di), *op. cit.*, pp. 21 ss.; M. Delfino, *I nuovi “spazi negoziali”*, *ivi*, pp. 29 ss.; A. Alaimo, *Le fonti rivisitate e le autonomie locali*, *ivi*, p. 67.

²⁴⁰ L’art. 23, rubricato *Salario accessorio e sperimentazione*, dispone: “Art. 23 1. Al fine di perseguire la progressiva armonizzazione dei trattamenti economici accessori del personale delle amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, la contrattazione collettiva nazionale, per ogni comparto o area di contrattazione opera, tenuto conto delle risorse di cui al comma 2, la graduale convergenza dei medesimi trattamenti anche mediante la differenziata distribuzione, distintamente per il personale dirigenziale e non dirigenziale, delle risorse finanziarie destinate all’incremento dei fondi per la contrattazione integrativa di ciascuna amministrazione. 2. Nelle more di quanto previsto dal comma 1, al fine di assicurare la semplificazione amministrativa, la valorizzazione del merito, la qualità dei servizi e garantire adeguati livelli di efficienza ed economicità dell’azione amministrativa, assicurando al contempo l’invarianza della spesa, a decorrere dal 1° gennaio 2017, l’ammontare complessivo delle risorse destinate annualmente al trattamento accessorio del personale, anche di livello dirigenziale, di ciascuna delle amministrazioni pubbliche di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non può superare il corrispondente importo determinato per l’anno 2016. A decorrere dalla predetta data l’articolo 1, comma 236, della legge 28 dicembre 2015, n. 208 è abrogato. Per gli enti locali che non hanno potuto destinare nell’anno 2016 risorse aggiuntive alla contrattazione integrativa a causa del mancato rispetto del patto di stabilità interno del 2015, l’ammontare complessivo delle risorse di cui al primo periodo del presente comma non può superare il corrispondente importo determinato per l’anno 2015, ridotto in misura proporzionale alla riduzione del personale in servizio nell’anno 2016. 3. Fermo restando il limite delle risorse complessive previsto dal comma 2, le regioni e gli enti locali, con esclusione degli enti del Servizio sanitario nazionale, possono destinare apposite risorse alla componente variabile dei fondi per il salario accessorio, anche per l’attivazione dei servizi o di processi di riorganizzazione e il relativo mantenimento, nel rispetto dei vincoli di bilancio e delle vigenti disposizioni in materia di vincoli della spesa di personale e in coerenza con la normativa contrattuale vigente per la medesima

Non si comprende, infatti, perché la contrattazione collettiva nazionale dovrebbe operare una graduale convergenza dei trattamenti economici accessori - che peraltro non risulta sia stata realizzata dai CCNL di cui parlerò *infra*, sub§5.8. - posto che sono proprio le differenze di qualità del lavoro svolto in ciascuna amministrazione che dovrebbero motivare, sulla base del sinallagma, le differenze retributive connesse alla notevole diversità delle amministrazioni pubbliche, come si vedrà meglio nel paragrafo successivo. Come tale, la pretesa uniformizzante dell'art. 23, co. 1, può essere considerata una norma contro il sinallagma (e contro il buon andamento), sebbene contemporaneamente si interrompa la costante tendenza legislativa al taglio delle risorse destinate al trattamento economico accessorio, e quindi appaia possibile, specie in relazione alla cosiddetta sperimentazione, un rilancio della contrattazione integrativa anche dal punto di vista della massa salariale governata²⁴¹.

E comunque, anche precedenti studi sul campo²⁴² dimostrano sia il rilievo che il trattamento economico accessorio riveste nella retribuzione dei dipendenti pubblici - si parla nel caso in esame di cifre medie *pro capite* intorno ai duecentocinquanta euro mensili. - sia le notevoli differenze esistenti anche tra amministrazioni simili, a dimostrazione di un margine di autonomia che permane significativo e che restituisce un senso rilevante alla contrattazione integrativa, se le parti avranno la maturità culturale di avviare politiche contrattuali consapevoli.

Si è poi posto un problema particolare, ma molto interessante per il discorso che sto conducendo, a proposito di un'altra norma legale sul trattamento accessorio dei dipendenti pubblici.

componente variabile. 4. A decorrere dal 1° gennaio 2018 e sino al 31 dicembre 2020, in via sperimentale, le regioni a statuto ordinario e le città metropolitane che rispettano i requisiti di cui al secondo periodo possono incrementare, oltre il limite di cui al comma 2, l'ammontare della componente variabile dei fondi per la contrattazione integrativa destinata al personale in servizio presso i predetti enti, anche di livello dirigenziale, in misura non superiore a una percentuale della componente stabile dei fondi medesimi definita con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato su proposta del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, previo accordo in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo n. 281 del 1997, entro novanta giorni dalla entrata in vigore del presente provvedimento. Il predetto decreto individua i requisiti da rispettare ai fini della partecipazione alla sperimentazione di cui al periodo precedente, tenendo conto in particolare dei seguenti parametri: a) fermo restando quanto disposto dall'articolo 1, comma 557-quater, della legge n. 296 del 2006, il rapporto tra le spese di personale e le entrate correnti considerate al netto di quelle a destinazione vincolata; b) il rispetto degli obiettivi del pareggio di bilancio di cui all'articolo 9 della legge 24 dicembre 2012, n. 243; c) il rispetto del termine di pagamento dei debiti di natura commerciale previsti dall'articolo 41, comma 2, del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66; d) la dinamica del rapporto tra salario accessorio e retribuzione complessiva. 4-bis. Il comma 4 del presente articolo si applica, in via sperimentale, anche alle università statali individuate con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato su proposta del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, sentita la Conferenza dei rettori delle università italiane, tenendo conto, in particolare, dei parametri di cui alle lettere c) e d) del secondo periodo del citato comma 4, dell'indicatore delle spese di personale previsto dall'articolo 5 del decreto legislativo 29 marzo 2012, n. 49, e dell'indicatore di sostenibilità economico-finanziaria, come definito agli effetti dell'applicazione dell'articolo 7 del medesimo decreto legislativo n. 49 del 2012. Con il medesimo decreto è individuata la percentuale di cui al comma 4. Sulla base degli esiti della sperimentazione, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, sentita la Conferenza dei rettori delle università italiane, può essere disposta l'applicazione in via permanente delle disposizioni di cui al presente comma. 5. Nell'ambito della sperimentazione per gli enti di cui al primo periodo del comma 4, con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, previa acquisizione del parere in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo n. 281 del 1997, è disposto il graduale superamento degli attuali vincoli assunzionali, in favore di un meccanismo basato sulla sostenibilità finanziaria della spesa per personale valutata anche in base ai criteri per la partecipazione alla sperimentazione, previa individuazione di specifici meccanismi che consentano l'effettiva assenza di nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica. Nell'ambito della sperimentazione, le procedure concorsuali finalizzate al reclutamento di personale in attuazione di quanto previsto dal presente comma, sono delegate dagli enti di cui al comma 3 alla Commissione interministeriale RIPAM istituita con decreto interministeriale del 25 luglio 1994, e successive modificazioni. 6. Sulla base degli esiti della sperimentazione, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, acquisita l'intesa in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo n. 281 del 1997, può essere disposta l'applicazione in via permanente delle disposizioni contenute nei commi 4 e 5 nonché l'eventuale estensione ad altre amministrazioni pubbliche, ivi comprese quelle del servizio sanitario nazionale, previa individuazione di specifici meccanismi che consentano l'effettiva assenza di nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica. 7. Nel caso si rilevino incrementi di spesa che compromettono gli obiettivi e gli equilibri di finanza pubblica, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sono adottate le necessarie misure correttive". Il comma 4-bis è stato aggiunto con l'art. 1, co. 634, L. 27 dicembre 2017, n. 205.

²⁴¹ V. sull'art. 23 G. Formica, *I limiti di carattere finanziario alla contrattazione*, in M. Esposito, V. Luciani, A. Zoppoli, L. Zoppoli, *La riforma dei rapporti*, cit., pp. 55-60; e A. Alaimo, *op. cit.*, pp. 72 s.

²⁴² Segnalo fra diversi lo studio del Comune di Roma, *La politica di valorizzazione delle risorse umane*, febbraio 2017, in https://www.comune.roma.it/web-resources/cms/documents/4_La_politica_di_valorizzazione_delle_risorse_umane.pdf.

L'art. 113 del codice dei contratti pubblici²⁴³, rubricato “incentivi per funzioni tecniche”, consente di erogare emolumenti economici accessori rivenienti dall'ottanta per cento del due per cento dell'importo posto a gara accantonato in apposito fondo, a favore del personale per attività, tecniche e amministrative, nelle procedure di programmazione, esecuzione e collaudo (o verifica di conformità) degli appalti di lavori, servizi o forniture, secondo modalità da prevedere nella contrattazione integrativa e sulla base di un apposito regolamento. In disparte ogni considerazione sulla non chiarissima definizione dei ruoli rispettivi del contratto integrativo e del regolamento dell'amministrazione²⁴⁴, ci si è posti il problema se le risorse – che gravano *ex art.* 113, co. 2, sui bilanci delle stazioni appaltanti, ma che *ex art.* 113, co. 5-bis, “fanno capo al medesimo capitolo di spesa previsto per i singoli lavori, servizi e forniture”, debbano aggiungersi ai fondi per il trattamento accessorio, e se siano costrette nei limiti di cui all'art. 23, co. 2, D.Lgs. n. 75/2017, cioè all'invarianza complessiva rispetto al 2016.

Dopo orientamenti contrastanti nelle sezioni regionali del controllo, la Corte dei conti, sezione delle autonomie²⁴⁵, ha deliberato il mese scorso, proprio sulla base del co. 5-bis, che “la contabilizzazione prescritta ora dal legislatore sembra consentire di desumere l'esclusione di tali risorse dalla spesa del

²⁴³ Art. 113 D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50: “1. Gli oneri inerenti alla progettazione, alla direzione dei lavori ovvero al direttore dell'esecuzione, alla vigilanza, ai collaudi tecnici e amministrativi ovvero alle verifiche di conformità, al collaudo statico, agli studi e alle ricerche connessi, alla progettazione dei piani di sicurezza e di coordinamento e al coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione quando previsti ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2008 n. 81, alle prestazioni professionali e specialisti che necessari per la redazione di un progetto esecutivo completo in ogni dettaglio fanno carico agli stanziamenti previsti per i singoli appalti di lavori, servizi e forniture negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle stazioni appaltanti. 2. A valere sugli stanziamenti di cui al comma 1, le amministrazioni aggiudicatrici destinano ad un apposito fondo risorse finanziarie in misura non superiore al 2 per cento modulate sull'importo dei lavori, servizi e forniture, posti a base di gara per le funzioni tecniche svolte dai dipendenti delle stesse esclusivamente per le attività di programmazione della spesa per investimenti, di valutazione preventiva dei progetti, di predisposizione e di controllo delle procedure di gara e di esecuzione dei contratti pubblici, di RUP, di direzione dei lavori ovvero direzione dell'esecuzione e di collaudo tecnico amministrativo ovvero di verifica di conformità, di collaudatore statico ove necessario per consentire l'esecuzione del contratto nel rispetto dei documenti a base di gara, del progetto, dei tempi e costi prestabiliti. Tale fondo non è previsto da parte di quelle amministrazioni aggiudicatrici per le quali sono in essere contratti o convenzioni che prevedono modalità diverse per la retribuzione delle funzioni tecniche svolte dai propri dipendenti. Gli enti che costituiscono o si avvalgono di una centrale di committenza possono destinare il fondo o parte di esso ai dipendenti di tale centrale. La disposizione di cui al presente comma si applica agli appalti relativi a servizi o forniture nel caso in cui è nominato il direttore dell'esecuzione. 3. L'ottanta per cento delle risorse finanziarie del fondo costituito ai sensi del comma 2 è ripartito, per ciascuna opera o lavoro, servizio, fornitura con le modalità e i criteri previsti in sede di contrattazione decentrata integrativa del personale, sulla base di apposito regolamento adottato dalle amministrazioni secondo i rispettivi ordinamenti, tra il responsabile unico del procedimento e i soggetti che svolgono le funzioni tecniche indicate al comma 2 nonché tra i loro collaboratori. Gli importi sono comprensivi anche degli oneri previdenziali e assistenziali a carico dell'amministrazione. L'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore stabilisce i criteri e le modalità per la riduzione delle risorse finanziarie connesse alla singola opera o lavoro a fronte di eventuali incrementi dei tempi o dei costi non conformi alle norme del presente decreto. La corresponsione dell'incentivo è disposta dal dirigente o dal responsabile di servizio preposto alla struttura competente, previo accertamento delle specifiche attività svolte dai predetti dipendenti. Gli incentivi complessivamente corrisposti nel corso dell'anno al singolo dipendente, anche da diverse amministrazioni, non possono superare l'importo del 50 per cento del trattamento economico complessivo annuo lordo. Le quote parti dell'incentivo corrispondenti a prestazioni non svolte dai medesimi dipendenti, in quanto affidate a personale esterno all'organico dell'amministrazione medesima, ovvero prive del predetto accertamento, incrementano la quota del fondo di cui al comma 2. Il presente comma non si applica al personale con qualifica dirigenziale. 4. Il restante 20 per cento delle risorse finanziarie del fondo di cui al comma 2 ad esclusione di risorse derivanti da finanziamenti europei o da altri finanziamenti a destinazione vincolata è destinato all'acquisto da parte dell'ente di beni, strumentazioni e tecnologie funzionali a progetti di innovazione anche per il progressivo uso di metodi e strumenti elettronici specifici di modellazione elettronica informativa per l'edilizia e le infrastrutture, di implementazione delle banche dati per il controllo e il miglioramento della capacità di spesa e di efficientamento informatico, con particolare riferimento alle metodologie e strumentazioni elettroniche per i controlli. Una parte delle risorse può essere utilizzato per l'attivazione presso le amministrazioni aggiudicatrici di tirocini formativi e di orientamento di cui all'articolo 18 della legge 24 giugno 1997, n. 196 o per lo svolgimento di dottorati di ricerca di alta qualificazione nel settore dei contratti pubblici previa sottoscrizione di apposite convenzioni con le Università e gli istituti scolastici superiori. 5. Per i compiti svolti dal personale di una centrale unica di committenza nell'espletamento di procedure di acquisizione di lavori, servizi e forniture per conto di altri enti, può essere riconosciuta, su richiesta della centrale unica di committenza, una quota parte, non superiore ad un quarto, dell'incentivo previsto dal comma 2. 5-bis. Gli incentivi di cui al presente articolo fanno capo al medesimo capitolo di spesa previsto per i singoli lavori, servizi e forniture”.

²⁴⁴ Il tema, di stretto interesse giuslavoristico, pare sfuggito all'attenzione dei commentatori del codice, tra cui v. almeno F. Cangelli, *L'esecuzione dei contratti pubblici*, in E. Follieri (a cura di), *Corso sul codice dei contratti pubblici*, Napoli, ESI, 2017, pp. 209-241; e M. Guardapassi, *Incentivi per funzioni tecniche*, in D. Garofalo (a cura di), *Appalti e lavoro. vol. I. Disciplina pubblicistica*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 170-192, la quale ultima si è limitata a dare per scontato che la contrattazione integrativa sia precedente il regolamento, sebbene non si comprenda su quale base.

²⁴⁵ Corte conti, sez. autonomie, 26 aprile 2018, n. 6.

personale e dalla spesa per il trattamento accessorio”²⁴⁶, pur “trattandosi, in senso oggettivo, di emolumenti di tipo accessorio spettanti al personale”. Peraltro, a giudizio della Corte dei conti “la *ratio legis* è quella di stabilire una diretta corrispondenza tra incentivo ed attività compensate in termini di prestazioni sinallagmatiche”: qui dunque, ed è davvero una singolarità nell’ambito del nostro discorso, il sinallagma è chiamato in causa per escludere l’intervento della fonte contrattuale e disegnare un territorio normativo nel quale un pezzo di trattamento economico accessorio è disciplinato direttamente dalla legge, la quale peraltro, *ex art.* 113, co. 3, istituisce una materia devoluta *ex lege* – e non *ex Ccnl* – alla contrattazione integrativa.

5.3 Corrispettivo a cosa? Qualche questione in tema di metrica del lavoro pubblico

Va inoltre osservato che l’imporre per legge un limite così penetrante alla contrattazione collettiva integrativa come quello esaminato *sub* §5.2, al di là dei suoi effetti pratici e della sua legittimità, e anche nella nuova e più lasca versione vigente dopo il D.Lgs. n. 75/2017, comporta una pre-valutazione del legislatore che spinge verso un più stretto adeguamento del trattamento accessorio alla qualità individuale della prestazione svolta, che – lungi dal confliggere con la disposizione dell’art. 36, co. 1, Cost., della quale il riferimento alla qualità è parte non trascurabile -, appare anzi volta a rafforzare la corrispettività tra prestazione e retribuzione nel lavoro pubblico.

Si apre quindi la questione della misurazione della qualità dell’apporto individuale, che ha qualche precedente importante nella contrattazione collettiva nazionale sin dalla prima tornata²⁴⁷, e che si è rivelata fonte di conflitti e dissensi sul piano sindacale e su quello individuale.

I problemi che si pongono a questo punto sono due: chi misura la qualità, che cosa e come misura la qualità.

Solo attraverso la soluzione di questi due problemi si potrà effettivamente affermare la corrispettività di questa voce del trattamento accessorio alla qualità della prestazione erogata.

Orbene, il primo è palesemente un tema di allocazione del potere all’interno dell’organizzazione, e l’esperienza empirica dimostra che negli anni le soluzioni date dalle amministrazioni sono state molto differenziate. Faccio un solo esempio: il prevedere una istanza di revisione della valutazione della *performance* individuale, una sorta di appello, evidentemente delegittima il valutatore di prima istanza, ed è foriero di conflitto intraorganizzativo. Inoltre, accentua l’aspetto della valutazione come giudizio sulla prestazione anziché come comunicazione relativa al grado di soddisfazione dell’interesse creditorio circa la qualità della prestazione resa e puntualizzazione di quella attesa²⁴⁸. I sociologi che si sono occupati di questo tema hanno puntualmente rilevato che “nel caso specifico del pubblico impiego l’enfasi maggiore, grazie ai CCNL, è stata posta sulla retribuzione e incentivazione del lavoro [...] tale scelta tuttavia non sempre è considerata, dagli esperti, come la più opportuna per iniziare un processo di così vasta portata sull’insieme dell’organizzazione”²⁴⁹.

Fra l’altro, l’uniforme disciplina sulla valutazione del D.Lgs. n. 150/2009, di poco mutata nella novella dell’anno scorso, appare anche poco consapevole del fatto che le pubbliche amministrazioni, per organizzazione e produzione, sono da tempo un pluriverso più che un universo: o si va lontano senza “una concreta assunzione delle specificità culturali di questi contesti di lavoro”, anche perché è vero che “la valutazione debba considerare in modo significativo i risultati raggiunti e i processi che li hanno resi possibili, piuttosto che limitarsi alla sola analisi dei comportamenti operativi”, tenendo peraltro presente

²⁴⁶ Il contrario era stato affermato da Corte conti, sez. autonomie, 6 aprile 2017, n. 7, ma l’intervento dell’art. 1, co. 526, legge n. 205 del 2017, che ha inserito nell’art. 113 il co. 5-bis, specificando che il finanziamento del fondo per gli incentivi tecnici grava sul medesimo capitolo di spesa previsto per i singoli lavori, servizi o forniture, ha indotto la sezione a ribaltare il precedente orientamento.

²⁴⁷ R. Santucci, *Le retribuzioni incentivanti nel pubblico impiego*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1996, pp. 501-523, e sul punto pp. 508-515. Qualche cenno al proposito anche in G. Cananzi (e L. Prosperetti), *I compensi correlati alla produttività ed alla qualità*, in F. Carinci, *I contratti collettivi di comparto. Commentario*, Milano, Giuffrè 1997, pp. 89-117 e qui pp. 97-100. Per la verità, esistevano precedenti persino all’epoca degli accordi sindacali recepiti in D.P.R.: una succinta valutazione dell’esperienza fatta all’epoca negli enti locali sul tema in G. Rebor, *Gli enti locali*, in G. Rebor e S. De Martino, *Lavoro e management nelle pubbliche amministrazioni*, Milano, Franco Angeli, 1988, pp. 33-118, e qui pp. 65-68.

²⁴⁸ Sull’importanza e le funzioni della comunicazione nelle organizzazioni amministrative, sempre imprescindibile H.A. Simon, *Il comportamento amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2001² (ma ed. originale 1947, 1957²), pp. 239-261. Da un punto di vista psicologico, v. A. Pedon e R. Maeran, *Psicologia e mondo del lavoro*, Milano, LED, 2001, pp. 179-210.

²⁴⁹ G. Della Rocca e G. Randi, *Un sistema multivariato per la valutazione dei dirigenti*, in G. Della Rocca (a cura di), *La valutazione e la retribuzione delle prestazioni*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2001, pp. 113-136, e qui p. 129.

che in chi produce servizi per la popolazione “la rappresentazione qualitativa e quantitativa dei risultati raggiunti [...] è però una operazione notevolmente più complessa che nelle produzioni manifatturiere”²⁵⁰. Anche l’effetto automatico sul trattamento economico che era previsto dall’art. 19 D.Lgs. n. 150/2009, di cui si è parlato, non si sottrae ai dubbi che erano stati precedentemente manifestati “se la correlazione tra scala di merito e quella retributiva debba essere lasciata ad un semplice calcolo statistico”²⁵¹.

Se invece guardiamo cosa si misura e come, si entra nel campo dell’economia aziendale, che ci insegna come il giudizio sulla prestazione del personale debba focalizzare la propria attenzione sul contributo che il valutato apporta, e, per evitare che la valutazione si colori per elevati margini di arbitrarietà e sviluppi un senso di insicurezza nel valutato, il contributo del dipendente deve essere stimato sulla base di variabili che hanno maggiore attinenza con le finalità dell’organizzazione e che possono essere misurate con una certa ragionevolezza²⁵². Si deve, insomma, valutare l’attitudine del dipendente a realizzare gli obiettivi allo stesso assegnati: se in generale l’identificazione degli obiettivi non è cosa facile e richiede, in ogni caso, il coinvolgimento del soggetto valutato, si sa bene che nelle amministrazioni pubbliche la maggior difficoltà, data anche la varietà degli scopi di interesse pubblico alla soddisfazione dei quali sono destinate, sta proprio nella fissazione degli obiettivi.

Nella fase di assegnazione degli obiettivi ai dirigenti e ai loro collaboratori si rende necessario salvaguardare – in linea tendenziale – il principio di controllabilità dei risultati, nel senso che i valutati devono avere un’influenza significativa sui risultati di cui sono chiamati a rispondere, ossia devono essere in grado di incidere concretamente sui risultati in un determinato periodo di tempo.

Si ritiene pure che il contributo del dipendente debba essere apprezzato anche attraverso l’analisi – con metodologie deduttive dai principi o induttive dai comportamenti migliori – del comportamento organizzativo. In questo caso, l’attenzione non è sui risultati *sic et simpliciter*, ma sulle modalità che hanno permesso al dipendente di conseguirli. A ben vedere, l’analisi del comportamento qualifica il giudizio sulla prestazione individuale, poiché mette in luce l’attitudine del dipendente a interpretare il suo ruolo.

Le considerazioni che precedono non hanno naturalmente lo scopo di trasformarci in cultori e cultrici di altri rami del sapere, ai quali dobbiamo affidare la discussione sulla valutazione della posizione, del risultato e del potenziale dei dipendenti pubblici e della loro *performance*²⁵³, ma solo di illustrare lo sfondo assai complesso sul quale si muove la indubbia scelta legislativa di stringere il nesso di corrispettività tra valutazione della performance individuale e retribuzione: dunque, una *corrispettività complessa*.

5.4 Corrispettivo a cosa? (segue) Qualche questione in tema di fissazione di obiettivi e oggetto dell’obbligazione

Volgiamoci dunque a considerarla dal punto giuridico. Non è banale, mi pare, osservare che il D.Lgs. n. 150/2009, connettendo trattamento accessorio e ciclo della gestione della *performance* ed esigendo in quest’ultimo la fissazione di specifici obiettivi individuali non solo per i dirigenti e il personale responsabile di una unità organizzativa in posizione di autonomia e responsabilità (art. 9, co. 1, lett. b), ma per tutto il personale pubblico (art. 9, co. 2, lett. a)²⁵⁴, sia pure in questo caso con la significativa

²⁵⁰ M. Brunod e S. Tonielli, *La valutazione degli operatori delle scuole infanzia e degli asili nido nel Comune di Cremona*, in G. della Rocca, *op. cit.*, pp. 137-164, e qui pp. 137 s.

²⁵¹ G. Della Rocca, *Il ‘modello delle competenze’ per la valutazione delle prestazioni*, in G. Della Rocca, *op. cit.*, pp. 175-196, e qui p. 193.

²⁵² “Unlike the long-used system of appraising individuals on the basis of their personality traits, work habits, or their ability to get along with others, the effective appraisal program is integrated with work and results. This is why a combination of appraisal of performance against verifiable goals and performance as a manager is to be preferred over other appraisal programs [...] Any appraisal program gains as it becomes more objective. Both those who appraise and those being appraised prefer objectivity. A manager who must weigh people on the basis of what he ‘think’ of them understandably shies away from accurate appraisal and is likely to give people ratings – usually too high – that cannot be challenged by the person being rated. People being appraised understandably tend to resent subjective criticism as not being fair” (H. Koontz, *Appraising manager as manager*, New York, McGraw-Hill, 1971, p. 13).

²⁵³ Sui problemi della *performance* delle amministrazioni pubbliche come organizzazioni, invece, che sono un presupposto della valutazione delle *performance* individuali, e influiscono anch’esse sul trattamento accessorio *ex art.* 45, co. 3, lett. b), D.Lgs. n. 165/2001, cfr. N. Angiola e P. Bianchi, *La performance delle amministrazioni pubbliche*, in N. Angiola e P. Bianchi, *Management pubblico*, Milano, Franco Angeli, 2015, pp. 49-75.

²⁵⁴ Dubbi sulla universalizzazione del sistema di valutazione sono stati espressi da T. Treu, *Le forme retributive incentivanti*, cit., pp. 685 s.

precisazione che gli obiettivi possano essere “di gruppo o individuali”, interagisce con la struttura dell’obbligazione di lavoro. Bisogna analizzare in qual maniera.

Infatti, dobbiamo comprendere se gli obiettivi – ricordiamo, fissati unilateralmente ai sensi delle disposizioni ora ricordate - aggiungano qualcosa o meno all’obbligazione contrattuale, e su quale base giuridica si fondi l’attribuzione *ex lege* all’amministrazione datrice di lavoro del potere di fissarli.

Qui si entra nel cuore della definizione di cosa sia il contratto di lavoro. Senza poter ripercorrere in queste sede una discussione durata quanto la storia della nostra disciplina, direi che, poiché oggetto dell’obbligazione è un *facere*, un’attività personale utile precisata nei suoi connotati essenziali sin dalla fase genetica del rapporto, nel momento del formarsi del consenso sul programma negoziale, occorre chiedersi se la fissazione unilaterale di obiettivi da parte dell’amministrazione – che potrebbe, anche se non necessariamente dovrebbe, avvenire nei confronti di tutti i dipendenti, come abbiamo visto – muti questo oggetto.

Noi sappiamo che, con l’unica eccezione relativa proprio al lavoro pubblico di cui parlerò *infra, sub* 5.6, il tipo contratto di lavoro subordinato si distingue perché la prestazione dedotta in obbligazione non può mai essere determinabile, ma deve sempre essere determinata al momento della stipulazione (art. 2103 c.c. e art. 96, co. 1, disp. att. c.c.).

Allora, la fissazione unilaterale degli obiettivi a me pare non aggiunga alcunché all’area del debito della prestazione. Lo dimostra innanzitutto il fatto che il loro mancato raggiungimento non è *ex se* sanzionabile.

La celebre disposizione relativa al c.d. “licenziamento dei fannulloni”, che è stata contenuta dal 2009 al 2017 nell’art. 55-*quater*, co. 2, D.Lgs. n. 165/2001, prevedeva infatti che vi fosse il licenziamento disciplinare nel caso di valutazione almeno biennale di insufficiente rendimento – e la valutazione abbiamo visto che era (ed è) collegata *anche* al raggiungimento degli obiettivi – e (io direi *ma*) “questo” (cioè l’insufficiente rendimento) fosse dovuto “alla reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione stessa”: insomma, a determinare la sanzione estintiva era la concorrenza di due elementi, l’uno la valutazione di insufficiente rendimento, l’altra la dipendenza dell’insufficiente rendimento dall’inadempimento degli obblighi contrattuali.

Di per se stesso, il mancato raggiungimento degli obiettivi – nel concorso con l’altro elemento *ex art.* 9, co. 2, lett. b), D.Lgs. n. 150/2009 - della “qualità del contributo assicurato alla performance dell’unità organizzativa di appartenenza, alle competenze dimostrate ed ai comportamenti professionali e organizzativi” – avrebbe potuto condurre a una valutazione di insufficiente rendimento, ma questo, se non fosse stato dovuto alla violazione reiterata degli obblighi, cioè all’inadempimento, non avrebbe potuto portare alla sanzione.

In altre parole la formulazione, non saprei quanto volontaria, dell’art. 55-*quater*, co. 2, conduceva alla conclusione che nel lavoro pubblico contrattualizzato il rendimento era sì valutato anche in funzione del raggiungimento degli obiettivi, ma la valutazione negativa – ivi compreso dunque il mancato raggiungimento degli obiettivi – non si identificava con l’inadempimento, dovendosi anzi a quest’ultimo sommare per determinare l’estinzione del rapporto.

L’effetto paradossale, dunque, era che la norma in questione, ora abrogata dall’art. 15, co. 1, lett. b), D.Lgs. n. 75/2017, separando insufficiente rendimento e inadempimento, e sottoponendo dunque la sanzione estintiva alla necessaria compresenza di due requisiti, rendeva il licenziamento del fannullone forse più difficile che nel settore privato, nel quale al contrario scarso rendimento e inadempimento sono sovente identificati²⁵⁵, come dimostra la qualificazione prevalente del licenziamento per scarso rendimento tra le sanzioni disciplinari per la ricorrenza del giustificato motivo soggettivo.

La riforma Madia ha modificato l’anno scorso queste disposizioni. Oggi il nuovo comma 5-*bis* dell’art. 3 D.Lgs. n. 150/2009 prevede che “la valutazione negativa, come disciplinata nell’ambito del sistema di misurazione e valutazione della performance, rileva ai fini dell’accertamento della responsabilità dirigenziale e ai fini dell’irrogazione del licenziamento disciplinare ai sensi dell’articolo 55-*quater*, comma 1, lettera f-*quinquies*), del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ove resa a tali fini specifici nel rispetto delle disposizioni del presente decreto”, mentre l’art. 55-*quater*, co. 1, dispone che “si applic[hi] comunque la sanzione disciplinare del licenziamento” nel caso di “insufficiente rendimento,

²⁵⁵ Ma v. Cass. 10 novembre 2017, n. 26676, e i precedenti nella giurisprudenza di legittimità ivi richiamati, per cui è necessario al datore che abbia licenziato provare che la causa dello scarso rendimento derivi da negligenza nell’espletamento della prestazione.

dovuto alla reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa, stabiliti da norme legislative o regolamentari, dal contratto collettivo o individuale, da atti e provvedimenti dell'amministrazione di appartenenza, e rilevato dalla costante valutazione negativa della performance del dipendente per ciascun anno dell'ultimo triennio, resa a tali specifici fini ai sensi dell'articolo 3, comma 5-bis, del decreto legislativo n. 150 del 2009”.

Ai fini del discorso che qui si conduce, non è cambiato nulla rispetto a quanto argomentato *supra* con riferimento all'abrogato comma 2 dell'art. 55-*quater* D.Lgs. n. 165/2001: la sanzione non deriva dall'insufficiente rendimento in se stesso, ma dal fatto che esso sia dovuto all'inadempimento, considerato dal legislatore *sub specie* di reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione di lavoro; dunque la fissazione e il mancato raggiungimento degli obiettivi, se possono dare origine a una valutazione negativa, non hanno però rilievo autonomo.

Peraltro, va pure osservato che, all'inverso, il raggiungimento degli obiettivi non determina di per se stesso il godimento del trattamento economico accessorio, neppure nella parte collegata, *ex art.* 45, co. 3, lett. a), alla *performance* individuale, per la banale ragione che il meccanismo dell'art. 19 D.Lgs. n. 150/2009, anche dopo la sua modifica ad opera del D.Lgs. n. 74/2017, non garantisce affatto che rendimento valutato e quota parte del trattamento accessorio attribuito per il raggiungimento degli obiettivi corrispondano, cioè siano in rapporto di corrispettività. È vero che l'attuale testo dell'art. 19 richiede ai contratti collettivi nazionali di fissare criteri per l'attribuzione del trattamento economico accessorio “idonei a garantire che alla significativa differenziazione dei giudizi di cui all'art. 9, co. 1, lettera d), corrisponda un'effettiva diversificazione dei trattamenti economici correlati”. Ma non mi pare che questo induca a rinvenirvi una effettiva corrispettività, rendendo piuttosto questa parte del trattamento accessorio simile ai premi di risultato che nel settore privato sono correlati a elementi strutturalmente esterni alla prestazione, come l'andamento aziendale, e che dunque potrebbero essere considerati corrispettivi “solamente ove venga fatta propria una accezione di corrispettività ‘di carattere globalistico’ e del tutto dilatata”²⁵⁶.

Dunque, non mi pare che il potere dell'amministrazione di fissare obiettivi *anche* individuali – è mia opinione che qualora siano fissati solo obiettivi collettivi il discorso dell'eventuale incidenza di questi sulla definizione dell'area del debito della prestazione non si ponga proprio -, potere derivante direttamente dalle norme legali, consenta di ritenere dilatabile unilateralmente il debito della prestazione, e anzi mi pare che qui siamo proprio fuori dell'area della corrispettività, per quanto si tratti, come dicevo, di una *corrispettività complessa*. Riflettendo sul lavoro privato, una acuta dottrina ha rilevato che i riflessi sulla retribuzione di “aspetti non controllabili da ciascun dipendente” determina la “sottrazione parziale al raccordo fra il trattamento e la qualità e quantità di ogni contributo lavorativo”, talché “il fatto di dare risalto a fattori indicativi del compenso variabile ed estranei alla qualità e alla quantità del lavoro impedisce di riportare i nuovi istituti a una matrice corrispettiva”²⁵⁷, alimentando almeno in prospettiva dubbi di compatibilità con l'art. 36, co. 1, Cost.²⁵⁸

A sostegno di questa idea, si può richiamare l'idea anche il fatto che la Cassazione, riprendendo adesivamente le argomentazioni della Corte di merito, e giudicando una fattispecie nella quale un dipendente di una società assicurativa era stato licenziato per non avere rispettato gli obiettivi fissati nel programma aziendale, abbia avvalorato la tesi del giudice di appello per il quale “un determinato risultato economico non assume [...] il valore di elemento del sinallagma contrattuale”, ma solo l'obiettivo cui doveva tendere la collaborazione diligente del prestatore²⁵⁹.

²⁵⁶ A. Lassandari, *La retribuzione ed i contratti collettivi aziendali*, in E. Gragnoli e S. Palladini, *La retribuzione*, cit., pp. 193-217, e qui p. 215. Il punto era già stato ampiamente trattato da L. Zoppoli, *La corrispettività nel contratto di lavoro*, Napoli, ESI, 1991, specie pp. 366-374: il volume resta un punto di riferimento fondamentale del dibattito scientifico sul tema.

²⁵⁷ E. Gragnoli (e M. Corti), *La retribuzione*, in M. Marazza (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., pp. 1375-1494, e qui pp. 1485 s. (ma v. l'intero ragionamento delle pp. 1483-1488). In precedenza in tal senso G. Roma, *Le funzioni della retribuzione*, Bari, Cacucci, 1997, p. 272. Scettico invece S. Bellomo, *op. cit.*, pp. 169 e nt. 113.

²⁵⁸ In questo senso, ove questi elementi diventassero prevalenti nella quantificazione del corrispettivo, anche T. Treu, *Le forme retributive incentivanti*, cit., p. 666 (ma v. tutto il ragionamento in tema alle pp. 663-667).

²⁵⁹ Cass. 22 febbraio 2006, n. 3876. V. pure nello stesso senso Cass. 3 novembre 1980, n. 5871.

Fra l'altro, la distinzione con le parallele ma solo apparentemente identiche problematiche presenti nel lavoro privato, in tema di fissazione degli obiettivi e premi di risultato²⁶⁰, mi pare derivi dalla differenza strutturale tra impresa privata, dove si può immaginare persino una contrattazione individuale degli obiettivi nella loro possibile interferenza con l'organizzazione del creditore, rispetto all'amministrazione pubblica, la cui organizzazione non è affatto manifestazione della libera iniziativa, ma al contrario soggetta alla riserva di legge, e anzi fortemente protetta dal legislatore, come si è visto, da potenziali influenze esterne e da ogni negoziabilità.

Una *corrispettività molto semplice* emerge invece nella disposizione dell'art. 7, co. 5, che vieta alle amministrazioni di "erogare trattamenti accessori che non corrispondano alle prestazioni effettivamente rese": siamo nel campo del sinallagma funzionale.

I commentatori e la giurisprudenza contabile hanno trattato casi di trattamenti accessori conferiti a personale distaccato o in aspettativa sindacale o in astensione per maternità²⁶¹, ma la prassi ha conosciuto l'abuso dello straordinario come voce salariale a fini premiali, a mo' di superminimo individuale (ma precario), indipendentemente dall'effettiva prestazione²⁶², onde la disposizione dell'art. 7, co. 5, contiene un precetto meno ovvio di quanto possa *prima facie* apparire: e che comunque ai fini del discorso che qui si conduce ha appunto il valore di indizio della stretta legislativa in direzione del sinallagma funzionale.

5.5 I trattamenti economici erogati unilateralmente

Con il decreto legislativo n. 150/2009 si è poi creata una nuova autorità salariale, affidando alle stesse amministrazioni un potere di erogazione unilaterale, che in precedenza era interdetto in via di principio²⁶³, salva l'eccezione di cui si è parlato *supra*, sub §5.1.

In particolare, fu inserito un comma 3-ter, il quale "al fine di assicurare la continuità e il migliore svolgimento della funzione pubblica" facultizzava l'amministrazione a provvedere, in via provvisoria e unilaterale e previa la stessa procedura di controllo applicata al contratto integrativo, sulle materie oggetto del mancato accordo, dunque in via principale anche sul trattamento economico accessorio, nei limiti della devoluzione della disciplina di questo alla contrattazione integrativa²⁶⁴.

È del tutto evidente che con questa disposizione si sia voluto parificare la posizione del datore di lavoro amministrazione pubblica a quello del datore di lavoro privato anche dal punto di vista dei comportamenti che influenzano il tavolo negoziale. L'erogazione economica unilaterale anticipata, evidentemente, sebbene abbia un costo per la parte datrice di lavoro, svuota il tavolo stesso e indebolisce la posizione conflittuale delle rappresentanze sindacali, che avranno meno sostegno da parte dei rappresentati, già soddisfatti almeno parzialmente.

Tuttavia, il punto è che qui si manifesta la differenza tra impresa privata e amministrazione pubblica: mentre la prima (e in genere il datore di lavoro privato) ha la disponibilità dei propri mezzi economici, l'amministrazione pubblica no. Di conseguenza, in difetto di una disposizione di legge autorizzatoria, una erogazione unilaterale sulle materie oggetto di contrattazione integrativa sarebbe stata certamente illegittima, per contrasto con l'espresso affidamento legale del trattamento economico, fondamentale e accessorio, ai contratti collettivi: e infatti il D.Lgs. n. 150/2009 ha modificato anche l'art. 45, co. 1, inserendovi le eccezioni di cui parlo in questo paragrafo.

A me pare condivisibile la valutazione di chi ha ritenuto "particolarmente densa di significato" la disposizione in questione, in quanto "legittima l'espropriazione della contrattazione di competenze proprie e [...] non consente una ricomposizione del conflitto durante la vigenza dell'accordo di

²⁶⁰ Per le quali basti qui un rinvio a I. Corso, *La retribuzione e il contratto individuale*, in E. Gragnoli e S. Palladini, *La retribuzione*, cit., pp. 219-275, e qui pp. 254-258.

²⁶¹ Cfr. L. Paolucci, *Principi in materia di organizzazione e gestione del personale*, in F. Carinci e M. D'Antona (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze*, cit., 2000², pp. 519- 543, e qui pp. 534-536, ove richiami alla giurisprudenza della Corte dei conti sul punto.

²⁶² In questo senso G. Zilio Grandi, *Il trattamento economico*, cit., p. 531.

²⁶³ Una lettura diversa l'aveva offerta R. Santucci, *La retribuzione*, in F. Carinci e L. Zoppoli (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., t. II, pp. 785-796, e qui p. 788, ritenendo che già all'epoca - l'A. scriveva nel 2004 - in caso di mancato accordo "tale trattamento potrebbe erogarsi innanzitutto tramite contratto individuale ovvero unilateralmente dal datore di lavoro": tesi che mi parve e mi pare inadeguatamente fondata rispetto alla lettera del primo comma dell'art. 45.

²⁶⁴ "Al fine di assicurare la continuità e il migliore svolgimento della funzione pubblica, qualora non si raggiunga l'accordo per la stipulazione di un contratto collettivo integrativo, l'amministrazione interessata può provvedere, in via provvisoria, sulle materie oggetto del mancato accordo, fino alla successiva sottoscrizione. Agli atti adottati unilateralmente si applicano le procedure di controllo di compatibilità economico-finanziaria previste dall'articolo 40-bis".

comparto”²⁶⁵, e viceversa priva di fondamento quella di chi ha sostenuto che “nello spirito della riforma” si tratterebbe di disposizioni “principalmente dirette a cercare di velocizzare le trattative, evitare i ritardi del recente passato ed aumentare così l’efficienza e l’efficacia delle procedure di contrattazione collettiva”²⁶⁶.

Né muta alcunché se si considera la dichiarata provvisorietà dell’eventuale erogazione che si ricava dalla disposizione in questione, posto che al più ne può venire fuori un molto teorico obbligo per l’amministrazione a proseguire una trattativa²⁶⁷ a quel punto già di fatto compromessa: quale amministrazione toglierà qualcosa a qualche dipendente per darlo ad altri in base a una scelta contrattuale diversa da quella unilaterale?

L’esperienza empirica dimostra che la disposizione dell’art. 40, co. 3-ter, si è rivelata non innocua, avendo avuto applicazione in parecchie centinaia di situazioni²⁶⁸, e dunque di fatto costituendo ciascuna amministrazione, sia pure alle condizioni indicate, come autorità salariale rispetto al trattamento economico accessorio, e rappresentando nella concretezza delle relazioni sindacali del settore pubblico una pericolosa incrinatura del primato della contrattazione collettiva come autorità salariale, oltre che, come aveva profeticamente scritto Umberto Carabelli, concretizzando “i rischi di inefficienza sottesi ad una gestione del sistema decentrato di relazioni sindacali fondata su basi esclusivamente autonomistico-discrezionali”²⁶⁹.

La riscrittura dell’art. 40, co. 3-ter, operata con l’art. 11, co. 1, lett. d), D.Lgs. n. 75/2017, ne ha certamente complicato inutilmente il testo, modificandone le finalità in maniera tale da rendere l’ipotesi in realtà non verificabile legittimamente²⁷⁰: “qualora il protrarsi delle trattative determini un pregiudizio alla funzionalità dell’azione amministrativa”²⁷¹, e bene farebbero le organizzazioni sindacali a far verificare in sede giurisdizionale la (in)sussistenza della finalità legittimante l’erogazione unilaterale. Inoltre è stato aggiunto che l’erogazione deve accadere “nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede”, e comunque implica la prosecuzione delle trattative; poi è stato previsto che i contratti nazionali possano individuare un termine minimo di durata delle sessioni negoziali, cioè una preclusione temporanea a questo potere unilaterale delle amministrazioni²⁷²; poi ancora che sia istituito presso l’Aran un osservatorio, a composizione paritetica, per verificare tra l’altro che tali atti unilaterali “siano adeguatamente motivati”: solo che nella realtà l’Osservatorio non risulta istituito.

Analogamente, con l’art. 47-bis, co. 1, D.Lgs. n. 165/2001 nel 2009 si è disposto che, decorsi sessanta giorni dall’entrata in vigore della legge finanziaria che stanziava le risorse per il rinnovo dei contratti nazionali, gli “incrementi previsti per il trattamento stipendiale possono essere erogati in via provvisoria previa deliberazione dei rispettivi comitati di settore, sentite le organizzazioni sindacali rappresentative, salvo conguaglio all’atto della stipulazione dei contratti collettivi nazionali di lavoro”.

²⁶⁵ Così A. Garilli, *op. cit.*, p. 25.

²⁶⁶ Così R. Soloperto, *La contrattazione collettiva*, cit., p. 469.

²⁶⁷ In questo senso U. Carabelli, *La ‘riforma Brunetta’: un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 101/2010, p. 13; ma anche Aran, *La procedura della contrattazione decentrata integrativa*, reperibile a <https://www.aranagenzia.it/strumenti-operativi/manuali-operativi.html>, p. 18, sulla scia della richiamata nota del Dipartimento della Funzione Pubblica n. 9738 del 6 marzo 2012.

²⁶⁸ L’Aran ha preso solo recentemente a diffondere dati sull’applicazione dell’art. 40, co. 3-ter. Dai vari rapporti reperibili in <http://www.aranagenzia.it/statistiche-e-pubblicazioni/monitoraggio-contrattazione-integrativa.html>, si evince che nel 2011 risultano due casi per i ministeri e uno per le autonomie locali; nel 2012 un caso per la scuola e due per le autonomie locali; nel 2013 un caso per le università e due per le autonomie locali; nel 2014 otto casi nelle autonomie locali; nel 2015 tredici casi, di cui nove per le autonomie locali; nel 2016 – non saprei se per un monitoraggio più accurato rispetto ai casi sporadici sopra elencati – risultano 214 casi (5 nei ministeri; 103 nelle autonomie locali; uno per le università; 79 nella scuola; 25 nella sanità; uno negli enti pubblici non economici); nel 2017 215 casi (4 nei ministeri; 110 nelle autonomie locali; 12 nella sanità; 89 nella scuola). Tra i casi, vi sono stati quelli di Comuni importanti come Trieste, Reggio Calabria e Rovigo, e addirittura quella del maggior Comune italiano, Roma.

²⁶⁹ U. Carabelli, *La ‘riforma Brunetta’*, cit., p. 28.

²⁷⁰ Tuttavia, la prassi verificata e ricordata nella nota precedente non ha conosciuto rallentamenti per effetto della modifica della disposizione.

²⁷¹ In relazione al testo previgente della disposizione, A. Viscomi, *Lost in transition: la contrattazione integrativa nelle pubbliche amministrazioni tra riforme incompiute e crisi emergenti*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2013, pp. 249-283, e qui p. 263, ha giustamente sostenuto che si tratti di presupposti causali legittimanti”.

²⁷² Ciò che è stato fatto con l’art. 8, co. 5, CCNL Funzioni centrali; art. 7, co. 7, CCNL Istruzione e ricerca; art. 9, co. 5, CCNL Sanità; art. 8, co. 5, CCNL Funzioni Locali.

Qui occorre condividere l'opinione che la disposizione abbia "un ruolo destabilizzante della delega assegnata al contratto collettivo"²⁷³, perché, come pure è stato osservato, se da un lato "si tratta di previsioni indubbiamente destinate ad arrecare un vantaggio ai dipendenti pubblici", dall'altro "risultano contemporaneamente foriere di scompensi sul piano delle relazioni contrattuali [...] in grado di depotenziare la capacità conflittuale dei sindacati"²⁷⁴.

Peraltro, l'art. 47-*bis*, co. 1, istituisce come vera e propria autorità salariale un organo politico²⁷⁵ come il comitato di settore, che in via ordinaria ha *ex art.* 41 D.Lgs. n. 165/2001 funzioni del tutto diverse, di indirizzo e di parere – sia pure vincolante - nei confronti dell'Aran e della sua attività negoziale, alla quale invece in questa ipotesi si sostituisce. E poiché in due comparti su quattro il comitato di settore è il Governo nazionale, anzi alcuni ministri, è facile ipotizzare che l'applicazione della norma andrebbe incontro agli stessi inconvenienti che si manifestarono all'epoca della legge quadro n. 93/1983, talché occorre dubitare della legittimità costituzionale di questa disposizione sia sotto il profilo della ragionevolezza, sia anche sotto quello del buon andamento e persino dell'imparzialità.

Occorre dunque convenire con la considerazione che si tratti di "norme ad alto tasso di provocatorietà nei confronti dei sindacati e della contrattazione collettiva"²⁷⁶.

Peraltro, il fatto che la disposizione parli di "incrementi previsti per i trattamenti stipendiali" tradisce un fatto singolarissimo, di cui parlerò nel prossimo paragrafo: a stare alla lettera delle norme legislative vigenti, infatti, la disposizione dell'art. 47-*bis* D.Lgs. n. 165/2001 non potrebbe essere mai applicata. Non vi era nel 2009 e non vi è tuttora, infatti, nella procedura per giungere al contratto collettivo nazionale regolata dagli artt. 41, 46, 47 e 48 D.Lgs. n. 165/2001 alcuna sede e alcun momento in cui si definiscano o comunque si prevedano "incrementi stipendiali". Tutto quello che accade, prima del contratto nazionale, è che il Parlamento, su iniziativa del Governo e precisamente del MEF, definisca con una disposizione di legge un onere (art. 48, co. 1), e che i comitati di settore definiscano un indirizzo all'Aran (art. 47, co. 1) – si potrebbe dire tecnicamente, su come spendere quella data quantità di soldi. Poiché nella prima fase *ex lege* c'è solo un onere, cioè una cifra globale, certamente non ci possono essere "incrementi stipendiali previsti"; dunque, si deve ipotizzare che la disposizione sia inapplicabile o – peggio – che implicitamente facultizzi il comitato di settore a decidere in via unilaterale come ripartire le risorse date, sebbene si tratti di una illazione senza fondamento testuale.

Sin qui il discorso giuridico-formale: ma la verità è un'altra, e cioè che esiste un luogo, non descritto né disciplinato dalle norme del Titolo III D.Lgs. n. 165/2001, dove questi incrementi stipendiali possono essere previsti, e di fatto, in particolare nell'ultima tornata contrattuale, sono stati "previsti".

5.6 L'autorità salariale nascosta

Va ricordato, comunque e soprattutto a proposito del trattamento economico dei dipendenti pubblici, un fatto evidente perché sotto gli occhi non solo degli interessati e delle interessate, ma dell'intera cittadinanza, ma che sovente si dimentica: malgrado – e anzi proprio a causa - dell'elevata giuridificazione ed eteronomia relativa alle procedure contrattuali del lavoro pubblico, esiste una autorità salariale informale ma fondamentale, e una fase negoziale decisiva, ma sottratta alla regolazione eteronoma, come abbiamo visto anche prima dell'ultima tornata contrattuale, con l'accordo raggiunto tra le tre maggiori confederazioni e la Ministra il 30 novembre 2016. In disparte le osservazioni sul perché e come si sia arrivati a quel documento – a cui probabilmente non si sarebbe mai giunti se non fosse stato per il ricordato intervento della Corte costituzionale n. 178/2015, che ha interdetto la strada del blocco permanente della contrattazione per i dipendenti pubblici -, che appartengono maggiormente ad altri rami del sapere, va ricordato che in quell'accordo, che non ha una autoqualificazione di nessun genere – né intesa, né protocollo, né accordo e ovviamente tanto meno contratto -, esiste un punto 3, rubricato *Parte economica*, nel quale, come è ben noto, "il Governo garantisce che, con le leggi di bilancio, saranno stanziati ulteriori risorse finanziarie che consentano di definire incrementi contrattuali in linea a quelli riconosciuti mediamente ai lavoratori privati" – che però non hanno subito né un blocco contrattuale quasi decennale

²⁷³ Così A. Topo, *La contrattazione integrativa*, in F. Carinci e S. Mainardi (a cura di), *op. cit.*, pp. 415-442, e qui p. 422.

²⁷⁴ U. Carabelli, *La 'riforma Brunetta'*, cit., p. 13.

²⁷⁵ Richiama l'attenzione su questo U. Carabelli, *ivi*, p. 14. Adesivamente L. Fiorillo, *Il sistema delle fonti: il primato della legge e il ruolo subalterno della contrattazione collettiva*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2012, pp. 31-56, e qui p. 52.

²⁷⁶ S. Mainardi, *Il sistema delle fonti di disciplina del lavoro pubblico*, in F. Carinci e S. Mainardi, *op. cit.*, pp. 5-26, e qui p. 13.

e neppure una decurtazione del valore reale delle retribuzioni come quello patito dai dipendenti pubblici, probabilmente molto superiore al 10%²⁷⁷ - “e comunque non inferiori a 85 € mensili medi”.

Come sappiamo, non si trova nel Titolo III del D.Lgs. n. 165/2001 nulla che possa descrivere giuridicamente questo evento – e tutti i precedenti, perché non si tratta davvero di una novità: la parte essenziale della trattativa sotto il profilo retributivo è sempre avvenuta, che si sia chiusa con un accordo scritto o meno, tra le Confederazioni (o alcune di esse, a seconda delle fasi politiche) e il Governo nazionale, a valle della quale si apre la prima delle fasi giuridicamente regolate della contrattazione collettiva del lavoro pubblico, che è quella della determinazione degli oneri connessi alla contrattazione, ex art. 48 D.Lgs. n. 165/2001.

Come ha segnalato molto tempo addietro Gino Giugni, la spesa si è manifestata essere l'elemento principale e soprattutto ineliminabile di specialità della contrattazione nel settore pubblico²⁷⁸. Resta la singolarità ineliminabile di una contrattazione collettiva nella quale la parte datoriale deve dichiarare pubblicamente ed in anticipo rispetto alla stipulazione dei contratti collettivi l'onere massimo che è disposta a sopportare²⁷⁹: il che naturalmente porta a una fase del tutto informale, ancorché talvolta chiusa con un documento scritto, come nel 2016, e che come cogente è stato interpretato nel sistema ancorché giuridicamente non lo fosse affatto.

È dunque chiaro che nella prassi la prima autorità salariale, ancorché nascosta alla regolazione legislativa, è costituita dal Governo nazionale e dalle tre maggiori Confederazioni.

5.7 Il contratto individuale

L'enfasi che ho posto nel paragrafo 4 sulla causa del contratto individuale di lavoro subordinato dei dipendenti pubblici rinvia al problema del ruolo del contratto individuale nella determinazione della retribuzione dei dipendenti pubblici.

Nella prima versione, quella prodotta nel 1992/1993, l'opinione maggioritaria era che il contratto collettivo fosse bilateralmente inderogabile, e dunque l'unica autorità salariale²⁸⁰.

Tuttavia, con il D.Lgs. n. 80/1998, veniva inserita nella previsione dell'art. 2, co. 3, terzo periodo, l'inedita possibilità di uno spazio negoziale per i contratti individuali: “l'attribuzione di trattamenti economici può avvenire esclusivamente mediante contratti collettivi, o, alle condizioni previste, mediante contratti individuali”.

Si trattava, comunque, di una “competenza meramente derivata all'autonomia individuale, abilitata a muoversi ancora una volta soltanto nell'alveo delle previsioni collettive”²⁸¹.

Sta di fatto che questa competenza derivata è rimasta inalterata in tutti i successivi interventi normativi di correzione dell'art. 2, ed esiste tuttora: ma non risulta mai essere stata concretizzata proprio per difetto delle necessarie previsioni contrattual-collettive.

Tuttavia, abbandonerò per un momento il proposito di non parlare, per carenza assoluta di spazio, della retribuzione dei dirigenti pubblici, che è tema che meriterebbe invece la più meticolosa attenzione, per ricordare che uno spazio per una contrattazione individuale del trattamento economico esiste proprio

²⁷⁷ V. la nota del Centro studi Confindustria, *In Italia salari reali aumentati più della produttività e al lavoro una percentuale record del PIL*, 3-10-2015 Numero 15-13, che alla figura E a p. 7 rileva un calo delle retribuzioni reali nette del settore pubblico del 9,6% già tra il 2007 e il 2014: e sono seguiti altri tre anni di mancato rinnovo contrattuale. Un interessante panorama comparato, riferito anche in buona parte al settore pubblico che un po' dovunque è stato vittima delle politiche austeritarie, con puntuali richiami alla giurisprudenza europea, è in G. Ricci, *La retribuzione in tempo di crisi: diritto sociale fondamentale o variabile dipendente?*, in B. Caruso e G. Fontana (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi*, Bologna, il Mulino, pp. 199-227.

²⁷⁸ G. Giugni, *Quattro grandi problemi*, in *Lav.Inf.*, 1992, n. 11, pp. 5-8.

²⁷⁹ V. pure G. D'Auria, *Il «nuovo» pubblico impiego e i controlli amministrativi*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1993, pp. 311-332, e qui p. 320.

²⁸⁰ Per tutti, v. C. Zoli, *Il trattamento economico*, in F. Carinci (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze*, cit., 1995¹, pp. 819-836, e qui p. 825. Di “sostanziale assenza di potere determinativo da parte dell'autonomia individuale” parla G. Roma, *La retribuzione nel lavoro pubblico*, in U. Carabelli e M.T. Carinci, *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari, Cacucci, 2010², pp. 177-185, e qui p. 184. *Contra* V. Luciani, *Regole legali e regole contrattuali per la determinazione del trattamento economico*, in M. Rusciano e L. Zoppoli (a cura di), *Lo «spazio negoziale» nella disciplina del lavoro pubblico*, Bologna, il Mulino, 1995, pp. 317-335, e qui pp. 325-329; L. Fiorillo, *La nuova struttura della retribuzione nel lavoro pubblico*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1996, pp. 483-499, e qui pp. 490 s. Per le ragioni dell'asfissia dell'autonomia individuale nel lavoro pubblico contrattualizzato, v. F. Carinci, *Le fonti della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, pp. 55-91, e qui pp. 89 s.

²⁸¹ C. Zoli, *Il trattamento economico*, in F. Carinci e M. D'Antona (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2000², pp. 1405-1426, e qui p. 1413.

in riferimento alla retribuzione dirigenziale, poiché – senza poter qui ricostruire la complicata evoluzione nel tempo di questo istituto – nella dirigenza dello Stato il contratto individuale accessivo al conferimento dell’incarico dirigenziale *ex art. 19, co. 2, D.Lgs. n. 165/001*, ha anche nelle disposizioni vigenti appunto la funzione di definire il “corrispondente trattamento economico”, secondo i principi contenuti nell’art. 24 dello stesso D.Lgs., i quali peraltro – contenuti nei commi *1-bis*, *1-ter* e *1-quater* - costituiscono un altro bell’esempio di limiti legali alla contrattazione collettiva come autorità salariale.

Insomma, come il contratto di lavoro della dirigenza pubblica è l’unico contratto di lavoro subordinato di cui possiamo dire che non possa mai avere oggetto determinato, ma solo determinabile (appunto, attraverso il meccanismo del conferimento dell’incarico dirigenziale *ex art. 19*), così dobbiamo dire che anche la controprestazione retributiva per la dirigenza resta nella fase genetica del sinallagma parzialmente indeterminata²⁸².

5.8 I nuovi contratti nazionali

Come è noto, sono stati in questi mesi sottoscritti i nuovi contratti collettivi nazionali di lavoro dei dipendenti pubblici, accorpatisi nei quattro comparti già delineati con il D.Lgs. n. 150/2009 e poi definiti con il contratto quadro del 13 luglio 2016.

Senza potere in questa sede farne una disamina approfondita, e fermo restando che gli incrementi tabellari certamente non recuperano neppure lontanamente il decennio di blocco contrattuale e retributivo imposto dal legislatore e fatto cessare dalla Corte costituzionale, va osservato, proprio per il peso non indifferente che il trattamento accessorio ha sul reddito effettivamente percepito dai pubblici dipendenti, che le nuove norme contrattuali nazionali appaiono restituire alla contrattazione integrativa un ruolo rilevante nel governo salariale.

Nel CCNL Funzioni centrali del 12 febbraio 2018, alla contrattazione integrativa risultano affidate pressoché tutte le voci che compongono il trattamento accessorio²⁸³, come pure nel CCNL Istruzione e ricerca 19 aprile 2018, con tutte le peculiarità, nella scuola²⁸⁴, dove però per il diverso meccanismo di finanziamento manca la scelta di governo dell’attribuzione alle varie voci del trattamento da parte della

²⁸² Sarà il contratto individuale a “specificare lo scambio”, come scrisse F. Liso, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in F. Carinci e M. D’Antona (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze*, cit., pp. 177-251, e qui p. 213.

²⁸³ Art. 7, co. 6: “6. Sono oggetto di contrattazione integrativa nazionale o di sede unica: a) i criteri di ripartizione delle risorse disponibili per la contrattazione integrativa tra le diverse modalità di utilizzo [che appare la più importante, proprio per le ragioni descritte *supra*, al §5.2]; b) i criteri per l’attribuzione dei premi correlati alla performance; c) criteri per la definizione delle procedure delle progressioni economiche; d) i criteri per l’attribuzione delle indennità correlate all’effettivo svolgimento di attività disagiate ovvero pericolose o dannose per la salute; e) i criteri per l’attribuzione delle indennità correlate all’effettivo svolgimento di attività comportanti l’assunzione di specifiche responsabilità; f) i criteri per l’attribuzione di trattamenti accessori per i quali specifiche leggi operino un rinvio alla contrattazione collettiva; g) i criteri generali per l’attivazione di piani di welfare integrativo; h) l’elevazione delle maggiorazioni orarie per la remunerazione del lavoro in turno previste dall’art. 19, comma 5; i) l’elevazione dei limiti previsti dall’art. 19, comma 4, in merito ai turni effettuabili; j) l’elevazione della misura dell’indennità di reperibilità prevista dall’art. 20, comma 6”.

²⁸⁴ *Ex art. 22, co. 4, lett. c)*, sono oggetto di contrattazione collettiva integrativa a livello di istituzione scolastica: “c2) i criteri per la ripartizione delle risorse del fondo d’istituto; c3) i criteri per l’attribuzione di compensi accessori, ai sensi dell’art. 45, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001 al personale docente, educativo ed ATA, inclusa la quota delle risorse relative all’alternanza scuola-lavoro e delle risorse relative ai progetti nazionali e comunitari, eventualmente destinate alla remunerazione del personale; c4) i criteri generali per la determinazione dei compensi finalizzati alla valorizzazione del personale, ivi compresi quelli riconosciuti al personale docente ai sensi dell’art. 1, comma 127, della legge n. 107/2015”.

contrattazione integrativa, nelle Università²⁸⁵, negli enti di ricerca²⁸⁶, nell'AFAM²⁸⁷; e la stessa impostazione hanno il CCNL Funzioni Locali²⁸⁸ - dove la maggiore articolazione delle funzioni si riflette in una più complessa struttura della retribuzione, e dunque in più compiuto governo del trattamento accessorio affidato alla contrattazione integrativa; e infine lo stesso si può dire per il CCNL Sanità²⁸⁹.

A me pare importante aver restituito per quanto legalmente possibile alle amministrazioni e alle rappresentanze sindacali il governo del trattamento accessorio, e in particolare della sua distribuzione interna, essendo del tutto evidente che le prestazioni di lavoro in un Ministero sono cosa ben diversa da quelle in un ospedale, e che dunque *cosa* sia prioritario incentivare, nell'ambito delle previsioni legali dell'art. 45 D.Lgs. n. 165/2001, è la prima scelta di vere e proprie politiche contrattuali che le parti potrebbero e dovrebbero intraprendere.

5.9 Il divieto di *reformatio in peius*: una fonte inventata del trattamento economico dei dipendenti pubblici contrattualizzati

²⁸⁵ Ex art. 42, co. 3, sono oggetto di contrattazione integrativa nelle Università, fra l'altro: "a) i criteri di ripartizione del Fondo di cui all'art. 63 tra le diverse modalità di utilizzo; b) i criteri di utilizzo della quota riservata al fondo derivante da attività in conto terzi o da programmi e progetti comunitari; c) i criteri per la definizione delle procedure delle progressioni economiche di cui agli artt. 64 e 66; d) i criteri per l'attribuzione dei premi correlati alla performance; e) i criteri per l'attribuzione delle indennità correlate all'effettivo svolgimento di attività disagiate ovvero pericolose o dannose per la salute; f) i criteri per la determinazione delle indennità correlate all'effettivo svolgimento di attività comportanti l'assunzione di specifiche responsabilità di cui all'art. 91, commi 2 e 4 del CCNL del 16/10/2008; g) i criteri per l'attribuzione di trattamenti accessori per i quali specifiche leggi operino un rinvio alla contrattazione collettiva; h) i criteri generali per l'attivazione di piani di welfare integrativo [...] k) i criteri generali per la determinazione dei valori retributivi correlati ai risultati ed al raggiungimento degli obiettivi assegnati, per il personale della categoria EP".

²⁸⁶ Ex art. 68, co. 4, sono oggetto di contrattazione integrativa: "a) i criteri di ripartizione delle risorse disponibili per la contrattazione integrativa tra le diverse modalità di utilizzo; b) i criteri generali per l'utilizzazione delle risorse che confluiscono nel fondo di cui all'art. 19 del CCNL del 7/4/2006; c) i criteri per l'attribuzione dei premi correlati alla performance; d) i criteri generali per le progressioni economiche di cui all'art. 53 del CCNL del 21/2/2002; f) i criteri per l'attribuzione delle indennità correlate all'effettivo svolgimento di attività disagiate ovvero pericolose o dannose per la salute; g) i criteri per l'attribuzione delle indennità correlate all'effettivo svolgimento di attività comportanti l'assunzione di specifiche responsabilità; h) i criteri generali per l'attribuzione dell'indennità di cui all'art. 9, comma 1, lett. a) del CCNL del 21.2.2002; i) i criteri per l'attribuzione di trattamenti accessori per i quali specifiche leggi operino un rinvio alla contrattazione collettiva; j) i criteri generali per l'attivazione di piani di welfare integrativo, ai sensi dell'art 96".

²⁸⁷ Ex art. 97, co. 3, lett. b), sono oggetto di contrattazione integrativa a livello di Istituzione: "b1) i criteri generali per l'utilizzazione del fondo d'istituto; b2) i criteri generali per corrispondere compensi accessori finanziati nell'ambito della programmazione accademica e delle convenzioni ed accordi fra l'istituzione accademica ed altre istituzioni, enti pubblici e privati, a livello nazionale ed internazionale (conto terzi); b3) i criteri generali per l'attivazione di piani di welfare integrativo".

²⁸⁸ L'*iter* per la stipulazione è ancora in corso. Ex art. 7, co. 4, sono oggetto di contrattazione integrativa negli enti locali: "a) i criteri di ripartizione delle risorse disponibili per la contrattazione integrativa di cui all'art. 68, comma 1 tra le diverse modalità di utilizzo; b) i criteri per l'attribuzione dei premi correlati alla performance; c) i criteri per la definizione delle procedure per le progressioni economiche; d) l'individuazione delle misure dell'indennità correlata alle condizioni di lavoro di cui all'art. 70-bis, entro i valori minimi e massimi e nel rispetto dei criteri ivi previsti, nonché la definizione dei criteri generali per la sua attribuzione; e) l'individuazione delle misure dell'indennità di servizio esterno di cui all'art. 56-quinques, entro i valori minimi e massimi e nel rispetto dei criteri previsti ivi previsti, nonché la definizione dei criteri generali per la sua attribuzione; f) i criteri generali per l'attribuzione dell'indennità per specifiche responsabilità di cui all'art. 70-quinques comma 1; g) i criteri generali per l'attribuzione di trattamenti accessori per i quali specifiche leggi operino un rinvio alla contrattazione collettiva; h) i criteri generali per l'attivazione di piani di welfare integrativo; i) l'elevazione della misura dell'indennità di reperibilità prevista dall'art. 24, comma 1; j) la correlazione tra i compensi di cui all'art. 18, comma 1, lett. h) e la retribuzione di risultato dei titolari di posizione organizzativa [...] u) l'incremento delle risorse di cui all'art. 15, comma 5 attualmente destinate alla corresponsione della retribuzione di posizione e di risultato delle posizioni organizzative, ove implicante, ai fini dell'osservanza dei limiti previsti dall'art. 23, comma 2 del d. lgs. n. 75/2017, una riduzione delle risorse del Fondo di cui all'art. 67; v) i criteri generali per la determinazione della retribuzione di risultato dei titolari di posizione organizzativa; w) il valore dell'indennità di cui all'art. 56-sexies, nonché i criteri per la sua erogazione, nel rispetto di quanto previsto al comma 2 di tale articolo".

²⁸⁹ L'*iter* per la stipulazione è ancora in corso. Ex art. 8, co. 5, sono oggetto di contrattazione integrativa: "a) i criteri di ripartizione delle risorse disponibili per la contrattazione integrativa tra le diverse modalità di utilizzo all'interno di ciascuno dei due fondi di cui agli artt. 80 e 81 (Fondo condizioni di lavoro e incarichi) e (Fondo premialità e fasce) del presente CCNL; b) i criteri per l'attribuzione dei premi correlati alla performance; c) i criteri per la definizione delle procedure delle progressioni economiche; d) i criteri per l'attribuzione di trattamenti accessori per i quali specifiche leggi operino un rinvio alla contrattazione collettiva; e) i criteri generali per l'attivazione di piani di welfare integrativo; [...] l) l'eventuale elevazione dell'indennità di pronta disponibilità con onere a carico del Fondo di cui all'art. 80; m) l'eventuale elevazione dell'indennità di lavoro notturno con onere a carico del Fondo di cui all'art. 80".

Pur dopo la contrattualizzazione del rapporto di lavoro, la giurisprudenza amministrativa ha continuato ad argomentare come se potesse essere considerato ancora in vita l'apparato concettuale in materia di divieto di *reformatio in peius* cui si è fatto cenno *supra*, al §1.4²⁹⁰.

La dottrina giuslavoristica invece aveva subito segnalato che “la ratio dell’istituto [...] è infatti incompatibile con la privatizzazione del rapporto di lavoro”²⁹¹.

A contribuire alla confusione è stato, come spesso è accaduto, il legislatore, il quale con l’art. 3, co. 57, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, quindi *dopo* la contrattualizzazione del rapporto, aveva disposto che “nei casi di passaggio di carriera di cui all’art. 202 del citato testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3, ed alle altre analoghe disposizioni, al personale con stipendio o retribuzione pensionabile superiore a quello spettante nella nuova posizione è attribuito un assegno personale pensionabile, non riassorbibile e non rivalutabile, pari alla differenza fra lo stipendio o retribuzione pensionabile in godimento all’atto del passaggio e quello spettante nella nuova posizione”: cioè aveva espressamente fatto sopravvivere il vecchio istituto nel nuovo quadro contrattuale, sia pure in carenza, a quel momento, della contrattazione collettiva, che sarebbe stata prodotta solo negli anni successivi.

Questa disposizione è stata successivamente interpretata autenticamente dall’art. 8, co. 4 della legge 19 ottobre 1999, n. 370, in relazione a docenti e ricercatori universitari, nel senso della riassorbibilità degli assegni *ad personam*, poi dall’art. 1, co. 226, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 “nel senso che alla determinazione dell’assegno personale non riassorbibile e non rivalutabile concorre il trattamento, fisso e continuativo, con esclusione della retribuzione di risultato e di altre voci retributive comunque collegate al raggiungimento di specifici risultati o obiettivi”, per essere finalmente abrogata dall’art. 1, co. 458, della legge 27 dicembre 2013, n. 147, unitamente all’art. 202 del D.P.R. n. 3/1957.

Orbene, il Consiglio di Stato ha ritenuto che l’intervenuta contrattualizzazione del rapporto comportasse l’applicazione delle disposizioni di legge sopra richiamate, considerate vigenti per l’intero universo dei dipendenti pubblici anche locali²⁹².

In realtà, anche la giurisprudenza di Cassazione²⁹³ ha poi interpretato le norme all’epoca vigenti nel D.Lgs. n. 29/1993 prima e nel D.Lgs. n. 165/2001 *come se* contenessero la riproposizione di quel divieto, anteriormente presente nella disciplina del pubblico impiego di diritto pubblico.

Tuttavia, le norme invocate ci dicono altro²⁹⁴, più compatibile con la logica del sinallagma contrattuale: sin dal D.Lgs. n. 80/1998, i novellati articoli 33 e 34 del D.lgs. n. 29/1993 avevano dato vita a istituti quali, rispettivamente, il passaggio diretto di personale tra amministrazioni diverse, e il passaggio di dipendenti per trasferimento di attività. Se nel secondo caso era dall’origine presente il riferimento all’art. 2112 c.c., cioè a una fattispecie di trasferimento del contratto dal lato datoriale con continuità del rapporto che avveniva *ex lege*, esattamente come nel lavoro privato²⁹⁵, più complessa fu l’esegesi della prima fattispecie, sino a che il legislatore, con l’art. 16, co. 1, lett. a), L. 28 novembre 2005, n. 246, ha

²⁹⁰ Peraltro, si è continuato anche in dottrina a collegare l’istituto al buon andamento, sotto il profilo dell’incentivazione della mobilità: v. A. Caracciolo La Grotteria, *Limiti ed effetti dell’applicazione del divieto di reformatio in peius nel trattamento economico dei pubblici dipendenti*, in *Foro amm. TAR*, 2013, pp. 2653-2664, e qui pp. 2565 s.

²⁹¹ L. Nogler, *La retribuzione*, in F. Carinci (a cura di), *Contratto e rapporto individuale di lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1993, pp. 747-756, e qui p. 751 nt. 220, ma v. anche p. 749.

²⁹² Cons. Stato, sez. V, 7 settembre 2001, n. 4681.

²⁹³ Cass. 19 febbraio 2009, n. 4081, che, pur definendo gli assegni *ad personam* derivanti dall’applicazione del divieto di *reformatio in peius*, “trattamenti ‘di privilegio’, in quanto non riconducibili alle fonti negoziali collettive applicabili presso l’amministrazione di destinazione”, ciò nonostante riteneva di fondarli sull’art. 34 D.Lgs. n. 29/1993 (ora art. 31 D.Lgs. n. 165/2001), il cui richiamo all’art. 2112 c.c. in realtà aveva tutt’altro significato. In termini pure Cass. 21 aprile 2010, n. 9430; Cass. 29 marzo 2010, n. 7520; Cass. 8 gennaio 2008, n. 148; Cass. 2 febbraio 2007, n. 2265; Cass. 13 aprile 2006, n. 8693. Ma invece Cass. 4 febbraio 2010, n. 2617, pur non negando il diritto all’assegno *ad personam*, ne ha poi dichiarato la riassorbibilità in difetto di disposizioni speciali. In termini Cass. 29 aprile 2016, n. 8582; Cass. 25 luglio 2017, n. 18299; Cass. 31 luglio 2017, n. 19039. Ma forse è solo un equivoco linguistico.

²⁹⁴ C. Zoli, *Il trattamento economico*, in F. Carinci e M. D’Antona (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze*, cit., 2000², p. 1423, ha ritenuto determinante per l’abbandono del divieto di *reformatio in peius* l’abrogazione dell’art. 72, co. 3, D.Lgs. n. 29/1993, il quale disponeva la salvezza dei trattamenti corrisposti con carattere di generalità; abrogazione avvenuta con l’art. 43, co. 1, D.Lgs. n. 80/1998.

²⁹⁵ Sui problemi che si posero v. S. Mainardi, *Trasferimento di attività e passaggio di dipendenti a soggetti pubblici o privati*, in F. Carinci e M. D’Antona (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze*, cit., 2000², pp.967-996, e qui pp. 987-996.

espressamente qualificato la fattispecie come cessione del contratto²⁹⁶, onde, in applicazione dell'art. 1406 c.c., non vi era più problema di *reformatio* possibile²⁹⁷.

Nulla cambia, a mia opinione, per il fatto che le successive novelle operate sul testo dell'art. 30, co. 1²⁹⁸, abbiano inopportuna fatto scomparire il riferimento alla cessione del contratto, giacché l'istituto resta interpretabile solo come una ipotesi particolare di tale istituto²⁹⁹; la particolarità stava nel fatto che, per la non coincidenza dei sistemi di inquadramento professionale e dunque del trattamento economico oltre che della definizione della prestazione dedotta in obbligazione, era complesso il passaggio tra amministrazioni di comparti diversi, giacché la cessione del contratto presuppone proprio che le prestazioni dedotte restino inalterate.

Il legislatore pensò dunque di sostituire il vecchio principio di divieto di *reformatio in peius*, con la nuova e opposta previsione dell'art. 30, co. 2-*quinquies*, D. Lgs. n. 165/2001, per la quale “salvo diversa previsione, a seguito dell'iscrizione nel ruolo dell'amministrazione di destinazione, al dipendente trasferito per mobilità si applica esclusivamente il trattamento giuridico ed economico, compreso quello accessorio, previsto nei contratti collettivi vigenti nel comparto della stessa amministrazione”³⁰⁰, dunque derogando per il solo aspetto della controprestazione retributiva alle regole ordinarie sulla cessione del contratto; anche se nella norma vigente esiste pure la possibilità – che porta fuori della logica della cessione del contratto – di fare a meno del consenso dell'amministrazione di appartenenza, sia pure “in via sperimentale e fino all'introduzione di nuove procedure per la determinazione dei fabbisogni standard di personale”: la norma si spiega in quanto limitata ai trasferimenti tra sedi centrali di differenti ministeri, agenzie ed enti pubblici economici, evidentemente considerati (impropriamente) articolazioni dello stesso datore di lavoro-Stato.

Tuttavia, poiché come si è ripetutamente visto, le concezioni antiche non muoiono mai nel campo del lavoro per le amministrazioni pubbliche, quando, sulla base dell'art. 29-*bis* del D. Lgs. n. 165/2001³⁰¹, è stato emanato il D.P.C.M. 26 giugno 2015, contenente la definizione delle tabelle di equiparazione fra i livelli di inquadramento previsti dai contratti collettivi relativi ai diversi comparti di contrattazione del personale non dirigenziale, per agevolare la mobilità intercompartimentale, all'art. 3, se il primo comma prevede l'applicazione dell'art. 30, co. 2-*quinquies*, il comma 2 viceversa resuscita una sorta di divieto di *reformatio in peius*, perché, salve le eventuali discipline speciali, e la facoltà del dipendente trasferito involontariamente di optare per l'inquadramento di provenienza (lett. b), dispone che i dipendenti involontariamente trasferiti mantengano “il trattamento economico fondamentale e accessorio ove più favorevole - limitatamente alle voci con carattere di generalità e natura fissa e continuativa, non correlate allo specifico profilo d'impiego nell'ente di provenienza, previste dai vigenti contratti collettivi nazionali di lavoro - corrisposto dall'amministrazione di provenienza al momento dell'inquadramento, mediante assegno ad personam riassorbibile con i successivi miglioramenti economici a qualsiasi titolo conseguiti nei casi in cui sia individuata la relativa copertura finanziaria ovvero a valere sulle facoltà assunzionali” (lett. a).

Naturalmente, si può dubitare della legittimità, della ragionevolezza e della conformità al principio legale di parità di trattamento contrattuale *ex art.* 45, co. 2, D.Lgs. n. 165/2001, della duplicità di regime giuridico per una fattispecie sostanzialmente unitaria, indipendentemente dalla volontarietà o meno del trasferimento, con il trattamento privilegiato riservato proprio sotto il profilo della retribuzione ai dipendenti trasferiti non volontariamente.

5.10. La ripetizione dell'indebito nel lavoro pubblico contrattualizzato

In realtà, se già prima della contrattualizzazione vi era stata l'evoluzione della giurisprudenza amministrativa che ho provato a ricostruire sinteticamente *supra*, *sub* §1.5, è evidente che dopo la

²⁹⁶ Cass., sez. un., 12 dicembre 2006, n. 26420; Cass., sez. un., 9 settembre 2010, n. 19251; Cass., sez. un., 20 novembre 2014, n. 24724.

²⁹⁷ Sulla vicenda F. Romani, *Effetto della qualificazione del passaggio diretto ex art. 30, D.Lgs. n. 165/01, come cessione del contratto*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2006, pp. 1236-1244, ove ulteriori riferimenti al dibattito dottrinale e giurisprudenziale precedente.

²⁹⁸ Art. 49, co. 1, D.Lgs. n. 150/2009; art. 4, co. 1, D.L. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni in L. 11 agosto 2014, n. 114.

²⁹⁹ In questo senso Cass. 23 febbraio 2018, n. 4435; Cass. 2 gennaio 2017, n. 4.

³⁰⁰ Comma aggiunto dall'articolo 16 della legge 28 novembre 2005, n. 246.

³⁰¹ Inserito dall'art. 48 D.Lg. n. 150/2009.

trasformazione del titolo giuridico del rapporto non vi fosse più una giustificazione plausibile alla *soluti retentio*: e infatti, proprio con riguardo a dipendenti pubblici, la giurisprudenza di legittimità ha recentemente riconosciuto la legittimazione dell'amministrazione datrice di lavoro come *solvens*³⁰², riconducendo in sostanza le fattispecie di ripetizione dell'indebitato nel regime generale dell'art. 2033 c.c.

Molto peculiare è invece il meccanismo definito dall'art. 40, co. 3-*quinquies*, D.Lgs. n. 165/2001, che nel testo vigente dopo il D.Lgs. n. 75/2017 prevede il recupero delle somme illegittimamente erogate in caso di accertato³⁰³ superamento dei vincoli finanziari per il contratto collettivo integrativo nell'ambito della sessione negoziale successiva, ma con quote annuali e per un numero massimo di annualità non superiore – dunque anche inferiore – a quello in cui è avvenuto il superamento dei vincoli finanziari. Tuttavia, al dichiarato fine di “non pregiudicare l'ordinata prosecuzione dell'attività amministrativa” – che invero non si comprende come potrebbe essere turbata da questo recupero – vi sono due deroghe possibili: in via generale, si dispone che il recupero operato non può superare *nel totale* il 25% delle risorse destinate alla contrattazione integrativa, onde la durata del recupero di cui si parla nel periodo precedente può essere incrementata; oppure, a certe condizioni di risparmi di spesa, Regioni ed enti locali possono realizzare il recupero nella durata massima di cinque anni.

Ai fini del presente ragionamento, si deve osservare che ci troviamo di fronte a un procedimento *speciale* di recupero dell'indebitato, che trova la sua giustificazione nel titolo delle attribuzioni patrimoniali indebitamente percepite dai dipendenti, che può essere solo il contratto integrativo, giacché ogni altro pagamento indebitato che non derivi da disposizioni del contratto collettivo integrativo che abbiano determinato il superamento del vincolo di spesa sarà invece soggetto al regime generale *ex art. 2033 c.c.*, e, reciprocamente, l'indebitato che abbia origine nelle disposizioni del contratto integrativo può essere recuperato soltanto in questa forma³⁰⁴.

Peraltro, le limitazioni legali ora riassunte ci riportano esattamente al cuore del discorso: per il legislatore dell'art. 40, co. 3-*quinquies*, è interesse del debitore della controprestazione retributiva, cioè dell'amministrazione pubblica, che i dipendenti non siano turbati da – magari, in ipotesi – il blocco totale della contrattazione integrativa per uno o più anni al fine di recuperare la massa salariale spesa illegittimamente, perché questo pregiudicherebbe “l'ordinata prosecuzione dell'attività amministrativa”. Come dire, un passato che non passa.

6. Il lavoro gratuito

È pacifico, sin dagli albori del diritto del lavoro, che il contratto di lavoro subordinato sia essenzialmente oneroso, secondo quanto poi ha voluto affermare il legislatore con la formula “mediante retribuzione” contenuta nell'art. 2094 c.c.

Tuttavia, in varia forma è stato riconosciuto il senso e il valore dell'erogazione di energie lavorative in presenza non solo di una adesione ideale agli scopi dell'organizzazione entro la quale queste energie sono prestate, ma anche della cura di interessi alieni ad entrambe le parti, pur nella difficoltà della considerazione di “una prestazione di *facere* calata in un contesto negoziale che non contempla lo scambio con una controprestazione”³⁰⁵.

In una risalente ma imprescindibile trattazione, Treu caratterizzò l'attività svolta gratuitamente per il fatto che “l'attività subordinata non si configura come strumento per attuare uno scambio di utilità reciproche tra contraenti, ma serve per la soddisfazione di scopi altruistici”³⁰⁶: è, dunque, sotto il profilo degli interessi meritevoli di tutela (art. 1322, co. 2.c.c.)³⁰⁷ che l'ordinamento può consentire alle parti di produrre un effetto analogo a quello del contratto di lavoro subordinato *ex art. 2094 c.c.*, cioè la erogazione di una prestazione di *facere* alle dipendenze e sotto la direzione altrui, ma non l'altro, cioè l'erogazione della controprestazione retributiva: e proprio nell'atipicità del contratto, come si sa, quella stessa dottrina

³⁰² Cass. 17 febbraio 2017, n. 4274.

³⁰³ Dalla Corte dei conti, dal Dipartimento della funzione pubblica, dal Ministero dell'economia e delle finanze.

³⁰⁴ Per una descrizione della prima casistica, v. V. Cangemi, *La nullità della contrattazione collettiva integrativa e l'obbligo di recupero degli emolumenti indebitamente corrisposti dopo il decreto “salva Roma”*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2014, pp. 636-648.

³⁰⁵ F. Bano, *Il lavoro senza mercato*, Bologna, il Mulino, 2001, p. 61.

³⁰⁶ T. Treu, *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1968, p. 45.

³⁰⁷ Come ci ha ricordato pure G. Ghezzi, *Osservazioni sulla prestazione gratuita di lavoro subordinato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, pp. 1365-1401, e qui pp. 1378 e 1395. Ma v. pure le osservazioni di T. Treu, *Onerosità e corrispettività*, cit., pp. 49 s., sulle “differenti situazioni di interessi tra le parti” (e *ivi*, p. 66).

ha trovato la ragione della sottrazione del lavoro gratuito alla regola dell'art. 36, co. 1, Cost., così come pure le fattispecie a causa mista, parzialmente gratuita e parzialmente onerosa³⁰⁸. Ora, senza voler riaprire in questa sede l'esame dell'intera lunghissima e complessa vicenda³⁰⁹, ricorderò solo che la prevalente impostazione che ho sopra riassunto, e che peraltro conosce pure nel panorama dottrinale argomentate critiche³¹⁰, è anche quella seguita dalla giurisprudenza³¹¹, che tuttavia non è priva di equivoci: quando si scrive che "si presume [...] effettuata a titolo oneroso ogni attività lavorativa oggettivamente configurabile come prestazione di lavoro subordinato, a meno che non risulti che la stessa sia stata resa *affectionis vel benevolentiae causa*, ovvero in vista di vantaggi indiretti che il lavoratore intendeva trarre dalla gratuità della stessa"³¹², si entra in una zona equivoca, perché i "vantaggi indiretti" di cui parla questa recentissima sentenza appaiono di difficile – e direi pure impossibile – compatibilità con la disposizione dell'art. 36, co. 1, Cost., essendone mancante sia la quantificazione sia persino la certezza.

6.1 Il lavoro subordinato gratuito (e semigratuito) per le amministrazioni pubbliche

Orbene, nell'esaminare – che è quanto a me spetta in questa sede – unicamente il profilo del lavoro gratuito per le amministrazioni pubbliche³¹³, mi pare utile principiare dalla fattispecie degli incarichi di insegnamento nelle Università, per le quali sovente accadeva che le norme prevedessero a certe condizioni la gratuità degli allora insegnamenti complementari.

La giurisprudenza costituzionale è ripetutamente intervenuta sul punto, dapprima escludendo il rilievo dell'art. 36, co. 1, Cost. per il fatto che si discutesse in realtà di cumulo di impieghi di persone già stipendiate dallo Stato³¹⁴, ma poi entrando nel merito della questione, e sostenendo che "la possibilità del conferimento di incarichi non retribuiti resta giustificata", in quanto "l'insegnamento universitario - anche quando non procura diretti corrispettivi economici - resta attività pur sempre ambita, in vista di finalità che (anche a prescindere dalla prospettiva, per altro normalmente ricorrente, di un inquadramento definitivo) riguardano la stessa acquisizione di elementi di miglioramento ed affinamento delle attitudini e qualità del soggetto interessato", onde "deve, poi, aggiungersi l'elemento (di cui si è in precedenza fatto cenno) del prestigio, che l'esplicazione dell'attività di insegnamento, appunto, conferisce al docente e che è suscettibile di tradursi in concreti vantaggi nell'ambito dell'attività professionale che il medesimo collateralmente svolge.

Si tratta - è pur vero - di vantaggi potenzialmente conseguibili anche dall'incarico retribuito e, comunque, eventuali (la cui verificabilità in concreto dipende, caso per caso, dalla possibilità che il docente abbia di utilizzare in maniera più o meno proficua il suo tempo libero).

Gli è però che, nel caso dell'insegnamento gratuito, il fatto stesso dell'accettazione (ed anzi della richiesta) dell'incarico (pur) senza retribuzione lascia fondatamente presumere che - per valutazione dello stesso interessato - le condizioni per la realizzazione dei vantaggi sopra detti sussistono effettivamente in concreto"³¹⁵.

³⁰⁸ T. Treu, *Onerosità e corrispettività*, cit., p. 46 nt. 31. V. pure le perplessità di L. Menghini, *Nuovi valori costituzionali e volontariato: riflessioni sull'attività del lavoro gratuito*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 163.

³⁰⁹ Che risale a Lotmar e anzi a Jhering, come ci mostra G.Ghezzi, *Osservazioni*, cit., *passim*, alla cui finissima analisi rinvio per il primo delinearci della tesi del contratto di lavoro gratuito come contratto innominato con i relativi effetti. In critica radicale a questa idea v. M. Grandi, *Osservazioni critiche sulla prestazione gratuita di lavoro subordinato*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, pp. 439-465.

³¹⁰ F. Bano, *op. cit.*, *passim*.

³¹¹ Trib. Trapani, 15 giugno 2011; Cass. civ., sez. I, 29 novembre 1993, n. 11786, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, 1798; Cass. 28 agosto 1991, n. 9025, in *Riv. giur. lav.*, 1992, II, 475; Cass. civ., sez. I, 9 giugno 1983, n. 3948, in *Giust. civ.*, 1983, I, 2625. Peraltro, la giurisprudenza ha escluso la causa della solidarietà familiare e la conseguente gratuità quando la prestazione è stata offerta nell'impresa familiare, residuando solo l'alternativa tra lavoro subordinato e compartecipazione all'impresa familiare *ex art. 230-bis c.c.* (Cass. 22 settembre 2014, n. 19925; Cass. 18 ottobre 2005, n. 20157, in *Foro it.*, 2006, 4, I, 1082), e così ha pure escluso il configurarsi di una prestazione di volontariato quando il compenso percepito abbia superato il mero rimborso spese (Cass. 6 maggio 2010, n. 10974, con nota di G. Canavesi, *Rilevanza preminente dell'entità del rimborso spese quale criterio di qualificazione del rapporto di lavoro di volontariato*, in *Giur. it.*, 2011, n. 6, pp. 1343-1346; Cass. 21 maggio 2008, n. 12964, con nota di L. Menghini, *Le novità in tema di lavoro gratuito*, in *Riv. giur. lav.*, 2005, I, pp. 19-61).

³¹² Trib. Roma, 13 febbraio 2018, n. 1092.

³¹³ Il lavoro gratuito in genere, in fase di forte espansione, ha suscitato di recente attenzione sociologica: per tutti, v. F. Coin (a cura di), *Salari rubati. Economia politica e conflitto al tempo del lavoro gratuito*, Verona, Ombre Corte, 2017.

³¹⁴ Corte cost. 20 febbraio 1973, n. 11.

³¹⁵ Corte cost. 20 gennaio 1977, n. 41.

Dunque, secondo questa sentenza, siccome l'interessato non è quello che oggi si definirebbe un docente a tempo pieno (fatto per vero presunto senza alcuna dimostrazione) e trae dall'incarico vantaggi patrimonialmente apprezzabili almeno in potenza, e per il fatto che la disponibilità dell'interessato dimostra che i vantaggi patrimoniali sussistono in atto, *dunque* non c'è alcuna violazione dell'art. 36, co. 1, Cost. Esaminerò *infra*, sub 6.3, le perniciose conseguenze di questa pronuncia³¹⁶, forse dovuta alla particolare fattispecie oggetto del giudizio, e che sembra aver lasciato, per l'ampiezza delle motivazioni, spazio a situazioni che la dottrina sul lavoro gratuito aveva già discusso in Europa nei decenni precedenti, come ci insegna il già ricordato lavoro di Ghezzi, per esempio rispetto al convivente che lavora gratuitamente nell'aspettativa di essere nominato erede, il che costituirebbe un vantaggio patrimoniale incerto ma atteso³¹⁷, esattamente come nel ragionamento della sentenza n. 41/1977.

A me pare un ragionamento aberrante, perché la disposizione costituzionale dell'art. 36, co. 1, Cost. impone la certezza della corrispettività, per rapporto alla quantità e qualità del lavoro svolto, tra prestazione e controprestazione, talché se quest'ultima si restringe a una *utilitas* futura ma incerta, non solo nel *quantum*, ma persino nell'*an* siamo evidentemente contro la Costituzione. Peraltro, già Tiziano Treu osservò mezzo secolo fa che “a tali fattispecie si potrà riconoscere, in generale, l'attitudine a configurarsi come rapporti onerosi [...] qualora le prestazioni o i vantaggi corrispettivi al lavoro possano ritenersi intrinsecamente suscettibili di valutazione economica”³¹⁸.

In realtà, a fattispecie di lavoro gratuito si è anche pensato per gli incarichi di collaborazione di cui fossero destinatari dipendenti già collocati in quiescenza, con la trasparente finalità di portare a termine – con continuità non solo giuridica dell'azione amministrativa - attività magari rilevanti dal punto di vista dell'interesse dell'Amministrazione.

È interessante notare che la Corte dei conti³¹⁹ abbia ritenuto che si tratterebbe di una forma di lavoro subordinato, che è invece essenzialmente oneroso *ex art. 36 Cost.*, oltre che *ex artt. 2094 e 2126 c.c. e art. 90 D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267* (Testo Unico enti locali), onde la “gestione del personale pubblico è informata e plasmata da principi sistematici tali che non consentono l'utilizzo di personale a titolo gratuito”. È infatti il profilo causale quello determinante per la risposta negativa: se il contratto di lavoro subordinato gratuito è un contratto atipico, la cui legittimità può essere ammessa solo in presenza di interessi meritevoli di tutela, il suo uso da parte delle amministrazioni pubbliche sarebbe problematico: non perché cozzi contro il principio di tipicità dell'azione amministrativa, che mi pare problema del tutto superato dalla norma dell'art. 1, co. 1-*bis*, della legge 7 agosto 1990, n. 241³²⁰, che consente in via generale, nell'adozione di atti non autoritativi, l'uso del diritto privato e dunque anche di contratti atipici; quanto, come si vedrà *infra*, per la difficoltosa individuazione sul piano causale di interessi meritevoli di tutela nel lavoro gratuito a vantaggio delle amministrazioni pubbliche.

In ogni caso, come ha rilevato altra pronuncia della Corte dei conti³²¹, “anche al fine di evitare l'instaurazione surrettizia di forme di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione non disciplinate dalla legge, ancorché a titolo precario, interinale e occasionale [...] le eccezioni alla necessaria onerosità del rapporto di lavoro possono essere previste soltanto dalla legge”³²².

E le eccezioni previste dalla legge non mancano: nell'art. 56 D. Lgs. 3 luglio 2017, n. 117, si prevedono attività di volontariato svolte sulla base di convenzioni “finalizzate allo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale, se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato”, sostituendo l'analoga previsione già contenuta nell'art. 7 della legge n. 266/1991 sul volontariato, poi abrogato dall'art. 102 D.Lgs. n. 117/2017.

³¹⁶ Cui naturalmente la giurisprudenza amministrativa si è adeguata: v. Cons. Stato, sez. VI, 11 dicembre 1981, n. 742, in *Foro amm.*, 1981, p. 2447; Cons. Stato, sez. VI, 24 ottobre 1980, n. 988; Cons. Stato, sez. VI, 30 settembre 1980, n. 796; TAR Lazio, sez. I, 13 settembre 1978, n. 788.

³¹⁷ In tema Cass. civ., sez. II, 3 novembre 1956, n. 4110, in *Foro it.*, 1957, I, c. 583, nonché G. Ghezzi, *Osservazioni*, cit., p. 1367 nt. 7 e 1371 nt. 18.

³¹⁸ T. Treu, *Onerosità e corrispettività*, cit., p. 81.

³¹⁹ Corte conti Campania, sez. contr., 23 novembre 2016, n. 244/PAR.

³²⁰ Introdotto con l'art. 1, co. 1, lett. b), L. 11 febbraio 2005, n. 15.

³²¹ Corte conti Lombardia, sez. contr., 11 maggio 2015, n. 912/PAR.

³²² In questo senso anche V. Manzetti, *op. cit.*, p. 32 nt. 108.

Ma vi è anche la previsione dell'art. 5, co. 9, D.L. 6 luglio 2012, n. 95³²³, il quale vietava alle pubbliche amministrazioni di affidare incarichi di studio e consulenza ai propri ex dipendenti in quiescenza, che avessero svolto, nel corso dell'ultimo anno di servizio, funzioni e attività corrispondenti a quelle oggetto dello stesso incarico di studio e di consulenza. Successivamente, però, l'art. 6 D.L. 24 giugno 2014, n. 90³²⁴, estendeva il divieto soggettivamente a “soggetti già lavoratori privati o pubblici collocati in quiescenza” e oggettivamente a “incarichi dirigenziali o direttivi o cariche in organi di governo delle amministrazioni”; ma contemporaneamente creava l'eccezione per la quale “sono comunque consentiti gli incarichi e le cariche conferiti a titolo gratuito”, che la legge di conversione limitava nella durata a un anno.

Ancora, l'art. 17, co. 3, della legge 7 agosto 2015, n. 124 (c.d. legge delega Madia), inseriva però l'eccezione alla durata massima annuale, ora vigente solo per incarichi dirigenziali e direttivi, sempre a titolo gratuito.

Debbo pure segnalare che questi incarichi gratuiti prevedono però i rimborsi spese, con gli effetti derivanti dal diverso trattamento fiscale rispettivamente previsto per la retribuzione e per questi ultimi rispettivamente dai commi 1 e 5 dell'art. 51 D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (testo unico delle imposte sui redditi), né cambierebbe alcunché se si volesse considerare questi incarichi come lavoro autonomo, per effetto dei commi 1 e 5 dell'art. 54 dello stesso TUIR.

Possono essere le disposizioni sopra ricordate la fonte generale di legittimazione di un contratto di lavoro subordinato con le pubbliche amministrazioni a titolo gratuito? Non mi pare, invero, abbiano questa portata, tanto più se li considera, al contrario, “espressive di un indirizzo di politica legislativa volto ad agevolare il ricambio e il ringiovanimento del personale nelle pubbliche amministrazioni”³²⁵.

E allora, occorrerà verificare caso per caso se l'affidamento a titolo gratuito esprima interessi meritevoli di tutela, poiché tale non può essere considerato il risparmio sulla spesa pubblica, che passi attraverso il non pagamento di una prestazione di lavoro, e dovendo anche essere indagato l'interesse del prestatore, di cui, per l'impersonalità dell'amministrazione pubblica negli Stati post-patrimoniali, non si può predicare sia resa *affectionis vel benevolentiae causa*.

Dunque, vi è innanzitutto proprio la necessità di verificare la meritevolezza di tutela degli interessi *ex* art. 1322, co. 2, c.c., che, trattandosi di contratti di lavoro, non può prescindere da un ancoraggio assiologico nei principi costituzionali di tutela del lavoro, il che induce a concludere negativamente in via generale sull'ammissibilità di lavoro gratuito per le amministrazioni pubbliche, e a scrutinare con la maggiore attenzione i casi nei quali disposizioni di legge specifiche autorizzino l'utilizzo di personale volontario a titolo gratuito³²⁶.

Trovo poi, sempre in tema di lavoro gratuito per le amministrazioni pubbliche, sia del maggior interesse la fattispecie giudicata da una sentenza di legittimità di dieci anni fa³²⁷.

Una amministrazione comunale aveva deciso di avvalersi dell'opera di anziani per coadiuvare o sostituire il personale dello stesso comune nella sorveglianza della pinacoteca, del museo, del parco archeologico e degli alunni delle scuole materne durante il trasporto: come si vede, tutte attività di servizio istituzionalmente pertinenti quell'amministrazione. Nel far ciò, si era affidata a una convenzione con una associazione di volontariato. Tuttavia, una ispezione dell'Inps aveva ritenuto invece sussistenti rapporti di lavoro, con gli ovvi effetti contributivi.

La Cassazione ha innanzitutto ritenuto che “un rapporto di lavoro può essere dissimulato da un rapporto di volontariato, a seconda del suo atteggiarsi in fatto. Se risulta che se un presunto volontario è in realtà un soggetto assunto e retribuito da una associazione di (presunto) volontariato, non sarà applicabile la disciplina sul volontariato ma la normale disciplina giuslavoristica”, e di conseguenza ne ha tratto che “la corresponsione di un compenso oltre il mero rimborso spese comporta che l'attività in

³²³ Convertito con modificazioni in L. 7 agosto 2012, n. 135.

³²⁴ Convertito con modificazioni in L. 11 agosto 2014, n. 114.

³²⁵ Così la Circolare della Ministra Madia 4 dicembre 2014, n. 6.

³²⁶ Si pensi, ad esempio, che invece al personale volontario del Corpo dei Vigili del Fuoco, richiamato temporaneamente in servizio, spetta ai sensi dell'art. 10, co. 1, D.Lgs. 8 marzo 2006, n. 139, per la durata del richiamo il trattamento economico iniziale del personale di ruolo di corrispondente qualifica, il trattamento di missione, i compensi inerenti alle prestazioni di lavoro straordinario, pur potendosi trattare di persone titolari di un altro rapporto di lavoro.

³²⁷ Cass. 21 maggio 2008, n. 12964, in *Giust. civ.*, 2009, 1, I, 236.

questione non sarà più di volontariato”, giacché “la qualificazione giuridica di volontario discende dalla spontaneità e gratuità della prestazione”, ai sensi della apposita legge 11 agosto 1991, n. 266³²⁸.

Del tutto differente è stata la fattispecie affrontata dal giudice amministrativo³²⁹ in sede di giudizio sul rapporto di impiego di diritto pubblico dei sanitari, in relazione ai compensi spettanti per prestazioni rese in regime di plusorario secondo le norme all’epoca vigenti, che non contemplavano la necessità di una autorizzazione preventiva.

Il Tribunale, nel negare il diritto alla corrispondenza tra ore svolte e ore incentivate, ha tuttavia ritenuto che “non significa [...] che le ore di lavoro eventualmente rimaste senza compenso incentivante debbano essere considerate come svolte a titolo integralmente gratuito, dato che in tale caso la P.A. ben può, ed anzi è tenuta, in ossequio al principio sancito dall’art. 36 Cost., a retribuire le ore in eccedenza come ore di lavoro straordinario, negli importi, si intende, a tal fine previsti o comunque a riconoscerle in altri modi equivalenti”: dunque la P.A., se non in applicazione delle norme invocate dai ricorrenti, era comunque tenuta proprio *ex art. 36, co. 1, Cost.*, a retribuire le ore svolte in eccedenza, non essendo legittimo, neppure nell’allora vigente regime dello stato giuridico, che i dipendenti lavorino, anche solo *pro quota*, gratuitamente.

Va ancora segnalata la precedente pronuncia della Corte costituzionale³³⁰, solo apparentemente difforme, con la quale si è dichiarata manifestamente infondata la questione sollevata su una norma³³¹ che rendeva possibile, nel caso i revisori dei conti percepissero dall’amministrazione di appartenenza, dalla quale erano collocati fuori ruolo, uno stipendio superiore al trattamento spettante ai revisori dei conti dell’Azienda autonoma di assistenza al volo, che le funzioni non vedessero una retribuzione aggiuntiva, cioè fossero svolte gratuitamente. La Corte osservò correttamente che la disposizione dell’art. 36 Cost. si riferisce al complesso della retribuzione, e che nel caso gli interessati svolgevano esclusivamente quelle funzioni, dunque non un lavoro aggiuntivo.

Sin qui, si potrebbe ritenere che, anche nel regime dello stato giuridico, la giurisprudenza abbia indicato che lavoro anche solo parzialmente gratuito a favore delle Amministrazioni di cui si è dipendenti non si possa svolgere.

Ma la singolare fattispecie di Cass. n. 12964/2008, sopra ricordata, che riguardava un rapporto di lavoro con il Comune considerato nullo per violazione delle disposizioni relative alle forme di assunzione previste per le amministrazioni pubbliche, ci introduce in un altro inquietante campo: quello del baratto amministrativo.

6.2 Il baratto amministrativo come forma di lavoro semigratuito a vantaggio delle amministrazioni pubbliche

Premesso che qualche somiglianza esteriore non dovrebbe indurre ad assimilare la fattispecie qui in esame con quella dei lavori socialmente utili, dei quali non mi occupo per difetto del titolo contrattuale e dunque necessariamente del sinallagma contrattuale³³², del baratto amministrativo debbo ricordare le

³²⁸ Oggi sostituita dal D.Lgs. 3 luglio 2007, n. 117, che all’art. 17, co. 2, nel definire la figura del volontario, ribadisce che si deve trattare di “persona che, per sua libera scelta, svolge attività in favore della comunità e del bene comune, anche per il tramite di un ente del Terzo settore, mettendo a disposizione il proprio tempo e le proprie capacità per promuovere risposte ai bisogni delle persone e delle comunità beneficiarie della sua azione, in modo personale, spontaneo e gratuito, senza fini di lucro, neanche indiretti, ed esclusivamente per fini di solidarietà”; mentre al co. 3 specifica che “attività del volontario non può essere retribuita in alcun modo nemmeno dal beneficiario. Al volontario possono essere rimborsate dall’ente del Terzo settore tramite il quale svolge l’attività soltanto le spese effettivamente sostenute e documentate per l’attività prestata, entro limiti massimi e alle condizioni preventivamente stabilite dall’ente medesimo. Sono in ogni caso vietati rimborsi spese di tipo forfetario” (ma il realtà il co. 4 ammette a certe condizioni e con alcune limitazioni il rimborso di spese autocertificate “purché non superino l’importo di 10 euro giornalieri e 150 euro mensili”), e al co. 5 interdice in sostanza i rapporti a causa mista.

³²⁹ TAR Toscana, Firenze, sez. III, 24 febbraio 1998 n. 33.

³³⁰ Corte cost. 25 novembre 1993, n. 420 (ord.).

³³¹ Art. 17, co. 3, D.P.R. 24 marzo 1981, n. 145.

³³² Da ultimo riassume il dibattito svolto dalla dottrina giuslavoristica con riferimento agli LSU, F. Chietera, *I lavoratori socialmente utili*, in E. Ghera e D. Garofalo (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro nel Jobs Act 2*, Bari, Cacucci, 2016, pp. 224-236. V. pure il cenno di P. Campanella, *Prestazione di fatto*, in M. Martone (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, t. I, *Contratto e rapporto di lavoro, Trattato di diritto del lavoro* diretto da M. Persiani e F. Carinci, vol. IV, Cedam, Padova, 2012, pp. 349-398, e qui p. 397 nt. 191. Osserva giustamente l’A. citata da ultimo che nel lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, l’art. 2126 c.c. trova ben più estesa applicazione, stante la presenza di norme imperative di legge, che impongono procedure concorsuali e selettive obbligatorie ai fini dell’assunzione, rendendo radicalmente nulli i contratti di lavoro stipulati *contra legem* e aprendo margini di tutela per la sola prestazione di fatto” (*ivi*, p. 397). Da ultimo Cass. 11 luglio 2017, n. 17101, ha ripreso l’orientamento della

disposizioni legali istitutive, perché mi paiono scarsamente frequentate dai giuslavoristi³³³. In principio è stato l'art. 24 del decreto legge 12 settembre 2014, n. 133³³⁴, il quale ha disposto: “i Comuni possono definire i criteri e le condizioni per la realizzazione di interventi su progetti presentati da cittadini singoli e associati, purché individuati in relazione al territorio da riqualificare. Gli interventi possono riguardare la pulizia, la manutenzione, l'abbellimento di aree verdi, piazze o strade ed in genere la valorizzazione di una limitata zona del territorio urbano o extraurbano. In relazione alla tipologia dei predetti interventi i Comuni possono deliberare riduzioni o esenzioni di tributi inerenti al tipo di attività posta in essere. L'esenzione è concessa per un periodo limitato, per specifici tributi e per attività individuate dai Comuni, in ragione dell'esercizio sussidiario dell'attività posta in essere”. L'art. 1, co. 1, della legge di conversione ha sostituito il testo con il seguente: “i comuni possono definire con apposita delibera i criteri e le condizioni per la realizzazione di interventi su progetti presentati da cittadini singoli o associati, purché individuati in relazione al territorio da riqualificare. Gli interventi possono riguardare la pulizia, la manutenzione, l'abbellimento di aree verdi, piazze, strade ovvero interventi di decoro urbano, di recupero e riuso, con finalità di interesse generale, di aree e beni immobili inutilizzati, e in genere la valorizzazione di una limitata zona del territorio urbano o extraurbano. In relazione alla tipologia dei predetti interventi, i comuni possono deliberare riduzioni o esenzioni di tributi inerenti al tipo di attività posta in essere. L'esenzione è concessa per un periodo limitato e definito, per specifici tributi e per attività individuate dai comuni, in ragione dell'esercizio sussidiario dell'attività posta in essere. Tali riduzioni sono concesse prioritariamente a comunità di cittadini costituite in forme associative stabili e giuridicamente riconosciute”. Poco dopo, l'art. 190 del Codice dei contratti pubblici³³⁵ ha nuovamente mutato la norma, disponendo che “gli enti territoriali possono definire con apposita delibera i criteri e le condizioni per la realizzazione di contratti di partenariato sociale, sulla base di progetti presentati da cittadini singoli o associati, purché individuati in relazione ad un preciso ambito territoriale. I contratti possono riguardare la pulizia, la manutenzione, l'abbellimento di aree verdi, piazze o strade, ovvero la loro valorizzazione mediante iniziative culturali di vario genere, interventi di decoro urbano, di recupero e riuso con finalità di interesse generale, di aree e beni immobili inutilizzati. In relazione alla tipologia degli interventi, gli enti territoriali individuano riduzioni o esenzioni di tributi corrispondenti al tipo di attività svolta dal privato o dalla associazione ovvero comunque utili alla comunità di riferimento in un'ottica di recupero del valore sociale della partecipazione dei cittadini alla stessa”.

Le modifiche intercorse sono rilevanti, ma non per il nostro discorso. La sostanza è la medesima: chi svolge una attività (nelle due versioni del 2014) o degli “interventi” - dal 2016 in base a un titolo contrattuale, peraltro – ottiene *in cambio* “riduzioni o esenzioni da tributi”.

Qui si apre una prima questione di carattere generale, che attiene alla disponibilità dell'obbligazione tributaria, in relazione alla quale ancora recentemente vi è stato un caso di rimessione alle Sezioni Unite per una fattispecie di un accordo di traslazione palese di imposta patrimoniale contenuto in un contratto a prestazione corrispettiva³³⁶. È evidente infatti che se applichiamo l'art. 190 realizzando un “contratto di partenariato sociale” con il quale un soggetto presta la propria attività in questo caso *lavorativa* – tipico direi sarà il caso della pulizia e manutenzione di aree verdi, piazze o strade – in cambio di un'esenzione o una riduzione di un debito tributario, nel contratto si realizzerebbe esattamente, conformemente alla norma, una pattuizione e una disposizione sull'obbligazione tributaria.

giurisprudenza di legittimità che ritiene, nel caso di radicale difformità della prestazione resa dal progetto, concretabile anche per gli LSU un rapporto di lavoro subordinato di fatto regolato dall'art. 2126 c.c. (ivi ulteriori riferimenti).

³³³ Ricordo comunque T. Pula, *Il baratto amministrativo: profili giuslavoristici*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, pp. 336-362.

³³⁴ Convertito con modificazioni in legge 11 novembre 2014, n. 164.

³³⁵ D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

³³⁶ Cass. civ., sez. III, ord., 28 novembre 2017, n. 28437, sulla quale v. V. Mastriacovo, *Patti sull'imposta: riflessioni a margine di un'ordinanza interlocutoria di rimessione alle Sezioni Unite* di prossima pubblicazione su *Rass. Trib.* n. 2/2018. In senso negativo, in difetto di specifiche previsioni di legge, Corte conti Emilia-Romagna, sez. contr., 11 aprile 2017, n. 60/PAR (scambio con un'area edificabile). In senso teoricamente positivo, per fattispecie analoga, ma negativo in concreto, Corte conti Lazio, sez. contr., 22 gennaio 2010, n. 3/PAR. Ha comunque osservato Corte conti Lazio, sez. contr., 18 settembre 2015, n. 162/PAR, che “nell'ipotesi di un'espressa disciplina normativa, se del caso regolamentare, dovrebbe essere tenuto in debito conto che una ‘*datio in solutum*’ produrrebbe effetti di tipo contabile, tali da incidere sugli equilibri e sui risultati di bilancio, a causa della rinuncia, da parte dell'Ente creditore, a un introito di parte corrente, nonché di tipo finanziario, conseguenti alla rinuncia alla riscossione di somme liquide, gravante sui meccanismi di cassa”.

Tuttavia, in questo caso la questione pare superata sia dal fatto che uno dei contraenti sarebbe l'Amministrazione creditrice del tributo, sia perché esiste una apposita norma legale che facoltizza l'operazione³³⁷. Ai giuslavoristi resta però l'onere di definire i contorni della prestazione e della controprestazione: tra le quali un nesso di corrispettività esiste *ex lege*, giacché l'art. 190 parla di riduzioni o esenzioni di tributi *corrispondenti al tipo di attività svolta dal privato*³³⁸. E tuttavia si pone subito un problema di esistenza o evanescenza di questo nesso, perché la stessa norma aggiunge "ovvero comunque utili alla comunità": e sembra di capire che si ritenga che lo sconto fiscale possa non essere corrispondente se l'attività sia comunque utile³³⁹.

Tuttavia, sorge il dubbio se si tratti di un'attività lavorativa – qui naturalmente non ci occupiamo dei casi di baratto amministrativo che non consistono in attività lavorative – che concreta una *datio in solutum*, cioè una prestazione in luogo dell'adempimento *ex art. 1197 c.c.*³⁴⁰; e va ricordato che l'equivalenza tra la prestazione originaria (il debito tributario, nel caso) e la diversa prestazione effettuata è per pacifica giurisprudenza irrilevante³⁴¹, con le conseguenze che subito si vedranno.

Poi c'è la questione davvero complessa che i contratti di partenariato sociale si realizzano sulla base di progetti di cittadini "singoli o associati": e diventa assai difficile intendere come sarà assunta l'obbligazione di prestare lavoro a vantaggio delle pubbliche amministrazioni costituite dagli "enti territoriali" da parte di "cittadini associati" per svolgere attività di interesse pubblico, e se si tratti di un'obbligazione solidale *ex art. 1292 c.c.*, che nel campo delle prestazioni di lavoro avrebbe l'unico e non troppo felice precedente, se non erro, nelle abrogate disposizioni relative al lavoro ripartito (artt. 41-45 D.Lgs. 1° settembre 2003, n. 276)³⁴².

Soprattutto, ai fini di cui ci si occupa qui, c'è il tema della fonte di determinazione del *quantum*, proprio per il riferimento alla *datio in solutum* cui si faceva cenno prima. Potrebbe essere – facciamo una ipotesi di scuola, ma non tanto – che l'Amministrazione fissi il prezzo della prestazione arbitrariamente, in modo anormalmente basso: *id est*, senza rispettare la disposizione dell'art. 36, co. 1, Cost., magari facendo – lo si può immaginare facilmente nei Comuni – vaghe promesse di ulteriori future sistemazioni. Si procurerebbe così una forza lavoro (semi)gratuita, magari in sostituzione di crediti tributari di fatto inesigibili.

Anche in una ricostruzione giuslavoristica assai meno critica dell'istituto, sono enunciati, sulla base dell'esame di regolamenti di una quindicina di Comuni, alcune finalità palesemente contrastanti tra loro, come "valorizzare [...] la persona e la dignità dei partecipanti" e "fornire forza-lavoro ai Comuni in un periodo di scarsità di risorse"³⁴³. E che vi sia il grave rischio di inclinare verso la seconda di queste finalità, come si è prima sospettato, è altresì attestato dai casi nei quali i regolamenti comunali abbiano individuato come destinatari persone economicamente deboli, con ISEE al di sotto di una certa soglia o che abbiano ottenuto contributi come inquilini morosi incolpevoli.

Anzi, una recente ricostruzione³⁴⁴ ci racconta che questa è la prassi generale.

³³⁷ In questo senso anche Corte conti Emilia-Romagna, sez. contr., 23 marzo 2016, n. 27/PAR.

³³⁸ Insiste sul rapporto di "stretta ineranza tra le esenzioni e/o le riduzioni di tributi che il comune può deliberare e le attività di cura e valorizzazione del territorio sopra indicate che i cittadini possono realizzare" la Corte conti Emilia-Romagna, sez. contr., 23 marzo 2016, n. 27/PAR.

³³⁹ In tal senso S. Villamena, «Baratto amministrativo»: prime osservazioni, in *Riv. giur. edilizia*, 2016, II, pp. 379-390, e qui p. 388, che però a p. 389 parla di "tendenziale corrispettività".

³⁴⁰ In senso contrario, proprio con riferimento al baratto amministrativo, in relazione a un quesito del Comune di Bologna, Corte conti Emilia-Romagna, sez. contr., 23 marzo 2016, n. 27/PAR.

³⁴¹ Da ultimo Cass. civ., sez. III, 17 gennaio 2017, n. 922, in *Guida al diritto*, 2017, 10, 60. Ma v. già Cass. 16 febbraio 1977, n. 721, in *Foro it.*, 1977, I, c. 2275.

³⁴² Per tutti, v. R. Voza, *I contratti ad orario "ridotto, modulato o flessibile" tra lavoro e disponibilità*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Bari, Cacucci, 2006, pp. 333-379, e qui pp. 367-375.

³⁴³ Nella deliberazione della Giunta Comunale di Invorio (NO) 2 luglio 2015, n. 66, è proprio scritto: "il Comune può usufruire di forza lavoro, in un periodo in cui scarseggiano risorse, le assunzioni sono bloccate, ed i risparmi e tagli nelle gestione amministrativa rendono determinate attività di difficile soddisfacimento". Osserva giustamente V. Manzetti, *Baratto o Baratti amministrativi. Una questione da dirimere*, in *Amministrazione in cammino*, 3 aprile 2018, p. 32 nt. 108, che "Tale attività non potrebbe, in ogni caso, considerarsi quale opzione organizzativa stabilmente sostitutiva dell'apparato comunale" (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/2018/04/03/baratto-o-baratti-amministrativi-una-questione-da-dirimere/>).

³⁴⁴ V. Manzetti, *op. cit.*, p. 27.

Peraltro, c'è la questione della fonte: se la tariffa di queste prestazioni – che sono pur sempre prestazioni *appréciables à prix d'argent* come ci avrebbe detto Pothier³⁴⁵ - debba essere fissata nel contratto di partenariato sociale o in via unilaterale nell'apposita delibera che fissa criteri e condizioni del baratto amministrativo. Ma il principio di indisponibilità dell'obbligazione tributaria sembra – almeno a me, che studio un'altra materia - sbarrare la strada all'ipotesi negoziale, quindi avremo un prezzo del lavoro unilateralmente fissato nel regolamento comunale approvato con apposita delibera³⁴⁶.

Ancora, c'è l'eterna questione qualificatoria: l'ente territoriale avrà, a quel che pare, un potere di controllo sull'esecuzione del progetto, cioè dell'attività, cioè della prestazione. Che succede nel caso la prestazione svolta non integri le previsioni di progetto e di contratto? A poco, mi pare, valgono le disposizioni regolamentari comunali che autoqualificano l'attività svolta come attività volontarie, spontanee e gratuite. Il testo della norma, lo scambio con lo sconto fiscale, la stessa predeterminazione regolamentare dei destinatari nei soggetti economicamente più deboli, quindi difficilmente solvibili, rendono queste disposizioni vane ciance³⁴⁷. Come pure tali sono anche quelle che prevedono non si costituisca alcun rapporto di lavoro con i Comuni: il che è giusto, dato che la costituzione di un rapporto di lavoro non può che avvenire nelle forme legalmente previste, nel rispetto del principio del concorso pubblico *ex art. 97 Cost.*, avendosi altrimenti solo un rapporto nullo.

E che di prestazioni di lavoro si tratti, lo dimostrano anche le previsioni regolamentari che prevedono una assicurazione contro gli infortuni e la responsabilità civile verso terzi.

Peraltro, la prassi ha già rilevato la tendenza dei Comuni – anche Milano - ad andare al di là delle previsioni di legge, adoperando le prestazioni a compensazione di debiti anche non tributari verso le stesse Amministrazioni, ciò che la legge non consente.

Certo, in teoria, e regolamenti comunali permettendo, vi potrebbe anche essere il caso di “chi non versi in stato di necessità, di apportare benefici alla comunità locale di appartenenza”³⁴⁸. Si può anche lamentare di trovarsi di fronte a un uso che ne svia la causa tipica, che sarebbe “*prendersi cura di un particolare bene*”³⁴⁹. A me pare realistico, sia per il dettato della norma sia per le prassi instauratesi in breve tempo, prendere invece atto che ci troviamo di fronte alle *Workhouses* dei tempi nostri, a forza lavoro *corvéable à merci*³⁵⁰: certo, con il vantaggio per le vittime che le attività si svolgono *en plein air*.

Siccome però è chiara la corrispettività della fattispecie, almeno quando essa si risolva in una prestazione di lavoro, ed è altresì evidente che si tratti di una *corrispettività malata*, che prescinde - nelle intenzioni ma illegittimamente – dalla regola dell'art. 36, co. 1, Cost., e che non può essere giustificata, come talvolta hanno provato a fare negli anni scorsi a vario proposito un legislatore e una politica analfabeti, con la pseudoqualificazione come “lavoretti”, è chiaro che bisogna attendersi che interventi giurisprudenziali ripristinino la legalità di fronte a questo mostriciattolo.

6.3 Le prestazioni occasionali e il lavoro autonomo gratuito a vantaggio delle amministrazioni pubbliche

Occorre a questo punto esaminare il contratto di prestazione occasionale, cioè il lavoro in precedenza definito accessorio e funzionante con il meccanismo dei *voucher*, che non è gratuito, sebbene palesemente povero e di cui si è occupato il collega e amico Pascucci, il quale non presenta differenze di sorta tra settore privato e settore pubblico, se non per quanto attiene al carattere delle esigenze che ne legittimano l'uso, che devono essere “temporanee o eccezionali”, e per le finalità³⁵¹.

³⁴⁵ R.J. Pothier, *Œuvres posthumes de M. Pothier*, t. I, 1777, Paris, De Bure, *passim*, e in particolare p. 142 (*Traité des Fiefs*), ove si equipara alla vendita il contratto *do ut facias* appunto a condizione che i servizi siano *appréciables à prix d'argent*.

³⁴⁶ È così infatti è, alla tariffa oraria di euro 7,50, nella deliberazione del Comune di Invorio ricordata a nt. 343.

³⁴⁷ Più cautamente, T. Pula, *op. cit.*, p. 353, parla di “questione [...] controversa”.

³⁴⁸ *Ivi*, pp. 353 s. Sullo stato di bisogno v. già le osservazioni di L. Menghini, *Nuovi valori*, cit., pp.156-161.

³⁴⁹ S. Villamena, *op. cit.*, pp. 389 s.

³⁵⁰ Sottolinea V. Manzetti, *op. cit.*, p. 32 nt. 108, che “la possibilità di utilizzare volontari in forma singola, crea ulteriori problemi di coordinamento in particolare con il divieto di utilizzo del c.d. ‘lavoro in nero’, in quanto il confine tra lavoro e volontariato è spesso assai sfumato”.

³⁵¹ “a) nell’ambito di progetti speciali rivolti a specifiche categorie di soggetti in stato di povertà, di disabilità, di detenzione, di tossicodipendenza o che fruiscono di ammortizzatori sociali; b) per lo svolgimento di lavori di emergenza correlati a calamità o eventi naturali improvvisi; c) per attività di solidarietà, in collaborazione con altri enti pubblici o associazioni di volontariato; d) per l’organizzazione di manifestazioni sociali, sportive, culturali o caritative” (art. 54-bis, co. 7, D.L. 24 aprile 2017, n. 50, convertito con

A quest'ultimo proposito, che si tratti di un salario minimo legale per un ammontare orario di nove euro è del tutto evidente dal co. 16 dell'art. 54-bis³⁵², e che si tratti di prestazioni di lavoro subordinato³⁵³ è altresì chiarito, malgrado il silenzio qualificatorio osservato dal legislatore in conformità con le precedenti versioni dell'istituto³⁵⁴, dal rinvio, nello stesso comma, per l'agricoltura "all'importo della retribuzione oraria delle prestazioni di natura subordinata individuata dal contratto collettivo di lavoro stipulato dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale"³⁵⁵, dal riferimento, per le amministrazioni pubbliche, al "rispetto dei vincoli previsti dalla vigente disciplina in materia di contenimento delle spese di personale" (art. 54-bis, co. 7), nonché dalla terminologia ripetutamente adoperata nella definizione di vari aspetti dell'istituto³⁵⁶.

Va osservato dunque che con il contratto per prestazioni accessorie la fissazione unilaterale del corrispettivo potrebbe alterare la corrispettività tra prestazione erogata e retribuzione percepita, con riferimento alla quantità e qualità del lavoro, creando una ipotesi di lavoro povero *ex lege*, di dubbia compatibilità con la disposizione costituzionale. È vero che l'art. 54-bis, co. 16, parla di "misura minima oraria del compenso", ma l'interpretazione dottrinale che attribuisce al legislatore il riconoscimento di "ampi margini di autonomia"³⁵⁷ alle parti urta, per le amministrazioni pubbliche, contro la difficoltà di una negoziazione retributiva per un contratto di lavoro subordinato individuale – si deve supporre, in relazione al tipo di prestazione richiesta – in difetto di autorizzazione da parte di un contratto collettivo, e dunque in violazione dell'art. 45, co. 1, D.Lgs. n. 165/2001.

Una fattispecie, del tutto diversa dalla precedente, che i Governi di questi anni hanno promosso è quella dell'autoqualificato "lavoro autonomo occasionale" per le amministrazioni pubbliche, da svolgere a titolo gratuito³⁵⁸.

La prima considerazione che è necessario proporre è che in questi casi il concetto di lavoro occasionale non ha alcunché a che vedere con il contratto di prestazione occasionale, e peraltro neppure con la occasionalità, risolvendosi sovente – e almeno nei due esempi ora citati – in incarichi di durata di un anno, dunque decisamente non breve, peraltro rivolti a giornalisti professionisti con pluriennale competenza ed esperienza specifica.

Più interessante l'autoqualificazione come lavoro autonomo, in relazione alla quale – in disparte le ovvie considerazioni sulla prevalenza qualificatoria della fase esecutiva della prestazione rispetto al programma negoziale³⁵⁹ – ci si deve porre la questione dell'ammissibilità di una prestazione di lavoro –

modificazioni in legge 21 giugno 2017, n. 96). Una ricognizione del lavoro occasionale per le amministrazioni pubbliche è in P. Monda, *Il lavoro occasionale*, in M. Esposito, V. Luciani, A. Zoppoli, L. Zoppoli, *op. cit.*, pp. 221-230.

³⁵² In questo senso T. Treu, *Rimedi e fattispecie a confronto con i lavori della Gig economy*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT – 136/2017, p. 22. Ma già nel quadro normativo precedente del lavoro accessorio era stato rilevato che il compenso avesse "un rilievo analogo o assimilabile a un minimo salariale" (P. Tullini, *Il lavoro accessorio*, in L. Fiorillo e A. Perulli, *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Torino Giappichelli, 2016, pp. 263-278, e qui p. 270).

³⁵³ *Contra* Trib. Milano 26 maggio 2016, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, II, p. 97, ha sostenuto, sulla scia di TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 7 aprile 2015, n. 490, che nel silenzio legislativo le prestazioni "possono assumere i connotati della subordinazione ovvero dell'autonomia". Ma v., con riferimento al quadro normativo successivo al Jobs Act, le osservazioni di V. Pinto, *Il lavoro accessorio tra vecchi e nuovi problemi*, in *Lav. dir.*, 2015, pp. 679-698, e per quanto riguarda le P.A. pp. 687-689, e, con riferimento alle norme vigenti Id., *Prestazioni occasionali e modalità agevolate di impiego tra passato e futuro*, in G. Zilio Grandi e M. Biasi, *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Padova, Cedam, 2018, pp. 169-193, che riconduce convincentemente il lavoro occasionale nel lavoro subordinato, anche in critica a T. Treu, *Rimedi*, cit., pp. 22 s., che invece aveva sostenuto come in questo caso "la impellenza dei bisogni cui dar risposta prevale sulla logica qualificatoria fino al punto da far passare in secondo piano la questione della natura del rapporto". Non mi è chiara la posizione sul punto, nel previgente quadro normativo, di P. Tullini, *Il lavoro accessorio*, cit., pp. 264 s. Sulla versione del 2015 in relazione al tema ora esaminato nel testo, v. pure A. Zilli, *Il lavoro flessibile nelle pp.aa.dopo il jobs act*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2015, pp. 457-480, e qui pp. 472-474.

³⁵⁴ Art. 70 D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, con (moltissime) successive modificazioni e integrazioni; poi artt. 48-50 D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81, successivamente abrogato con l'art. 1, co. 1, D.L. 17 marzo 2017, n. 25, convertito in legge 20 aprile 2017, n. 49.

³⁵⁵ Sui problemi applicativi nati dalla disposizione sul valore delle prestazioni occasionali in agricoltura, v. la Circolare INPS 5 luglio 2017, n. 107, pp. 10 s., sulla quale si sono esercitate le proteste sindacali, che hanno lamentato la scorretta applicazione della disposizione legale in rapporto alla peculiare struttura della contrattazione collettiva in agricoltura.

³⁵⁶ V. Pinto, *Prestazioni occasionali*, cit., pp. 174-177. Nello stesso senso P. Monda, *Il lavoro occasionale*, cit., pp. 222-225.

³⁵⁷ V. Pinto, *Prestazioni occasionali*, cit., p. 186.

³⁵⁸ A mero titolo di esempio, cito i bandi del Ministero dell'Interno, quello del Dipartimento dei vigili del fuoco, del soccorso pubblico e della difesa civile per l'attività di comunicazione del 20 marzo 2017, e quello, per il medesimo tipo di attività, del Dipartimento per le libertà civili e l'immigrazione del 9 marzo 2016.

³⁵⁹ Tema notissimo. Recentemente Cass. 25 settembre 2017, n. 22289, ove ulteriori richiami.

in ipotesi – effettivamente autonomo a vantaggio di una pubblica amministrazione³⁶⁰, ma erogata a titolo gratuito.

Per risolvere la questione, occorrono diversi passaggi: il primo è la riferibilità dell'art. 36, co. 1, Cost. anche a prestazioni di lavoro non subordinato.

Il tema, come si sa, è assai discusso, anche in relazione alla tutela che l'art. 35, co. 1 Cost., promette al lavoro “in tutte le sue forme e applicazioni”³⁶¹. Senza poterne qui fare più di un cenno, vorrei ricordare che Gianni Garofalo scrisse, in un bel saggio di una decina di anni fa³⁶², che, per quanto nell'art. 35 il significato della parola lavoro non possa avere la stessa latitudine che ha nell'art. 4, co. 2, cioè ogni attività socialmente utile, d'altro canto però è chiaro che il lavoro subordinato è solo una delle forme del lavoro³⁶³. Garofalo ne deduceva che, pur nella possibile differenziazione delle tutele³⁶⁴, almeno gli artt. 35, 39 e 40 andassero riferiti anche ai lavori atipici, individuando nel principio di uguaglianza sostanziale il motore di un giudizio di meritevolezza della tutela non coestensivo alla qualificazione giuridica dei rapporti. Egli guardava essenzialmente ai rapporti contraddistinti dalla continuità, ma io credo si potrebbe e si dovrebbe andare oltre.

Credo sia necessario ricordare che mentre per il lavoro subordinato l'art. 2099, co. 2, c.c. affida al giudice la funzione di supplire alla carenza della determinazione contrattuale della retribuzione, per il contratto d'opera il corrispettivo “se non è convenuto dalle parti e on può essere determinato secondo le tariffe professionali o gli usi, è stabilito dal giudice in relazione al risultato ottenuto e al lavoro normalmente necessario per ottenerlo” (art. 2225 c.c.), e per le professioni intellettuali, alla stessa maniera, è previsto che “il compenso, se non è convenuto dalle parti e non può essere determinato secondo le tariffe o gli usi, è determinato dal giudice, [sentito il parere dell'associazione professionale a cui il professionista appartiene]” (co. 1) e che “in ogni caso la misura del compenso deve essere adeguata all'importanza dell'opera e al decoro della professione” (co. 2).

Nulla, dunque, nelle previsioni vigenti del Codice civile impedisce di applicare un meccanismo analogo – non lo stesso, evidentemente, perché qui non è questione di applicare l'art. 2099, co. 2, c.c. - a quello che ha reso l'art. 36, co. 1, Cost. una disposizione di “vitalità normativa decisamente superiore”³⁶⁵.

E vorrei brevemente riepilogare l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in tema, la quale, come forse si ricorderà, si espresse innanzitutto con la sentenza 75/1964³⁶⁶, la quale ritenne di poter prescindere dalla decisione sull'applicabilità dell'art. 36 Cost. al lavoro autonomo, non senza affermare che la disposizione non era volta “a garantire la parità delle prestazioni nel rapporto sinallagmatico di lavoro”, pur affermando anche che l'applicazione dei principi ivi contenuti sarebbe potuta avvenire solo in considerazione dell'attività complessiva del professionista³⁶⁷.

Dunque, non era esclusa affatto la possibilità del riconoscimento della tutela, la cui funzione starebbe soprattutto nella garanzia della dignità dell'esistenza, e per essa del lavoro, di cui si parla all'art. 36, co. 1, Cost.

Ed è pure significativa la posizione della Corte nella pronuncia 51/1967³⁶⁸, nella quale si ipotizza l'illegittimità costituzionale di “una disciplina talmente ibrida che mentre al lavoratore si impongono prestazioni d'un certo tipo, gli si neghino i vantaggi ad esse collegati”: che è, mi pare, l'esatta rappresentazione della fattispecie di lavoro falsamente o anche autenticamente autonomo, ma gratuito, di cui stiamo parlando.

Tuttavia, è poi emersa una propensione, ancorché contrastata nella stessa giurisprudenza costituzionale, a svalutare il significato del primo comma dell'art. 35, ponendolo solo come sfondo

³⁶⁰ Per un esame dei problemi connessi con il lavoro autonomo per le amministrazioni pubbliche, v. V. Pinto, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle amministrazioni pubbliche*, Bari, Cacucci, 2013, pp. 217-267.

³⁶¹ Per la soluzione negativa, E. Gragnoli (e M. Corti), *La retribuzione*, cit., p. 1376. Ma v. già T. Treu, *sub art. 35, I comma*, in T. Treu, M. Napoli, M. Offeddu, M. Persiani, G. Giugni, U. Romagnoli, *Rapporti economici, t. I*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro Italiano, 1979, pp. 13-18.

³⁶² M.G. Garofalo, *Unità e pluralità del lavoro nel sistema costituzionale*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2008, pp. 21-46.

³⁶³ Infatti, Corte cost. 19 gennaio, n. 28, ha ricompreso nella tutela dell'art. 35, co. 1, Cost. il lavoro familiare.

³⁶⁴ Cui fa cenno anche Corte cost. 28 novembre 1972, n. 165, proprio argomentando dall'art. 35, co. 1, Cost. V. pure Corte cost. 24 luglio 1995, n. 365.

³⁶⁵ T. Treu, *sub Art. 36*, in T. Treu, M. Napoli, M. Offeddu, M. Persiani, G. Giugni, U. Romagnoli, *op. cit.*, p. 72.

³⁶⁶ Corte cost. 7 luglio 1964, n. 75.

³⁶⁷ In questo senso anche Corte cost. 25 marzo 1980, n. 36.

³⁶⁸ Corte cost. 24 aprile 1967, n. 51.

introduttivo, mero criterio ispiratore, delle disposizioni del Titolo III, e privandolo di forza precettiva autonoma³⁶⁹.

Peraltro, non è neppure mancata una pronuncia la quale ha testualmente affermato che “la garanzia dell’equa retribuzione” sia “in taluni casi riferibile anche a lavoratori autonomi”, proprio richiamando la ricordata sentenza 75/1964³⁷⁰.

Viceversa, la posizione consolidata della giurisprudenza di legittimità è negativa, sulla base del fatto che l’intervento del giudice e l’applicazione delle tariffe professionali si applicherebbe soltanto in assenza di un accordo tra le parti. Inoltre, l’evidente analogia con l’art. 2099, co. 2, non è presa proprio in considerazione del fatto che “i criteri di cui all’art. 36 Cost., comma 1” sarebbero “applicabili solo ai rapporti di lavoro subordinato”³⁷¹; e anzi, proprio rispetto a una vicenda che investiva una amministrazione pubblica in relazione a un rapporto di lavoro di cui si chiedeva la qualificazione come parasubordinato, la Cassazione ha ritenuto che fosse “orientamento consolidato [...] che i canoni costituzionali di sufficienza e proporzionalità della retribuzione trovino applicazione nei confronti del solo rapporto di lavoro subordinato, tant’è che essi non possono essere presi a parametro neanche quando le prestazioni d’opera siano conferite all’interno di un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa. La prestazione di lavoro autonomo tout court rimane, infatti, completamente insensibile ai predetti canoni costituzionali”³⁷².

Particolarmente rilevante, perché attinente proprio a previsioni purtroppo di frequente uso da parte di amministrazioni pubbliche, è stata la posizione assunta dalle Sezioni Unite³⁷³ a composizione di un contrasto manifestatosi sulla validità di clausole che condizionassero l’erogazione del compenso per la prestazione di lavoro professionale all’intervenuto finanziamento dell’opera progettata, non solo sulla base della restrizione del campo di applicazione dell’art. 36, co. 1, Cost. al solo lavoro subordinato, ma anche sull’affermazione che “non può ravvisarsi violazione del rapporto sinallagmatico in una clausola liberamente pattuita che non incide sulla causa del contratto e tanto meno la nega, ma subordina l’efficacia di una obbligazione nascente da quel contratto ad un evento futuro e incerto, nell’esercizio di un’autonomia negoziale”.

Credo sia più che maturo il momento della revisione di questo orientamento.

Nel senso della necessità di questa correzione di orientamento depongono diversi elementi. Innanzitutto, c’è un elemento testuale: l’art. 7, co. 6, D.Lgs. n. 165/2001, prevede che “fermo restando quanto previsto dal comma 5-bis” – cioè il divieto di collaborazioni esclusivamente personali, continuative ed eterorganizzate – “per specifiche esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio, le amministrazioni pubbliche possono conferire esclusivamente incarichi individuali, con contratti di lavoro autonomo, ad esperti di particolare e comprovata specializzazione anche universitaria, in presenza dei seguenti presupposti di legittimità”: tra i quali è elencato il fatto che la eventuale proroga non possa modificare la misura del compenso pattuito (lett. c), e che deve essere predeterminato il compenso della collaborazione stessa (lett. d). Il periodo successivo dello stesso comma chiarisce che la norma si applica anche agli incarichi conferiti a professionisti iscritti in ordini o albi.

³⁶⁹ Corte cost. 17 novembre 1982, n. 189; Corte cost. 14 gennaio 1986, n. 1; Corte cost. 14 gennaio 1986, n. 2; 9 marzo 1989, n. 105 (ord.); Corte cost. 6 maggio 2009, n. 131. Ma v. invece Corte cost. 29 maggio 2002, n. 219, che argomentando anche *ex art.* 35, co. 1, Cost. ha dichiarato incostituzionale la norma che precludeva ai medici già specializzati di iscriversi ad altra scuola di specializzazione.

³⁷⁰ Corte cost. 19 gennaio 1993, n. 7.

³⁷¹ Così, senza ulteriori argomentazioni sull’ultima affermazione, Cass. 27 marzo 2018, n. 7575. Nello stesso senso, tra le tante, Cass. 25 gennaio 2017, n. 1900; Cass. 11 settembre 2014, n. 19224; Cass. civ., sez. I, 13 novembre 2012, n. 19714; Cass. civ., sez. VI, 9 marzo 2012, n. 3782; Cass. civ., sez. II, 30 dicembre 2011, n. 30590; Cass. 17 ottobre 2011, n. 21430; Cass. civ., sez. II, 5 ottobre 2009, n. 21235; Cass. civ., sez. I, 1° aprile 2009, n. 7961; Cass. 20 luglio 2007, n. 16134; Cass. 1° settembre 2004, n. 17564; Cass. 23 marzo 2004, n. 5807; Cass. 25 ottobre 2003, n. 16059; Cass. civ., sez. II, 28 gennaio 2003, n. 1223; Cass. 21 ottobre 2000, n. 13941.

³⁷² Cass. 7 dicembre 2017, n. 29437. In termini Cass. civ., sez. II, 28 giugno 2017, n. 16213, la quale ha ripreso la tesi per la quale “la clausola con cui, in una convenzione tra un ente pubblico territoriale e un ingegnere al quale il primo abbia affidato la progettazione di un’opera pubblica, il pagamento del compenso per la prestazione resa è condizionato alla concessione di un finanziamento per la realizzazione dell’opera, è valida in quanto non si pone in contrasto col principio di inderogabilità dei minimi tariffari, previsto dalla L. 5 maggio 1976, n. 340; né tale clausola, espressione dell’autonomia negoziale delle parti, viene a snaturare la causa della prestazione, incidendo sul sinallagma contrattuale”, contenuta nella sentenza delle Sezioni Unite 19 settembre 2005, n. 18450 di cui si parlerà subito nel testo. Ugualmente si è espressa Cass. civ., sez. I, 8 febbraio 2007, n. 2770, per la quale “il contratto d’opera professionale resta, infatti, (normalmente) oneroso, ma in esso viene inserito per volontà dei contraenti un elemento ulteriore, vale a dire la previsione di un evento che condiziona il pagamento del compenso al finanziamento dell’opera”.

³⁷³ Cass., sez. un., 19 settembre 2005, n. 18450.

Dunque, *per tabulas* sappiamo che i contratti di lavoro autonomo o parasubordinato con le amministrazioni pubbliche devono essere onerosi e predeterminare il compenso.

Ma vi è di più. Occorre discutere la legittimità, dopo la Costituzione repubblicana, di un contratto di lavoro che, nell'ambito del carattere sinallagmatico, sia però un contratto aleatorio e non commutativo.

Innanzitutto, va osservato che nelle ipotesi in esame forse non si è in presenza neppure di un contratto di lavoro aleatorio, perché – a differenza per esempio del contratto di assicurazione – l'amministrazione committente non rischia nulla, cioè manca quella comune incertezza del rischio che, sin dalle origini della discussione sul tema, deve contraddistinguere la figura del contratto aleatorio³⁷⁴. Di fatto, l'incertezza sul conseguimento dell'*utilitas* resta unicamente in testa al prestatore, che subisce la diminuzione patrimoniale derivante dall'erogazione delle energie lavorative, mentre l'incertezza che grava sull'amministrazione è solo sull'ottenimento del finanziamento, ma non vi è alcun dubbio che non vi sia alcun rischio di diminuzione patrimoniale che incomba sull'amministrazione.

Ma anche a voler stiracchiare il concetto di contratti aleatori sino a ricomprendervi questo genere di fattispecie, dubito che esse siano legittimamente adoperate laddove oggetto del contratto sia una prestazione di lavoro, cioè nella circostanza nella quale l'autonomia privata conosce la sua massima compressione quanto a libertà dei contenuti del voluto, a tutela del lavoro in tutte le sue forme.

È vero infatti che “anche per i contratti cosiddetti commutativi le parti, nel loro potere di autonomia negoziale, ben possono prefigurarsi la possibilità di sopravvenienze, che incidono o possono incidere sull'equilibrio delle prestazioni, ed assumerne, reciprocamente o unilateralmente, il rischio, modificando in tal modo lo schema tipico del contratto commutativo e rendendolo per tale aspetto aleatorio, con l'effetto di escludere, nel caso di verifica di tali sopravvenienze, la applicabilità dei meccanismi riequilibratori previsti nell'ordinaria disciplina del contratto (art. 1467 e 1664 c.c.)”³⁷⁵: ma questo riguarda i contratti che potremmo genericamente definire commerciali, non i contratti di lavoro, i quali – tutti, anche i contratti di lavoro autonomo e quelli in cui la prestazione dedotta in obbligazione sia di natura professionale – comportano l'implicazione personale del prestatore nell'esecuzione. È anche vero che la legislazione recente ha teso a spingere le professioni ordinarie verso il modello dell'impresa³⁷⁶, ma credo che, sino a che resterà la distinzione fondamentale tra impresa come attività economica organizzata *ex art. 2082 c.c.* e contratto d'opera *ex art. 2222 c.c.*, che implica l'erogazione di “lavoro prevalentemente proprio”, vi sia la ragione di non assimilare due tipi ben diversi di offerta di beni e servizi sul mercato³⁷⁷. E tanto sono diversi che anche la prestazione d'opera intellettuale è regolata dalle disposizioni sul contratto d'opera, sia pure in quanto compatibili con le disposizioni specifiche e la natura del rapporto (art. 2230, co. 1, c.c.) e che l'art. 2238 c.c. prevede al primo comma che “Se l'esercizio della professione costituisce elemento di un'attività organizzata in forma di impresa, si applicano anche le disposizioni del titolo II” (co. 1) e “In ogni caso, se l'esercente una professione intellettuale impiega sostituti o ausiliari, si applicano le disposizioni delle sezioni II, III e IV, del capo I del titolo II” (co. 2): altrimenti, che è nella sistematica del codice l'ipotesi tipica, l'esercizio della professione resta un'attività di puro lavoro autonomo.

Peraltro, non pare un caso che il D.Lgs. 15 giugno 1981, n. 81, abbia nuovamente novellato il secondo comma dell'art. 2549 c.c., interdicensi, in ogni caso in cui l'associato in partecipazione sia una persona fisica, che l'apporto consista, anche solo parzialmente, in una prestazione di lavoro: perché si è rivelato sin troppo facile per l'associante privare per questa strada l'associato di un corrispettivo alla prestazione eseguita.

³⁷⁴ Si v. già L. Barassi, *Il contratto di lavoro*, cit., 1901¹, p. 47, il quale osservava che “l'alea è a doppio taglio: e cioè vi è annesso un rischio necessariamente per ambo le parti anche quando l'alea rifletta una sola delle prestazioni”. *Contra*, mi pare, A. Perulli, *Il lavoro autonomo*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 657 s.

³⁷⁵ Cass. civ., sez. II, 12 ottobre 2012, n. 17485, che riprende Cass., sez. I, 26 gennaio 1993, n. 948.

³⁷⁶ Fra tutte, cito naturalmente la nuova legge professionale per gli avvocati, L. 31 dicembre 2012, n. 247.

³⁷⁷ Posso perciò non occuparmi della nota e controversa vicenda del Piano strutturale del Comune di Catanzaro, che riguardava – come ha giustamente rilevato TAR Calabria, 13 dicembre 2016, n. 2435 - un appalto di servizi e non una prestazione di lavoro, come si evinceva dalla “natura organizzativo-imprenditoriale [...] imposta dalla stessa stazione appaltante”, mentre sia Corte dei conti Calabria, sez. contr., 10 febbraio 2016, n. 6, sulla scia della richiamata Cass., sez. un., n. 18450/2005, sia ancor più Cons. Stato, sez. V, 3 ottobre 2017, n. 4614, hanno disatteso la differenza, esprimendo opinioni e svolgendo argomentazioni non solo non condivisibili ma impropriamente generalizzate oltre i confini della fattispecie di causa.

7. Conclusione

Può sembrare paradossale che io vi abbia proposto questa lettura contrattualistica, e incline a valorizzare la corrispettività che si esprime nel contratto di lavoro, dopo che già nell'ormai lontano 1979 Gino Giugni aveva espresso, all'apertura del primo numero di una rivista tanto autorevole quanto fortunata come il *Giornale*, l'opinione, sia pure a tutt'altro proposito, che “non meno indebolito appare il concetto di corrispettività”³⁷⁸.

Altra rilevante operazione dottrinale intese invece come fatto di maturazione dottrinale e giurisprudenziale l'“aver disancorato la nozione strutturale di retribuzione dalla regola dell'equivalenza scambista, senza perdere contatto con la regola della *corrispettività*”³⁷⁹.

Del resto, la relazione del collega Pascucci ha proposto³⁸⁰ una rilettura del dibattito scientifico sul rapporto tra contratto di lavoro e corrispettività esattamente rovesciata rispetto alla mia, parlando di “tensione tra la dimensione costituzionalistica ed il profilo civilistico del diritto alla giusta retribuzione” che emergerebbe “soprattutto per quanto attiene al profilo della corrispettività”.

Se da un lato questo rovesciamento potrebbe indurci a pensare che, ancora una volta, il lavoro pubblico sia un mondo capovolto rispetto a quello del lavoro privato, dall'altro potrebbe far dubitare della fondatezza del percorso qui proposto.

Tuttavia, mi auguro che invece questo percorso abbia la sua giustificazione in se stesso: nella fase attuale, di degrado illimitato della condizioni del lavoro pubblico come, sebbene in forme talvolta diverse, di quello privato, è mia convinzione che nell'uno e nell'altro caso la deriva del legislatore verso il ritorno a forme protocapitalistiche di sfruttamento che fanno a meno persino della mercificazione, non riconoscendo un prezzo al lavoro, il diritto civile, come anche ad altro proposito ho sostenuto, sia un *Katechon*³⁸¹, una forza frenante aggiuntiva a quella offerta dalle norme costituzionali, e nel caso che ci occupa dall'art. 36, co. 1 Cost., e che dunque il riconoscere pienamente, sul piano teorico e delle conseguenze pratiche, il carattere contrattuale, oneroso e sinallagmatico del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni – almeno del lavoro erogato a seguito di rapporti contrattuali – costituisca una operazione sistematica necessaria e di rilevante valore.

La lunga durata delle concezioni non sinallagmatiche del lavoro per le amministrazioni pubbliche, che ho provato a indagare per gli esempi che mi sono parsi più significativi, costituisce infatti oggi il substrato culturale legittimante³⁸² e la via d'ingresso nel nostro ordinamento di interventi legislativi, orientamenti interpretativi e prassi amministrative, solidalmente volti, nello specifico campo del lavoro per le amministrazioni pubbliche, a quella gigantesca opera di svalutazione del lavoro che è la cifra dominante dell'involuzione dell'Europa a cavallo tra la fine del secolo scorso e la prima parte del secolo attuale. Contro tutto questo, è operazione non solo di politica del diritto ma proprio strettamente esegetica del sistema argomentarne la illegittimità e infondatezza.

Certo, se volessimo discutere il significato filosofico della proposta ermeneutica che ho qui avanzato, ne coglieremmo il lato paradossale, per chi creda in un possibile sbocco della modernità in una forma più alta di libertà. Essa si iscrive, mi pare, dentro la logica del soggetto proprietario lockeano e dello scambio tra equivalenti che esso promuove³⁸³, reclamando che alla persona che lavora per le Pubbliche Amministrazioni venga almeno riconosciuta la proprietà prima, quella del proprio corpo/mente, e dunque la disponibilità della propria forza lavoro come *res* munita di un valore economico. Siamo, quindi, ancora

³⁷⁸ G. Giugni, *Diritto del lavoro (voce per un'enciclopedia)*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1979, pp. 11-49, e qui p. 42. Per una critica della riconduzione esclusiva della retribuzione alla “corrispettività scambista”, v. pure G. Roma, *Le funzioni della retribuzione*, cit., p. 79 (ma l'intero capitolo dedicato all'art. 36 Cost., pp. 1-105).

³⁷⁹ M. D'Antona, *Le nozioni giuridiche della retribuzione*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1984, pp. 269-302, e qui pp. 279 s.

³⁸⁰ P. Pascucci, *La giusta retribuzione nei contratti di lavoro, oggi*, paragrafo 2.4 (ma anche 2.3 e 2.5). Ad essi rinvio per tutti i profili generali che non spettava a questa relazione trattare.

³⁸¹ San Paolo, Seconda Lettera ai Tessalonicesi, 2.7: “τὸ γὰρ μυστήριον ἧδη ἐνεργεῖται τῆς ἀνομίας: μόνον ὁ κατέχων ἄρτι ἔως ἐκ μέσου γένηται” (“Infatti il mistero dell'iniquità è già in atto: c'è solo da attendere che chi lo trattiene sia tolto di mezzo”, *op. cit.*, pp. 85 s.).

³⁸² Ottimistica dunque mi pare purtroppo la valutazione di L. Fiorillo, che già nel 1996 dava per “scomparsa definitivamente la concezione sulla natura alimentare del trattamento economico” e definitivamente acquisito il “principio della corrispettività tra retribuzione e prestazione di lavoro” (L. Fiorillo, *La nuova struttura della retribuzione nel lavoro pubblico*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1996, pp. 483-499, e qui p. 486).

³⁸³ V. su questo per tutti P. Costa, *Diritti fondamentali (storia)*, in *Enc. Dir., Annali*, 2008, vol. II, pp. 365-417, e su Locke pp. 377-381.

dentro la logica emancipatoria del grande progetto della modernità, di cui la contemporaneità ci mostra invece le contraddizioni e direi le rovine. Ma questo, forse, sarà discorso di un'altra occasione.