



ANNALI 2013 – ANNO I

(ESTRATTO)
ANGELICA RICCARDI

L'ARTICOLO 97, PRIMO COMMA, DELLA COSTITUZIONE. TRE LETTURE

DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

BRUNO NOTARNICOLA

COORDINATORE DELLA COLLANA

FRANCESCO MASTROBERTI

COMMISSIONE PER GLI ANNALI DEL DIPARTIMENTO JONICO

BRUNO NOTARNICOLA, DOMENICO GAROFALO, RICCARDO PAGANO, GIUSEPPE LABANCA,
FRANCESCO MASTROBERTI, AURELIO ARNESE, GIUSEPPE SANSEVERINO, STEFANO VINCI

COMITATO SCIENTIFICO

DOMENICO GAROFALO, BRUNO NOTARNICOLA, RICCARDO PAGANO, ANTONIO FELICE
URICCHIO, MARIA TERESA PAOLA CAPUTI JAMBRENGHI, DANIELA CATERINO, MARIA LUISA DE
FILIPPI, ARCANGELO FORNARO, IVAN INGRAVALLO, GIUSEPPE LABANCA, TOMMASO LOSACCO,
GIUSEPPE LOSAPPIO, FRANCESCO MASTROBERTI, FRANCESCO MOLITERNI, CONCETTA MARIA
NANNA, FABRIZIO PANZA, PAOLO PARDOLESI, FERDINANDO PARENTE, GIOVANNA REALI,
LAURA TAFARO, SEBASTIANO TAFARO, NICOLA TRIGGIANI

COMITATO REDAZIONALE

AURELIO ARNESE, GIUSEPPE SANSEVERINO, STEFANO VINCI

REDAZIONE:

PROF. FRANCESCO MASTROBERTI
DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI ECONOMICI E GIURIDICI DEL MEDITERRANEO:
SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE
VIA DUOMO, 259 C/O EX CASERMA ROSSAROLL
74123 - TARANTO
ITALY
E-MAIL: FMASTROBERTI@FASTWEBNET.IT
TELEFONO: + 39 099 372382
FAX: + 39 099 7340595
HTTP://WWW.ANNALIDIPARTIMENTOJONICO.ORG

Angelica Riccardi

L'ARTICOLO 97, PRIMO COMMA, DELLA COSTITUZIONE. TRE LETTURE

| ABSTRACT | |
|---|---|
| <p>Il mutamento strutturale che l'organizzazione dell'amministrazione pubblica ha conosciuto negli ultimi decenni – a seguito di un processo legislativo di riforma che ha sovvertito fonti regolative, modi di gestione, sistema giustiziale – ha avuto svolgimento entro coordinate ordinamentali immutate a livello costituzionale. Il saggio analizza le diverse interpretazioni dell'articolo 97 della Costituzione che hanno prima fondato una regolazione interamente pubblicistica dell'attività di organizzazione, poi supportato un nuovo ordine normativo che ha progressivamente devoluto parte di questa attività al diritto privato, ripercorrendo, oltre al "divenire" normativo dell'organizzazione degli enti pubblici, le scelte di politica del diritto che hanno determinato tale evoluzione.</p> | <p>The structural change in the organization of the public administration in recent decades - as a result of a legislative process of reform that has subverted regulatory sources, ways of management, justice system – took place within coordinates unchanged at constitutional level. The essay analyzes the different interpretations of Article 97 of the Italian Constitution that first founded a regulation entirely public of the activity of organization, then supported a new normative order that has gradually devolved part of this activity to private law, tracing, in addition to the normative "becoming" of the organization of public bodies, the choices of legal policy that led to this development.</p> |
| Settore pubblico – Costituzione – Riforme | Public sector – Italian constitution - Reforms |

SOMMARIO. 1. Premessa. 2. Prima lettura (sistema pubblicistico). 3. Seconda lettura (prima fase della privatizzazione). 4. Terza lettura (seconda fase della privatizzazione).

1. – Il mutamento strutturale che l'organizzazione dell'amministrazione pubblica ha conosciuto negli ultimi decenni – a seguito di un processo legislativo di riforma che ha sovvertito fonti regolative, modi di gestione, sistema giustiziale – ha avuto svolgimento entro coordinate ordinamentali immutate a livello costituzionale.

Una stessa norma, l'articolo 97 della Costituzione¹, è stata posta alla base dei differenti assetti che la materia ha conosciuto nel corso del tempo, con una serie di

¹ Che dispone: «I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione».

letture molto diverse che hanno prima fondato una regolazione interamente pubblicistica dell'attività di organizzazione, poi supportato un nuovo ordine normativo che ha progressivamente devoluto parte di questa attività al diritto comune².

Queste diverse “rappresentazioni” del dettato costituzionale offrono quella che è probabilmente la migliore prospettiva per ripercorrere, oltre al “divenire” normativo dell'organizzazione degli enti pubblici, le scelte di politica del diritto che hanno determinato tale processo³.

L'interpretazione quale «atto di volontà, che consiste non nel prendere conoscenza dell'unico significato, ma nel decidere “un” significato nell'ambito di vari significati egualmente possibili»⁴, scandisce in tal modo il “tempo assiologico” del diritto⁵. E questa identificazione del “contenuto di senso”⁶ di enunciati normativi assume una particolare rilevanza in una norma, quale l'art. 97 Cost., nella quale confluiscono al contempo i grandi archetipi del diritto (a iniziare dallo stesso principio di legalità⁷) e le più dozzinali esigenze di gestione degli apparati pubblici (il risparmio sui costi di gestione⁸).

In questa logica si ripercorreranno, nelle prossime pagine, le tre letture dell'articolo 97 che hanno marcato i diversi assetti positivi secondo i quali la materia è stata strutturata in tale evoluzione.

2. – Il tradizionale sistema di regolamentazione di stampo pubblicistico dell'impiego alle dipendenze di amministrazioni ha avuto la sua fondazione a livello

² Sul diritto privato quale “diritto comune”, vedi per tutti F. GALGANO, *Diritto privato*, Cedam, Padova 2006, XIII ed., 16.

³ Sul carattere “politico” della stessa scelta tra diritto privato e diritto amministrativo nella regolazione dell'amministrazione pubblica e della sua attività, v. almeno M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano 1993, III ed., I, 17 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali*, in *DA* 2003, 2, 226 ss.

⁴ R. GUASTINI, *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale*, in *GC* 2006, 1, 473 ss.

⁵ Vedi le belle pagine di L. MOCCIA, *Riflessioni sparse (e qualche involontario aforisma) su interpretazione e diritto*, in *RTDPC* 2012, 3, 2012, 915 ss., sul rapporto tra diritto e interpretazione: «Nella e con la interpretazione il diritto esiste, a misura che viene ad esservi implicato. In questo senso, il diritto è, insieme con la (una) interpretazione o, meglio, con la (una) prassi interpretativa. [...] Il tempo del diritto è perciò quello stesso della sua interpretazione: il tempo del suo farsi diritto; il tempo della realtà delle cose che accadono, quando e come accadono; il tempo della vita. Come tale, il tempo del diritto non è solo cronologico, ma soprattutto assiologico».

⁶ In questo consiste, essenzialmente, l'interpretazione in abstracto: si rinvia, anche per le necessarie indicazioni bibliografiche, a R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano 2004.

⁷ La “ridefinizione” dell'ambito nel quale trova esplicitazione questo principio – se non della sua stessa portata – è sempre stata sullo sfondo dell'evoluzione legislativa qui analizzata.

⁸ Espressamente dichiarate dal legislatore come obiettivo prioritario del processo di riforma sin dall'inizio: la L. n. 421/1992, all'art. 1, delega il Governo a emanare «uno o più decreti legislativi, diretti al contenimento, alla razionalizzazione e al controllo della spesa per il settore del pubblico impiego, al miglioramento dell'efficienza e della produttività, nonché alla sua riorganizzazione».

ordinamentale in una lettura dell'art. 97, co. 1, della Costituzione fortemente influenzata dalle elaborazioni che di questo istituto si erano avute nei regimi precedenti.

Questa norma – che pure è la declinazione sul piano dell'organizzazione amministrativa del nuovo ordine introdotto dal regime costituzionale⁹, che aveva sovvertito il precedente assetto normativo elevando il principio di legalità a fulcro del sistema nel suo complesso¹⁰ – non aveva infatti determinato sostanziali mutamenti in questa materia.

Il passaggio dell'organizzazione amministrativa dal modello del “diritto dell'amministrazione” delineato nella L. n. 100/1926 (che sanciva la spettanza del potere di organizzazione all'Esecutivo) a quello del “diritto sull'amministrazione” stabilito dalla Carta costituzionale con la norma in commento (che porta a precisare il principio di giuridicità come principio di legalità¹¹) non aveva di fatto inciso né sui modi né sui contenuti del precedente sistema di regolamentazione dell'impiego pubblico.

Così la costruzione di matrice giurisprudenziale del lavoro alle dipendenze di amministrazioni¹², dopo aver superato quasi immutata la transizione dall'ordinamento liberale a quello fascista¹³, allo stesso modo attraversò il passaggio da quest'ultimo all'ordinamento costituzionale: il corpus normativo prodotto da un legislatore «sempre uguale a se stesso nell'esercizio dei suoi poteri istituzionali», opportunamente corredato da solenni affermazioni di principio, venne riversato

⁹ Con il regime costituzionale venivano poste le condizioni per un nuovo equilibrio di poteri, v. P. CARETTI, *Commento all'art. 97, I° comma, parte I, Cost.*, in G. BRANCA, *Commentario della Costituzione. La pubblica amministrazione*, Zanichelli-II Foro Italiano, Bologna-Roma 1994, passim; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano 2006, VIII ed., 34 ss.

¹⁰ Il principio di legalità viene assunto a livello ordinamentale come “grande regola” dello Stato di diritto (così Corte costituzionale 2 novembre 1996 n. 379, in *GI* 1997, I, 291 ss.).

Sulla portata generale del principio in esame quale base del sistema democratico si rimanda a F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Cedam, Padova 1969; L. CARLASSARE, *Legalità (principio di) (voce)*, in *EGT*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma 1990, XVIII, 1 ss.

F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo*, in G. SANTANIELLO, *Trattato di diritto amministrativo*, Cedam, Padova 2004, 40, 41, sottolinea come nel regime costituzionale la legge divenga la fonte esclusiva di autorizza all'incisione [Eingriff] delle posizioni di diritto degli altri soggetti dell'ordinamento ad opera di atti promananti dai pubblici poteri e individua in questa predeterminazione eteronoma – che riguarda sia le condizioni di esercizio del potere sia i limiti procedurali e sostanziali dello stesso – il principio di legalità sostanziale.

¹¹ Su questi profili M. NIGRO, *Amministrazione pubblica (organizzazione giuridica dell')(voce)*, in *EGT*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma 1988, II, 6, che osserva come la circostanza stessa che una norma costituzionale contempra l'organizzazione amministrativa risolve ab imis il problema del fondamento della giuridicità di questa organizzazione.

¹² Fondamentali sul ruolo della IV sezione del Consiglio di Stato nella costruzione del pubblico impiego come istituto giuridico gli studi di M. S. GIANNINI, *Impiego pubblico. Profili storici e teorici (voce)*, in *ED*, Giuffrè, Milano 1970, XX, 293 ss.; e M. RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, il Mulino, Bologna 1978, 47 ss.

¹³ RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia cit.*, 81 ss.

sostanzialmente intatto nel nuovo regime¹⁴ e ricollocato sotto l'“usbergo” della riserva di legge in materia di organizzazione degli uffici pubblici stabilita nella principale norma di riferimento¹⁵.

La strutturazione del lavoro come parte di un apparato organizzativo funzionalizzato al perseguimento di interessi dotati di una “speciale” rilevanza tipica dell'assetto pregresso venne infatti avallata nel nuovo ordinamento da una particolare lettura dell'art. 97 Cost., sulla scorta della *communis opinio* sulla strumentalità della relativa disciplina rispetto alle finalità istituzionali assegnate all'amministrazione. L'attrazione della materia del lavoro nella riserva di legge dell'articolo 97 – con la lettura del sintagma «pubblici uffici» quale ricomprensivo tanto dell'organizzazione degli apparati quanto dell'organizzazione dei rapporti lavorativi¹⁶ – e la sua funzionalizzazione ai principi di buon andamento e imparzialità qui contemplati non rappresentavano altro che una conferma della “diversità” asserita da lungo tempo dell'attività posta in essere dall'amministrazione nell'esercizio del proprio potere gestorio rispetto a quella degli altri soggetti dell'ordinamento e, in radice, della “diversità” degli interessi sottesi¹⁷.

¹⁴ L. COCILOVO, *Contrattazione e riserva di legge in tema di pubblico impiego*, in *Impiego pubblico e impiego privato*, Giuffrè, Milano 1976, 373, 374.

Per un quadro complessivo delle norme costituzionali relative all'impiego pubblico, si veda C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *DL* 1954, I, 212 ss.; E. BALBONI, *Le riforme della pubblica amministrazione nel periodo costituente e nella prima legislatura*, in U. DE SIERVO, *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, II, il Mulino, Bologna 1980, 225 ss.; C. MALINCONICO, *Le norme costituzionali sul pubblico impiego*, in *La pubblica Amministrazione nella Costituzione. Riflessioni e indicazioni di riforma*, Giuffrè, Milano 1995, 79 ss.

¹⁵ M. D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle “leggi Bassanini”*, in F. CARINCI, M. D'ANTONA, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, Giuffrè, Milano 2000, II ed., XLVII.

Se a questo si aggiunge che, a livello interpretativo, i già pochi spunti innovativi presenti nella Carta costituzionale vennero svuotati attraverso una lettura fortemente conservatrice, si ha un'idea della mancanza di impatto di questa sull'assetto complessivo del sistema, la cui logica unilaterale e pubblicistica non venne nemmeno messa in discussione.

Gli spunti innovativi cui si è accennato, nella specie il riconoscimento della libertà sindacale e del diritto di sciopero – che «dopo qualche iniziale incertezza e certo non senza difficoltà, anche gravi, saranno riconosciuti anche al lavoro pubblico» (M. G. GAROFALO, *Verso l'unificazione del mondo del lavoro?*, in *Riforma del rapporto di pubblico impiego*, Franco Angeli, Milano 1990, 62) –, vennero infatti a produrre effetti solo sul lungo termine.

¹⁶ Che l'art. 97 della Costituzione avesse inteso fare riferimento, con l'espressione “pubblici uffici”, all'organizzazione del lavoro e alla disciplina del rapporto d'impiego, oltre che all'organizzazione degli apparati in senso proprio, era un'opinione assolutamente prevalente nella speculazione pubblicistica, vedi V. OTTAVIANO, *Poteri dell'amministrazione e principi costituzionali*, in *RTDP* 1964, 912; G. BERTI, *Il principio organizzativo del diritto pubblico*, Cedam, Padova 1986, 69; G. PALEOLOGO, *Contratto collettivo e pubblico impiego*, in *FA* 1973, 613; P. VIRGA, *Impiego pubblico*, Giuffrè, Milano 1973, 29; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova 1976, IX ed., 488; C. D'ORTA, *Il pubblico impiego. Ordinamento, legge-quadro, giurisprudenza e linee di riforma*, Nis, Roma 1989, 48; L. RAINALDI, *Impiego pubblico (voce)*, in *DDPub*, Utet, Torino 1993, VIII, 149.

¹⁷ Per approfondimenti sulla connotazione degli interessi ascritti all'amministrazione nel sistema tradizionale di organizzazione degli enti pubblici sia consentito il rinvio ad A. RICCARDI,

Alla base di tale assetto si era avuta una sostanziale indistinzione tra organizzazione del lavoro e organizzazione degli uffici, declinata nelle costruzioni più risalenti nella versione dell'identificazione organica del dipendente con lo Stato-persona¹⁸, nelle prospettazioni successive in quella dell'inglobamento del lavoro all'interno dell'organizzazione quale suo «elemento strutturale»¹⁹.

Queste ricostruzioni hanno una matrice comune, costituita dalla visione strumentale del lavoro rispetto agli scopi istituzionali dell'amministrazione, e sono riconducibili ad un'unica ratio, quella organizzatoria.

La considerazione dell'impiegato quale «organo» dell'ente²⁰ si pone infatti come versione-limite della considerazione della globale attività di organizzazione amministrativa quale funzionalizzata a interessi pubblici: lo schema del rapporto organico sul piano tecnico-giuridico consente l'imputazione alla persona giuridica dell'intera fattispecie «atto più effetti» posta in essere dal soggetto che riveste la titolarità dell'organo, costituendo pertanto una particolare «relazione di tipo organizzatorio» attinente a un organo ovvero a un ufficio con rilevanza esterna²¹.

La generale inclusione del lavoro nell'organizzazione ipostatizzata nella tradizionale sistematica dell'impiego pubblico consentiva poi di raggiungere un risultato ulteriore, cioè sganciare l'attrazione del rapporto lavorativo nella sfera dell'eteronomia dall'investimento di funzioni pubbliche. In tale impostazione, infatti, ai fini della qualificazione della relazione tra amministrazione e dipendente come rapporto di pubblico impiego è indifferente il collegamento della prestazione con l'esercizio di funzioni o compiti di diritto pubblico, e l'unico dato che ha rilievo è che la stessa «sia funzionale ai fini istituzionali dell'ente e sia

L'organizzazione del lavoro nell'amministrazione pubblica. Interessi, tecniche regolative, tutele. Volume primo - Profili sostanziali, Cacucci, Bari 2011, 43 ss.

¹⁸ Da notare che nelle classiche ricostruzioni dell'impiego alle dipendenze di enti pubblici (E. MORONE, *Impiego pubblico (voce)*, in *NDI*, Utet, Torino 1962, VIII, 265) il rapporto organico era ritenuto una mera relazione strumentale priva di carattere giuridico in senso proprio.

¹⁹ In tema F. LISO, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI, M. D'ANTONA, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, Giuffrè, Milano 2000, II ed., 193, 194.

²⁰ Tale impostazione, sebbene tipica delle costruzioni più risalenti dell'impiego pubblico, ha percorso gli orientamenti giurisprudenziali anche successivi: a questa si rifanno, ad esempio, Corte costituzionale 20 maggio 1976 n. 118, in *FI* 1976, I, 1415, in cui si afferma che, anche qualora si intendesse privatizzare i rapporti di lavoro afferenti alle amministrazioni, «dovrebbero pur sempre essere conservati come rapporti di diritto pubblico quelli dei dipendenti cui l'esercizio [di funzioni pubbliche] è o potrebbe essere affidato»; e Corte costituzionale 5 maggio 1980 n. 68, in *FI* 1980, I, 1533, che riprende i medesimi percorsi argomentativi.

Ancora nello stesso senso, Consiglio di stato ad. gen. 31 agosto 1992 n. 146, in *Gciv* 1993, I, 1126, che ricollega «la diversità strutturale fra l'impiego pubblico e il lavoro privato, che giustifica una più o meno estesa, ma comunque ineliminabile, diversità di regime», all'esercizio di pubbliche funzioni.

²¹ D'ORTA, *Il pubblico impiego. Ordinamento, legge-quadro, giurisprudenza e linee di riforma* cit., 27. Da ciò la classica definizione del funzionario quale «persona fisica che, inquadrata nell'organizzazione amministrativa dell'ente pubblico, esercita una sfera di poteri inerenti all'ufficio al quale è preposta, concorrendo a formare e a manifestare la volontà dell'ente nei confronti dei terzi» (MORONE, *Impiego pubblico (voce)* cit., 265).

svolta in modo continuativo e professionale alle dipendenze di un'amministrazione pubblica»²².

La componente lavoro – considerata quale mero elemento personale dell'organizzazione dell'ente – soggiace «alla logica nella quale si muove l'apparato strumentale del potere esecutivo»²³ e, pertanto, è gestita attraverso le stesse tecniche.

Questo utilizzo di tecniche regolative di diritto amministrativo è un risultato ulteriore di una particolare interpretazione dell'art. 97 della Costituzione.

La relatività della riserva posta dalla disposizione in esame²⁴ implica da una parte «la necessità costituzionalmente affermata che rispetto ad una determinata materia sussista un quantum (di variabile entità) di regolamentazione contenuto in un atto avente forza di legge»²⁵, dall'altra la necessità di completamento degli spazi residuali attraverso metodi di posizione di regole diversi da quello legislativo.

Queste regole di tipo integrativo (il rapporto legislazione/ altre fonti regolative negli ambiti riservati si riflette, in prima approssimazione, nel binomio norme di

²² Così RAINALDI, *Impiego pubblico (voce)* cit., 147, 148, riprendendo l'opinione della dottrina giuspubblicistica assolutamente prevalente.

Emblematico di questa costruzione Consiglio di Stato ad. gen. 31 agosto 1992 n. 146: «in un gran numero di casi la “prestazione lavorativa” richiesta al dipendente pubblico consiste, in tutto o in parte, nell'esercizio di pubbliche funzioni, [...] ma anche quando la prestazione lavorativa non comporta l'esercizio, in alcuna forma, di pubbliche funzioni, sta di fatto che la pubblica amministrazione opera per il conseguimento di interessi che trascendono la oggettività delle persone fisiche che ne hanno pro tempore la rappresentanza».

La risalente quanto autorevole affermazione della distinzione tra rapporto organico e rapporto di servizio (GIANNINI, *Impiego pubblico. Profili storici e teorici (voce)* cit., 304 ss.) sembra, per questo verso, del tutto ignorata da tale organo.

²³ RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia* cit., 41.

²⁴ L'articolo 97 – e la riserva di legge ivi posta in materia di organizzazione dei pubblici uffici – è stato letto da alcuni nella sua funzione “garantistica” (per tutti R. GUASTINI, *Legge (riserva di)* (voce), in *DDPub*, Utet, Torino 1994, IX, 166 ss., secondo il quale «in primo luogo, la riserva di legge adempie a una funzione liberale o garantista: serve cioè alla tutela dei diritti fondamentali dei cittadini contro il potere esecutivo»), da altri valorizzando il suo carattere “spartitorio” (M. NIGRO, *Lineamenti generali*, in G. AMATO, A. BARBERA, *Manuale di diritto pubblico*, il Mulino, Bologna 1986, 706 ss.), ma entrambe le letture non possono non rilevare i nuovi equilibri tra Governo e Parlamento che questa disposizione determina.

Ripercorre l'evoluzione della riflessione dottrinale sulla relatività della riserva in esame CARETTI, *Commento all'art. 97, I° comma, parte I, Cost.* cit., 10 ss., rimarcando la diversità delle ricostruzioni che sono state proposte dei rapporti tra legislazione e potestà regolamentare (dall'interpretazione del potere di organizzazione del Governo come potere derivato dalla legge, alla costruzione della relazione tra le due fonti secondo un principio di competenza).

Sul carattere relativo della riserva di legge di cui all'art. 97, v., per la giurisprudenza, Corte costituzionale 27 febbraio 1980 n. 21, in *GC* 1980, I, 176; Corte costituzionale 3 marzo 1989 n. 88, in *QR* 1989, 1437; Corte costituzionale 9 marzo 1989 n. 102, in *CS* 1989, II, 364; Corte costituzionale 25 luglio 1996 n. 313, in *CG* 1998, 116.

²⁵ A. ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, in *DLRI* 1993, 3-4, 463.

In generale, sull'istituto in commento, si rinvia a F. SORRENTINO, *Lezioni sulla riserva di legge*, s.e., Genova 1977.

principio/ norme integrative e attuative²⁶) nel caso dell'art. 97 erano state aprioristicamente individuate in norme di tipo pubblicistico, e sulla base di questa prepostulazione concettuale si era sviluppato il dibattito della dottrina costituzionalistica e amministrativistica sulle fonti abilitate a intervenire nell'area non riservata.

L'individuazione dei criteri di ripartizione della materia tra legge e fonti subordinate era stata operata da alcuni secondo logiche restrittive, affermando che, per la rigidità del disegno organizzativo della Costituzione, fossero ammissibili esclusivamente regolamenti di esecuzione di leggi organizzative²⁷; da altri in modo più flessibile, riconoscendo l'esistenza di spazi per autonome determinazioni dell'amministrazione nell'ambito di norme di principio poste dalla legislazione²⁸. In entrambe le tesi, comunque, non era posto in dubbio che queste fonti abilitate a intervenire in materia di organizzazione (intesa quale ricomprensiva dell'ordinamento dei rapporti lavorativi) fossero di tipo pubblicistico.

Al medesimo risultato conduceva, per altro verso, il riferimento dei principi versati nell'art. 97 alla stessa amministrazione²⁹: l'imputazione degli scopi di buon andamento e di imparzialità all'azione amministrativa viene a fondare sia la tesi della necessità di un regime pubblicistico unilaterale e autoritativo in materia, sia l'assunto dell'esistenza di una riserva di regolamento amministrativo in tale ambito (dovendo l'ente disporre di una sfera di potere organizzativo in vista, appunto, del soddisfacimento dei fini assegnatigli)³⁰.

²⁶ R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in A. CICU, F. MESSINEO, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano 1998, 436 ss.

La tesi del riparto di competenze secondo il doppio binario "posizione di principi/ integrazione e attuazione" ha trovato una compiuta sistemazione nella materia in esame in CARETTI, *Commento all'art. 97, I° comma, parte I, Cost. cit.*, 15 ss., che indica come "soluzione obbligata" per l'ipotesi di riserve relative la prefigurazione di un rapporto di questo genere tra legge e regolamento, «che meglio di ogni altro si ataglia all'esercizio di competenze concorrenti su una stessa materia e facenti capo a indirizzi politici diversi o situati su livelli diversi».

²⁷ A questa impostazione rigorosa accedono L. CARLASSARE, *Ministeri (voce)*, in *ED*, Giuffrè, Milano 1976, XXVI, 481 ss.; M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano 1981, 112 ss.

²⁸ È questa l'opinione dominante: MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico cit.*, 591; G. ZAGREBELSKY, *Il sistema delle fonti del diritto. Manuale di diritto costituzionale*, Utet, Torino 1992; NIGRO, *Lineamenti generali cit.*, 706 ss.

²⁹ Altra parte della dottrina riteneva invece che i canoni in esame avessero quale destinatario esclusivamente il legislatore: ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici cit.*, 465; G. BERTI, *Amministrazione e Costituzione*, in *La Pubblica Amministrazione nella Costituzione. Riflessioni e indicazioni di riforma*, Giuffrè, Milano 1995, 16 ss.

³⁰ NIGRO, *Lineamenti generali cit.*, 706 ss., ricava da tale norma una riserva di regolamento dell'ente in materia organizzativa, atteso che – salva la posizione preminente della legge in tale ambito e il principio di legalità – l'assegnazione all'amministrazione di determinati fini (nella specie imparzialità e buon andamento) ha come presupposto indispensabile l'attribuzione alla stessa di una quota di potere organizzativo autonomo allo scopo di adeguare le strutture organizzative all'azione svolta in vista del loro conseguimento.

Questa impostazione è stata successivamente ripresa da CARETTI, *Commento all'art. 97, I° comma*,

Sulla base di queste premesse, la gestione del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici in una logica provvedimentale, attraverso regolamenti di organizzazione a carattere generale per la determinazione dello svolgimento dell'attività dei lavoratori³¹ e atti amministrativi a carattere particolare per la disciplina delle singole vicende³², in un sistema complessivo di regolazione che si muove secondo i principi dell'attività amministrativa di diritto pubblico³³.

La conformazione quale pubblicistica dell'area residuale rispetto alla riserva di legge ex art. 97 Cost. determinava infatti la sottoposizione dell'autonomia dell'amministrazione – che in tale sfera si collocava – ai generali parametri di legalità, nominatività e procedimentalizzazione (l'ente può agire se esistono norme che prevedono, nominano e regolano questa azione) tipici del diritto amministrativo.

Lo stato giuridico – strumento regolativo par excellence dell'impiego presso amministrazioni³⁴ – porta con particolare evidenza il marchio (compenetrazione tra le varie componenti dell'apparato pubblico, etero-conformazione) che ha contraddistinto questa tipologia di lavoro per molto tempo. Nella prospettiva del diritto amministrativo il rapporto di lavoro viene infatti «direttamente considerato e disciplinato come elemento strutturale dell'organizzazione» e, in quanto tale, regolamentato all'interno del complessivo apparato amministrativo e finalizzato immediatamente all'interesse generale, in un contesto in cui si ritiene generalmente che la redazione dell'art. 97 Cost. «in termini di *sein* non si contrappone ad una mancata prescrizione di *sollen*, per la semplice ragione che [...] aver riferito ad un soggetto quelle notazioni è riassuntivo di quella normativa sull'agire di quel soggetto»³⁵.

Tale costruzione del rapporto che lega il dipendente all'amministrazione – e segnatamente la presenza incombente dell'interesse pubblico³⁶ – aveva determinato una

parte I, Cost. cit., 16, secondo il quale può desumersi dall'art. 97 Cost. un «confine mobile tra legge e regolamento, secondo lo schema norme di principio/ norme attuative integrative», il che determina la configurazione dell'organizzazione in via regolamentare come potere limitato «dal previo intervento della legge, ma, al tempo stesso, non come potere autorizzato e perciò facoltativo, ma viceversa come potere necessario, di natura concorrente».

³¹ M. S. GIANNINI, *Regolamento (voce)*, in *ED*, Giuffrè, Milano 1988, XXXIX, 603, 604.

³² In tema GIANNINI, *Diritto amministrativo cit.*, 393 ss.

³³ Per approfondimenti, E. CASSETTA, *Attività amministrativa (voce)*, in *DDPub*, Utet, Torino 1987, I, 521 ss.

Sull'evoluzione legislativa che ha portato a questo assetto, si rimanda a O. RANELLETTI, *Le categorie del personale di servizio dello Stato*, in *FI* 1938, IV, 41 ss.; A. DE VALLES, *Le caratteristiche soggettive del rapporto di impiego pubblico*, Magistratura del lavoro 1939, 9 ss.

³⁴ M. RUSCIANO, *L'unificazione normativa del lavoro pubblico e del lavoro privato*, in *DLRI* 1989, 149, 150.

³⁵ Così E. CANNADA BARTOLI, *Interesse (diritto amministrativo) (voce)*, in *ED*, Giuffrè, Milano 1972, XXII, 5, che rende con immediata evidenza la portata che in questa visione aveva la norma costituzionale.

³⁶ V. la lapidarietà di M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano 1966, 129: «Tutto quanto attiene all'elemento personale degli uffici è parte integrante ed essenziale della organizzazione e come tale è sempre stato riconosciuto nella tradizione scientifica e

notevole distorsione dei tratti propri della relazione lavorativa, che emerge in varie sentenze della Consulta che arrivano a fondare sull'art. 97 della Costituzione i contenuti stessi del rapporto di impiego³⁷.

3. – Con la L. 23 ottobre 1992 n. 421, che apre la riforma del lavoro alle dipendenze di pubbliche amministrazioni³⁸, il sistema organizzativo di marca pubblicistica della tradizione viene meno, e il nuovo assetto normativo viene fondato su una differente interpretazione dell'art. 97, comma 1, della Costituzione.

Il legislatore assume la bipartizione organizzazione degli uffici/ organizzazione del lavoro³⁹ quale criterio discretivo tra pubblico e privato sia sul piano delle fonti,

normativa italiana [...] la disciplina del lavoro è pur sempre strumentale, mediamente o immediatamente, rispetto alle finalità istituzionali assegnate agli uffici in cui si articola la pubblica amministrazione».

Tale costruzione dell'impiego alle dipendenze di pubbliche amministrazioni trovava conferma nella sua finalizzazione ai principi di buon andamento e imparzialità versati nell'art. 97 della Costituzione costantemente affermata dalla Consulta fino alla riforma degli anni '90 (Corte costituzionale 5 maggio 1980 n. 68, in *FI* 1980, I, 1533; Corte costituzionale 9 dicembre 1968 n. 124, in *FI* 1969, I, 7; Corte costituzionale 20 maggio 1976 n. 118, in *FI* 1976, I, 1416; Corte costituzionale 25 luglio 1984 n. 219, in *FI* 1985, I, 67; in tema M. BARBIERI, *Problemi costituzionali della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico*, Cacucci, Bari 1997, passim).

³⁷ Vedi Corte costituzionale 12 marzo 1962 n. 14, in *FI* 1962, I, 1061, che considera la mancanza di riferimenti alle mansioni concretamente esercitate una violazione della norma in esame, in quanto «i mezzi per raggiungere una razionale, predeterminata e stabile distribuzione dei compiti» sono condizioni per assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione; o, ancora, Corte costituzionale 21 giugno 1966 n. 72, in *FI* 1966, I, 1833, che ritiene compromesso il principio di buon andamento in caso di norme preferenziali che creino "malcontento" nel personale e quindi ne rendano più difficile la collaborazione.

³⁸ A questa prima fase sono da ascrivere la L. 23 ottobre 1992 n. 421, e il D.Lgs. 3 febbraio 1993 n. 29, nonché i decreti correttivi di quest'ultimo (D.Lgs. 19 luglio 1993 n. 247; D.Lgs. 18 novembre 1993 n. 470; D.Lgs. 23 dicembre 1993 n. 546) emanati in virtù dell'ulteriore previsione di delega ad hoc contenuta nell'art. 2, co. 5, L. n. 421/1992.

³⁹ Questa distinzione è evidenziata da pressoché tutta la dottrina: L. ZOPPOLI, *Il sistema delle fonti di disciplina del rapporto di lavoro dopo la riforma: una prima ricognizione dei problemi*, in M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI, *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino 1993, 9 ss.; ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici cit.*, 475; M. T. CARINCI, *Il contratto collettivo nel settore pubblico fra riserva di regime pubblicistico e riserva di legge*, in *RIDL* 1994, I, 558 ss.; G. D'AURIA, *Il "nuovo" pubblico impiego tra giudice ordinario e giudici amministrativi*, in C. CECORA, C. D'ORTA, *La riforma del pubblico impiego*, il Mulino, Bologna 1994, 131 ss.; F. CORSO, *Le fonti di disciplina dei rapporti di lavoro*, in P. ALLEVA, G. D'ALESSIO, M. D'ANTONA, *Nuovo rapporto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Ediesse, Roma 1995, 124, 125; G. D'ALESSIO, *La razionalizzazione dell'organizzazione amministrativa*, in F. CARINCI, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, Giuffrè, Milano 1995a, 302 ss.; F. CARINCI, *Una riforma aperta: fra contrattazione e legge (Dalla tornata contrattuale 1994-1997 alla nuova legge delega)*, in F. CARINCI, *I contratti collettivi di comparto. Commentario*, Giuffrè, Milano 1997, XXIII ss.; A. MARESCA, *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*, in *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*, Giuffrè, Milano 1997, 14 ss.; M. D'ANTONA, *La disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni dalla legge al contratto*, in S. BATTINI, S. CASSESE, *Dall'impiego pubblico al*

con la previsione dell'ordinamento delle amministrazioni secondo disposizioni di legge e di regolamento e della disciplina dei rapporti di lavoro secondo schemi contrattuali; sia sul piano dei poteri dell'ente, con la devoluzione alla gestione di tipo privatistico nelle materie soggette alla disciplina di diritto comune; sia sul piano, infine, della giurisdizione, con l'attribuzione al giudice ordinario delle controversie riguardanti il lavoro dei pubblici dipendenti (ad esclusione delle materie sottratte alla contrattualizzazione).

La separazione tra organizzazione strutturale e gestione del lavoro cui si procede in questa prima fase della riforma riflette una particolare individuazione degli interessi sottesi alle diverse attività dell'amministrazione: nella materia dell'organizzazione degli uffici viene ritenuto sussistente un interesse pubblico, il che determina la funzionalizzazione del relativo potere e, quindi, la sua permanenza in un regime "altro" rispetto a quello privatistico; l'ambito dei rapporti di lavoro, invece, sulla base del riconoscimento del carattere "neutro" dell'interesse imputabile all'ente⁴⁰, è sottratto a tale funzionalizzazione e devoluto a paradigmi di azione analoghi a quelli dei datori di lavoro privati, attraverso i «poteri che a questi competono e, in difetto, soggiacendo necessariamente alla regola della consensualità propria di ogni contratto»⁴¹.

La gestione amministrativa risulta quindi distinta in due momenti: da un lato quello della predisposizione dell'organizzazione complessiva in vista del risultato (eteronomamente determinato), rientrando nell'ambito della riserva di legge ex art. 97 della Costituzione e conservato in regime pubblicistico; dall'altro quello dell'organizzazione del lavoro, «esercitato con strumenti privatistici» e qualificato in termini di cooperazione creditoria⁴², sottratto a tale riserva.

rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni, Giuffrè, Milano 1997a, 45 ss.; F. LISO, *La più recente giurisprudenza sul lavoro pubblico. Spunti critici*, in *ADL* 1998, 1, 208.

Alcuni Autori hanno richiamato l'attenzione sui rischi di un eccessivo "separatismo": S. CASSESE, *Il sofisma della privatizzazione del pubblico impiego*, in *RIDL* 1993, I, 292, che sottolinea che quelli del personale sono «problemi seguaci, nel senso che debbono adattarsi al tipo di funzioni ed organizzazione prescelti»; C. ZOLI, *Amministrazione del rapporto e tutela delle posizioni soggettive dei dipendenti pubblici*, in *DLRI* 1993, 3-4, 651, che definisce la distinzione tra potere di autorganizzazione e potere di gestione dei rapporti di lavoro una «finzione».

⁴⁰ L'interesse in questione è pertanto ascrivibile alla categoria degli interessi meramente organizzativi: GIANNINI, *Diritto amministrativo* cit., II, 13 ss., che osserva che la potestà dell'amministrazione di organizzare la propria attività non può considerarsi esercizio di una potestà pubblica e che, inoltre, «neppure è esercizio di un momento autoritativo del pubblico potere, finalizzato alla cura di un interesse pubblico».

Su questo interesse come interesse "proprio" dell'amministrazione F. LISO, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, Giuffrè, Milano 1995, 107, 108.

⁴¹ Così MARESCA, *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti* cit., 15.

Per ulteriori approfondimenti, LISO, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro* cit., 73 ss.

⁴² BARBIERI, *Problemi costituzionali della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico* cit., 135.

L'amministrazione quale titolare della propria organizzazione, dotata di un potere sostanzialmente indistinguibile da quello degli altri soggetti dell'ordinamento, si differenzia così dall'amministrazione quale attributaria di un potere pubblicistico, dando luogo alla duplicità di funzioni rivestite alla luce dell'impianto legislativo post-privatizzazione.

Un sovvertimento dell'assetto previgente si ha, come accennato, nell'area di organizzazione del lavoro: si prende atto della ordinarità delle esigenze dell'amministrazione di organizzare i propri fattori di produzione⁴³ e del carattere strumentale (o «privato», per usare una nota qualificazione⁴⁴) della relativa attività.

L'espressa previsione dell'azione dell'ente con i poteri del datore di lavoro privato di cui all'art. 4 del D.Lgs. 3 febbraio 1993 n. 29 scardina la classica strutturazione della gestione del lavoro in funzione del perseguimento degli interessi al buon andamento e all'imparzialità stabiliti dall'art. 97 della Costituzione⁴⁵.

Alla base della bipartizione organizzazione delle strutture/ organizzazione del lavoro, il "postulato" assunto dalla riforma che «la disciplina del rapporto di lavoro sia altra cosa (il legislatore del 1993 dice altra "materia", quindi proprio altra cosa, altro territorio, altra area) rispetto all'organizzazione dei pubblici uffici»⁴⁶, e la distinzione tra le due materie rappresenta il superamento della precedente impostazione che ricomprendeva il lavoro in una totalizzante quanto indistinta organizzazione lato sensu intesa⁴⁷.

⁴³ Già M. S. GIANNINI, *Autonomia. b) Teoria generale e diritto pubblico (voce)*, in *ED*, Giuffrè, Milano 1959, IV, 366, tra le varie accezioni della locuzione "autonomia organizzativa" ricomprendeva quella relativa alla «libertà (facoltà), di cui gode ogni soggetto giuridico, di ordinare se stesso secondo sua propria scelta». Vedi A. CERRI, *Atto giuridico. II) Diritto pubblico (voce)*, in *EGT*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma 1994, IV, 5, sull'ente pubblico come «datore di lavoro che non esercita poteri in astratto speciali, ma quelli comuni ad ogni soggetto che intenda promuovere e mantenere un'organizzazione vasta e complessa»; e, nello stesso senso, ZOLI, *Amministrazione del rapporto e tutela delle posizioni soggettive dei dipendenti pubblici* cit., 641; LISO, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro* cit., 108; L. PAOLUCCI, *Criteri di organizzazione del lavoro*, in F. CARINCI, *I contratti collettivi di comparto. Commentario*, Giuffrè, Milano 1997, 431.

⁴⁴ Proposta da GIANNINI, *Diritto amministrativo* cit., II, 13.

⁴⁵ Sull'inapplicabilità all'attività di diritto privato degli enti pubblici dei principi di buon andamento e imparzialità, posti esclusivamente per la loro azione quali autorità, M. S. GIANNINI, *Attività amministrativa (voce)*, in *ED*, Giuffrè, Milano 1958, III, 996; S. A. ROMANO, *Attività di diritto privato della Pubblica Amministrazione (voce)*, in *DDPub*, Utet, Torino 1987, I, 531 ss.

Sulla mancanza di funzionalizzazione dell'agere dell'amministrazione che si svolge nell'area dell'organizzazione del lavoro secondo i nuovi paradigmi privatistici stabiliti dalla riforma v. RICCARDI, *L'organizzazione del lavoro nell'amministrazione pubblica* cit., 63 ss.

⁴⁶ Così M. DELL'OLIO, *Legge e contratto collettivo: autorità, funzione, libertà*, in *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*, Giuffrè, Milano 1997, 252.

⁴⁷ F. P. PANARIELLO, L. GIUGLIANO, V. AMIRANTE, *Art. 68. Commento*, in A. CORPACI, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI, *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche. Commentario*, in *NLCC*, Cedam, Padova 1999, 1442, sul mutamento di logica rispetto alla tradizionale compenetrazione del rapporto di impiego nella dimensione pubblicistica dell'organizzazione amministrativa.

La sottrazione dell'organizzazione delle strutture all'area privatizzata in questa prima fase aveva costituito lo sviluppo di alcuni input contenuti nella legge delega, in quanto, pur in mancanza di un'espressa previsione in tal senso, «la generalità e, se si vuole, genericità di talune espressioni usate» nell'individuazione delle materie non contrattualizzate era stata generalmente intesa come implicante in linea di principio la conservazione integrale in regime pubblicistico di questo ambito⁴⁸.

La L. n. 421/1992 prevedeva infatti, all'art. 2, co. 1, lett. c), la regolazione con fonti unilaterali di una serie di materie⁴⁹ che sono riconducibili, in linea di massima, alla sfera organizzativa⁵⁰. Per tali materie si disponeva la disciplina «con legge, ovvero, sulla base della legge o nell'ambito dei principi dalla stessa posti, con atti normativi o amministrativi», e negli stessi confini veniva costituita un'enclave di giurisdizione amministrativa all'interno del generale affidamento delle controversie al giudice ordinario⁵¹.

⁴⁸ A. ORSI BATTAGLINI, A. CORPACI, *Art. 2, co. 1. Commento*, in A. CORPACI, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI, *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *NLCC*, Cedam, Padova 1999a, 1065. Questa osservazione era condivisa dalla maggior parte dei Commentatori, che aveva dedotto dall'assetto della prima privatizzazione una riserva pubblicistica relativa alla complessiva organizzazione degli uffici.

⁴⁹ Le materie di cui all'art. 2, co. 1, lett. c), sono: «1) le responsabilità giuridiche attinenti ai singoli operatori nell'espletamento di procedure amministrative; 2) gli organi, gli uffici, i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; 3) i principi fondamentali di organizzazione degli uffici; 4) i procedimenti di selezione per l'accesso al lavoro e di avviamento al lavoro; 5) i ruoli e le dotazioni organiche nonché la loro consistenza complessiva [...]; 6) la garanzia della libertà di insegnamento e l'autonomia professionale nello svolgimento dell'attività didattica, scientifica e di ricerca; 7) la disciplina della responsabilità e delle incompatibilità tra l'impiego pubblico ed altre attività e i casi di divieto di cumulo di impieghi e incarichi pubblici».

⁵⁰ La dottrina, pur convergendo sull'assunzione della separazione tra organizzazione degli uffici e rapporto di lavoro quale linea di confine tra area "riservata" e area "privatizzata", si divideva quanto al ruolo che in questo scenario giocavano le materie sottoposte a disciplina unilaterale ex art. 2, co. 1, lett. c), della L. n. 421/1992.

La dottrina maggioritaria segnalava la ricomprensione tra le materie elencate di alcune attinenti al rapporto di lavoro – individuate tuttavia diversamente dai vari autori (cfr ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici* cit., 475; CORSO, *Le fonti di disciplina dei rapporti di lavoro* cit., 125; V. SPEZIALE, *Contratto collettivo e lavoro pubblico: rapporti tra fonti e principi costituzionali*, in *DLRI* 1996, 2, 310, 311; M. D'ANTONA, *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni*, in *ADL* 1997b, 4, 43 ss.; U. CARABELLI, M. T. CARINCI, *Privatizzazione e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro e nuovi assetti giuridici dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni*, in U. CARABELLI, M. T. CARINCI, *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, Bari 2010, II ed., 70) –, ritenendo che le stesse costituissero eccezioni alla generale bipartizione organizzazione degli uffici-regime pubblicistico/ organizzazione del lavoro-regime privatistico delineata dalla riforma. Secondo una diversa ricostruzione (BARBIERI, *Problemi costituzionali della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico* cit., 112 ss.), le materie elencate non rappresentavano invece deviazioni rispetto all'impostazione di fondo della riforma, in quanto non attinenti direttamente al rapporto di lavoro.

⁵¹ La legge delega, nella stessa norma, prevede «l'affidamento delle controversie di lavoro riguardanti i pubblici dipendenti, cui si applica la disciplina di cui al presente articolo, escluse [...] le materie di cui ai numeri da 1) a 7) della presente lettera, alla giurisdizione del giudice ordinario secondo le disposizioni che regolano il processo del lavoro».

La connessione predicata dalla disposizione in esame tra devoluzione a tecniche regolative pubblicistiche sul piano sostanziale e devoluzione al giudice amministrativo sul piano processuale aveva portato così a presupporre l'esistenza in questo ambito di una vera e propria riserva di fonte unilaterale⁵².

Era posta quindi un'equivalenza fra tre differenti elementi, accomunati attraverso il riferimento alle materie elencate: riserva di legge, riserva di regime pubblicistico, riserva di giurisdizione.

Il D.Lgs. n. 29/1993 aveva ripreso tale impostazione, e, per la già segnalata generalità delle indicazioni della legge delega, aveva mantenuto la sottoposizione al regime pubblicistico dell'intera area degli apparati, prevedendo nell'art. 2, co. 1, l'ordinamento delle amministrazioni «secondo disposizioni di legge e di regolamento ovvero, sulla base delle medesime, mediante atti di organizzazione». L'esclusione dell'intervento della contrattazione collettiva in questo ambito, espressamente prevista dall'art. 45 del decreto, ne era il necessario corollario.

L'assetto in esame era poi ribadito nella disciplina relativa al potere di organizzazione, con la previsione secondo cui «Le amministrazioni pubbliche assumono ogni determinazione per l'organizzazione degli uffici al fine di assicurare la economicità, speditezza e rispondenza al pubblico interesse dell'azione amministrativa», in contrapposizione all'azione con poteri privatistici per le «misure inerenti all'organizzazione ed alla gestione dei rapporti di lavoro» (art. 4, D.Lgs. n. 29/1993).

Il legislatore della prima riforma aveva pertanto ripreso dalla tradizione una sorta di «saldatura concettuale»⁵³ tra riserva di legge e riserva di regime pubblicistico, che assegnava alla prima il ruolo di discrimen tra tecniche regolative. La sottoposizione alla fonte legislativa determinava quella alle fonti secondarie pubblicistiche, e l'eteronomia segnava in tal modo la linea di confine tra i differenti tipi di autonomia⁵⁴.

È in questa assimilazione tra riserva di legge e riserva di regime pubblicistico che si faceva sentire il peso della costruzione classica del rapporto di pubblico impiego, atteso che, come è stato osservato, «non vi era alcuna reale incompatibilità – se non quelle derivanti da una dogmatica giuridica aprioristica» tra riserva alla fonte primaria e devoluzione a tecniche di disciplina di diritto privato dell'area residuale⁵⁵.

⁵² Per tutti, ORSI BATTAGLINI, CORPACI, *Art. 2, co. 1. Commento cit.*, 1064, 1065.

⁵³ Così D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle "leggi Bassanini"* cit., L.

⁵⁴ Per un approfondimento delle relazioni tra eteronomia e autonomia nei differenti regimi si consenta il rinvio ad A. RICCARDI, *Privatizzazione, tecniche regolative e giustiziabilità. Per una nuova dogmatica dell'attività organizzativa dell'amministrazione*, in *LPA* 2007, 1, 134 ss.

⁵⁵ M. G. GAROFALO, *Legislazione e contrattazione collettiva nel 1992*, in *DLRI* 1994, 166, che pone in risalto la contraddizione con la generale scelta privatistica che questo regime comporta.

Alla base di tale strutturazione delle fonti, una lettura dell'art. 97 della Costituzione piuttosto “dissociata”⁵⁶, da un lato estremamente innovativa, dall'altro ancora frenata dalla tradizione.

Una nuova interpretazione della norma aveva fondato la contrattualizzazione dell'area del lavoro realizzata in questa tornata della riforma (del resto, gli stessi Maestri della tradizionale costruzione della materia avevano preconizzato che «le potenzialità e le implicazioni degli artt. 97 e 98 [sono] enormi e forse neppure tutte esplorate»⁵⁷).

La sottrazione della componente lavoro al regime pubblicistico aveva avuto, infatti, la sua “legittimazione” a livello ordinamentale nella sottrazione alla stessa sfera di incidenza della riserva legislativa, sulla base di un'innovativa interpretazione dell'art. 97 Cost. che escludeva dal sintagma «pubblici uffici» l'area dei rapporti di lavoro. Veniva operata così una netta cesura rispetto all'impostazione tradizionale, che considerava il fattore lavoro un'indistinta pars della complessiva organizzazione e, quindi, fagocitava nella previsione della norma costituzionale la sua gestione.

La diversità tra area dell'organizzazione degli uffici e area dell'organizzazione del lavoro – intesa da alcuni in termini di semplice distinzione, rilevando un rapporto di reciproca interferenza, con conseguente necessità di contemperamento, tra principi costituzionali riguardanti l'organizzazione (e segnatamente l'art. 97) e principi relativi al lavoro (tra cui, principalmente, l'art. 39⁵⁸); da altri in termini di completa separazione, ritenendo che dall'ambito dell'art. 97 fosse completamente esclusa la sfera del lavoro⁵⁹ – veniva in tal modo positivamente sancita.

Tale nuova lettura dell'art. 97 era stata approvata dalla stessa Corte Costituzionale, che in più occasioni aveva rimarcato la relatività della riserva e la libertà del legislatore di calibrare l'intensità dell'intervento in materia. La Corte avallò infatti l'ordine stabilito sulla doppia bipartizione uffici/ lavoro e fonti unilaterali/ contratto, confermando la legittimità della scelta normativa «diretta a valorizzare la distinzione tra organizzazione dell'amministrazione (la cui disciplina

⁵⁶ Così RICCARDI, *L'organizzazione del lavoro nell'amministrazione pubblica* cit., 58.

⁵⁷ M. NIGRO, *La Pubblica Amministrazione fra Costituzione formale e Costituzione materiale*, in *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, II, Giuffrè, Milano 1987, 391.

⁵⁸ È questa la posizione assolutamente dominante: v. almeno ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici* cit., 466 ss.; CARINCI, *Il contratto collettivo nel settore pubblico fra riserva di regime pubblicistico e riserva di legge* cit., 570 ss.; G. D'ALESSIO, *Nuovi principi di organizzazione delle amministrazioni pubbliche*, in P. ALLEVA, G. D'ALESSIO, M. D'ANTONA, *Nuovo rapporto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Ediesse, Roma 1995b, 76 ss.; SPEZIALE, *Contratto collettivo e lavoro pubblico: rapporti tra fonti e principi costituzionali* cit., 330 ss.

⁵⁹ BARBIERI, *Problemi costituzionali della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico* cit., 120 ss., secondo il quale, sul piano dei principi costituzionali di riferimento, si ha un rapporto di reciproca esclusione tra l'art. 39 e l'art. 97.

Accede a una differente impostazione E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari 2010, 270, che ritiene che nell'impianto della riforma sia riaffermato «il collegamento funzionale tra il rapporto e l'interesse istituzionale della pubblica amministrazione all'organizzazione dei propri uffici e servizi».

viene, in primo luogo, affidata alla legge) e rapporti di lavoro dei dipendenti, regolati dalla contrattazione collettiva»⁶⁰.

Tuttavia, la considerazione congiunta nell'art. 2 del decreto di leggi e di atti amministrativi per l'area dell'organizzazione degli uffici postulava una correlazione tra legislazione e fonti sub primarie legata a una lettura "vetero-pubblicistica" dell'art. 97⁶¹. L'assunzione della riserva di legge posta in questa disposizione quale «canone fondamentale» della separazione tra pubblico e privato in materia di organizzazione risentiva, infatti, della valorizzazione delle riserve «in funzione della delimitazione del potere normativo secondario dell'esecutivo»⁶² propria della precedente tradizione amministrativistica⁶³.

⁶⁰ Sentenza n. 88 del 28 marzo 1996, in *GCiv* 1996, I, 1549.

Già in precedenza la legittimità costituzionale della nuova normativa era stata assicurata dalla Consulta con la sentenza 30 luglio 1993 n. 359, in *GC* 1993, 2835, che in tal modo confermava «la sua tradizionale sensibilità all'esigenza di rispetto degli equilibri esistenti nel sistema politico» (M. G. GAROFALO, *Rapporti di lavoro pubblico, giurisdizione e Consiglio superiore della magistratura*, in *RGL* 1996, I, 327).

Sull'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, BARBIERI, *Problemi costituzionali della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico* cit., passim; F. CARINCI, *Le fonti della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in F. CARINCI, M. D'ANTONA, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, Giuffrè, Milano 2000, II ed., LXXX ss., che parla di "costituzionalizzazione" della riforma del lavoro pubblico.

Più in generale sul ruolo della Corte come "interprete privilegiato" delle norme vedi GUASTINI, *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale* cit., 753: «I testi costituzionali, a differenza delle leggi, sono fatti per durare a lungo: sono diretti a dare una organizzazione stabile ai pubblici poteri come pure alle relazioni tra stato e cittadini. Inoltre, essi sono difficili da emendare o sostituire. Pertanto, devono essere interpretati in modo che possano adattarsi ai cambiamenti della società, anche in assenza di revisioni costituzionali».

⁶¹ Come osserva D'ANTONA, *La disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni dalla legge al contratto* cit., 7, «alla cultura della riserva di legge come "baluardo" contro la contrattualizzazione ha ceduto la stessa legge n. 421/1992».

⁶² CARINCI, *Il contratto collettivo nel settore pubblico fra riserva di regime pubblicistico e riserva di legge* cit., 574, che rimarca come in realtà le riserve di legge esauriscano la propria forza precettiva nell'imporre l'intervento della fonte legislativa nella materia, lasciando del tutto impregiudicato l'ulteriore problema dell'integrazione della normativa di principio.

Per altro verso, i pericoli di revirements pubblicistici connessi a tale strutturazione del sistema sono stati segnalati da T. TREU, V. FERRANTE, *Finalità della riforma. La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI, M. D'ANTONA, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, Giuffrè, Milano 2000, II ed., 23, che osservano come la connessione tra regolazione del rapporto di impiego, che viene privatizzato, e disciplina dell'organizzazione, che resta pubblica, avesse portato «la dottrina amministrativistica più conservatrice ad avallare tentativi di funzionalizzazione della disciplina e della gestione del rapporto all'interesse pubblico rappresentato dall'amministrazione».

⁶³ La presupposizione del rinvio della fonte primaria alla sola fonte regolamentare è consueta negli studi pubblicistici: v., tra gli altri, G. AMATO, *Rapporti tra norme primarie e norme secondarie*, Giuffrè, Milano 1962; NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione* cit., passim; S. FOIS, *Legalità (principio di) (voce)*, in *ED*, Giuffrè, Milano 1973, XXIII, 660 ss.; ZAGREBELSKY, *Il sistema delle fonti del diritto. Manuale di diritto costituzionale* cit., 56 ss.

Chiaramente in tal senso SORRENTINO, *Le fonti del diritto amministrativo* cit., 38, secondo il quale l'istituto della riserva di legge, nella sua qualità di criterio di distribuzione di competenza tra le diverse

Su un piano generale si erano sottolineate, in senso critico, da un lato l'inesistenza nel nostro ordinamento di principi costituzionali che impongano una riserva di fonti di diritto pubblico in materie riservate alla fonte primaria, dall'altro la non necessaria esaustività della disciplina di legge nelle materie a questa riservate⁶⁴.

In relazione poi alla particolare tematica dell'organizzazione pubblica, si era segnalata da più parti la non implicazione nella riserva legislativa dell'art. 97 della Costituzione di un'analogia riserva di regime pubblicistico⁶⁵: mentre infatti la riserva di legge stabilita dal D.Lgs. n. 29/1993 per gli aspetti ordinamentali delle amministrazioni costituisce una necessità imposta dalla norma costituzionale (che appunto attribuisce alla fonte primaria le scelte fondamentali in materia), lo stesso carattere di necessità non si rinviene nella prevista riserva di regime pubblicistico.

La corrispondenza tra eteronomia e autonomia pubblicistica, invero, non è una funzione biunivoca, poiché «la prima è una variabile condizionante e non condizionata della seconda: l'autonomia pubblicistica richiede necessariamente la legislazione, mentre non si ha una relazione inversa»⁶⁶.

La non equivalenza tra riserva di legge e riserva di regime pubblicistico, per altro verso, oltre a essere stata già sperimentata nella stessa materia dell'impiego presso amministrazioni in tempi risalenti – il riferimento, come noto, è all'esperienza degli enti pubblici economici, per i quali, stabilita direttamente (o mediante rinvio a una

fonti (in direzione sia positiva sia negativa), è diretto a «richiedere in determinate materie l'intervento della legge e ad escludere quello di atti normativi subordinati».

⁶⁴ Le riserve di legge a carattere relativo o parziale, nel cui novero rientra l'art. 97, si caratterizzano per attenersi non «all'intera disciplina della materia, ma solo ai suoi principi fondamentali» (GUASTINI, *Legge (riserva di)* (voce) cit., 196) e, pertanto, le prescrizioni in esse contenute quanto alla fonte di regolazione devono ritenersi soddisfatte con una disciplina legale limitata al livello apicale, di fissazione dei principi generali.

Le riserve di legge di tale tipologia, per altro verso, stabiliscono esclusivamente una riserva attinente alle fonti di regolamentazione e, conseguentemente, non pongono prescrizioni relative all'area residua rispetto a quella disciplinata dal legislatore, che può essere demandata a un regime tanto pubblicistico quanto privatistico.

⁶⁵ Fondamentale al riguardo ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici* cit., 462 ss., che – distinte preliminarmente tre tipi di prescrizioni costituzionali, «quelle attinenti al contenuto, quelle attinenti alle fonti di regolamentazione, quelle relative al regime giuridico dell'attività regolata» – sottolinea che l'art. 97 della Costituzione costituisce una riserva in senso proprio (ponendo una prescrizione per fonte di regolamentazione), cioè stabilisce una riserva di legge, ma non di regime pubblicistico e atto unilaterale, e, conseguentemente, il regime speciale pubblicistico dell'organizzazione amministrativa – pur essendo possibile – non è costituzionalmente necessario. In tal modo si minano le stesse fondamenta dell'impostazione tradizionale del pubblico impiego, che inquinava la lettura dell'art. 97 con «il pregiudizio ontologico» (per riprendere l'espressione dello stesso Autore) dell'inevitabilità di una regolamentazione autoritativa e pubblicistica di tale rapporto di lavoro.

Ribadiscono la possibilità di differenti assetti della materia per la mancanza di imposizioni al riguardo dalla Carta costituzionale V. CERULLI IRELLI, *Il negozio come strumento di azione amministrativa*, in *Autorità e consenso nell'attività amministrativa*, Giuffrè, Milano 2002, 77 ss.; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano 2003, 114.

⁶⁶ RICCARDI, *Privatizzazione, tecniche regolative e giustiziabilità* cit., 136.

fonte pubblicistica sub primaria) dalla legislazione la configurazione strutturale, veniva demandata all'autodeterminazione privatistica dell'ente l'organizzazione dei mezzi e del personale necessari al funzionamento⁶⁷, e questo senza che «nessuno [avesse] mai avanzato serie obiezioni di incostituzionalità»⁶⁸ –, rappresentava un dato da tempo acquisito nell'ambito del diritto del lavoro. La questione relativa ai limiti delle riserve di legge e agli strumenti di regolazione delle aree residuali era stata infatti già affrontata nel dibattito giuslavoristico in relazione all'art. 40 della Costituzione, che prevede una riserva di legge in materia di sciopero⁶⁹.

D'altra parte, l'allargamento della riflessione al complessivo sistema di valori versati nella Costituzione – trascendendo il dato della singola disposizione immediatamente afferente l'organizzazione amministrativa – aveva portato ad affermare la necessità di un bilanciamento di principi sull'azione amministrativa e principi sul lavoro (ai quali, tra l'altro, è riconosciuto un «rango superiore») e a concludere che il legislatore, salvo alcuni limiti, «dispone di un legittimo potere di valutazione delle più opportune modalità di temperamento» di tali valori nella scelta del sistema di regolazione⁷⁰.

Deve rilevarsi al riguardo che, salvo il caso di attività espressione di un potere pubblicistico, la cui disciplina dal diritto pubblico è necessaria in funzione di garanzia, non si ha per l'azione dell'amministrazione ex se la necessità di una tale regolazione, essendo l'azione attraverso schemi privatistici o pubblicistici solo una scelta di diritto positivo, variabile quanto a criteri di distribuzione e qualificazioni giuridiche⁷¹.

⁶⁷ D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle "leggi Bassanini"* cit., LXIV.

Per le vicende degli enti pubblici economici, si rimanda agli studi di G. GHETTI, *Enti pubblici economici e rapporto d'impiego*, Morano, Ferrara 1966; G. LATTANZI, *Impiego negli enti pubblici economici (voce)*, in *ED*, Giuffrè, Milano 1970, XX, 387 ss.

⁶⁸ Come è stato opportunamente sottolineato da ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici* cit., 471.

⁶⁹ Nel senso spiegato, MARESCA, *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti* cit., 23, osserva come la non riducibilità di una riserva di legge «né in un impegno del legislatore ordinario a disciplinare in modo esaustivo la materia riservata [...] né, tanto meno, nella necessità che tale rinvio venga effettuato soltanto a fonti unilaterali» fosse stata già dimostrata con la L. 12 giugno 1990 n. 146 (Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e sulla salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati), che attua la riserva di cui all'art. 40 della Costituzione rinviando, all'interno di una cornice di regole legali, la disciplina di alcuni aspetti alla contrattazione collettiva.

⁷⁰ ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici* cit., 467.

⁷¹ Si rimanda a GIANNINI, *Diritto amministrativo* cit., I, 17 ss., sulla possibilità di strutturare l'amministrazione secondo differenti modelli (normazione comune o normazione pubblica). Sulla non necessarietà dello stesso diritto amministrativo in un ordinamento statale, v. F. BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano 1995, IV ed., 1, 2, che riconduce la posizione di una regolamentazione particolare dell'attività della pubblica amministrazione alla finalità di sottrarre «l'apparato organizzatorio amministrativo nonché l'azione dello stesso alla disciplina giuridica prevista per tutti i soggetti dell'ordinamento».

4. – Con la c.d. seconda privatizzazione⁷², che ha preso l'avvio con la legge delega 15 marzo 1997 n. 59⁷³, il regime dell'autonomia della pubblica amministrazione in materia di organizzazione viene nuovamente disaggregato, con l'acquisizione all'area privatizzata di una tranches dell'apparato organizzativo, e,

Sulla neutralità degli strumenti civilistici vedi, tra i privatisti, G. OPPO, *Diritto privato e interessi pubblici*, in *Principi e problemi del diritto privato*, Cedam, Padova 2000, 35 ss.; GALGANO, *Diritto privato* cit., 16; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli 2009, XIV ed., 11; tra gli amministrativisti, G. ROSSI, *Problemi di metodo e adeguatezza*, in *RGQPS* 2001, 7, che riconosce l'adeguatezza del diritto privato a rispondere a esigenze di tutela di interessi a «soddisfazione necessaria»; e, ancora, CERULLI IRELLI, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo moduli negoziali* cit., 226 ss., che ribadisce il carattere «non tecnicamente necessario» al fine della produzione di determinati effetti dell'utilizzo del modulo provvedimentale e la natura di scelta politica del suo tradizionale impiego.

⁷² A questa tornata della riforma sono da ascrivere diversi interventi legislativi, che possono essere raccolti in tre diverse sottofasi.

In primo luogo, si ha la L. 15 marzo 1997 n. 59, che, insieme al D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 80 di attuazione, ridefinisce il sistema delle fonti e, quindi, rappresenta una vera e propria “nuova fase” della privatizzazione. A questa prima sottofase sono da ricondurre, inoltre, il D.Lgs. 4 novembre 1997 n. 396, il D.Lgs. 29 ottobre 1998 n. 387, e il D.Lgs. 30 luglio 1999 n. 286, che rimaneggiano su alcuni punti la previgente normativa. Si ha, infine, il D.Lgs. 30 marzo 2001 n. 165 (emanato a seguito della delega prevista dall'art. 1, co. 8, L. 24 novembre 2000 n. 340, che prevedeva l'emanazione di un «testo unico per il riordino delle norme» in subjecta materia), che rappresenta un intervento di riordino della normativa in tema di lavoro pubblico (sulla portata di questo decreto v. F. CARINCI, *Il mancato testo unico sul pubblico impiego*, in *GDA* 2001, 11, 1170 ss.).

C'è poi una seconda sottofase, nella quale si sono succeduti una serie di interventi legislativi di vario carattere, tra cui si segnalano in particolare quelli in materia di dirigenza (L. 15 luglio 2002 n. 145; L. 17 agosto 2005 n. 168).

Terza sottofase è quella che ha il suo fulcro nella L. 4 marzo 2009 n. 15, e nel D.Lgs. 27 ottobre 2009 n. 150 di attuazione, a cui si sono accompagnate varie normative “extravaganti” di minore portata (per una disamina di questi ultimi interventi si rinvia a U. CARABELLI, *La “riforma Brunetta”: un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT - 101/2010*, 3 ss.).

Una menzione a parte merita la L. cost. 18 ottobre 2001 n. 3, che modifica il Titolo V, Parte II, della Costituzione. Il novellato articolo 117 della Costituzione, che disciplina la ripartizione di competenze legislative tra Stato e Regioni, apre una serie di questioni di portata generale relative all'ascrivibilità della materia del diritto del lavoro alla potestà normativa spettante all'uno o alle altre, questioni a cui, per la loro complessità e ampiezza, in questa sede non è possibile nemmeno accennare. Si rimanda, per un approfondimento dei profili di immediata attinenza al rapporto di lavoro alle dipendenze di amministrazioni, a L. ZOPPOLI, *Pubblica amministrazione e diritti del lavoro nella stagione di federalismo e devolution*, in *LD* 2001, 469 ss.; G. D'AURIA, *Variazioni sul lavoro pubblico, organizzazione amministrativa e Titolo quinto (parte seconda) della Costituzione*, in *LPA* 2005, 3 ss.

⁷³ Su un piano più generale, deve osservarsi che l'obiettivo del completamento della privatizzazione e dell'ulteriore arretramento della specialità del lavoro pubblico stabilito da questa nuova legge delega è funzionale al progetto di organica riforma amministrativa prefigurato sia nella stessa L. n. 59/1997, sia nella L. n. 127/1997, che hanno nella tendenziale differenziazione organizzativa delle amministrazioni e nella finalizzazione dell'azione amministrativa a risultati e obiettivi i loro punti fondamentali (D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle “leggi Bassanini”* cit., XLIV).

Uno sguardo d'insieme al contesto di riforme del sistema amministrativo in cui si inserisce la riforma del pubblico impiego in F. BASSANINI, *Vent'anni di riforme del sistema amministrativo italiano (1990-2010)*, in *www.astrid-online.it* 2010.

ancora una volta, sulla base di una nuova interpretazione dell'art. 97 della Costituzione.

Il legislatore delegato, nell'attuazione del criterio direttivo fissato in tale normativa di «completare l'integrazione della disciplina del lavoro pubblico con quella del lavoro privato»⁷⁴, interviene sia sul piano delle fonti di disciplina, rideterminando in senso limitativo l'area demandata a quelle di marca pubblicistica; sia su quello del regime giuridico, ripartendo il potere di organizzazione degli uffici tra ambito pubblicistico e ambito privatistico; sia, da ultimo, su quello processuale, facendo venire meno le eccezioni precedentemente stabilite al trasferimento della giurisdizione al giudice ordinario.

In prima battuta il D.Lgs. 31 marzo 1998 n. 80 riduce in via generale l'area di incidenza delle tecniche regolative di diritto pubblico: mentre l'originaria formulazione dell'art. 2 del decreto n. 29 prevedeva, in sostanza, una generale riserva pubblicistica nella materia dell'organizzazione degli uffici, il nuovo testo della norma limita la sfera riservata ai soli aspetti fondamentali dell'assetto strutturale delle amministrazioni, stabilendo che queste, sulla base di principi generali determinati legislativamente, definiscono «mediante atti organizzativi secondo i rispettivi ordinamenti, le linee fondamentali di organizzazione degli uffici; individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; determinano le dotazioni organiche complessive».

La riscrittura ad opera del legislatore dell'area di incidenza delle fonti pubblicistiche, che risulta ora limitata agli aspetti specificamente indicati⁷⁵, viene completata dalla nuova norma posta in materia di organizzazione (art. 4 del D.Lgs. n. 29/1993, poi confluito nell'art. 5 del D.Lgs. 30 marzo 2001 n. 165)⁷⁶, che stabilisce una nuova distribuzione dei poteri dell'amministrazione tra atti espressione di un pubblico potere e atti di gestione di diritto comune.

In tale disposizione si procede a una nuova ripartizione della materia dell'organizzazione degli uffici tra i diversi regimi giuridici, a seguito della quale il sistema complessivo risulta strutturato su un doppio binario: l'ambito riservato all'autodeterminazione secondo moduli pubblicistici, in sede di prima specificazione dei principi di legge, è limitato alla «configurazione strutturale degli apparati»⁷⁷, vale

⁷⁴ Art. 11, co. 4, lett. a).

⁷⁵ La stessa espressa individuazione delle materie attribuite alla disciplina attraverso provvedimenti amministrativi vale a far venir meno la generalità e omnicomprensività dell'autodeterminazione unilaterale pubblicistica dell'ente in ambito di organizzazione che la precedente versione della disposizione prevedeva (o, perlomeno, consentiva).

⁷⁶ Il quale stabilisce al primo comma: «Le amministrazioni pubbliche assumono ogni determinazione organizzativa al fine di assicurare i principi di cui all'articolo 2, comma 1, e la rispondenza al pubblico interesse dell'azione amministrativa», e, al comma successivo: «Nell'ambito delle leggi e degli atti amministrativi di cui all'art. 2, comma 1, le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro».

⁷⁷ D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego*

a dire alla determinazione delle linee organizzative degli apparati, dei principali uffici e dei modi di conferimento della relativa titolarità, delle dotazioni organiche complessive (area di c.d. alta o macro organizzazione); l'ambito in cui l'amministrazione opera in regime privatistico è quello che riguarda le determinazioni per l'organizzazione degli uffici in sede di specificazione di secondo livello della disciplina di legge (area di c.d. bassa o micro organizzazione) e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro.

L'attribuzione al regime privatistico della parte dell'organizzazione relativa alle «determinazioni per l'organizzazione degli uffici» di livello inferiore a quelle ex art. 2, co. 1, infrange il precedente ordine unitario in materia, con la posizione della linea di confine tra i due regimi giuridici all'interno della stessa sfera di configurazione degli apparati⁷⁸.

Il legislatore stabilisce in tal modo un nuovo criterio di struttura⁷⁹ per la sistemazione dell'attività organizzativa degli enti pubblici⁸⁰.

Si ha così un ulteriore spostamento del punto di “emersione” dell'interesse pubblico⁸¹ con la limitazione del regime pubblicistico alla sola area delle linee portanti dell'organizzazione e l'acquisizione alla sfera privatizzata della residua parte del potere gestorio.

Il doppio regime per l'autonomia dell'amministrazione in questa seconda fase del processo di riforma è delineato sulla base di una lettura ancora una volta diversa dell'art. 97 della Costituzione.

Le premesse della nuova regolamentazione erano state poste (o, meglio, consolidate)⁸² dalla Corte Costituzionale, che, per una sorta di “nemesi storica”, diventa uno degli artefici della distruzione di un assetto elaborato più di un secolo

nelle “leggi Bassanini” cit., LXVI.

⁷⁸ C. D'ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in F. CARINCI, M. D'ANTONA, *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, Giuffrè, Milano 2000, II ed., 99; CARINCI, *Le fonti della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni* cit., LXXXIX.

⁷⁹ Sul relativismo della partizione pubblico/ privato e la mancanza di qualunque valenza ontologica di tale dicotomia, G. DE GIORGI CEZZI, *Perseo e Medusa: il giudice ordinario al cospetto del potere amministrativo*, in *DPA* 1999, 1, 1037.

⁸⁰ La spiegata strutturazione del sistema non viene intaccata dai successivi interventi del 2009 (L. delega n. 15 e D.Lgs. n. 150 di attuazione) che modificano semplicemente i modi di svolgimento dell'autonomia privatistica dell'amministrazione, con una limitazione dell'ambito di intervento della contrattazione collettiva a ciò che concerne i rapporti di lavoro e un'espressa avocazione all'autodeterminazione unilaterale dell'ente di una serie di materie (amplius RICCARDI, *L'organizzazione del lavoro nell'amministrazione pubblica* cit., 93 ss.).

⁸¹ CARINCI, *Le fonti della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni* cit., LXXXIV.

⁸² La pronuncia della Corte interviene infatti a seguito della legge delega n. 59/1997, che aveva già segnato le guide-lines dell'assetto poi stabilito dal D.Lgs. n. 80/1998, e, quindi, ha sostanzialmente carattere ricognitivo delle scelte operate dal legislatore, sebbene sia stata da molti letta in termini precettivi.

prima da un altro organo giurisdizionale⁸³. Nella sentenza n. 309 del 1997, la Consulta afferma che l'«organizzazione nel suo nucleo essenziale, resta necessariamente affidata alla massima sintesi politica espressa dalla legge», in tal modo flessibilizzando la linea di confine (posta ora all'interno della stessa area dell'organizzazione degli uffici) precedentemente stabilita tra fonti unilaterali e fonti diverse⁸⁴.

La necessità di un regime pubblicistico «solo per gli aspetti fondamentali dell'organizzazione» affermata in questa pronuncia ha rappresentato una specie di “autorizzazione preventiva” – concessa al momento della posizione della decretazione delegata – a un ulteriore avanzamento della devoluzione a tecniche regolative di diritto privato della materia organizzativa. Viene in tal modo operato un rinvio dalla Corte al legislatore ordinario nella determinazione dell'area coperta dall'art. 97 Cost.⁸⁵, rinvio colto prontamente nell'attuazione del principio versato nella legge delega di completare l'integrazione tra lavoro pubblico e privato.

All'area dei «pubblici uffici» di cui alla norma costituzionale viene così sottratta dalla normativa in esame la sfera di organizzazione bassa, con una nuova determinazione dell'ambito in cui si esplicano i vincoli al buon andamento e all'imparzialità. In quest'area gli atti adottati dall'ente attraverso strumenti privatistici sono conseguentemente non funzionalizzati⁸⁶.

⁸³ Il riferimento è, ovviamente, al Consiglio di Stato, vero autore della costruzione del pubblico impiego quale istituto giuridico (per tutti GIANNINI, *Impiego pubblico. Profili storici e teorici* (voce) cit., 297 ss.).

⁸⁴ In tale pronuncia (sulla quale si rinvia a M. BARBIERI, *Corte Costituzionale e lavoro pubblico: un passo avanti e uno a lato*, in *LPA* 1998, II, 140 ss.) la Consulta rileva come la complessiva evoluzione legislativa presupponga l'accentuazione progressiva della distinzione tra profili organizzativi dell'amministrazione e rapporto di lavoro, il quale «viene attratto nell'orbita della disciplina civilistica per tutti quei profili che non sono connessi al momento esclusivamente pubblico dell'azione amministrativa», sottolineando che «attraverso un equilibrato dosaggio di fonti regolatrici si è potuto così abbandonare il tradizionale statuto integralmente pubblicistico del pubblico impiego, non imposto dall'art. 97 Cost., a favore del diverso modello che scaturisce appunto dal nuovo assetto delle fonti».

⁸⁵ F. CARINCI, “*Costituzionalizzazione*” ed “*autocorrezione*” di una riforma (la c.d. privatizzazione del rapporto di impiego pubblico), in *ADL* 1998, 1, 38 ss., sottolinea come la pronuncia in esame rappresenti una «sintetica e pur indubbia apertura ad un'eventuale estensione della privatizzazione/contrattualizzazione, dalla gestione dei rapporti di impiego ai rami bassi dell'organizzazione» e come si sia avuta una “benedizione ex cathedra” della riforma, che sembra estendersi dalla prima legge di delega alla seconda, che ne rappresenta una «“autocorrezione” ancor più decisa e netta nel senso della “privatizzazione e contrattualizzazione”» del lavoro alle dipendenze di amministrazioni. Si osserva che la Corte accede alla teoria del “contemperamento” tra la norma in esame e l'art. 39, co. 1, della Costituzione in una versione non forte (valutazione sincronica e pariordinata dei due disposti costituzionali), ma debole (valutazione diacronica e sovraordinata), atteso che «giudica la scelta legislativa della privatizzazione come “discrezionale” – da esercitarsi facoltativamente, con un equilibrato dosaggio delle fonti».

Ancora su questi profili A. GARILLI, *La privatizzazione del lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni e l'art. 97 Cost.: di alcuni problemi e dei possibili rimedi*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*.IT-49/2007, 6 ss.

⁸⁶ RICCARDI, *L'organizzazione del lavoro nell'amministrazione pubblica* cit., 101 ss.

È stato osservato al riguardo che la ratio della prescrizione della norma costituzionale è da ricondurre al principio di legalità-garanzia, che impone la disciplina di legge quanto all'organizzazione della «competenza dei singoli uffici in ordine all'esercizio di funzioni e potestà autoritative», e di legalità-certezza, relativo all'individuazione delle «competenze per l'esercizio di qualsiasi funzione pubblica, autoritativa o no»⁸⁷. Pertanto solo in quest'area, che può essere definita di “alta organizzazione”, si ha necessità di intervento della legislazione e – in sede di specificazione delle prescrizioni legislative – di atti normativi dell'amministrazione di tipo pubblicistico, mentre una «proiezione sull'intera area “interna” appare irragionevole e ultronea»⁸⁸.

Ciò che è rilevante, in fin dei conti, è che il legislatore intervenga nella predisposizione delle linee portanti della struttura organizzativa, e, poiché il D.Lgs. n. 80/1998 ha previsto la disciplina per legge di tali aspetti, «non risulta contraddetto il precetto dell'art. 97 per la parte in cui impone una riserva di fonte normativa»⁸⁹.

«La sostanziale conformità a Costituzione del mutamento operato nella natura giuridica del rapporto dei dipendenti pubblici» viene peraltro ribadita «anche avuto riguardo alle finalità di decentramento, snellimento e semplificazione di apparati e procedure, espresse dalla più recente legislazione»⁹⁰ dalla Corte, che continua così a svolgere il ruolo di «paziente tessitore di un filo o, meglio, dei fili di una trama di senso» a fronte delle «innovazioni e trasformazioni che scandiscono i tempi oltremodo accelerati di sviluppo delle società contemporanee, mettendo il diritto in uno stato di perenne transizione»⁹¹.

⁸⁷ D'ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato* cit., 152.

⁸⁸ Come osservava ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici* cit., 472, già in relazione all'assetto di fonti delineato nella prima fase della riforma.

⁸⁹ A. ORSI BATTAGLINI, A. CORPACI, *Art. 4, co. 1. e 3. Commento*, in A. CORPACI, M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI, *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *NLCC*, Cedam, Padova 1999b, 1097.

⁹⁰ I passi riportati sono della sentenza n. 309 del 1997.

⁹¹ MOCCIA, *Riflessioni sparse (e qualche involontario aforisma) su interpretazione e diritto* cit., 928.