



ANCORA SUL LAVORO PUBBLICO: VARIAZIONI E MODULAZIONI SUL TEMA

VITTORIA PASSINO DETTORI

Università di Sassari

SOMMARIO: Prologo: dormienti, inetti, nullafacenti, fannulloni e ... corrotti.

– 1. La cornice di riferimento delle riforme del lavoro pubblico. – 2. Gli strumenti dell'azione pubblica tra politica e istituzioni. – 3. La dinamica tra strumenti e politiche nella prospettiva costituzionale e sovranazionale. – 4. L'apertura cognitiva del diritto del lavoro ad "altri saperi". – 5. La crisi di identità del diritto del lavoro.... – 6. ...e la sua apertura alla regolazione del lavoro pubblico. – Abstract.

Prologo: *dormienti, inetti, nullafacenti, fannulloni e ... corrotti*

Nel 1909:

«La burocrazia è ordine e continuità; così che molti dei suoi difetti sono necessari per definizione ed inclusi nella sua stessa essenza (...), ma ciò va studiato meglio in relazione alla trasformazione dello Stato odierno, ove si nota una crescente industrializzazione delle sfere autoritarie amministrative, e il concetto vecchio di *imperium* di diritto pubblico si tempera con elementi privatistici (...) in un ordinamento sociale tendente a progredire occorrono forme meno mandaristiche, che sveglino i **dormienti** dal dolce far nulla, che li abituino ad un senso vigile di responsabilità, che li spingano a pensare ed interessarsi alla produttività del proprio lavoro. Saranno i contratti a termine, saranno i tipi di cui qualche accenno si ha già nella democrazia elvetica o americana? Il problema è pauroso di difficoltà ma bisogna affrontarlo, e dir chiaro e tondo, a costo di dispiacere ai più, che l'avvenire non è per organici e gli stati giuridici cristallizzati nell'automatismo delle carriere e delle paghe, ma si cammina a innovazioni intime dei diritti e degli obblighi di chi dà la sua opera allo Stato»^[1].

Nel 1979:

«L'impiego di tecniche di amministrazione adeguate alle attività da erogare costituisce il settore di maggior carenza delle amministrazioni pubbliche. A questa carenza sono da imputare le immagini popolari delle organizzazioni pubbliche, come composte, secondo i giudizi più spinti in negativo, di **ineti** e di fannulloni, e secondo quelli più in positivo, di tardigradi e di cultori di formalismi.

Non possediamo ricerche sociologiche intorno al modo con cui si sono formate le immagini popolari; troppo scarsi e soprattutto frammentari gli accertamenti aziendalistici fatti da singole amministrazioni, per sapere quale dei vari giudizi di immagine popolare sia più rispondente, semplicistiche le indicazioni delle ragioni nella preparazione eminentemente giuridica dei dirigenti, o nelle retribuzioni non incentivanti, e nelle politicizzazioni indotte, o nelle distorsioni provocate da azioni ultronee delle organizzazioni sindacali, anche se in fatto a tutte queste ragioni non può essere negata esistenza e rilevanza. Secondo un'opinione diffusa tra i cultori di scienze dell'organizzazione, la ragione prima risiederebbe nel fatto che ai problemi di tecniche dell'amministrazione non si è pensato che assai poco, o si è pensato senza metodicità o senza perseveranza, come sarebbe mostrato da quei casi – talune amministrazioni militari, taluni uffici di aziende autonome, taluni organi statali locali del centro nord, taluni comuni medi, talune regioni del nord – nei quali per avere invece pensato si sono costituite delle amministrazioni relativamente all'Italia efficienti.

A parte tali eccezioni, è constatazione fattibile da ogni persona che le tecniche di amministrazione delle amministrazioni pubbliche sono fortemente arretrate rispetto a quelle

dell'organizzazione privata. Ad iniziare dai servizi di connettivo (protocollo, archivio, copia, spedizione, comunicazione), fino ai processi decisionali, i tempi tecnici delle amministrazioni pubbliche sono in media tre volte più lunghi di quelli privati, e i prodotti sono sempre scadenti. Ciò senza considerare vicende di punta, come quelle relative all'adempimento delle obbligazioni pecuniarie comuni, al pagamento di talune indennità, alle liquidazioni di pensioni, e così via, per le quali, sulla pelle del cittadino, si consentono alle amministrazioni pubbliche comportamenti che le leggi vietano ad ogni privato. Talché il potere pubblico viene sovente a presentarsi come un singolare malfattore legale, che permette a sé ciò che invece reprime nel privato»[2].

Nel 2006:

«All'indomani delle elezioni il dibattito politico italiano si concentra subito sul se e come ridurre la spesa pubblica per far quadrare i conti dello Stato. In quel dibattito si inserisce la proposta di prepensionare i dipendenti statali più anziani, assumendo un giovane ogni tre licenziati: negli anni passati lo si è fatto nelle ferrovie e nelle poste; nulla vieta di farlo anche nell'amministrazione statale. Sennonché questa scelta avrebbe solo il pregio della semplicità di esecuzione, ma non quello dell'efficienza – molti anziani sono difficilmente sostituibili – e soprattutto non il pregio dell'equità; parrebbe che i primi a dover essere licenziati siano semmai i molti che, deliberatamente prendono lo stipendio senza far nulla. Mentre si discute di tagli dolorosi ai servizi pubblici e agli investimenti necessari per lo sviluppo del Paese, mentre si nega per ragioni di bilancio un trattamento decente a centinaia di migliaia di giovani precari che lavorano per lo Stato in un regime di vero e proprio *apartheid*, perché nessuno propone di incominciare a tagliare l'odiosa rendita parassitaria dei **nullafacenti**?

Il problema dello scarso rendimento di una parte dei dipendenti è, in qualche misura, comune al settore pubblico e a quello privato: è per lo più difficile distinguere se esso sia dovuto a difetto del lavoratore, oppure a difetto dell'organizzazione aziendale, oppure ancora a circostanze esterne. Ma vi sono alcuni casi in cui il difetto totale di impegno personale e/o di competenza professionale è evidentissimo; in questi casi, mentre nell'azienda privata il lavoratore presto o tardi viene licenziato, nel settore pubblico ciò non avviene mai; col risultato che la nullafacenza totale colposa – ma sovente addirittura dolosa, accompagnata dalla frode – di alcuni impiegati pubblici è diventata un fenomeno di dimensioni ragguardevoli, ben visibile anche dall'osservatore esterno»[3].

Nel 2009:

«Il giudice Borsellino era un dipendente pubblico, il professor Biagi anche, così come gli uomini della scorta del giudice Falcone. E questi sono gli eroi.

Enrico Fermi era un dipendente pubblico, così come lo è la maestra di mio figlio, che ha fatto un lavoro importantissimo e straordinario. E questi sono i campioni.

Anche l'impiegato che ha accumulato centoventi giorni di assenza in un anno è un dipendente pubblico, così come lo è quello che si fa timbrare il cartellino dal collega compiacente. E questi sono i **fannulloni**.

Come possono convivere nelle organizzazioni pubbliche persone tanto diverse? Semplicemente non possono.

A meno di produrre una crescente disaffezione e una selezione avversa, ovvero la fuga dei talenti e delle migliori capacità professionali dal settore pubblico.

Il che letto da un altro punto di vista, garantisce brillanti carriere a molti mediocri, ovvero a persone che non si sono mai misurate sulla capacità di garantire risultati e che, inevitabilmente, hanno un bassissimo grado di legittimazione nei confronti dei loro collaboratori.

Le organizzazioni virtuose quelle che producono nel lungo periodo e con costanza risultati e motivazione, devono essere credibili. Nelle amministrazioni pubbliche emerge invece, spesso, un forte *deficit* di credibilità: nessuno pensa veramente che vengano riconosciuti i meriti e le professionalità. Più facile è la strada della raccomandazione, della vicinanza al potente di turno, dell'opportunismo e dell'appiattimento delle responsabilità.

Questa è la rappresentazione delle amministrazioni pubbliche che danno i media, questo è ciò che pensa la maggior parte dei cittadini, ma soprattutto, e qui sta il vero problema, questo è ciò che pensano la maggior parte dei dipendenti pubblici»[4].

Un quadro sinottico, questo, che rende evidente come i problemi segnalati da Meuccio Ruini, l'allora direttore generale del Ministero dei lavori pubblici[5], segnalati ancora da Massimo Severo Giannini, ripresi tra i tanti da Pietro Ichino, da Giovanni Valotti, nel primo decennio del duemila, denotino i medesimi e numerosi "aspetti di criticità" del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni: un *continuum*,

dunque, nel lungo processo che impegnerà il legislatore nella ricerca e sperimentazione di nuovi modelli normativi.

Ma allargando lo sguardo e scontando l'assoluta mancanza di valore propositivo nelle troppo ripetute, se pur vere, denunce della cattiva condotta dei pubblici dipendenti, si può condividere l'indicazione di chi, ancora nel 2012 [6], nel constatare e deprecare la crescita esponenziale del fenomeno della corruzione, recupera la forza espressiva del caustico giudizio di Benedetto Croce, secondo il quale:

«non vi ha niente di più sciocco e noioso dei discorsi che si fanno, si son sempre fatti e sempre si faranno col censurare l'andamento delle pubbliche amministrazioni e notare negligenze, oziosità, falsità, imbrogli, ruberie, viltà, per concludere che le cose vanno male, e anzi che il mondo peggiora e corre alla rovina. Il presupposto di queste censure, chiamate a ragione critiche facili, il presupposto da cui nasce la loro perpetuità, è la perfetta amministrazione, in cui ciascuno adempia con intelligenza perfetta e perfetta volontà il proprio dovere: cioè uno schema astratto che, come tale, non può trovare rispondenza nella realtà».

Giudizio dal quale, ammonisce tuttavia il filosofo, non si deve trarre

«la conseguenza del lasciar correre, che è quella di tutti gli inetti e i cinici. La conseguenza è invece il dovere di un atteggiamento, non certo impaziente, ma fermo e combattente».

Una rilettura del fenomeno s'impone pertanto.

1. – La cornice di riferimento delle riforme del lavoro pubblico

L'opzione di proporre un'ulteriore riflessione scaturisce dalla convinzione che gli autorevoli approfondimenti della dottrina e i contributi della giurisprudenza più recenti, ma non solo, debbano essere letti nella cornice più ampia delineata dagli apporti delle diverse discipline che si occupano e si sono occupate della materia.

Un percorso ricostruttivo per grandi tappe, dunque, assolutamente essenziale: solo una traccia per accostarsi allo studio dell'impiego pubblico come categoria concettuale che, sul piano giuridico, si deve tradurre nell'inquadramento teorico del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione.

Inquadramento teorico che, almeno a far data dai primi anni del XX secolo, postula la necessità di una disciplina speciale per il pubblico impiego che sia idonea a separare nettamente gli spazi reciproci tra politica e amministrazione come garanzia dell'imparzialità dell'agire della pubblica amministrazione per il tramite dei suoi burocrati[7].

Si è costruita così, in una prospettiva prettamente gius-pubblicistica, la «gabbia ideologica» che come ha sottolineato Mario Rusciano, «con il prestigioso contributo del giudice amministrativo», ha esaltato il profilo 'organico' del rapporto di pubblico impiego, ponendo in primo piano l'esercizio di potestà pubbliche da parte del dipendente e lasciando in ombra, per lungo tempo, la prospettiva giuslavoristica [8].

Prospettiva questa che, decennio dopo decennio, ha faticato ad imporsi, consolidandosi lungo il processo di contrattualizzazione/privatizzazione degli anni '90, all'esito del quale l'organizzazione di lavoro delle pubbliche amministrazioni si palesa come il luogo nel quale il pubblico dipendente non solo esplica l'attività lavorativa ma dovrebbe sviluppare anche «la sua personalità di cittadino lavoratore»[9].

A queste prospettive si legano *due filoni problematici che si intrecciano*, «uno dei quali riguarda propriamente lo statuto normativo del rapporto di impiego, l'altro i caratteri dell'organizzazione del lavoro negli apparati pubblici»[10].

Il tema si presenta davvero *pauroso di difficoltà*. Difficoltà generate dalla densa e stratificata normativa dettata negli anni dal legislatore; accentuate dal grande numero di discipline coinvolte nello studio del 'fenomeno', tutte nel medesimo tempo fondamentali e necessarie; esasperate dalla 'lenta' e a volte inesistente comunicazione fra gli studiosi, prima, e fra questi e coloro che dovrebbero essere i fruitori del complesso sistema normativo (politici, cittadini, e soprattutto i dipendenti pubblici), poi.

La scelta della forma antologica che, nell'inserzione dei brani assume talvolta un andamento rapsodico volutamente non sempre coerente sotto il profilo cronologico, si rivela efficace al fine di superare, appunto, quella barriera di incomunicabilità che, sebbene oggi assai meno di ieri, si può riscontrare in talune analisi e ricostruzioni tra le diverse discipline che si occupano della materia. Scelta che risponde alla convinzione che è un *dono* la capacità di dare forma sintetica a idee diffuse, condivise o meno, che oggi possono aver perso di evidenza e che quel *dono* restituisce vive come erano nella percezione dei contemporanei, così da garantire i diversi livelli di apprezzamento e di comprensione della complessità dei problemi, sottolineandone la connessione tra la dimensione descrittiva e quella valutativa.

L'idea è, dunque, quella di raccogliere e suggerire spunti di riflessione sulle questioni di fondo che il processo di contrattualizzazione/privatizzazione del pubblico impiego pone al giuslavorista, chiamato ormai da lustri a considerare la fattispecie tipica di riferimento del diritto del lavoro inclusiva del rapporto di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni.

Questioni di fondo, strettamente correlate, che tradizionalmente ineriscono, da un lato, l'incidenza della natura pubblica del datore di lavoro sul regime contrattuale del rapporto di lavoro privatizzato, dall'altro, l'incidenza dello scopo al quale è teleologicamente orientata l'attività della pubblica amministrazione sull'ampiezza e sulla qualità del debito contrattuale che assume il pubblico dipendente il quale, sebbene non sia più vincolato da un rapporto organico all'amministrazione di appartenenza, è comunque il braccio operativo della sua attività.

Fondamentale è anche la scelta di muovere nel percorso ricostruttivo dalla consapevolezza che un *pregiudizio ontologico*, relativo alla presunta diversa natura del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni e del rapporto di lavoro alle dipendenze di un datore di lavoro privato, si insinua lungo l'intero cammino della privatizzazione e ostacola la piena convergenza tra le due discipline.

Pregiudizio che pone la «*necessità* autoritativa-pubblicistica come *prius* rispetto all'interpretazione della – stessa – Costituzione, precludendo così *in limine* la visibilità di un intero campo di valori, di principi, di conflitti, di modi e termini di una loro risoluzione»^[11].

Dal punto di vista storico-giuridico, sono note le vicende che segnano il distacco della disciplina del rapporto di pubblico impiego dal diritto comune del lavoro, al quale esso è riconducibile sino alla fine dell'Ottocento: il rapporto di lavoro nasce dal contratto e ad esso si applicano le norme del codice civile e, con atti negoziali, si svolge l'esecuzione del rapporto, sotto l'egida della giurisdizione del giudice ordinario.

I cultori del diritto amministrativo, d'altra parte, non possono non interessarsi di questo particolare rapporto di lavoro in quanto, sebbene esso sia disciplinato dalle regole del diritto comune, è pur sempre lo strumento imprescindibile attraverso il quale si assicura l'organizzazione e il funzionamento della macchina amministrativa.

Ma, nei primi anni del '900, si affacciano importanti cambiamenti, innanzitutto, la Quarta Sezione del Consiglio di Stato, istituita nel 1889, come «corpo amministrativo specializzato per la soluzione di dispute relative agli atti amministrativi», diventa giudice, affiancandosi al giudice ordinario. La dottrina, dal canto suo, lavora alla «costruzione di un diritto amministrativo speciale e distinto dal diritto comune».

Così la «*pubblicizzazione* del diritto amministrativo», in quanto «fondato sull'autorità dello Stato e dei poteri pubblici» che si esprime attraverso «atti unilaterali dotati di imperatività», coinvolge il rapporto di impiego pubblico che si separa dal diritto comune: il rapporto non nasce più dal contratto bensì da un atto di nomina amministrativo e i suoi tipici istituti (promozioni, trasferimenti, sanzioni disciplinari, destituzioni) sono regolati, appunto, da atti amministrativi unilaterali. La giurisdizione è quella esclusiva del giudice amministrativo[12].

All'interno del rapporto così pubblicizzato resta percepibile tuttavia una doppia anima: il *profilo organico* e il *profilo lavoristico*, con una netta prevalenza del primo sul secondo.

Sotto il primo profilo, infatti, si sottolinea l'immedesimazione, organica del dipendente nella funzione che è chiamato a svolgere a garanzia del soddisfacimento di un interesse pubblico.

Sotto il profilo lavoristico tuttavia non si nega che il dipendente s'impegni a svolgere una prestazione di lavoro subordinato, il rapporto di servizio.

E, i contributi dei tanti che con prospettive assai diverse hanno analizzato la *ratio* che di volta in volta ha ispirato gli interventi del legislatore, nella cornice di riferimento succintamente descritta, costituiscono il *back ground* del processo di privatizzazione degli anni '90, che con fatica, e forse non del tutto, ha superato il dualismo tra il rapporto organico e il rapporto di servizio.

Così si conferma come, particolarmente in questa materia:

«il passato non sia mai divenuto tale e riviva anzi nel presente»[13].

Intorno al medesimo nodo problematico, infatti, è nato, si è sviluppato e ruota tutt'ora l'acceso dibattito che vede succedersi, confrontarsi, contraddirsi molte tesi [14].

Poiché:

«(l)'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni continua ad essere attraversato da un riformismo inquieto e da pesanti interventi di revisione, o più esplicitamente di contenimento della spesa. Nell'instancabile riscrittura legislativa della disciplina dei rapporti individuali di lavoro e delle relazioni collettive, diritto amministrativo e diritto del lavoro si contendono il campo ormai da decenni, con le rispettive strumentazioni tecniche e i peculiari apparati di principi fondamentali. La vicenda normativa che si è sviluppata negli anni è passata attraverso fasi di netta contrapposizione; è approdata a periodi confusi caratterizzati dal ritorno al passato nel segno della ri-pubblicizzazione del sistema di regole; o ancora, ha sperimentato arditi ibridismi e soluzioni giuridiche compromissorie che possono tenersi solo nel perimetro di un diritto del lavoro "speciale" o "particolare"»[15].

Né sembra aver cambiato segno l'ultimo e importante intervento organico sulla disciplina del lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni: la riforma Brunetta.

La Riforma, non a caso identificata come "terza fase" del processo di privatizzazione proprio per l'organicità dell'intervento, ha lasciato evidentemente irrisolti molti problemi di fondo del lavoro pubblico, aprendo spazi ad ulteriori interventi del legislatore: alcuni condizionati dall'incalzare della crisi economica, altri tesi a rifinire o correggere alcune linee guida tracciate nel provvedimento del 2009. Interventi che, aldilà degli indiscutibili condizionamenti di matrice economica, sembrano riconducibili ad un «vero ripensamento culturale»[16].

In questa prospettiva la Riforma del 2009 ha fornito un ulteriore spunto di riflessione «sul rapporto tra diritto, lavoro e istituzioni pubbliche»[17]: essa, infatti, introduce nel governo delle istituzioni nuovi strumenti per perseguire fini, o se si vuole politiche, che dovrebbero condurre ad una razionalizzazione del sistema così che diventi capace di offrire servizi efficienti.

Tali politiche, del resto, erano note fin dal processo di privatizzazione degli anni '90; processo che segna il passaggio «da uno Stato produttore di atti e provvedimenti ad uno Stato erogatore di servizi pubblici»^[18], come risposta alla richiesta di tutela di fondamentali interessi ed esigenze collettive sino ad allora sopiti.

La concreta gestione amministrativa si realizza, ora, secondo piani e programmi che tengono conto delle priorità e pongono obiettivi precisi per ciò che diventa possibile porre in essere la valutazione della stessa, non in funzione dei singoli atti amministrativi, ma in modo autonomo come fattispecie complessa e, per ciò che maggiormente rileva, secondo parametri che sono in grado di allontanare «quell'elevato soggettivismo che impingeva il giudizio di opportunità»^[19].

«La nuova impostazione, infatti, essendo incentrata su obiettivi prefissati, mezzi assegnati e risultati ottenuti, e, dunque, rivolta "più ai fatti che non alle norme", consente, attraverso il richiamo a parametri quali la efficacia e l'economicità, ed anche l'efficienza dell'apparato organizzativo, di svelare la reale capacità dell'amministrazione di soddisfare quelle domande sociali preventivamente ritenute meritevoli di tutela e fatte oggetto di ben precise politiche pubbliche.

Ciò si ricava agevolmente dal dettato normativo che disegna un (sistema di) controllo volto a verificare la consistenza del risultato raggiunto rispetto all'interesse pubblico concreto (efficacia); la rispondenza del risultato all'obiettivo predefinito (adeguatezza); la quantificazione delle risorse utilizzata commisurata a quelle preventivate per raggiungere un certo risultato (economicità); la razionalità delle scelte organizzative effettuate per la realizzazione dell'obiettivo predefinito (efficienza)»^[20].

«In tale contesto l'attenzione è stata progressivamente spostata dall'organizzazione in senso statico al relativo profilo dinamico, dall'atto all'attività, dal provvedimento al procedimento, dall'autoritatività alla partecipazione, dalla legittimità formale al risultato e, quindi, alla *performance*. In particolare, si è assistito al superamento del tradizionale sistema dei controlli preventivi di legittimità ad opera di uno più moderno incentrato sui cc. dd. controlli di efficienza»^[21].

In questa cornice, e in quella più ampia disegnata dalla serie di iniziative in atto in alcuni Paesi dell'OCSE (Regno Unito, Francia, Spagna, etc.), devono essere iscritti i diversi interventi legislativi che si succedono con ritmi piuttosto intensi.

Iniziative che tendono a rafforzare la crescita della produttività delle amministrazioni pubbliche e a consolidare la pratica di rendicontazione nei confronti dei cittadini dei risultati raggiunti; tra i punti di forza di queste iniziative, ad esempio, la programmazione finalizzata ai bisogni dei cittadini e la relativa valutazione sulla base della soddisfazione dagli stessi manifestata; il passaggio cioè dall'essere *customer oriented* alla *customer satisfaction*.

E anche la Riforma del 2009, pur non abbandonando la prospettiva, predominante nel nostro ordinamento, della prevalenza dell'aspetto della funzione amministrativa, considerata in sé e nei suoi rapporti con la funzione politica del Governo, vorrebbe accentuare la valorizzazione della posizione del privato cittadino e delle sue aspettative.

Prospettiva quest'ultima già presente nel diritto dell'Unione, laddove nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, all'art. 41, rubricato appunto «(d) iritto ad una buona amministrazione», si possono leggere «una serie di precetti che toccano punti nevralgici del rapporto individui-pubblica amministrazione»^[22].

«La norma "(...) infatti statuisce regole che attengono: alla sostanza delle decisioni amministrative (imparzialità ed equità); al tempo dell'azione medesima (il termine ragionevole); alle modalità di formazione delle decisioni (garanzia della partecipazione e diritto di accesso al fascicolo); agli obblighi di giustificazione delle decisioni medesime attraverso la motivazione; alla responsabilità della Comunità per danni arrecati alle persone dallo svolgimento delle funzioni amministrative.

Ricostruire il rapporto tra singolo e pubblica amministrazione collocandolo nel capo V dedicato alla cittadinanza e farlo partire dalle pretese che il primo può vantare nei confronti della seconda, come la Carta prevede, significa infatti affermare in modo inequivocabile la

centralità del primo (l'individuo) nei confronti della seconda (la pubblica amministrazione) nel senso che è il contenuto delle sue pretese a riverberarsi sulle modalità di svolgimento della funzione amministrativa e non il contrario»[23].

Se è vero, dunque, che sulle 'pretese' dei cittadini deve essere ormai modellata l'azione della pubblica amministrazione e questa azione, come oggi si sottolinea, deve soddisfare i requisiti non solo dell'efficienza, dell'efficacia e dell'economicità, ma anche quelli dell'etica e dell'equità, si pone il problema di individuare i 'nuovi' strumenti, nel loro nesso con le istituzioni, attraverso i quali tale azione può procedere per produrre un reale e proficuo cambiamento.

2. – Gli strumenti dell'azione pubblica tra politica e istituzioni

Si rende preziosa, pertanto, la suggestione offerta dagli studi di Douglas C. North il quale, con particolare riferimento al processo di cambiamento economico, nella consapevolezza che non è diversa la dinamica dei cambiamenti politici, sottolinea come non si possa coglierne il significato se non considerando in una l'aspetto politico e sociale; e pone «la comprensione dei complessi fattori che formano questo processo» quale «prerequisito necessario»[24].

L'Autore ripercorrendo «determinati processi di decisione economica», dalla teoria neoclassica, «paradigma economico predominante», che postula la minimizzazione dei costi di transazione, approda alle 'istituzioni', attori del sistema economico che stabiliscono le regole del 'gioco' e quindi partecipano alla determinazione dei costi di transazione.

Proprio le istituzioni devono essere poste «al centro della comprensione dei sistemi economici», nella convinzione, appunto, che «la chiave del cambiamento evolutivo degli esseri umani – sia – l'intenzionalità degli agenti». È, infatti, la sola comprensione del processo di *cambiamento* che può consentire di «elaborare ipotesi di *cambiamento* che, pur nei loro limiti, potranno migliorare enormemente l'utilità delle teorie elaborate dalle scienze sociali per affrontare i problemi dell'umanità»[25].

In quest'ampia cornice nella quale doverosamente si iscrive il tema, pertanto, la complessità della materia è magistralmente riassunta nell'*incipit* della Prefazione di Sabino Cassese alla riedizione dell'opera "*Gli strumenti per governare*".

«Le istituzioni, considerate di frequente come una parte malleabile della società, modificabile in base alla volontà politica, oppure come un mero involucro, a portata neutra, sono ritornate di attualità. Non mi riferisco ai giuristi, che ne fanno l'oggetto principale dei propri studi (ma troppo spesso prescindendo dal loro radicamento sociale), ma ai cultori di altre discipline sociali, particolarmente l'economia e la sociologia politica.

Le istituzioni sono divenute un concetto centrale al fine di comprendere lo sviluppo economico. Buone istituzioni sono la preconditione di tale sviluppo. Più dei fattori geografici, commerciali ed economici, conta la qualità delle istituzioni. Se un Paese vuole assicurarsi lo sviluppo economico, deve darsi istituzioni funzionanti. La diffusione di questi convincimenti ha indotto a moltiplicare gli sforzi per individuare indicatori di performance istituzionale: la Banca mondiale, per esempio, ha messo a punto un "Worldwide Governance Indicators Project". Questa idea ha anche spinto a promuovere la creazione di buone istituzioni, attraverso programmi di assistenza tecnica: sono numerose le istituzioni sopranazionali e globali che mettono a punto programmi di assistenza tecnica a singoli Paesi per l'istituzione di un buon sistema giudiziario, di leggi anti-corruzione funzionanti, di norme efficienti per la protezione dei diritti di proprietà e di regole sulla responsabilità.

Questa riscoperta delle istituzioni ha anche prodotto riflessioni teoriche di maggior momento, che sottolineano "l'importanza delle istituzioni per la qualità dell'evoluzione dell'economia e della società" (D.C. North). Le istituzioni, ovvero le regole fondamentali del gioco, acquisiscono, in questa ottica, un ruolo essenziale, quali componenti principali del punto di partenza che condiziona il processo di sviluppo (*path dependance*)»[26].

Un esempio della potenzialità espressiva del ruolo dei soggetti istituzionali, in questo caso sovranazionali, inerisce il processo di legittimazione, da parte del Fondo monetario internazionale, della Banca mondiale, dell'OCSE, della Commissione europea, di quella concezione del diritto del lavoro come disciplina tesa ormai a «governare il mercato del lavoro e accrescere la competitività e l'efficienza dell'impresa», piuttosto che a «governare il conflitto tra capitale e lavoro»[27].

Questi soggetti, infatti, di fronte all'innegabile evidenza del problema, peraltro assai dibattuto, costituito all'interno del mercato del lavoro dal «modello di protezione lavoristico tradizionale», sia sotto il profilo dell'efficienza che dell'equità, hanno assunto «il limite di effettività del diritto del lavoro (...) all'interno di uno specifico paradigma esplicativo del funzionamento del mercato»[28].

L'esito complessivo della 'narrazione' del diritto del lavoro, concepito in questi termini, è stata l'oggettivizzazione di «un'interpretazione di portata limitata e soggetta a disputa (...) presentata come *la* spiegazione di quanto è accaduto e sta accadendo». Tali istituzioni, dunque, sono e sono state in grado non soltanto «di dettare l'agenda dell'azione politica, ma anche quella dell'analisi scientifica»[29].

In questa temperie culturale, assume particolare importanza il tema delle tecnologie di governo, con specifico riguardo agli strumenti dell'azione pubblica e al loro *modus operandi*; questi ultimi, in genere, vengono prospettati nella tradizionale logica funzionalista, nei termini cioè di «semplici scelte tecniche», orientate ai fini, riservando loro «un ambito secondario, marginale rispetto ad altre variabili quali le istituzioni, gli interessi degli attori o le loro credenze»[30].

Gli studiosi suggeriscono, perciò, un nuovo approccio agli strumenti dell'azione pubblica che tenga conto sia delle particolari «dimensioni politiche degli strumenti», nella prospettiva delle ragioni che giustificano la scelta di un dispositivo piuttosto che di un altro, sia della loro funzione come «indicatori di rottura nell'orientamento delle politiche»; approccio che consente di superare la divisione tra *politics* e *policies*[31].

E, poiché tante sono le discipline coinvolte nello studio delle istituzioni, l'osservazione del fenomeno deve considerare tutti i punti di vista, ritenendosi oramai superato il dubbio se «il punto di vista *interno* al sistema giuridico si intrecci, a vari livelli, con quello *esterno* al sistema»[32].

Chiarificatrice in ordine all'equilibrato utilizzo dei due diversi punti di vista è l'indicazione di un grande Maestro, Luigi Mengoni, che porta ad esempio gli effetti prodotti sul sistema del diritto del lavoro dallo strumento legge al quale si è fatto ricorso, nel periodo non a caso definito della legislazione vincolistica (1960-1975), per garantire una tutela particolarmente incisiva della posizione soggettiva del prestatore di lavoro, in attuazione dei principi costituzionali.

Effetti che, di fronte alla crisi economica emersa alla fine di quel periodo, lo 'shock petrolifero del 1973', si sono tradotti, a causa delle eccessive rigidità delle tutele, in una condizione di disoccupazione di lunga durata e, come alternativa, in un lavoro privo di qualunque tutela (lavoro nero).

«Fortemente deviante dal diritto comune dei contratti, la legislazione di questi anni muta definitivamente la posizione sistematica del contratto di lavoro, che diventa oggetto di una autonoma disciplina speciale, retta da propri criteri di politica del diritto e anche da principi generali propri, alcuni dei quali di rango costituzionale. Corrispondentemente, nel solco di un moto generale di rinnovamento della scienza giuridica in senso antiformalistico (o meglio in senso contrario al formalismo puro, chiuso a riferimenti extrasistemici ai fenomeni concreti della dinamica sociale), si sviluppa, a partire dalla monografia di Gino Giugni sull'ordinamento intersindacale – retrospettivamente più importante come manifesto metodologico che per i risultati pratici –, una dottrina giuslavoristica indipendente dalla scienza del diritto civile, anche se ciò non vuol dire priva di connessioni con quest'ultima e affrancata dal bisogno di ricorso alle sue categorie concettuali: una dottrina dogmaticamente più elastica, arricchita da aperture al pensiero giuridico di altri paesi, specialmente dei paesi anglosassoni, all'economia e alla sociologia del lavoro e integrata da apporti di sapere empirico, ma sempre, nelle importanti monografie apparse in questo decennio, metodologicamente controllata. Con quest'ultima espressione intendo la vigile consapevolezza che il riferimento ai dati extratestuali

(tipologicamente rilevanti) risultanti dal contesto socio-economico è necessario all'argomentazione giuridica per produrre significati normativi adeguati ai casi da decidere, ma non può sostituire il controllo di integrabilità nel sistema dogmatico della regola (concreta) di decisione ipotizzata, la quale deve essere giustificata mediante il principio di universalizzazione, che è un aspetto elementare del principio di giustizia»[33].

Astraendosi dalla particolare situazione contingente alla quale si riferisce il Mengoni, nel brano proposto si può trovare una sicura conferma della correttezza della prospettiva che pone in primo piano gli strumenti della politica e non soltanto la politica stessa, nell'acquisita consapevolezza che gli strumenti sono essenzialmente istituzioni 'in senso ampio', e cioè «dispositivi, tecniche, organizzazioni, modi di operare, procedure» che, seppure vengono utilizzati per porre in essere politiche, sono «capaci poi di avere una vita autonoma»[34].

Diventa imprescindibile, pertanto, considerare gli intrecci tra la politica e i suoi strumenti, nelle loro 'infinite' variabili, nella consapevolezza che questi ultimi non sono 'neutri'; essi sono invece fortemente caratterizzati dalle politiche che li hanno prescelti, esprimendone i valori.

Nel tempo, tuttavia, gli strumenti generano «dinamiche proprie», danno origine ad «effetti specifici» che, svincolati dagli obiettivi delle politiche, possono modificarne e distorcerne i fini[35].

Un esempio significativo che inerisce il tema specifico degli strumenti tipici dell'agire delle pubbliche amministrazioni è quello del passaggio, al quale si è già accennato, dai controlli preventivi ai controlli di attività, dettato dall'esigenza di porre rimedio all'inefficienza dei primi.

«Questi, intervenendo prima della decisione, - infatti - erano divenuti una forma di co-amministrazione, nella quale il controllore collaborava nella decisione con il titolare del potere di decisione. Per cui il controllo stesso si modificava, perdendo la sua natura, essendo il titolare della funzione coinvolto nella decisione, di cui portava in parte la responsabilità»[36].

Gli studi sulla scienza dell'amministrazione hanno messo in luce, già da tempo, che la scelta di un determinato modello burocratico è sottoposta al «reciproco condizionamento fra un certo assetto dell'amministrazione pubblica, il quadro costituzionale di riferimento e l'ambiente' o il sistema politico e sociale nel quale l'amministrazione stessa si inserisce ed è chiamata ad operare»[37].

«(L)analisi che giuristi e storici sono andati facendo, anche in senso "verticale", dello sviluppo nel tempo delle istituzioni amministrative in ordinamenti di più antica formazione, ha colto con sempre maggiore attenzione il fatto che accanto a fattori di permanenza e stabilità di tali istituzioni attraverso il variare delle vicende costituzionali, politiche e sociali, sono presenti altresì notevoli elementi di variazione collegati a quelle vicende. Sono stati soprattutto messi in evidenza i lenti, ma costanti processi di sedimentazione di nuovi istituti che - pur presentandosi all'inizio solo come parziali innovazioni o come singole modeste deroghe che non intaccavano la logica del sistema originario - hanno finito poi per moltiplicarsi modificando profondamente, da ultimo, lo stesso quadro d'insieme della pubblica amministrazione sia nei suoi aspetti organizzativi che nei suoi rapporti con gli altri poteri pubblici e con la stessa mutata realtà sociale»[38].

E, nella prospettiva della dinamica tra strumenti e politiche, ancora con le parole di Vittorio Bachelet, può farsi l'esempio della prassi amministrativa, il cui rilievo giuridico non nega l'esistenza di un 'ordinamento amministrativo' che può contrapporre la sua autonomia nei confronti dell'ordinamento generale vigente[39].

«Infatti non si è affatto escluso che lo stesso ordinamento generale possa prevedere (anzi non potrebbe non farlo) ambiti discrezionali per l'attività della pubblica amministrazione e persino - in casi particolari - deroghe su punti singoli esplicitamente indicati a norme o principi vigenti nell'ordinamento generale; si disse allora (e si conferma qui) che la vita concreta, il potere normativo esterno e interno della pubblica amministrazione, la sua attività, il suo stesso concreto strutturarsi negli uffici e nei reciproci rapporti fra di essi configurano bensì una specie

di sistema organizzato (...): ma non un sistema avente vigenza autonoma o contrapposibile a quella dell'ordinamento generale, sibbene un sistema che di quell'ordinamento è solo una parte, in esso si fonda, nelle sue norme e nei suoi principi trova la regola fondamentale e inderogabile della propria esistenza e attività; che può cioè non solo applicare ma anche completare, integrare quelle norme e quei principi, ma mai disattenderle (salvo esplicita deroga del costituente o – se consentito – del legislatore).

Tutto ciò premesso, resta da vedere come, attraverso – gli strumenti giuridici (norme costituzionali, leggi, regolamenti, concreta esperienza della prassi) si è andato definendo il quadro delle nostre istituzioni amministrative»[40].

3. – La dinamica tra strumenti e politiche nella prospettiva costituzionale e sovranazionale

Dinamiche, queste, che si possono determinare negli ordinamenti costituzionali dove è, comunque, la Costituzione «il luogo nel quale i fini della società, presente e futura, vengono stabiliti»[41].

Vero è che la legge è deputata a dispiegare

«questi fini, a specificarli: e a stabilirne di nuovi, non previsti dai costituenti, ma compatibili con i fini che i costituenti hanno stabilito una volta per tutte. In questo modo le generazioni successive a quella che si è data la Costituzione si affrancano, da quella generazione: e quando ambiscono ad una libertà ancora maggiore, attivano i meccanismi di revisione costituzionale.

I fini, come quelli degli individui, sono concatenati in una sequenza in cui fini più vicini costituiscono mezzi rispetto ad altri meno prossimi che a loro volta sono mezzi per il raggiungimento di fini più lontani, e così via.

Questa relazione fini-mezzi e la qualificazione di ciascun fine come mezzo rispetto ad altro fine sono già evidenti nella Costituzione»[42].

Costituzione, quella italiana, che racchiude principi «la cui portata è di per sé espansiva, cioè capace di applicarsi anche a realtà fattuali, o tecniche, ulteriori rispetto a quelle cui guardava chi ha scritto quei testi»[43].

Costituzione che:

«parla innanzitutto il linguaggio della storia. Essa contiene e in qualche modo riassume i tratti di una secolare evoluzione, in cui si condensano principi divenuti patrimonio tendenzialmente universale e permanente. Diritti fondamentali, di libertà e sociali, eguaglianza degli individui pur nella diversità delle situazioni e delle funzioni, doveri di solidarietà, principio di legalità e garanzia, attraverso apposite istituzioni, dell'applicazione delle leggi e dell'osservanza dei diritti e dei doveri, cura degli interessi generali affidata ad autorità di diverso livello territoriale, espressioni dirette o indirette delle stesse collettività, sono gli elementi essenziali di questo "deposito" storico, che connota in qualche modo la stessa identità della società politica che noi chiamiamo "Stato" o, nel linguaggio della Costituzione, "Repubblica".

A questa "identità" storica di ordine generale si aggiungono e si sovrappongono, come sottolineature o come specifici sviluppi o applicazioni, i tratti distintivi della storia italiana»[44].

E, la dinamica tra fine nella scelta politica e gli strumenti, riferimento essenziale nel momento della scelta della forma di governo ma anche nei momenti di cambiamento necessari per adeguare il sistema alle mutate esigenze che nascono da nuove istanze sia a livello interno che esterno, o come si detto, al susseguirsi delle generazioni, si rende particolarmente evidente, ad esempio, nella disposizione dell'articolo 97, I c., della Costituzione, ove si consideri la riserva di legge in essa contenuta solo come strumento per garantire il fine pubblico dell'imparzialità e del buon andamento, al quale deve dunque essere necessariamente improntata l'attività amministrativa di organizzazione.

Passando dal piano dell'enunciazione dei principi costituzionali al piano della loro realizzazione ad opera del legislatore, la relazione fini-mezzi, nell'agire dell'amministrazione, è particolarmente evidente nella nuova disciplina del pubblico impiego, espressa nel d. lgs. n. 165 del 2001.

Ne sono esempio l'articolo 4 e l'art. 16, I c., lett. b).

Dal combinato disposto delle due norme, infatti, si ricava una progressione, per così dire discendente, secondo la quale il legislatore, tendendo alla realizzazione del fine pubblico dell'imparzialità e del buon andamento, affida agli organi di governo il potere di indirizzo politico amministrativo che, appunto, consente la predisposizione degli obiettivi e dei programmi che devono essere realizzati (art. 4).

Ai dirigenti generali, secondo la disposizione contenuta nell'art. 16, I c., lett. b), è demandato poi il compito dell'attuazione di quegli obiettivi che «non sono altro che fini»; e i dirigenti generali, a loro volta, traducendoli in progetti, che costituiscono anch'essi dei fini, ne affidano l'attuazione agli altri dirigenti, precisando gli obiettivi loro assegnati dagli organi di governo.

I fini indicati dal legislatore, così come descritti nella progressione segnalata, dunque, si esplicano in termini di rapporto mezzi-fini anche all'interno di ogni singola amministrazione[45].

Allora, se non è revocabile in dubbio, che l'organizzazione amministrativa degli apparati, intesa sia come struttura che come attività, deve perseguire i fini indicati dalla norma costituzionale (art. 97 Cost.), questo può avvenire, ad esempio, secondo due modelli assai diversi tra loro: uno analitico e l'altro sintetico,

«(n)el primo il fenomeno organizzativo viene scomposto in una serie di unità elementari, ciascuna definita dalla legge in termini di atto amministrativo, dotato di una specifica regolamentazione quanto all'oggetto, al procedimento e al fine, e come tale sindacabile tanto in sede di controllo che di giurisdizione; questo modello si fonda sull'ipotesi che i caratteri che la Costituzione impone all'organizzazione possano essere meglio garantiti da una loro pervasiva presenza e incidenza in ogni momento rilevante del fenomeno e che il risultato finale sia dato, per così dire, dalla somma delle conformità ai citati fini di ogni singolo atto.

Nel secondo modello l'ordinamento riferisce invece la valutazione dell'imparzialità e del buon andamento a complessi di vicende, o a risultati, intermedi o finali, liberando i singoli atti interni a ciascuna vicenda considerata dal carattere funzionale (e da quel che ne consegue), e quindi assumendo come oggetto di valutazione non più l'atto ma l'attività»[46].

Ma la cornice di riferimento, all'interno della quale si deve condurre l'analisi delle ragioni del processo di riforma del pubblico impiego che, scontando una notevole approssimazione, si possono definire storico-giuridiche e socio-economiche deve necessariamente ampliarsi fino a considerare, oltre i principi costituzionali, quelli sovranazionali, nella prospettiva della *globalization of law*.

Processo che se generalmente viene inteso come:

«la formazione di un diverso ordine giuridico, oltre lo Stato, prodotto dalla "fuga dallo Stato" (...) è, in realtà, molto più complesso. Da un lato, in esso sono presenti due componenti: l'internalizzazione del diritto internazionale e l'internazionalizzazione del diritto interno (quindi non è vero che si forma un diritto esclusivamente extrastatale). Dall'altro, oltre lo stato non si è andato formando un ordine giuridico generale e unitario, ma un insieme di ordini giuridici»[47].

Diverse sono le branche del diritto che all'interno degli ordinamenti degli Stati subiscono le pressioni esterne indotte da tale cambiamento e a questa mutata situazione si devono adattare così il diritto costituzionale come specificamente il diritto amministrativo e il diritto del lavoro.

Diventa mutevole e si complica, dunque, infinitamente il quadro dei principi che devono fungere, secondo una progressione discendente, da criteri ordinatori per l'azione della pubblica amministrazione anche nel momento della scelta degli strumenti giuridici, ad esempio la scelta fra quelli autoritativi o quelli consensuali, che essa deve utilizzare per perseguire l'interesse generale[48].

E, anche se il processo di globalizzazione non incide con la medesima intensità nel diritto del lavoro del settore pubblico e del settore privato:

«(l)a globalizzazione economica costringe gli apparati statali a cambiare, a darsi strutture amministrative più adeguate alle sfide che essa impone, determinando sul piano

sovranaZIONALE e globale, convergenze funzionali tra i diversi sistemi statali che interagiscono con le divergenze strutturali e istituzionali di ognuno di essi, divergenze che continuano a permanere: di regole costituzionali, legali, amministrative, di orientamenti culturali, di modelli di *governance*, ecc.

I processi di cambiamento globali mettono, dunque, sotto tensione gli apparati di governo e le burocrazie, si spingono sino a condizionare direttamente i metodi di gestione delle risorse umane e le relazioni sindacali, sia nella amministrazione centrale (riconducibile alle strutture statali), sia nei diversi settori del pubblico impiego allargato.

Nei processi di cambiamento degli apparati pubblici si evidenzia, così, in vitro, il fenomeno di convergenza interattiva tra globalizzazione economica e giuridica che produce, al contempo, divergenza negli strumenti e convergenza delle funzioni degli stessi, giusta un'osservazione ormai costante nella comparazione tra istituti giuridici»[49].

In questa visione più ampia emergono evidenti tensioni in relazione al profilo fondamentale delle fonti, ovvero dei rapporti tra i diversi livelli di produzione normativa che sono profondamente mutati, inducendo un'incisiva modifica del concetto stesso di *diritto dello Stato* inteso nel suo significato «di un diritto creato esclusivamente dallo Stato e posto esclusivamente al suo servizio», tutto incentrato sulla «sovranità della 'persona' statale».

«(Q)uesta nozione non è più riconoscibile con la chiarezza di un tempo, come realtà politica operante. Forze corrosive sono potentemente all'opera dalla fine del secolo scorso tanto all'interno quanto all'esterno: il pluralismo politico e sociale interno, che contesta l'idea stessa di sovranità e di soggezione; la formazione di centri di potere alternativi e concorrenziali con lo Stato, operanti nel campo politico, economico, culturale e dell'esperienza religiosa, spesso in dimensioni totalmente indipendenti dal territorio statale; la progressiva istituzionalizzazione, talora promossa dagli Stati stessi di 'contesti' che ne integrano i poteri in dimensioni sovrastatali, con ciò sottraendoli alla disponibilità degli Stati come singoli; perfino l'attribuzione ai singoli individui di diritti che essi possono far valere contro gli Stati di appartenenza, di fronte a giurisdizioni internazionali»[50].

Dagli anni novanta si sviluppa l'idea di un '*soft constitutionalism*' sovranazionale; un tipo di costituzionalismo che, abbandonando l'idea di unitarietà e gerarchia fra i diversi ordinamenti, tratteggia un «sistema di governo come una struttura post-moderna di '*governo reticolare*' (e dunque talvolta predilige il termine *governance*) e la stessa forma giuridica come una forma '*destrutturata e multiforme*'.

Si tratta di un modello di costituzionalismo cooperativo e non gerarchico, di una 'integrazione intercostituzionale', di una tutela multilivello che preveda però soglie inderogabili di trattamento, presidiate da norme imperative e da clausole di non regresso, che dovrebbero definire gli elementi di uniformità e gli elementi di differenziazione dei diversi ordinamenti»[51].

Un *soft constitutionalism* che, rigettando l'idea che solo la politica e il mercato debbano forgiare i processi materiali di allocazione e redistribuzione delle risorse, mantiene ferma la priorità del diritto nella tutela dei valori di libertà, eguaglianza e solidarietà, già presenti nelle costituzioni europee e nello stesso ordinamento europeo, e propone una sequenza di principi comuni alla luce dei quali devono essere risolti gli eventuali conflitti fra gli ordinamenti di differente livello[52].

Dunque l'emersione di quella particolare e 'nuova fenomenologia istituzionale' che va sotto il nome di *governance*, quale strumento capace di contribuire a «forgiare le regole giuridiche, e le modalità della loro assunzione», indipendentemente dalla loro dimensione nazionale o sovranazionale corrisponde alla 'crisi' della legge, intesa come «pilastro essenziale del cosiddetto *stato di diritto*» ma anche come «mezzo giuridico per eccellenza della democrazia rappresentativa».

Sono, dunque, le strutture verticali di autorità ad essere messe in discussione, e tra queste soprattutto la legge: nei confronti di questa, infatti, i rapporti economici e la competitività inducono tensioni sempre maggiori; e la tendenza è quella di dare soluzione agli innumerevoli problemi mediante decisioni giudiziarie (*governance giudiziaria*) o soluzioni pattizie (*governance contrattuale*)[53], considerate come

strumenti flessibili ed efficaci, capaci di consentire l'adeguamento del diritto ai continui mutamenti della realtà, appunto «in antitesi con la rigidità delle leggi»[54].

4. – L'apertura cognitiva del diritto del lavoro ad “altri saperi”

Il rapporto reciproco e le tensioni tra le istituzioni, la politica e i suoi strumenti, brevemente descritti, costituiscono indubbiamente, come si è detto, anche la cornice di riferimento delle trasformazioni che hanno interessato, negli stessi anni, il diritto del lavoro.

Oggetto della sua disciplina infatti, nell'accezione più ampia, è il diritto al lavoro, 'l'esponente di spicco' dei diritti sociali, 'terza generazione dei diritti fondamentali': ne condivide, dunque, l'essenza': ed è espressione di un interesse che può essere garantito «solo o in larga prevalenza mediante comportamenti attivi dei poteri pubblici»[55].

Da questo punto di vista determinante è la trasformazione inerente il rapporto tra la tenuta dei diritti sociali costituzionalmente garantiti e l'obbligo di adeguamento dei diritti nazionali all'ordinamento europeo, giacché

«le Costituzioni europee sono il punto di sutura, e quindi di tensione, di un processo di disarticolazione dello Stato nazionale, verso l'alto, ossia verso l'Unione, e verso il basso, ossia verso i governi territoriali. Questa disarticolazione riguarda sia il ruolo economico sia l'autorità normativa dello Stato, due funzioni cruciali nella prospettiva dei diritti sociali, la cui protezione richiede tipicamente un'azione dello Stato sia di tipo economico (prestazioni e intervento pubblico nell'economia) sia di tipo normativo (iscrizione di diritti e obblighi nei rapporti interprivati). La tensione costituzionale riguarda anche i valori: i principi costitutivi dell'Unione europea evidenziano il rilievo centrale del mercato rispetto ai diritti sociali, che invece nella nostra Costituzione non sono postergati alle libertà economiche (diverso essendo il valore della 'riserva' del possibile e del ragionevole, ossia il limite delle risorse finanziarie dello Stato come misure di realizzazione dei diritti sociali»[56].

Le trasformazioni che si sono susseguite negli ultimi decenni, dunque, hanno inciso nel profondo il diritto del lavoro, 'capitolo dell'ordinamento sociale', nei termini indicati dal Neumann, capace più di qualunque altro di fungere da 'laboratorio politico-giuridico' e, in quanto tale, 'strumento potentissimo' nell'organizzazione materiale della società; capace, in altri termini e sino ad ora, di istituire una «connessione o corrispondenza (...) tra *nomos*, inteso come posizione di regole astratte e generali, e *ordinamento giuridico*, comprendente il concreto ordinamento politico e sociale della comunità». E appunto tale connessione sembra essersi spezzata[57].

«Il legame del diritto del lavoro con la politica è, peraltro, soltanto la punta più visibile di un'intersezione assai più capillare – tanto a livello di elaborazione politico-scientifica a monte, quanto nelle dinamiche interpretative a valle – fra il sapere giuridico e altri saperi che si applicano agli stessi oggetti ai quali il discorso giuridico si riferisce, o che da esso sono (come sfondo reale dei problemi giuridici) presupposti; saperi, insomma, che insistono nel medesimo contesto del quale anche il diritto del lavoro (con l'insieme dei materiali, normativi e puramente discorsivi – come i commenti e le riflessioni dottrinali -, che lo compongono) fa parte»[58].

Del resto, da tempo, il giuslavorista ha acquisito la consapevolezza del fatto che se è vero che le scelte degli strumenti per governare il mercato del lavoro, e al suo interno l'organizzazione di lavoro, sono legate a scelte di politica del diritto, è anche vero che, da quando la crisi economica ha assunto il carattere della strutturalità, secondo un *trend* in continua ascesa, al complicarsi della *situazione* è corrisposto un crescente impegno di studio e approfondimento che ha mosso l'attenzione di molti dal diritto dell'economia all'economia del diritto[59].

L'ineludibile confronto con *altri saperi* tra i quali assumono una rilevanza particolare le c.d. *scienze umane* o *sociali* ha condotto il giuslavorista ad apprezzare i

modelli organizzativi suggeriti dalla disciplina dell'organizzazione aziendale quali strumenti più congrui per assicurare l'ottimizzazione della produttività anche nella Pubblica Amministrazione, riservando, ovviamente, una particolare attenzione al contesto specifico nel quale devono essere applicati[60].

Assai più complesso e ricco di tensioni è il rapporto tra diritto del lavoro ed economia: il processo di innovazione tecnologica e il fenomeno della globalizzazione, infatti, nello scorcio del secolo scorso, come si è detto, hanno accentuato «l'esposizione del diritto all'economia», incidendo particolarmente la nostra disciplina [61].

Vero è che tradizionalmente, nell'angolo visuale del giuslavorista, non viene negata la necessità di razionalizzare i processi economici ma la si considera nella prospettiva della questione sociale, al fine di prevenire situazioni di conflitto nella società; solo limitatamente tale necessità è stata considerata in relazione alla disciplina delle condizioni minime della concorrenza tra imprese.

Si prospetta, dunque,

«(u)n diverso accostamento (...) leggendo le regole giuridiche del lavoro come un pezzo del diritto dell'economia, del diritto della concorrenza e del diritto dei mercati: un diritto che si presta ad essere letto non soltanto sotto il profilo tradizionale (e pur sempre attuale) della tutela del c.d. contraente debole, ma anche sotto quelli concorrenti della conservazione di livelli adeguati di benessere sociale, della razionalizzazione del sistema produttivo secondo modelli di comportamenti economici più avanzati, della regolamentazione delle forme di concorrenza tra gli imprenditori, del miglioramento della qualità dei processi di produzione di beni e servizi (...), così da assumere il carattere non soltanto di "diritto distributivo di tutele e risorse" ma anche, nello stesso tempo, di "diritto della produzione".

Non, o non soltanto, un diritto della persona, dunque, ma un diritto dell'economia che dà ordinamento alla pratica mercantile (e a quella delle pubbliche amministrazioni), indirizzandola e conformandola secondo obiettivi socialmente apprezzabili, e verso modelli di competitività del sistema ispirati alla valorizzazione della persona, della sicurezza, della professionalità individuale e collettiva, alla riduzione dei bisogni, alla contrazione dei costi sociali (...)»[62].

Mutamento di prospettiva, questo, che avrebbe potuto innescare un circuito virtuoso interrotto, invece, dal progredire incessante della crisi economica globale che ha generato, nei diversi settori di intervento, provvedimenti spesso *alluvionali*, mirati a far fronte a contingenti situazioni di crisi a livello locale o semplicemente a consentire i necessari adattamenti richiesti dal mutato contesto sovranazionale.

Nell'assenza di una visione sistemica e di una programmazione complessiva, la scelta delle tecniche e degli strumenti spesso non è stata coerente né è stata accompagnata da azioni capaci di coinvolgere e motivare tutti gli attori. Nel lungo periodo si è generato, dunque, un sistema di regole stratificate di difficile interpretazione, applicazione e condivisione[63].

Ora, se non è revocabile in dubbio che la prospettiva giuridica ben possa condividere le ragioni dell'efficienza economica:

«(t)uttavia, se l'economia chiede al diritto di garantire un quadro normativo più adatto al raggiungimento di obiettivi di efficacia/efficienza economica, viene quasi automatico rispondere che il diritto – e quello del lavoro in particolare – promuove anzitutto obiettivi di giustizia, rispetto ai quali l'obiettivo dell'efficienza economica dovrebbe essere subordinato. In questa prospettiva il diritto del lavoro, assai più del diritto civile, afferma la propria assiologia rispetto al discorso economico in quanto attribuisce primaria importanza alla redistribuzione basata sulla ricognizione di una disuguaglianza delle parti»i[64].

La *ratio* di tutela che caratterizza il diritto del lavoro e che scaturisce dai principi costituzionali, dunque, se da un lato segna limiti invalicabili al legislatore che voglia riformare la disciplina dei rapporti di lavoro, dall'altro, postula scelte orientate non solo, ma anche, al rispetto delle regole dettate dalle contingenti condizioni economiche del Paese.

E allora, l'obiettivo non può essere se non quello di raggiungere il giusto equilibrio nella continua dialettica tra l'«essere socio-economico (l'insieme dei comportamenti tenuti dai soggetti nella loro obiettività storica) e – il – dover essere giuridico (l'insieme delle norme di comportamento rese effettive dalle rispettive sanzioni)»[65], ineludibile nella realtà dei rapporti sociali, in specie nel rapporto di lavoro a ragione della formale e sostanziale disegualianza delle parti.

Disegualianza nella quale si radica, appunto, il particolare significato assiologico del diritto del lavoro.

Il rispetto di quell'essenza intoccabile e dei principi costituzionali segna, pertanto, il limite invalicabile della discrezionalità delle scelte politiche e dei conseguenti interventi del legislatore.

Questo non significa certo negare la necessità di un adeguamento della disciplina; sono, al contrario, sotto gli occhi di tutti i profondi mutamenti di ordine sociale, economico, antropologico e sul piano dei sistemi produttivi che lo impongono.

Il diritto del lavoro, infatti, per mutuare una felice espressione di Lyon Caen: «non si trova dietro di noi, ma è davanti a noi».

«Dietro di noi vi sono profondi cambiamenti sociali che hanno mutato il quadro di riferimento del diritto del lavoro. La sua struttura monolitica, pensata per una società che non c'è più, è venuta meno. Il sogno di una piena occupazione è stato rimesso nel cassetto proprio quando sembrava a portata di mano. Giugni ha parlato di "una fase di vera e propria piena occupazione strutturale". Quindi si sono affacciate nuove forme di disoccupazione, a partire dagli anni '70, e nuove povertà, poi le migrazioni bibliche, provenienti dal sud e dall'est, che hanno trovato impreparate molte delle nostre società.

Ma vi è di più. Abbiamo assistito anche ad un profondo cambiamento antropologico che ha interessato direttamente quella che chiamavamo classe operaia, uso questa espressione mutuandola da Ernesto Balducci, che la riferiva all'evoluzione dei soggetti della politica negli anni '80 e '90 del secolo scorso (...).

Ed il mutamento non riguarda solo la diversificazione tra i fortunati abitanti della cittadella, i cosiddetti *insiders*, ed i nuovi paria che stazionano nelle periferie del lavoro, gli *outsiders*, ma si incunea anche all'interno dello zoccolo duro dei garantiti, epigoni di quella classe operaia che, in un fortunato contesto, ha guadagnato i più alti livelli di garantismo legale ed ha affermato la centralità della fonte contrattuale e dei suoi soggetti.

Il diritto del lavoro, dopo tutto ciò, scivola sempre più sul piano inclinato della frammentazione dei tipi e delle tutele, alcuni dei principi che hanno caratterizzato la sua storia vacillano, come quello dell'inderogabilità, e la prospettiva di una sempre più marcata neo-individualizzazione è una sirena che canta con voce suadente»[66].

Vacillano, dunque, quei valori non negoziabili, i diritti fondamentali della persona, per i quali la nostra Carta costituzionale ha previsto un 'sistema di bilanciamento' di 'perenne attualità' e quei principi fondamentali contenuti nel titolo dedicato ai rapporti economici che, 'opportunitamente rivisitati', devono guidare quella necessaria fase di adeguamento dell'odierna realtà[67].

Essi devono, al contrario, essere calcolati «in *prededuzione* nella definizione del costo di una operazione economico-produttiva»; non si può, infatti, condividere l'idea che il limite di tali diritti sia costituito dalla tollerabilità del loro costo all'interno di una società in un determinato momento storico[68].

5. – La crisi di identità del diritto del lavoro ...

Matura così la consapevolezza che la crisi di identità del diritto del lavoro debba condurre a prospettarne un futuro nel segno di una attenuazione dell'enfasi, posta tradizionalmente, sul suo essere un *diritto diseguale*: l'insieme delle norme, cioè, poste a tutela del lavoratore subordinato, contraente debole, nei confronti del datore di lavoro, nella visione, piuttosto angusta, del conflitto interindividuale-collettivo.

E punto focale della riflessione dottrinale diviene, altresì, il mutamento nella logica del sistema produttivo: il processo di scomposizione dell'impresa e il connesso fenomeno della esternalizzazione di fasi o segmenti di essa che fanno apparire fisiologici aspetti, prima considerati patologici. Fenomeno, questo, «sintomatico del passaggio dal *fordismo* – di cui è icona la fabbrica verticalmente integrata – al *post-fordismo* caratterizzato dall'impresa a rete»[69].

Si rileva, pertanto, «l'appannarsi sul terreno sociale della identità del lavoratore subordinato», come effetto della fine del fordismo, da un lato, e «la progressiva 'specializzazione' degli statuti del lavoro subordinato, che rende il diritto del lavoro sempre meno uniforme e universale», dall'altro.

Un profondo 'sommovimento di certezze'!

Sommovimento che consegue alla perdita dell'immagine unitaria della subordinazione', in reciproca relazione con la pluralizzazione delle tipologie normative del rapporto di lavoro che fa venir meno «la tensione verso un sistema di garanzie uniformi e di applicazione universale»[70].

La risposta del legislatore, una risposta 'politica', per riprendere il punto nodale del 'rapporto tra politica e strumenti', è stata, dunque, una serie di interventi tesi alla 'flessibilizzazione dell'apparato garantistico' ottenuta,

«attraverso formule di decentramento o devoluzione normativa a sedi amministrative, sindacali o tripartite; al superamento di tecniche di normazione astratta e generale in favore di più duttili discipline del caso concreto; si pensi (...) al moltiplicarsi dei criteri di integrazione e raccordo tra legge e contratto collettivo; o all'alterazione, sia pure in guisa di eccezione, del tradizionale principio di inderogabilità in peius tra fonti eteronome e fonti autonome. Fenomeni questi, che, pur non intaccando il nucleo centrale e la fisionomia tradizionale dell'ordinamento del lavoro, concorrono (...) a caratterizzarlo e sono comunque sintomi di trasformazioni profonde»[71].

E, la dottrina, dal suo canto, di fronte a questa evidente modificazione e frammentazione dei sistemi produttivi e di organizzazione del lavoro, si interroga sulla tenuta dell'oggetto scientifico della disciplina, considerata sino ad allora 'statuto protettivo' del solo lavoratore subordinato ex art. 2094 c.c.[72].

Si è parlato a questo proposito di 'dissesto del paradigma originario' del diritto del lavoro, con ciò volendo significare, appunto, il lungo e travagliato processo di erosione del concetto tradizionale di subordinazione che ha affaticato per lustri gli studiosi, dividendoli tra i fautori della perdurante idoneità della fattispecie tipica ex art. 2094 c.c. a costituire l'oggetto stesso della disciplina lavoristica e coloro che, invece, hanno posto in dubbio la sua tenuta sino a negarne l'attuale funzione[73].

Del resto, secondo un'intuizione lontana nel tempo ma non per questo meno attuale, «il processo genetico della nozione di subordinazione ha condotto a risultati che, apparentemente acquisiti, richiedono invece pur sempre un'opera di verifica dei presupposti e dei fini in presenza e in vista dei quali essi sono stati raggiunti»[74].

Prospettiva questa senz'altro condivisibile che richiede l'ulteriore precisazione che la crisi della nozione di subordinazione, e il dibattito che si è sviluppato intorno a questo tema, corre lungo la direttrice che la pone in alternativa alla nozione di autonomia ricavabile in negativo dall'art. 2222 c.c., e dunque non tocca il diverso profilo dell'apertura del diritto del lavoro alla regolazione del lavoro pubblico.

Ciò che rileva a questo fine è raccogliere gli esiti di quel dibattito relativo allo «slittamento tra il diritto del lavoro e il suo oggetto» o, detto in altri termini, alla 'sfasatura' tra il sistema di protezione e le forme reali di lavoro che, però, non può essere imputata esclusivamente alla crisi della nozione dogmatica di subordinazione, bensì alla consapevolezza che la differenza tra le garanzie accordate non può più considerarsi «razionalmente fondata su fattori di distinzione condivisi»[75].

Sotto un profilo 'propriamente teorico-speculativo', sembra, allora, particolarmente proficua, la prospettiva di una *vis expansiva* del diritto del lavoro subordinato oltre la subordinazione, «escogitando tutele parallele e financo

coincidenti», sino alla sollecitazione che «il diritto del lavoro debba – pena il ridursi progressivo del proprio oggetto – appropriarsi del lavoro autonomo»[76].

La necessità di determinare nuovi modelli, che siano idonei a regolare gli attuali fenomeni di trasformazione dei processi produttivi, e soprattutto l'esigenza di rimodulare le tutele connesse alle diverse forme di lavoro e alle categorie qualificatorie del diritto del lavoro, è stata così autorevolmente segnalata e dibattuta ben oltre la contrapposizione tra i due tipi di lavoro, subordinato e autonomo, della quale peraltro si pone in dubbio la motivazione obiettiva e la rispondenza ad una esigenza logica, storica e ontologica.

Si propone in alternativa una lettura delle norme costituzionali sul lavoro che conduca ad affermare che sono i 'lavori' e, dunque, il lavoro in tutte le sue forme e applicazioni, secondo il principio sancito dall'articolo 35, che il legislatore costituente ha voluto indicare per il raggiungimento del progresso materiale della società[77].

Si auspica così l'introduzione di un regime protettivo 'globale e dinamico', in contrapposizione a quello allora attuale 'protettivo ingessato',

«che (...) contribuisce a riprodurre un mercato del lavoro schizofrenico fra *insiders* e *outsiders*, secondo linee divisorie di età, genere, territorio, lo Statuto dei lavori intende fornire una risposta, tributaria alla suggestione del lavoro *sans phrase* e tradotta nella figura suggestiva di una "concentricità delle (fattispecie e delle) tutele". L'esistenza di una pluralità di cerchi che insistono con raggi diversi sullo stesso centro rende visivamente percepibile una politica del diritto garantista, ma anche relativamente flessibile: garantista perché costruita sull'idea-forza del lavoro personale sempre e comunque meritevole di una tutela individuale e, se possibile, collettiva, tale da assicurare una copertura crescente dal cerchio più esterno (il lavoro senza aggettivi) a quello più interno (il lavoro subordinato); flessibile, perché realizzata tramite una graduazione di quella stessa tutela, idonea a sdrammatizzare la mobilità da cerchio a cerchio.

Niente da dire, una bella immagine per una bella politica del diritto. Essa, però, riesce "artificiosa" perché fornisce l'impressione che lo Statuto dei lavori sia costruito su un crescente arricchimento della dote garantista prevista per il lavoro senza aggettivi, mentre la realtà è tutt'affatto diversa, perché è di fatto articolato su un progressivo depauperamento della dote protettiva prevista per il lavoro subordinato dal regime esistente»[78].

L'idea complessiva che si può trarre dal dibattito, cui si è brevemente accennato, è comunque quella che le diverse prospettazioni alle quali si è fatto riferimento denotino la comune esigenza di ridefinire l'ambito di applicazione del diritto del lavoro.

Esigenza necessitata, inoltre, dal profondo cambiamento indotto da quel 'progetto di società europea' del quale fanno parte gli ordinamenti nazionali, con ciò assumendo l'obbligo di armonizzare le proprie categorie concettuali alla normativa comunitaria nella sua continua evoluzione.

Nel caso specifico dell'Italia, tuttavia, si pone il problema di non facile soluzione del contemperamento tra il rispetto di quell'obbligo e il rispetto dei principi della nostra Carta costituzionale. Si è già sottolineato, infatti, che il diritto al lavoro è enunciato come principio fondamentale, non solo in forma esplicita nell'articolo 4, ma implicitamente nelle disposizioni degli articoli 1, 2 e 3, e diffusamente nel titolo III intitolato ai rapporti economici (artt. 35-41, 46)[79].

Dal riconoscimento del diritto al lavoro come diritto costituzionale, ancora, solo per fare un cenno, proprio per 'il tipo di Stato' al quale i nostri padri costituenti hanno voluto dar vita, già Costantino Mortati faceva discendere il corollario che

«il promovimento delle condizioni per soddisfarlo corrisponde ad un vero e proprio obbligo giuridico dello Stato, da adempiere con l'osservanza delle norme tecniche che rendono idonei al fine i mezzi da impiegare e con il gradualismo consigliato dall'opportunità politica, ma il cui adempimento non può essere sospeso se non per eventi di forza maggiore»[80].

Certo lo scenario entro il quale si svolgeva quel dibattito è profondamente mutato e sempre più il processo d'integrazione europea, pur nei limiti del principio di sussidiarietà, influenza la scelta delle politiche e dei mezzi per soddisfarle, ma tale

scelta deve comunque salvaguardare quel nucleo essenziale di valori che nella nostra Costituzione affermano e promuovono la solidarietà sociale.

La sanzione del diritto al lavoro, perciò, sottrae «alla discrezionalità legislativa e politica dei poteri costituzionali, se non il come, certo il se della concretizzazione delle condizioni *che lo rendono effettivo*»[81].

Dunque, se è vero, come afferma D'Antona, che nel 'progetto di società europea' il diritto al lavoro resta ancorato al "nesso tra crescita e occupazione", è anche vero che:

«(i)l diritto al lavoro perde anche qualcosa, rispetto ai densi riferimenti storici che lo connotano, e il qualcosa è il forte orientamento all'«avere» (alla stabilità, all'uniformità). Anche il lavoro, ossia il posto, con le garanzie di stabilità, cosa che si può esprimere anche in termini di *property in job*, con il corredo di identità di *status* legata alla qualifica, sono derivazioni storiche del diritto al lavoro che tuttavia sopravanzano il nucleo essenziale e attuale della tutela costituzionale, anche perché rimandano a un modello di impresa e di organizzazione del lavoro, rigida, uniforme, durevole, che tende al declino. Il diritto al lavoro, sia come 'pretesa a' sia come 'diritto di', sembra spostare il suo baricentro, pur condensando la sua valenza assiologica e prescrittiva, sull'«essere» ossia sulla persona. Quando si parla di impiegabilità, quando si sottolinea l'irrinunciabilità di una tutela che assicuri a chi cerca, o cerca di conservare, il lavoro, uguali punti di partenza ma non di arrivo; quando si indica nelle strategie di sostegno del lavoratore nel mercato del lavoro il meglio che l'approccio micro-economico può fare in aree di alta disoccupazione (fermo restando che senza sviluppo non si creano posti di lavoro); quando infine si denuncia il carattere risarcitorio del nostro welfare e l'assenza o quasi di forme di sostegno del reddito universali e orientate a favorire la riallocazione nel lavoro, e non invece l'autoesclusione a carico dello Stato delle sole categorie che godono di ammortizzatori sociali; altro non si fa che 'prendere sul serio il diritto al lavoro' come garanzia costituzionale della 'persona sociale', aggiornandola però come garanzia dell'«essere» anziché dell'«avere»[82].

A ragione, dunque, in questa tormentata fase di riflessione, afferma magistralmente il Perulli:

«(i)l pensiero di Massimo D'Antona costituisce probabilmente la più alta e lucida rappresentazione delle forme normative che, in un quadro riordinato di identità e differenze, delineano le grandi direttrici di tendenza dell'epistemologia giuslavoristica nello scenario sociale e tecnologico del postfordismo. La chiarezza della sua dottrina è sintesi di un'analisi profonda, che, abbracciando e oltrepassando il campo di tutte le scienze sociali, guarda all'evoluzione delle istituzioni giuridiche come "parte della cultura e come fattore costitutivo, e non mero prodotto, dell'esperienza umana di un'epoca"; ed è proprio tale consapevolezza 'antropologica' che consente a D'Antona di applicare *in apicibus* il metodo giuridico postpositivista, recuperando al dominio della razionalità ordinamentale la componente politica del diritto: intesa quest'ultima come tensione valoriale e pulsione extrastatuale fondata su qualche sostanza ideale – irriducibile quindi alla mera *Rationalisierung* sociale – che costituisce l'aspetto maggiormente significativo e rilevante sia dell'elaborazione concettuale che della produzione normativa giuslavoristica»[83].

6. – ... e la sua apertura alla regolazione del lavoro pubblico

E, una sorta di processo di scomposizione analogo a quello, in estrema sintesi, delineato si manifesta anche nel settore pubblico, indotto dalla «ridefinizione del *perimetro* dell'amministrazione» come risposta all'ampliamento dei compiti delle amministrazioni pubbliche:

«nuove prestazioni e nuovi servizi nel campo dei servizi alle persone, del territorio e dell'ambiente, dell'intervento e della regolazione dell'economia (un secolo fa, per esempio, esulavano totalmente dalla sfera delle competenze delle istituzioni pubbliche attività come la tutela dell'ambiente, lo smaltimento dei rifiuti, la lotta all'inquinamento dell'aria e dell'acqua, o alla congestione del traffico urbano). Ai nuovi compiti e ai nuovi servizi si è fatto fronte anche avviando processi di esternalizzazione, e dunque trasferendo funzioni e servizi dalla mano pubblica a soggetti privati o del terzo settore o settore *non-profit*; ma l'amministrazione pubblica deve in tal caso attrezzarsi per svolgere funzioni diverse, ma non meno importanti di quelle dell'erogazione diretta di prestazioni e servizi, deve attrezzarsi per regolare e monitorare

le attività e i servizi esternalizzati, e per garantire che siano rispettati i diritti costituzionali dei cittadini, a partire dall'universalità dell'accesso ai servizi»[84].

Ed è proprio negli anni, caratterizzati dall'esigenza di costruire «una teoria del lavoro come 'istituto giuridico' decontestualizzato dalle partizioni tramandate e candidato a subentrare al nucleo originario nei suoi rapporti con la pluralità di forme differenziate situate nei diversi contesti del *facere* funzionalmente coordinato»[85], cade lo storico steccato tra lavoro privato e lavoro pubblico[86].

Si apre così il varco ad una filosofia comune del lavoro dipendente, tra le riserve di una parte della dottrina e l'impegno, assunto come 'ineludibile' per il giuslavorista da altra dottrina, a costruirne le fondamenta sul presupposto che:

«(i) rapporti di lavoro pubblico costituiscono varianti normative di quella medesima relazione sociale che nel privato veste i panni di un contratto tipico; l'autonomia scientifica del diritto del lavoro non è una nicchia di specialità nell'alveo dei diritti dei contratti. Se il lavoro subordinato tende a modellarsi, per effetto della crescente importanza delle burocrazie pubbliche e dei servizi, secondo moduli divergenti dalla figura del contratto di lavoro, non si potranno chiudere gli occhi di fronte alla complicazione dell'oggetto della materia.

In quelle riserve coglierei piuttosto un implicito monito: a non trascurare il rischio, immanente nell'ottica giuslavorista, di una visione parziale dei problemi del lavoro negli apparati pubblici, concentrata, per usare un'immagine cara a Sabino Cassese, molto sul profilo dei mezzi e poco su quello dei fini dell'azione amministrativa. Il monito vale, in particolar modo, per chi si accinge a rivisitare il tema della 'diversità' dell'impiego pubblico, tema nel quale da sempre (...) – come si è già sottolineato – si intrecciano due filoni problematici, uno dei quali riguarda propriamente lo statuto normativo del rapporto di impiego, l'altro i caratteri dell'organizzazione di lavoro negli apparati pubblici»[87].

Per converso un rischio, anch'esso 'immanente' nella prospettiva del giuslavorista, è quello di 'impadronirsi' del processo di privatizzazione del pubblico impiego, relegando in secondo piano il significato proprio e unificante degli interventi legislativi, tesi piuttosto a riformare l'apparato complessivo del sistema amministrativo.

In altri termini, il rischio che i giuslavoristi diventino 'inconsapevoli alleati' di una inversione di prospettiva giacché «i problemi del personale seguono e non precedono quelli della struttura, organizzazione e funzionamento delle amministrazioni»[88].

Ora, se non è revocabile in dubbio che la 'materia', oggetto d'intervento, ha costituito storicamente campo di elezione della riflessione degli amministrativisti, sembra difficile comprendere il perdurare dell'idea di quella pretesa separatezza tra le 'categorie concettuali' proprie del diritto amministrativo e quelle proprie del diritto del lavoro, se non considerandolo come effetto della «scarsa comunicazione tra le due discipline».

Mentre tra i giuslavoristi, infatti, si tende a valorizzare il dato oggettivo della 'evoluzione del diritto positivo' che dovrebbe decretare il superamento 'dei paradigmi analitici pubblicistici', gli amministrativisti tendono a considerare i primi «dei *parvenus*, sprovvisti della tradizione dogmatica di cui si sono ammantati»[89].

Ecco che diventa imprescindibile recuperare il significato della rete dei rapporti tra politica, fini e strumenti, di cui si è detto.

In questa prospettiva va letta la scelta del legislatore di ricorrere alle disposizioni del codice civile e alle leggi sul rapporto di lavoro subordinato nell'impresa per disciplinare i rapporti di lavoro dei dipendenti pubblici: solo uno degli strumenti, peraltro distorto nei suoi fini, per garantire l'efficienza delle pubbliche amministrazioni all'interno di un disegno complessivo di riorganizzazione di queste ultime, ancora in atto.

Il suo presupposto è:

«la riscoperta del diritto privato come mezzo 'neutro', cioè spendibile a prescindere dal fine ultimo perseguito, privato o pubblico che sia; tale, quindi, da poter essere utilizzato in base

ad un giudizio compara 'neutro' rispetto al fine ultimo – dell'attività nel suo complesso – controllabile secondo tecniche pubblicistiche, non al fine immediato dell'atto, affidato al giudizio del suo attore e sindacabile secondo le tecniche privatistiche»[90].

'Riscoperta' resa possibile dalla rilettura dell'articolo 97 Cost., suggerita dalla Corte Costituzionale, secondo la quale i principi del buon andamento e dell'imparzialità possono essere garantiti indifferentemente da un regime pubblicistico o privatistico, «dipendendo tutto da un confronto mezzo-fine rimesso al giudizio discrezionale del legislatore»[91].

E così finalmente, «dopo circa un secolo di 'norme di organizzazione' ispirate alla logica burocratica, il legislatore degli anni '90 vara un intervento legislativo edificato su 'norme di organizzazione' ispirate *veramente* alla logica dell'organizzazione»[92], sebbene i risultati sperati non siano stati raggiunti per le molteplici ragioni alle quali si è fatto riferimento.

Si può comunque affermare che gli esiti negativi segnalati trovano la loro causa efficiente nella mancata individuazione della corretta 'chiave di lettura' che avrebbe dovuto informare il cambiamento, aprendo ai presupposti teorici che hanno mosso la riforma verso la progettazione di un'organizzazione del lavoro pubblico moderna, basata sul contratto di lavoro.

Questa 'chiave di lettura', suggerita da Mario Rusciano, avrebbe dovuto consentire il definitivo superamento della pregiudiziale convinzione che l'applicazione della disciplina lavoristica sbilanci la tutela dell'ordinamento in favore dei dipendenti a discapito degli interessi dell'amministrazione.

Si è resa così evidente la «*compatibilità* fra il diritto del lavoro e l'interesse generale che pervade la prestazione di lavoro nelle pubbliche amministrazioni», nella considerazione che il diritto del lavoro, già da tempo[93],

«è incentrato sul contratto di lavoro inteso quale duttile schema giuridico, in cui trovano tutela così gli interessi del lavoratore come le esigenze dell'organizzazione, secondo un equilibrio storicamente mutevole e variamente graduabile. Perciò il diritto del lavoro – in una visione moderna e completa – potrebbe essere definito come insieme di regole per la gestione delle risorse umane nelle organizzazioni produttive. Ecco perché la sua applicazione al pubblico impiego presuppone che al centro di ogni operazione interpretativa venga posta la logica dell'organizzazione'. E questo, per il pubblico impiego, costituisce un vero 'salto' culturale o (...) il passaggio da un pianeta a un altro»[94].

Abstract

L'idea è stata quella di raccogliere, per poi suggerire, attraverso una selezione di brani di diversi Autori, spunti di riflessione sulle questioni di fondo che il processo di contrattualizzazione/privatizzazione del pubblico impiego pone al giuslavorista, chiamato da tempo a considerare la fattispecie tipica di riferimento del diritto del lavoro inclusiva del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Tali questioni, strettamente correlate, ineriscono, da un lato, l'incidenza della natura pubblica del datore di lavoro sul regime contrattuale del rapporto di lavoro privatizzato, dall'altro, l'incidenza del "vincolo di scopo" sull'ampiezza e sulla qualità dell'obbligazione dedotta in contratto dal pubblico dipendente.

This study gathers the contributions of several academics with the view of offering a critical approach to fundamental issues relating to the process of contractualization/privatization of public sector employment law, as frequently tackled by labour lawyers in trying to address the notion of employment contract in a comprehensive way. These issues, all closely connected, relate to the public status of the employer vis a vis the (privatized) employment contract and to the impact of the

peculiar public purpose in setting out the boundaries and characteristics of the relevant employment obligation.

[Per la pubblicazione degli articoli della sezione "Contributi" si è applicato, in maniera rigorosa, il procedimento di *peer review*. Ogni articolo è stato valutato positivamente da due *referees*, che hanno operato con il sistema del *double-blind*]

[1] M. RUINI, *Nel mondo della burocrazia: le tre fasi di Travet*, in *Critica sociale*, XIX, 1909.

[2] M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi della amministrazione dello Stato*, trasmesso alle Camere dal Ministro per la funzione pubblica (Massimo Severo Giannini), il 16 novembre 1979, 5-6.

[3] P. ICHINO, *I nullafacenti, Perché e come reagire alla più grave ingiustizia della nostra amministrazione pubblica*, Milano, Mondadori, 2006, 3-4.

[4] G. VALOTTI, *Fannulloni si diventa, Una cura per la burocrazia malata*, Milano, EGEA, 2009, 1-2.

[5] Per la biografia dell'illustre personaggio politico cfr. www.innovazionepa.gov.it.

[6] F. PATRONI GRIFFI, *La riforma del settore pubblico*, testo delle prolusioni all'inaugurazione del Master in Scienza dell'amministrazione organizzato dalle università La Sapienza e Luiss - Roma, 23 novembre 2012- e all'inaugurazione dell'anno accademico della SPISA- Bologna, 24 novembre 2012), in www.funzionepubblica.gov.it, dove l'A. altresì, richiamando le *Allegorie* del Lorenzetti, contrappone il buon governo al mal governo e prosegue: «il tema del buon governo ci conduce inevitabilmente a quello dell'etica pubblica, che non può andare disgiunta, ancorché ne resti distinta, dall'etica individuale, perché – come ammonisce Russell – "moralità civica e moralità personale sono ugualmente necessari". Se ci è consentito ricorrere a un'immagine – come suggerisce Francesco Forte nel recensire un libro di Ernesto Rossi sul buongoverno secondo Einaudi – si può quindi parlare di una "nozione architettonica in senso ampio del buon governo, come architettura della casa, del podere e della città, nelle sue parti private e pubbliche, in cui ciascuno è signore"».

[7] Sul punto A. POLICE, *Le risorse umane*, in *Diritto Amministrativo* (a cura di) G. SCOCA, Torino, Giappichelli Editore, 2014, 458 ss.; S. BATTINI, *Il principio di separazione fra politica e amministrazione in Italia: un bilancio*, in *RTDP*, 2012, *passim*. Per una nitida immagine della storia giuridico-amministrativa e politico-sociale dell'amministrazione italiana nel periodo che va dal 1861 al 1993: G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana (1861-1993)*, Bologna, Società editrice il Mulino, 1996.

[8] Così M. RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Bologna, Società editrice il Mulino, 1978, 16 ss.

[9] *IBIDEM*.

[10] M. D'ANTONA, *La prospettiva del diritto del lavoro*, in B. CARUSO e S. SCIARRA (cura di), *Opere*, vol. IV, *Scritti sul pubblico impiego e sulla pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè Editore, 2000, 3.

[11] A. ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, in *DLRI*, 1993, 461-462, dove l'A. osserva che il «pregiudizio ontologico» ha indotto «una lettura dell'art. 97 Cost. che non solo ha presentato tale norma come dato centrale ed esclusivo di qualificazione del problema, ma che ha fatto in essa confusamente (e talvolta addirittura inconsapevolmente) affluire significati diversi, non necessariamente coesenziali, sì da presentarla come porta di ingresso e di legittimazione dell'intera tradizione preesistente».

[12] Per una breve ma efficace sintesi: M. D'ALBERTI, *Mario Rusciano e il pubblico impiego*, in *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro. Lavoro pubblico, rappresentanza sindacale, contratto collettivo, diritto di sciopero*, Studi in onore, Torino, G. Giappichelli

Editore, 2013, 43 ss.; sul punto di particolare interesse la ricostruzione di U. CARABELLI, *La riforma del lavoro pubblico: alcune sequenze fotografiche*, in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, t. I, Bari, Cacucci Editore, 2008, 187 ss.

[13] M. RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, cit., 12.

[14] Pietra miliare nella prospettiva giuslavoristica, ma non solo, il volume di M. RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, cit.; l'opera viene definita "saggio", S. CASSESE, *Dall'impiego pubblico al lavoro con le pubbliche amministrazioni: la grande illusione?*, in *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro*, cit., 38 ss., dove Cassese osserva che essa «si colloca in quel filone di pensiero che va da Tocqueville a Dicey, a Giannini, che critica la specialità del diritto amministrativo, inteso come diritto privilegiato, dominato dagli strumenti dell'autorità, di cui si è circondata la pubblica amministrazione per un lungo periodo della sua storia, motivandoli con la necessaria superiorità dell'interesse pubblico». Sul tema nella sterminata letteratura oltre alla recente sintesi di G. MELIS, *La pubblica amministrazione: una riforma mancata*, in *GDA*, 2012, 101 ss.; ID., *La burocrazia*, Bologna, il Mulino, 2003, riedizione dello scritto del 1998; ID., *Storia dell'amministrazione italiana (1861-1993)*, cit.; M. CAMELLI *La pubblica amministrazione*, Bologna, il Mulino, 2004. Per affrontare la storia della nostra amministrazione pubblica nell'ampia prospettiva delle vicende economiche dell'Italia negli stessi anni: V. ZAMAGNI, *Dalla periferia al centro, La seconda rinascita economica dell'Italia (1861-1990)*, Bologna, Società editrice il Mulino, 1990.

[15] L. MONTUSCHI, *A proposito di mitologie nel riformismo del lavoro pubblico*, in *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro*, cit., 50; sulla diversa concezione del rapporto di lavoro nel diritto del lavoro del settore privato e del diritto amministrativo, nel quale esso è «considerato e disciplinato come elemento strutturale dell'organizzazione, per cui la disciplina dei suoi contenuti fa tutt'uno con la disciplina dell'organizzazione e dell'attività amministrative», in generale: F. LISO, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, Commentario*, dir. da F. CARINCI e M. D'ANTONA, t. I, Milano, Giuffrè Editore, 2000, 192-193.

[16] L. MONTUSCHI, *A proposito di mitologie nel riformismo del lavoro pubblico*, cit., 53. Dove l'A. riassume alcuni passaggi fondamentali del legislatore successivi alla riforma del 2009: «si va dal *bricolage* extravagante del c.d. Collegato al lavoro (l. 4 novembre 2010 n. 183) all'azione più incisiva sul personale delle pubbliche amministrazioni attraverso la c.d. *spending review* (cfr. spec. artt. 2 e 14, d. l. 6 luglio 2012 n. 95, conv. in l. 7 agosto 2012 n. 135), sino alla riforma della disciplina del mercato del lavoro (l. 28 giugno 2012 n. 92), le cui disposizioni costituiscono "principi e criteri" per la regolamentazione dei rapporti di lavoro pubblico (cfr. art. 1, co. 7). L'intesa raggiunta in sede di conferenza Unificata Stato-Regioni e Province Autonome nel maggio 2012 ha passato in rassegna numerose criticità emerse nell'attuazione della Riforma Brunetta e definito gli obiettivi di massima ai quali dovrà ispirarsi una futura iniziativa legislativa destinata a realizzare il necessario allineamento del settore pubblico al nuovo quadro normativo che s'è coagulato negli ultimi anni». E il cammino del nostro legislatore non si è fermato qui, così ad esempio, tra gli ultimi interventi il d. l. n. 101/2013 conv. dalla l. n. 125/2013 sulla riduzione della spesa per gli incarichi, sul lavoro flessibile, sul reclutamento "ordinario, sul diritto allo scorrimento delle graduatorie, etc., definito «testo impegnativo, assai corposo e soprattutto di difficile lettura» da A. TAMPIERI, *Prime osservazioni sulla legge 30 ottobre 2013*, n. 125, in *LPA*, 2013, 737 ss.

[17] B. CARUSO, *Gli esiti regolativi della "Riforma Brunetta" (come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni)*, in *LPA*, 2010, 236.

[18] Così R. GALLI, *Corso di diritto amministrativo*, V ed., vol. I, Padova, CEDAM, 2011, 153-158. Per una sintetica e nel contempo esaustiva ricostruzione del processo di cambiamento del sistema organizzativo v. *ex multis* P. TANDA, *Controlli amministrativi e modelli di governance della Pubblica Amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2012, 9, il quale sottolinea il superamento del tradizionale sistema dei controlli preventivi di legittimità essenzialmente diretto, secondo una logica improntata al «principio della statualità dell'interesse pubblico» e «alla centralità teorica del provvedimento amministrativo», a proteggere l'unitarietà dell'apparato statale e della organizzazione gerarchica dell'amministrazione dell'epoca, facendo ricorso alla verifica sulla mera legittimità formale dell'atto singolo; verifica destinata «a concludersi, a sua volta, con un altro provvedimento diretto esclusivamente ad impedire l'efficacia dell'atto controllato», (10-11) della pubblica amministrazione in quegli anni; S. BATTINI e B. CIMINO, *La valutazione della performance nella riforma Brunetta*, in *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, L. ZOPPOLI, (a cura di), Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, 255 ss.; D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005, 135-152, dove l'A. analizza le ragioni del passaggio dalla «costruzione dell'amministrazione "per atti" intorno alla quale si è per lungo tempo rassodato lo studio del fenomeno amministrativo (...) all'affermarsi di un nuovo modo di concepire l'amministrazione, efficacemente sintetizzato nella formula "amministrazione di risultato"».

[19] D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, cit., 157.

[20] *IBIDEM*.

[21] Così P. TANDA, *op. cit.*, 10 ss.; dove l'A. sottolinea che le nuove forme di controllo prevedono misure correttive non più di tipo autoritativo – sanzionatorio bensì collaborativo – correttivo, «le quali di norma portano, a conclusione della fase della conoscenza e della valutazione dell'attività svolta, all'elaborazione di una relazione il cui contenuto negativo comporta l'attivazione di meccanismi di autocorrezione ma anche di responsabilità dei soggetti coinvolti nell'esercizio dell'attività controllata».

[22] A. ZITO, *Il "diritto ad una buona amministrazione" nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno*, in *RIDPCom.*, 2002, 430-431.

[23] Ancora A. ZITO, *op. loc. cit.*; dove l'A., sottolinea «come il processo di integrazione europeo con la connessa formazione del relativo ordinamento giuridico e con la connessa nascita del fenomeno della coamministrazione sia stato fattore che, forse più di altri, ha concorso a determinare i cambiamenti (a livello normativo ma anche a livello di orientamenti giurisprudenziali) più significativi che si sono avuti nel nostro sistema amministrativo perlomeno dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana» e segnala «la centralità e la rilevanza che, dal punto di vista amministrativo, rivestono le iniziative che si registrano nella dimensione comunitaria e dunque la necessità di analizzare le medesime, quand'anche si versi ancora in una fase propositiva, con estrema attenzione» (426). Sul punto G. DELLA CANANEA, *Il rinvio ai principi dell'ordinamento comunitario*, commento *sub art. 1*, legge 7 agosto 1990, n. 241, in *Codice dell'azione amministrativa*, M.A. SANDULLI (a cura di), *Le fonti del diritto italiano*, Milano, Giuffrè Editore, 2011, 107-108, dove l'A. afferma che la norma «si estende - in virtù dell'art. 51 - anche ai poteri pubblici nazionali, ai quali spetti dare attuazione al diritto dell'Unione», traendo la conclusione che il diritto alla buona amministrazione non è decifrato esclusivamente nei medesimi termini del principio di efficienza, ma piuttosto che esso «dia nerbo alla pretesa individuale a che l'attività amministrativa si concluda entro un termine ragionevole»; per ciò che, non è sufficiente che il termine venga stabilito, ed è necessario che esso consenta «la spedita conclusione del procedimento. Verrebbe meno, altrimenti, l'effetto utile di un diritto originale, che, oltre a concorrere con altri a dare sostanza alla cittadinanza dell'Unione europea, spetta ad ogni persona». Sul tema *ex multis*: S. CASSESE, *Il diritto alla buona amministrazione*, in www.irpa.eu; F.G. SCOCA, *Amministrazione pubblica e diritto amministrativo nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *DAMM.*, 2012, 43 ss.; C. COLAPIETRO, *Una rilettura in chiave personalistica delle amministrazioni e delle dirigenze pubbliche. Spunti di riflessione*, in *LPA*, 2012, 474 ss.; D. IMMORDINO, *I principi di «buona amministrazione nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico»*, in *RAMM.*, 2011, 505 ss.; G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali, Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, il Mulino, 2009, 91 ss.; M.A. SANDULLI, *Buona Amministrazione e Costituzione europea*, in *Processo costituente europeo e diritti fondamentali*, (a cura di) A. CELOTTO, Torino, G. Giappichelli Editore, 2004, 77 ss. Sul tema della buona amministrazione nella prospettiva del giuslavorista: C. SPINELLI, *Buona amministrazione, efficienza organizzativa e produttività del lavoro: poteri e responsabilità del dirigente pubblico*, in *LPA*, 2009, 985 ss.; G. NICOSIA, *Il polimorfismo delle dirigenze pubbliche e la "buona" amministrazione*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 81/2008.

[24] D.C. NORTH, *Capire il processo di cambiamento economico*, Bologna, il Mulino, 2006.

[25] *IDEM*, 13 ss.

[26] S. CASSESE, *Prefazione*, in *Gli strumenti per governare*, P. LASCOUMES e P. LE GALES, (a cura di), Milano, Bruno Mondadori, 2009, IX, *ID.*, *Eclissi o rinascita del diritto?*, in *Fine del diritto?*, (a cura di) P. ROSSI, Bologna, Società editrice il Mulino, 2009, 29 ss.

[27] M. BARBERA, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, in *La figura del datore di lavoro articolazione e trasformazioni. In ricordo di Massimo D'Antona, dieci anni dopo*, AIDLASS, Atti del Congresso nazionale di diritto del lavoro, Catania, 21-23 maggio 2001, Milano, Giuffrè Editore, 2010, 12-13, dove l'A. inserisce tali notazioni nell'analisi delle trasformazioni alle quali è stata soggetta nel tempo la figura del datore di lavoro, soprattutto come conseguenza dei «processi di frammentazione e esternalizzazione del ciclo produttivo» (disarticolazione spaziale interna) e delle pressioni «che le libertà economiche esercitano sul diritto del lavoro nel processo di integrazione dei mercati» (disarticolazione spaziale esterna), 16-17.

[28] Ancora M. BARBERA, *op. cit.*, 13-14.

[29] Sempre M. BARBERA, *op. loc. cit.*, dove l'A. avvisa che «nel discorso neo-liberale, l'impresa, da unità del mercato, diventa espressione di una particolare *visione* del mercato, vale a dire

del mercato inteso come modalità di *governance* complessiva, che ingloba gli interessi complessivi del datore di lavoro e del lavoratore».

[30] P. LASCOUMES e P. LE GALES, *Introduzione, L'azione pubblica attraverso i suoi strumenti*, in *Gli strumenti per governare*, P. LASCOUMES e P. GALLES, (a cura di), *cit.*, 1, ai quali altresì si rimanda per l'ampia bibliografia degli studi sul tema.

[31] *IBIDEM*.

[32] R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, II ed., Milano, Giuffrè, 2008, 97; per l'osservazione del forte coinvolgimento delle 'culture specialistiche' nell'eterna riforma' del lavoro pubblico v. altresì L. ZOPPOLI, *Introduzione, La riforma del lavoro pubblico dalla "deregulation" alla "meritocrazia": quale continuità?*, in *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, *cit.*, 4.

[33] L. MENGONI, *Il contratto individuale di lavoro*, in *GDLRI*, 2000, 188-191, il quale osserva che in risposta alla crisi economica il legislatore intervenne con «provvedimenti in controtendenza rispetto alla politica legislativa degli anni precedenti, che attenuarono le rigidità garantistiche dell'impiego della manodopera (...) tenendone ferma però l'inderogabilità da parte dell'autonomia individuale e delegando piuttosto poteri di deroga all'autonomia collettiva».

[34] S. CASSESE, *Prefazione*, *cit.*, X.

[35] P. LASCOUMES e P. LE GALES, *Introduzione, L'azione pubblica attraverso i suoi strumenti*, *cit.*, 4 ss.

[36] S. CASSESE, *Eclissi o rinascita del diritto?*, *cit.*, 33.

[37] V. BACHELET, *Evoluzione del ruolo e delle strutture della pubblica amministrazione*, in *Scritti giuridici*, I, *L'amministrazione pubblica*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1981, 419 ss.

[38] *IBIDEM*.

[39] V. BACHELET, *Profili giuridici dell'organizzazione amministrativa, Strutture tradizionali e tendenze nuove*, *cit.*, 194.

[40] *IBIDEM*.

[41] G. CORSO, *Il principio di legalità*, commento *sub art. 1*, legge 7 agosto 1990, n. 241, in *Codice dell'azione amministrativa*, M.A. SANDULLI (a cura di), *Le fonti del diritto italiano*, Milano, Giuffrè Editore, 2011, 4 ss.

[42] Ancora G. CORSO, *Il principio di legalità*, commento *sub art. 1*, legge 7 agosto 1990, n. 241, in *Codice dell'azione amministrativa*, *cit.*, dove l'A. fa l'esempio della cultura che «costituisce una componente o una condizione essenziale per il pieno sviluppo della persona umana (art. 3, comma 2). L'istruzione è un mezzo per acquisire la cultura; per un giovane capace e meritevole, privo di mezzi, una borsa di studio rappresenta a sua volta un mezzo per accedere ai gradi più alti degli studi (art. 34). Il finanziamento delle borse di studio viene procurato dai pubblici poteri attingendo ai tributi (art. 53), i quali costituiscono mezzi per quel fine intermedio (la borsa di studio) che è nello stesso tempo mezzo per accedere agli studi universitari i quali a loro volta consentono di conseguire il fine ulteriore della cultura che è a sua volta mezzo per il pieno sviluppo della persona umana».

[43] V. ONIDA, *La Costituzione*, II e agg., Bologna, il Mulino, 2007, 42-45, tuttavia, osserva l'Autore, per ciò che qui sembra importante mettere in rilievo, «sarebbe del tutto erroneo vedere nella Costituzione un prodotto prevalentemente nazionale, tanto meno autarchico», infatti i principi enunciati sono «quelli degli Stati democratici europei» e spesso le formule adottate sono «mutuate da queste esperienze costituzionali, e a loro volta sono riprese da Costituzioni più recenti».

[44] *IBIDEM*.

[45] Ancora G. CORSO, *op. cit.*, 5.

[46] A. ORSI BATTAGLINI, *op. cit.*, 470 ss., dove l'A. prende in considerazione l'esempio del concorso e afferma che «è evidente come questo fondamentale strumento sia inteso a garantire, nell'interesse della pubblica amministrazione (...), la scelta dei migliori (buon andamento) e una scelta non inficiata da preferenze di tipo non tecnico-professionale (imparzialità): ma la valutazione circa il raggiungimento di tali fini attraverso lo strumento medesimo può essere riferita, in base a scelte complessive di opportunità del legislatore, tanto rispetto alla legittimità di ogni singola procedura di

assunzione, quanto rispetto all'attività di reclutamento svolta, in un certo periodo di tempo, da una determinata amministrazione; o ancora, tale valutazione può essere indotta da risultati "sostanziali" dell'attività di quest'ultima». Può darsi, in altri termini, che impiegati singolarmente assunti con ineccepibili procedure lavorino in modo inefficiente; mentre può accadere che un reclutamento meno rigorosamente controllato dia luogo a risultati positivi. Sul tema più di recente v. D. D'ORSOGNA, *Contributo all'operazione amministrativa*, cit.; M. IMMORDINO, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*, in M. IMMORDINO, A. POLICE, *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004.

[47] S. CASSESE, *Eclissi o rinascita del diritto?*, cit., 29-30.

[48] Sul punto, in merito all'alternativa tra strumento autoritativo e strumento negoziale nell'azione amministrativa, con particolare riferimento al significato del principio di equità ex art. 41, I c., della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che dovrebbe pilotare la scelta, v. A. ZITO, *op. cit.*, 434 ss.

[49] B. CARUSO, *op. cit.*, 237-239 dove l'A. sottolinea che «l'unitarietà regolativa statale risente in maggior misura di fattori di 'differenziazione regolativa infranazionale'». Con particolare riferimento ai modelli di *governance* nel diritto del lavoro: L. MARIUCCI, *La crisi della governance nel diritto del lavoro*, in *DPC*, 2011, 131 ss.; G.G. BALANDI, *Governance e diritto del lavoro*, in *idem*, 115 ss.

[50] G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, 6-7. Sul punto B. CARUSO, *op. cit.*, 236-240, il quale segnala, nella prospettiva europea, la resistenza che manifestano «i diritti amministrativi e il diritto del lavoro applicato al pubblico impiego (...) settori della regolazione - questi - dove ancora gli Stati mantengono ferma la bussola della sovranità», pur dovendosi gioco forza confrontare «con la pluralità accentuata delle fonti e degli strumenti di regolazione»; L. HINNA, *La direzione del personale nelle pubbliche amministrazioni*, Milano, Ipsoa, 2007, con particolare riferimento ai condizionamenti che i fenomeni descritti esercitano sui metodi di gestione delle risorse umane e delle relazioni sindacali nelle amministrazioni dello Stato; A. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Bari, Laterza, 2004.

[51] M. BARBERA, *Diritti sociali e crisi del costituzionalismo europeo*, in <http://csdle.lex.unict.it>, 5 e 7.

[52] Sempre M. BARBERA, *Diritti sociali e crisi del costituzionalismo europeo*, cit., 7, dove l'A. specifica che tale via è stata imboccata per affrontare quel «disorientamento provocato nei giuslavoristi da quello che è stato definito come il "cambiamento di paradigma" della politica sociale europea, cambiamento che si manifestava non solo nel mutamento delle politiche stesse (che assumevano tratti marcatamente liberisti), ma anche nelle tecniche giuridiche di regolazione adottate». Tecniche che si erano manifestate come «un'alternativa all'armonizzazione funzionalista o coesiva alla quale era stato a lungo associato il processo di integrazione comunitario, basato sull'adozione di *standard* minimi uniformi e su norme di carattere vincolante. Il nuovo approccio si caratterizzava per il ricorso a norme procedurali e a orientamenti generali applicabili in modo variabile, piuttosto che a norme sostanziali, dettagliate e poco flessibili».

[53] M.R. FERRARESE, *La governance tra politica e diritto*, Bologna, il Mulino, 2010; v. altresì V. FERRARI, *Diritto che cambia e diritto che svanisce*, in *Fine del diritto?*, cit., 37 ss.; per completare un primo quadro d'insieme: G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali*, cit., dove l'A. analizza tra l'altro la genesi e la struttura dei principi generali del diritto pubblico globale, interrogandosi sul significato e il rilievo che gli stessi possono avere come 'categoria ordinante', 153 ss.

[54] F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, il Mulino, 2005, 93 ss.

[55] U. ROMAGNOLI, *Dal lavoro ai lavori*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, vol. I, *Diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè Editore, 1998, 510 ss., dove l'A. osserva lo iato tra la scarsa incisività della sanzione dei diritti sociali nell'ordinamento europeo e la 'perentorietà' della nostra Costituzione nel riconoscere 'a tutti i cittadini' il diritto al lavoro e nell'imporre come dovere della Repubblica la promozione delle condizioni che lo rendano effettivo (art. 4, I c.). Precisa, tuttavia, l'A. che, non potendosi fondare su tale disposizione una «pretesa giuridica immediatamente azionabile dai singoli all'ottenimento di un posto di lavoro (...), il contenuto della promessa è indefinibile, il promittente è inafferrabile».

[56] M. D'ANTONA, *Il diritto al lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento comunitario*, in B. CARUSO e S. SCIARRA (cura di), *Opere*, vol. I, cit.

[57] V. PASSINO DETTORI, "Il diritto ad essere utili": spunti di riflessione sul lavoro nel settore non profit, in *DL*, 2005, I, 311-312.

[58] R. DEL PUNTA, *op. cit.*, 99-107.

[59] Per un'efficace sintesi dei complessi rapporti fra economia e diritto del lavoro v. R. DEL PUNTA, *op. loc. cit.*; dove peraltro l'A. introduce al dibattito sui rapporti tra diritto del lavoro e scienze sociali. Per un primo approccio secondo il metodo analitico di *law and economics* alla materia giuslavoristica: P. ICHINO, *Lezioni di diritto del lavoro, Un approccio di labour law and economics*, Milano, Giuffrè, 2004; v. altresì *ID.*, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU e F. MESSINEO, e continuato da L. MENGONI, Milano, Giuffrè, 2000.

[60] All'apertura' del giurista a questo piano d'indagine, per converso, dovrebbe corrispondere una prospettiva dell'azionalista che si coniughi con l'attenzione alla normativa di riferimento così da raggiungere quella visione sistemica che sola può consentire di realizzare gli obiettivi che l'organizzazione, qualunque essa sia, si prefigge. Sul punto R. MERCURIO e V. ESPOSITO, *La valutazione delle strutture: il punto di vista dello studioso di organizzazione*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, cit., 232 ss. i quali tracciano un inquadramento teorico dell'evoluzione del pensiero organizzativo contemporaneo sul tema dell'organizzazione della pubblica amministrazione, in raffronto con le caratteristiche essenziali del modello introdotto dal legislatore del 2009; P. TANDA, *op. cit.*, 14 ss., il quale assegna particolare rilievo agli strumenti di programmazione e controllo.

[61] M. BARBERA, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, cit., 6, dove l'A. sottolinea che le due grandi trasformazioni citate hanno inoltre fatto sì che i tempi del mercato s'impongano ai modelli di relazioni contrattuali, l'impresa perda la sua struttura monolitica, gli spazi entro cui si muovono i soggetti del mercato del lavoro vengano ridefiniti.

[62] F. SCARPELLI, *La formazione del giurista del lavoro tra paternalismo delle tutele, autonomia delle parti sociali, politica del diritto*, in *Studi in onore di Edoardo Ghera*, vol. II, cit., 1133-1134, dove l'A. afferma che 'il segno della disciplina lavoristica', compiutamente espresso nella formula della ineludibile *implicazione della persona* del lavoratore nell'esecuzione della prestazione di lavoro, può ben restare 'impregiudicato'; e anzi «essere (doverosamente) assunto come segno caratterizzante della regolazione dei comportamenti economici». Sul punto U. ROMAGNOLI, *Dal lavoro ai lavori*, cit., 512, il quale, partendo dall'osservazione che non esiste un nesso diretto tra 'i cicli di sviluppo economico' e l'incremento della 'capacità occupazionale dell'apparato produttivo' avverte del rischio di un contrasto tra diritto al lavoro e diritti di chi ha già il lavoro, dal quale deriverebbe un'accentuazione della 'complementarietà' tra il diritto del lavoro e il sistema economico.

[63] R. DEL PUNTA, *op. loc. cit.*

[64] A. PERULLI, *Efficacia e diritto del lavoro*, in *Studi in onore di Edoardo Ghera*, vol. II, cit., 893-894.

[65] P. ICHINO, *Il dialogo tra economia e diritto del lavoro*, in *Lezioni di diritto del lavoro*, cit., 2 ss. L'Autore specifica, poi, che «(d)iverso dal *dover essere* che è 'posto' mediante la norma è anche l'essere degli effetti prodotti dalla norma, che come tale in larga parte si presta a costituire oggetto dei modelli teorici e delle misurazioni empiriche degli economisti. Si parla in proposito di 'analisi economica del diritto': è questo il versante economico del nuovo comparto accademico che va sotto il nome di *law and economics*. L'altro versante del *law and economics*, quello giuridico, che possiamo indicare col termine 'uso giuridico dell'analisi economica', consiste nell'utilizzazione dei risultati delle indagini dell'economista da parte del giurista per lo svolgimento del suo compito peculiare, cioè per l'interpretazione e l'applicazione della norma, (...)».

[66] G. LOY, *Una Repubblica fondata sul lavoro*, in *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, E. GHERA e A. PACE (a cura di), Napoli, Iovene Editore, 2009, 4-5. Per una breve e impareggiabile descrizione della "lunga traiettoria" del diritto del lavoro, G. GIUGNI, *Il diritto del lavoro: ieri, oggi e domani*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, vol. I, *Diritto del lavoro*, cit., 287 ss., dove il maestro sottolineava che la prospettiva dell'innovazione o modernizzazione «è ancora lontana dall'apparire adeguatamente sviluppata, e sembra più ricca di suggestioni che non di ipotesi di cambiamento organico. Questo, infatti, al momento attuale consiste nel tentativo di bilanciare il sistema di garanzie, che per sua natura è vincolistico, con le leggi di mercato. In economie dominate dal mercato non solo sul piano delle ideologie o del 'pensiero unico', ma della fattibilità istituzionale, il campo di azione aperto ai prossimi anni se non decenni è ampio e occorrerà un tempo lungo prima che venga percorso e sperimentato. Sarà la politica dei 'piccoli passi' quella a dominare il campo. Ma il passo decisivo sarà determinato, oggi come ieri, dalle grandi trasformazioni in corso sul terreno delle grandi strutture socio-economiche che precederanno l'evoluzione di queste ultime. Quel 'tempo lungo' è arrivato, ma non è certo quella dei 'piccoli passi' la politica prescelta oggi dal nostro legislatore».

[67] G. PROSPERETTI, *Dall'art 3 agli artt. 35 ss. della Costituzione*, in *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, cit., 79 ss.

[68] U. CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *GDLRI*, 2004, 4, dove l'A. prosegue: «(s)i può affermare che in realtà sono state assai frequenti – ed anzi lo stanno diventando sempre di più – le ipotesi in cui ci si è resi disponibili ad accettare, o addirittura a sostenere, che le ragioni di tutela del lavoratore, maturate dopo l'emanazione della Costituzione a rafforzamento della sua posizione di contraente debole e di cittadino sottoprotetto, possano essere sacrificate non soltanto in nome dell'interesse collettivo all'occupazione – il quale, a saldo del ventennale dominio del garantismo collettivo, si può dire essere stato nel complesso riconosciuto, sia pure con critiche talora anche fondate, come interesse meritevole di prevalere su quello meramente individuale di tipo economico/occupazionale – bensì ormai anche in nome della pura logica della modernizzazione del sistema produttivo. Quest'ultima in vero viene considerata inarrestabile e ineluttabile giustiziera delle inefficienze e diseconomie prodotte dalla normativa lavoristica, in una fase di complessiva ridefinizione delle dimensioni spazio/temporali dell'attività produttiva, che mette in crisi tutte le certezze, anche giuridico - regolative, del passato. Ciò se non altro in funzione della salvaguardia del sistema economico-produttivo nel suo complesso, la cui efficienza costituisce un interesse generale, anche per i suoi riflessi occupazionali».

[69] Sul punto A. PERULLI, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, in *ADL*, 2003, 473-474, l'A., il quale osserva il fenomeno nel 2003, sottolinea che: il diritto del lavoro, dunque, «tende (...) a rivedere i propri orientamenti, senza peraltro obliterare l'esigenza di predisporre forme di tutela dei lavoratori coinvolti nelle nuove forme di scomposizione e smaterializzazione dell'impresa».

[70] M. D'ANTONA, *I mutamenti del diritto del lavoro ed il problema della subordinazione*, in *Opere*, B. CARUSO e S. SCIARRA (a cura di), vol. III, cit., 1208-1209.

[71] M. D'ANTONA, *Presentazione*, in M. D'ANTONA, R. DE LUCA TAMAJO, L. FERRARO, L. VENTURA (a cura di), *Il diritto del lavoro negli anni 80*, Napoli, ESI, 1988, XI-XXI.

[72] E' interessante notare come sia diverso l'approccio al problema della individuazione della fattispecie lavoro subordinato da parte della dottrina rispetto a quello della giurisprudenza, infatti, come da tempo ha segnalato il Persiani mentre la dottrina «si prefigge prevalentemente di individuare, alla stregua delle valutazioni accolte dall'ordinamento giuridico, quale sia la figura tipica del lavoro subordinato», i giudici «si preoccupano di stabilire *a posteriori*, e attraverso una valutazione dei fatti, se sussistano o no le ragioni che giustificano l'applicazione della disciplina dettata per la figura tipica», e in questo «seguono un procedimento logico che è diverso e, per certi aspetti, più complesso di quello seguito dalla dottrina». E ciò si giustifica per l'ovvia ragione che «i giudici non si preoccupano di individuare concetti astratti né di formulare criteri, ma solo di risolvere i casi concreti»: M. PERSIANI, *Riflessioni sulla giurisprudenza in tema di individuazione della fattispecie lavoro subordinato*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, vol. V, Napoli, Jovene, 1972, 868-872.

[73] Per una analisi dei termini del dibattito v. M. ROCCELLA, *Lavoro autonomo e lavoro subordinato, oggi*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*. IT - 65/2008; M. PERSIANI, *Individuazione delle nuove tipologie tra subordinazione e autonomia*, in *ADL*, 2005, 1 ss.

[74] L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico critici*, Pompei, 1967, 8. Sul punto ancora M. ROCCELLA, *op. ult. cit.*, 36, il quale sottolinea che «non ha mai dominato incontrastata il campo 'un'unica nozione di subordinazione'», «essendo da tempo state prospettate (...) altre ipotesi ricostruttive della nozione di lavoro subordinato»; e «non è forse un caso che esse siano state riproposte, con il conforto dell'avallo della Corte costituzionale, a partire dalla metà degli anni novanta (ovvero nel bel mezzo della ripresa del dibattito sulla distinzione fra subordinazione e autonomia)».

[75] M. D'ANTONA, *op. ult. cit.*, 249 e 251-252. Per una retrospettiva sul tema che abbraccia il periodo dall'ordinamento dello stato liberale fino agli anni 2000: L. MENGONI, *Il contratto individuale di lavoro*, cit., dove l'A. osserva che «(l)a diversificazione dei trattamenti all'interno dell'area della subordinazione si è presto rivelata un aspetto del problema, di dimensioni più ampie, connesso alla perdita di tenuta del concetto di subordinazione non tanto come criterio logico di distinzione tra lavoro subordinato e lavoro autonomo, quanto come criterio pratico discriminante tra lavoro protetto e lavoro non protetto. Prestazioni di lavoro integrate in attività di impresa in guise diverse dalla definizione dell'art. 2094 si manifestano con crescente multiformità non soltanto nell'area del lavoro subordinato, entro la quale, almeno le più diffuse, sono già oggetto di specifiche discipline di legge e di contratto collettivo (lavoro a tempo determinato, lavoro a domicilio, lavoro sportivo, lavoro a tempo parziale, contratto di formazione e lavoro, lavoro temporaneo tramite agenzia, rapporti di lavoro con organizzazioni senza scopo di lucro), ma anche nell'area del lavoro autonomo dilatando la categoria dei

rapporti un tempo detti di parasubordinazione, ora di lavoro coordinato. Negli anni '90 è la varietà dei modi di impiego di lavoro, anche al di là della subordinazione, il punto focale del diritto del lavoro».

[76] A. PERULLI, *Subordinazione e autonomia*, in *Il Lavoro subordinato*, F. CARINCI (a cura di), t. II, *Il rapporto individuale di lavoro: costituzione e svolgimento*, coord. da A. PERULLI, in *Trattato di diritto privato*, dir. da M. BESSONE, vol. XXIV, Torino, G. Giappichelli Editore, 2007, *cit.*, 48-49, al quale si rimanda per la ricostruzione delle varie tesi della dottrina sin dalle origini del dibattito e sulla bipartizione tra contratto di lavoro subordinato e contratto di lavoro autonomo come tratto comune negli ordinamenti europei, sia di *civil* che di *common law*, e nel diritto comunitario, 34 ss. Per una sintesi più recente del dibattito sulla detipizzazione della subordinazione, v. per tutti R. PESSI, *Fattispecie ed effetti nel diritto del lavoro*, in *Trattato di diritto del lavoro*, dir. da M. PERSIANI e F. CARINCI, vol. IV, *Contratto di lavoro e organizzazione*, t. I, *Contratto e rapporto di lavoro*, M. MARTONE (a cura di), Padova, CEDAM, 2012, 49 ss.; M. MARTONE, *La subordinazione, una categoria del novecento*, *idem*, 3-47, ai quali si rimanda per l'ampia bibliografia.

[77] M. PERSIANI, *Autonomia, subordinazione e coordinamento nei recenti modelli di collaborazione lavorativa*, in *Contratto e lavoro subordinato, Il diritto privato alle soglie del 2000*, Padova, CEDAM, 2000, 105-106; e già R. DE LUCA TAMAJO, R. FLAMMIA, M. PERSIANI, *La crisi della nozione di subordinazione e della sua idoneità selettiva dei trattamenti garantistici. Prime proposte per un approccio sistematico in una prospettiva di valorizzazione di un tertium genus: il lavoro coordinato*, in *LI*, 1997, XV, 15-16, 75 ss.; U. ROMAGNOLI, *Dal lavoro ai lavori*, *cit.*, 513 ss.; M. PERSIANI, *Individuazione delle nuove tipologie tra subordinazione e autonomia*, *cit.*, 1-25, sul superamento della dicotomia codicistica v. G. PROIA, *Rapporti di lavoro e tipo (considerazioni critiche)*, Milano, Giuffrè, 1997, e *ID.*, *Verso uno Statuto dei lavori?*, in *ADL*, 2006, XII, 61 ss.; A. PERULLI, *Lavori atipici e parasubordinazione tra diritto europeo e situazione italiana*, in *RGL*, 2006, I, 731 ss.; sul dibattito fondamentale M. ROCCELLA, *Lavoro autonomo e lavoro subordinato*, *oggi*, *cit.*

[78] F. CARINCI, *Una svolta fra ideologia e tecnica: continuità e discontinuità nel diritto del lavoro di inizio secolo*, in *Studi in Onore di Giorgio Ghezzi*, vol. I, Padova, CEDAM, 2005, 424-425, il quale, con specifico riferimento alla proposta, tra le tante presentate, dello Statuto dei lavori di Tiziano Treu nella versione del 25 marzo 1998, premettendo che lo Statuto dei lavori sembra esserne consapevole, e ne pone in evidenza alcune criticità, sottolineando che «la 'concentricità' comporta tanto una 'moltiplicazione' quanto una 'graduazione' delle fattispecie e delle tutele». La prima, da un lato, genera una 'maggiore rigidità normativa' che richiede necessariamente l'intervento della contrattazione collettiva e, dall'altro, una 'incertezza attuativa' per fronteggiare la quale si propone l'istituto della certificazione. Attraverso la 'graduazione' delle tutele, poi, la 'concentricità', determinando «una scala così ripida da risultare impercorribile in discesa e in salita», finisce per affievolire la tutela garantita dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori. Nel saggio, al quale si rimanda, l'A. ripercorre altresì le travagliate vicende storico-politico-legislative di quegli anni fino ad arrivare alla legge delega n. 30/2003 che conduce all'emanazione del d. lgs. n. 276/2003, più noto come legge Biagi, un «testo fortemente centralistico e regolativo perché, nel contesto di un ricorso sistematico al rinvio, il primato assoluto resta, nella gerarchia delle fonti, a quelle statali, cioè alla legge nazionale, e, nella gerarchia dei protagonisti, al Ministero del lavoro; regolativo, perché nell'ambito di un uso a tutto campo del privato, l'effetto prioritario risulta costituito da un eccesso di regime di soggetti, rapporti, istituti» (427-428).

[79] Per una ricostruzione delle interpretazioni dottrinali e del fondamentale apporto della Corte Costituzionale sul diritto al lavoro nel più ampio contesto dei diritti sociali e della cooperazione interstatale si rimanda a V. PASSINO DETTORI, *op. cit.*, 309 ss. e all'ampia bibliografia ivi indicata. Più di recente tra i tanti v. i contributi raccolti nel volume: *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, *cit.*

[80] Così Costantino Mortati citato da R. NANIA, *Riflessioni sulla <<Costituzione economica>> in Italia: il <<lavoro>> come <<fondamento>>, come <<diritto>>, come <<dovere>>*, in *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, *cit.*, 71-72.

[81] M. D'ANTONA, *Il diritto al lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento comunitario*, *cit.*, 274-275.

[82] *IBIDEM.*

[83] A. PERULLI, *Subordinazione e autonomia*, in *Il lavoro subordinato*, *cit.*, 49.

[84] F. BASSANINI, *Potere politico e dirigenze amministrative. Riflessioni sull'esperienza italiana dell'ultimo decennio*, in www.bassanini.eu, 6-7.

[85] A. PERULLI, *Tecniche di tutela nei fenomeni di esternalizzazione*, *cit.*, 51.

[86] Sul punto *ex multis* V. FERRANTE, *Direzione e gerarchia nell'impresa (e nel lavoro pubblico privatizzato)*, Art. 2086, in *Il Codice Civile, Commentario*, fondato da P. SCHESINGER e diretto da P. BUSNELLI, Milano, Giuffrè Editore, 2012, 103, il quale sottolinea i limiti della «ricostruzione in termini esclusivamente di diritto pubblico» che ha caratterizzato, sin dalle origini, il dibattito intorno alla configurazione giuridica del rapporto di pubblico impiego e l'attuale importanza di tale dibattito ai fini della comprensione dei passaggi segnati dagli interventi più recenti del legislatore. In particolare l'A. osserva che la riforma del 2009, col decreto n. 150/2009, sembra «rivitalizzare l'impostazione autoritativa del rapporto, richiamando in vita concetti e nozioni che sembravano oramai definitivamente travolti dalla riforma dell'inizio degli anni '90».

[87] M. D'ANTONA, *La prospettiva del diritto del lavoro*, in *Opere*, B. CARUSO e S. SCIARRA (a cura di), vol. IV, *Scritti sul pubblico impiego e sulla pubblica amministrazione*, cit., 3. A distanza di lustri per la "constatazione" e l'auspicio' che il processo di cambiamento delle pubbliche amministrazioni «è stato, è, e dovrà essere oggetto privilegiato delle riflessioni dei giuslavoristi italiani»: B. CARUSO, *op. cit.*, 236.

[88] Ancora M. D'ANTONA, *op. ult. cit.*, 4; sulla questione: F. CARINCI, *Le fonti della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, Commentario*, dir. da F. CARINCI e M. D'ANTONA, t. I, cit., LXXIV-LXXV, e, osserva l'A. «sarebbe comprensibile che un giuslavorista cedesse alla tentazione di ricostruire la privatizzazione come una vicenda auto conclusa e autosufficiente, se non isolata, scorporata dal contesto istituzionale e normativo, facendone una riforma a sé, tutta e solo figlia di una sua storia interna che si dipana con una intrinseca continuità e coerenza dalla legislazione settoriale del decennio '70 alla legge quadro del 1983, dalla legge delega n. 421/1992 alla successiva n. 59/1997. Comprensibile ma non giustificabile qui, dove la vicenda merita di essere inquadrata in quella *riforma globale* della pubblica amministrazione, avviata con la svolta degli anni '90, a partire da due grandi leggi quali la n. 142 del 1990 sulle autonomie locali e la n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo e l'accesso ai documenti pubblici».

[89] A. RICCARDI, *L'organizzazione del lavoro nell'amministrazione pubblica. Interessi, tecniche regolative, tutele*, vol. I – *Profili sostanziali*, Bari, Cacucci Editore, 2011, 26.

[90] F. CARINCI, *Diritto privato e diritto del lavoro: uno sguardo dal ponte*, in *Il Lavoro subordinato*, F. CARINCI (a cura di), t. I, *Il diritto sindacale*, coord. da G. PROIA, in *Trattato di diritto privato*, dir. da M. BESSONE, vol. XXIV, Torino, G. Giappichelli Editore, 2007, CVI.

[91] *IBIDEM*.

[92] Per una approfondita analisi sulle scelte politiche e sugli aspetti tecnici della prima riforma degli anni '90 v. M. RUSCIANO, *Introduzione*, in *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, M. RUSCIANO e L. ZOPPOLI (a cura di), Torino, Giappichelli Editore, 1993, XXI. Su questa linea di pensiero v. C. ROMEO, *La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra controlli e ottimizzazione della produttività del lavoro*, in www.economia.unical.it/avvisi/ROMEO_030611.pdf, il quale afferma che la privatizzazione non è stata pensata per offrire maggiori tutele ai pubblici dipendenti, bensì «in chiave meramente strumentale, cioè rivolta ad assicurare la progressiva aziendalizzazione delle pp. aa. e ottimizzare sempre di più il rendimento del lavoro prestato».

[93] Ancora M. RUSCIANO, *op. ult. cit.*, XXVI, dove l'A. sottolinea che la causa dell'«incontro tra diritto del lavoro e pubblico impiego non è solo una conseguenza delle caratteristiche che storicamente la legislazione lavoristica è andata assumendo». L'incontro è frutto, tra l'altro, del profondo cambiamento della concezione del lavoro all'interno degli apparati pubblici, dell'acquisita consapevolezza della distinzione tra *funzione pubblica* e *prestazione di lavoro*, dell'esigenza di contenimento del costo del lavoro, e via dicendo.

[94] *IBIDEM*.