



Istituto per la promozione dei lavoratori

Il rapporto di lavoro alle dipendenze della Provincia Autonoma di Bolzano

di Carmine Russo

(Aggiornato al 1 gennaio 2004)

Impressum:



Istituto per la Promozione dei Lavoratori

Ente pubblico di studi, ricerca e formazione in materia di lavoro

Arbeitsförderungsinstitut

öffentliche Körperschaft für Forschung, Bildung und Information
im Bereich Arbeit

Neubruchweg - Via del Ronco 5/b – 7. Stock - 7° piano, 39100 Bozen - Bolzano

Tel. 0471 41 35 40-1 – Fax 0471 41 35 49

E-mail: info@afi-ipl.org

Internet: www.afi-ipl.org

Responsabile ai sensi di legge: Serafin Pramsohler

Presidente della Giunta d'Istituto

Tiratura: 800 copie

Grafica e stampa: Druckstudio Leo, Frangarto

Indice

1. Premessa7
2. La fase costitutiva del rapporto di lavoro11
 - 2.1 La programmazione del fabbisogno di personale11
 - 2.2 Le modalità di accesso12
 - 2.3 Proporzionale etnica e bi(tri)linguismo14
 - 2.4 Modalità di accesso dei cittadini dell'Unione Europea19
 - 2.5 Le assunzioni obbligatorie ..20
 - 2.6 La stipulazione del contratto di lavoro: forma e contenuto22
 - 2.7 Le incompatibilità, i cumuli di impiego e gli incarichi ..25
 - 2.8 Il periodo di prova26
3. Le tipologie di rapporto di lavoro29
 - 3.1 La riforma del mercato del lavoro (L.n. 30/2003 e D.lgs. 276/2003): problemi di applicabilità al pubblico impiego30
 - 3.2 Il contratto di lavoro a tempo parziale (part-time)32
 - 3.3 Il telelavoro34
 - 3.4 Il rapporto di lavoro a tempo determinato36
 - 3.5 Il lavoro interinale39
 - 3.6 Il contratto di formazione e lavoro40
 - 3.7 Altri tipi di flessibilità42
4. Potere e obblighi del datore di lavoro43
 - 4.1 Il potere direttivo o di organizzazione e il potere di controllo48
 - 4.2 Il potere disciplinare49
 - 4.3 L'obbligo di sicurezza54
 - 4.4 L'obbligazione retributiva ..55
 - 4.5 Il trattamento di fine rapporto57
 - 4.6 La tutela dei crediti retributivi59
5. La prestazione di lavoro: gli obblighi e le responsabilità del dipendente62
 - 5.1 L'inquadramento e le mansioni63
 - 5.2 Tempo di lavoro e tempo di non lavoro70
 - 5.3 L'orario di lavoro e lo straordinario70
 - 5.4 Il lavoro notturno73
 - 5.5 Il tempo di non lavoro: pause, riposi, festività, permessi, ferie74
 - 5.6 La responsabilità dei dipendenti78
6. Mobilità, trasferimenti, eccedenze ed estinzione del rapporto di lavoro81
 - 6.1 Mobilità e trasferimenti ...82
 - 6.2 Eccedenze di personale e collocamento in disponibilità86

<p>6.3 Estinzione del rapporto di lavoro e licenziamento individuale88</p> <p>7. La dirigenza pubblica 95</p> <p>7.1 La struttura organizzativa e la separazione delle funzioni nella Provincia di Bolzano ...96</p> <p>7.2 Accesso alle funzioni dirigenziali 97</p> <p>7.3 La valutazione dei dirigenti .99</p> <p>7.4 La disciplina contrattuale ..100</p> <p>7.4.1 Le relazioni sindacali100</p> <p>7.4.2 Gli istituti normativi101</p> <p>7.4.3 La retribuzione102</p> <p>7.4.4 La valutazione102</p> <p>7.4.5 La risoluzione dell'incarico dirigenziale103</p> <p>8. I profili collettivi104</p> <p>8.1 Il ruolo "di sistema" del contratto collettivo104</p> <p>8.2 La struttura della contrattazione105</p> <p>8.3 I comparti107</p> <p>8.4 Le delegazioni trattanti: la rappresentatività108</p> <p>8.5 L'area dirigenziale110</p> <p>8.6 Le procedure per il rinnovo 110</p> <p>8.7 Mancato accordo111</p> <p>8.8 Il trattamento economico ..111</p> <p>8.9 L'efficacia soggettiva dei contratti collettivi112</p> <p>8.10 Il controllo della Corte dei Conti113</p> <p>8.11 La copertura finanziaria ...115</p> <p>8.12 I livelli di contrattazione ...116</p> <p>8.13 Le forme di partecipazione sindacale117</p>	<p>8.14 Lo Statuto dei lavoratori ...118</p> <p>8.15 Le rappresentanze sindacali nei luoghi di lavoro: RSA e RSU118</p> <p>8.16 I diritti sindacali121</p> <p>8.17 (segue). I diritti sindacali: in particolare permessi e aspettative122</p> <p>8.18 Il diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali ..124</p> <p>8.19 L'interpretazione autentica dei contratti collettivi in tema di conflitti126</p> <p>8.20 Il procedimento ex art. 28 St.: il comportamento antisindacale128</p> <p>8.21 Le controversie collettive relative alle procedure di contrattazione129</p> <p>9. La tutela dei diritti e le controversie individuali132</p> <p>9.1 Rinunzie e transazioni ...133</p> <p>9.2 Prescrizione e decadenza ..134</p> <p>9.3 La competenza giurisdizionale nelle controversie individuali di lavoro136</p> <p>9.3.1 I poteri del giudice138</p> <p>9.3.2 La questione pregiudiziale .139</p> <p>9.3.3 Il tentativo obbligatorio di conciliazione142</p> <p>9.3.4 La definizione stragiudiziale delle controversie individuali: l'arbitrato irrituale144</p> <p>Indice delle abbreviazioni148</p>
---	--

Prefazione

La riforma del pubblico impiego, avviata all'inizio degli anni '90 in Italia ed introdotta poco dopo anche nell'ordinamento della Provincia Autonoma di Bolzano, è un processo che ha importanti risvolti sia per i rapporti dell'Amministrazione con i cittadini, sia per le relazioni e le condizioni di lavoro all'interno degli uffici pubblici.

Dal punto di vista dei lavoratori impiegati, la principale innovazione risiede nella "contrattualizzazione" del rapporto di lavoro, che rientra pertanto nella stessa disciplina del codice civile applicata per i rapporti di lavoro privati. Dal punto di vista funzionale viene operata una separazione tra la sfera di indirizzo politico ed i compiti di direzione amministrativa.

In questo contesto assumono una nuova rilevanza il ruolo della dirigenza pubblica e della contrattazione collettiva.

Questo libro si concentra sul rapporto di lavoro alle dipendenze dell'Amministrazione provinciale.

Integrando tra loro le disposizioni delle leggi e dei contratti collettivi, viene proposto un vero e proprio manuale giuridico per i dipendenti provinciali. Essi vi troveranno una guida completa, che parte dalle modalità di assunzione, illustra i diritti ed i doveri dei dipendenti e termina con un quadro delle regole della partecipazione sindacale alla contrattazione collettiva.

Sono convinto che l'Istituto per la promozione dei lavoratori abbia messo a disposizione uno strumento utile a coloro che vogliono approfondire il sistema di regole al cui interno si trovano quotidianamente a lavorare. La tutela dei propri diritti inizia dalla consapevolezza e dalla conoscenza degli stessi. Per questo auguro a tutti una buona lettura.

Serafin Pramsohler
Presidente della Giunta d'Istituto

Note sull'autore

Carmine Russo (1952), è direttore dell'IRSI (Istituto di ricerche sui problemi dello Stato e delle Istituzioni) di Roma e professore di Diritto del Lavoro presso la facoltà di Giurisprudenza dell'Università "Magna Graecia" di Catanzaro.

Autore di numerose pubblicazioni sugli aspetti del diritto del lavoro pubblico, è

Presidente e componente di Nuclei di valutazione e collegi di disciplina di pubbliche amministrazioni.

Ha fatto parte, a livello nazionale, di gruppi di lavoro per la definizione della disciplina legislativa di riforma del pubblico impiego.

1. Premessa

Con la legge provinciale 10 agosto 1995 n. 16, si realizza in provincia di Bolzano quella riforma dell'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche che la legislazione nazionale aveva inaugurato con la legge 23 ottobre 1992 n. 421 e con il decreto legislativo 29 marzo 1993 n. 29. La normativa delegata nazionale, che ha subito nel corso degli anni modifiche ed integrazioni sia per quanto riguarda i principi contenuti nella legge delega, sia per quanto riguarda le disposizioni contenute della legislazione delegata, ha potuto rappresentare per la competenza legislativa della Provincia di Bolzano un punto di riferimento solo parziale, dal momento che i soli principi desumibili dalle leggi delega (oltre alla legge 421/1992, cfr. la legge 59/1997, nonché le modifiche ad essa apportate dalle ll. nn. 127/1997 e 191/1998) costituiscono per le Regioni a statuto speciale e per le province autonome di Trento e di Bolzano, "norme fondamentali di riforma economico-

sociale della Repubblica"¹.

Senza entrare nel merito di quale sia l'impatto che su questo sistema di fonti hanno avuto le innovazioni apportate al titolo V della Parte seconda della Costituzione italiana e quale debba considerarsi essere l'attuale assetto di competenze tra Stato e Regioni (e Province Autonome) in materia di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche², in questo lavoro ci soffermeremo in particolare sul rapporto di lavoro alle dipendenze della provincia di Bolzano che assume una rilevanza strettamente collegata al ruolo istituzionale e costituzionale del sistema delle autonomie; significativamente, infatti, l'ambito di applicazione della l. p. 16/1995 era originariamente costituito dai "rapporti di lavoro e di impiego del personale della Provincia autonoma di Bolzano e degli enti pubblici da essa dipendenti o il cui ordinamento rientra nella competenza legislativa propria o delegata" (art. 2.1) e solo successivamente, con la l. p. 20 maggio 1999 n. 3,

¹ Oltre alle segnalazioni che saranno riportate nel corso del lavoro sui singoli aspetti, per una visione di insieme dei termini del dibattito che ha accompagnato la riforma, cfr. per la loro completezza e sistematicità: contrario alla riforma, il parere del Consiglio di Stato, adunanza generale 31 agosto 1992 n. 146; favorevole, seppure con qualche elemento di critica, le sentenze della Corte Costituzionale 22 giugno 1993 n. 359 e 25 luglio 1996 n. 313.

² Qui va solo ricordato che con sentenza 19 giugno 2002 n. 282 la Corte Costituzionale ha affermato il principio per cui nelle materie di legislazione concorrente la riserva alla legislazione statale della determinazione dei principi fondamentali non riguarda solo le leggi successive alla riforma costituzionale ma anche quei principi deducibili dalla legislazione vigente anteriormente alla riforma.

si estende "anche al personale del servizio sanitario, in quanto compatibile" (art. 2.1/bis).

Nel corso della trattazione, per ognuno degli argomenti trattati, riporteremo in nota i principi delle leggi delega più strettamente collegati all'argomento.

In coerenza con il principio desumibile dall'art. 2.1 lettera a) della legge 421/1992³, la l. p. 16/1995 fa rientrare il rapporto di lavoro pubblico nell'ambito della disciplina prevista dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro nell'impresa, salve "le diverse disposizioni previste dalla presente legge (provinciale) o derivanti dalle fonti normative previste dalla stessa" (art. 2.1).

La disposizione virgolettata è stata inserita solo di recente con modifica apportata dalla legge provinciale 28 dicembre 2001 n. 19. L'originario dettato dell'art. 2.1 della legge 16/1995 faceva salvi "i limiti stabiliti con legge per il perseguimento

degli interessi generali cui l'organizzazione e l'azione amministrativa sono indirizzate". La modifica, sotto un profilo sistematico di modello giuridico non è affatto irrilevante; infatti, mentre la prima stesura dell'articolo 2.1 presupponeva che il perseguimento degli interessi generali fosse possibile solo con legge e che, di conseguenza, questa potesse fungere da limite alla "privatizzazione" del lavoro pubblico, proprio in ragione della funzione sociale svolta, la nuova versione riconosce implicitamente che l'ambiente giuridico nel quale il rapporto di lavoro è regolato non è ostacolo al perseguimento di interessi generali e che, quindi, le deroghe poste da leggi ed atti pubblicistici vadano considerate una misura di opportunità e non di necessità. In altri termini, nella scelta del passaggio tra la prima e la seconda formulazione, riecheggia il dibattito intorno alla riserva di legge prevista dall'art. 97 Cost. per il quale "i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge in modo

³ L. n. 421/1992. Art. 2.1.a) prevedere, con uno o più decreti, salvi i limiti collegati al perseguimento degli interessi generali cui l'organizzazione e l'azione delle pubbliche amministrazioni sono indirizzate, che i rapporti di lavoro e di impiego dei dipendenti delle amministrazioni dello Stato e degli altri enti di cui agli articoli 1, primo comma, e 26, primo comma, della legge 29 marzo 1983, n. 93, siano ricondotti sotto la disciplina del diritto civile e siano regolati mediante contratti individuali e collettivi.

L. n. 59/1997. Art. 11.4.a) completare l'integrazione della disciplina del lavoro pubblico con quella del lavoro privato e la conseguente estensione al lavoro pubblico delle disposizioni del codice civile e delle leggi sui rapporti di lavoro privato nell'impresa; estendere il regime di diritto privato del rapporto di lavoro anche ai dirigenti generali ed equiparati delle amministrazioni pubbliche, mantenendo ferme le altre esclusioni di cui all'articolo 2, commi 4 e 5, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29.

che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione". Questa formulazione era per lungo tempo stata interpretata come ostacolo non solo ad una regolazione contrattualizzata del rapporto di lavoro, ma perfino come ostacolo ad ogni forma di delegificazione. Nonostante autorevoli opinioni della dottrina amministrativa che riteneva indifferente il regime giuridico (pubblicistico o privatistico) delle regole ai fini della funzionalità sociale dell'amministrazione, e dopo parziali tappe di avvicinamento, iniziate nella metà degli anni '70 e proseguite con la legge 29 marzo 1983 n. 93 (Legge quadro sul pubblico impiego⁴), è solo con la legislazione delega del 1992 che il legislatore nazionale decide di perseguire l'armonizzazione delle regole tra lavoro pubblico e lavoro privato unificando l'ambiente giuridico di riferimento ed il sistema di fonti (delegificando e contrattualizzando) e conservando alla legge, o comunque agli atti di natura pubblicistica,

quanto non considerato ancora possibile unificare, ma senza porre più un problema di funzione della legge contrapposta alla funzione dei contratti o del codice civile. In questo senso, la legislazione delegata è una normativa di *organizzazione* e non di *amministrazione*. Ed infatti tutto ciò che è funzione sociale dell'amministrazione è contenuto in materie sottratte⁵ alla trasformazione del regime giuridico dell'organizzazione e del lavoro ancor prima che la trasformazione operi. Non a caso, infatti, il legislatore delegante pone i vincoli al processo in apertura dei suoi principi – come si vede leggendo la disposizione riportata alla nota 1) – e li ribadisce specificandoli in materie nel momento stesso in cui deve sottrarle alla competenza del giudice ordinario.

Concludendo, il perseguimento di interessi generali non è una materia di legge, ma un limite all'ambiente giuridico privatistico (codice civile e contratti) limitato ad alcune materie, tassativamente indi-

⁴ Nel precedente modello i contratti collettivi dovevano essere recepiti da atti amministrativi delle singole amministrazioni per poter esplicitare la loro efficacia. Non erano mancati in quel periodo numerosi casi in cui le amministrazioni non avevano recepito in tutto o in parte tali contratti e ciò era stato uno degli elementi di crisi e di critica alla legge del 1983 che aveva poi portato alla soluzione "privatizzata" della legislazione del 1992. Per un caso di questo tipo in provincia di Bolzano, nel quale il giudice afferma la legittimità del mancato recepimento *in toto* del contratto da parte di un comune, ma non il recepimento parziale, poiché "una contrattazione collettiva rappresenta un complesso unitario che pure è il risultato della confluenza di più forze", cfr. TRGA (sezione autonoma della provincia di Bolzano), 28 agosto 1995 n. 186.

⁵ L. n. 421/1992. Art. 2.1.c) Sono regolate con legge, ovvero, sulla base della legge o nell'ambito dei principi dalla stessa posti, con atti normativi o amministrativi, le seguenti materie:

cate dal legislatore stesso. Al contrario, le norme legislative che regolano il lavoro pubblico in modo divergente rispetto al lavoro privato non perseguono interessi di carattere generale, ma adottano una soluzione diversa in ragione della particolarità organizzativa di un'amministrazione rispetto ad un'azienda privata.

La nuova versione dell'art. 2 comma 1 della legge provinciale 16/1995 in questo senso è più rispettosa del modello voluto dal legislatore delegante ed adottato dal legislatore delegato e, forse non a caso, la nuova stesura adotta lo stesso linguaggio del decreto legislativo 29/1993, pur non essendone obbligata. Peraltro, questa nuova versione dell'articolo in esame ha importanti ripercussioni – proprio per quanto detto – anche sul regime giuridico del potere e degli atti di organizza-

zione; conseguenze che al legislatore provinciale non sfuggono, come vedremo in seguito.

Tuttavia i rapporti di lavoro trovano la loro disciplina anche nei contratti collettivi e in quelli individuali: i primi si svolgono su tutte le materie relative al rapporto di lavoro, con esclusione di quelle riservate alla legge o agli atti normativi e amministrativi", elencate all'art. 1 della stessa l. p. 16/1995 (art. 5), con una riscrittura rispettosa dei principi della legge delega; i secondi ricevono da questo sistema di inderogabilità un limite, dal momento che "devono garantire parità di trattamento contrattuale e comunque trattamenti non inferiori a quelli previsti dai rispettivi contratti collettivi" (art. 2.2)⁶.

-
- 1) le responsabilità giuridiche attinenti ai singoli operatori nell'espletamento di procedure amministrative;
 - 2) gli organi, gli uffici, i modi di conferimento della titolarità dei medesimi;
 - 3) i principi fondamentali di organizzazione degli uffici;
 - 4) i procedimenti di selezione per l'accesso al lavoro e di avviamento al lavoro;
 - 5) i ruoli e le dotazioni organiche nonché la loro consistenza complessiva; le dotazioni complessive di ciascuna qualifica sono definite previa informazione alle organizzazioni sindacali interessate maggiormente rappresentative sul piano nazionale;
 - 6) la garanzia della libertà di insegnamento e l'autonomia professionale nello svolgimento dell'attività didattica, scientifica e di ricerca;
 - 7) la disciplina della responsabilità e delle incompatibilità tra l'impiego pubblico ed altre attività e i casi di divieto di cumulo di impieghi e incarichi pubblici.

⁶ L. n. 421/1992. Art. 2.1.d) prevedere che le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici di cui alla lettera a) garantiscano ai propri dipendenti parità di trattamenti contrattuali e comunque trattamenti non inferiori a quelli prescritti dai contratti collettivi.

2. La fase costitutiva del rapporto di lavoro

La fase di costituzione del rapporto di lavoro si pone a cavallo tra fonti pubblicistiche e disciplina contrattuale: infatti, le regole e le procedure per la scelta del (lavoratore) contraente sono rivenibili in leggi e atti amministrativi o normativi (art. 1, comma 1, lettere b), d) ed e) della l.p. 16/1995) (cosiddetta fase precontrattuale), mentre il rapporto di lavoro si costituisce attraverso un contratto individuale al quale si applica la disciplina dei contratti collettivi, secondo lo schema di rinvio prima richiamato.

2.1 La programmazione del fabbisogno di personale

La disciplina relativa alla fase precontrattuale è contenuta nel capo III della l. p. 16/1995.

In particolare, per quanto concerne le dotazioni organiche (art. 10), la Provincia

di Bolzano ricorre a due strumenti normativi: con legge definisce la dotazione organica del personale della Provincia e con deliberazione di Giunta definisce la dotazione organica degli enti pubblici che comunque rientrano nella sua sfera di competenza legislativa; la dotazione organica complessiva è articolata in ruoli, compresi quelli per assunzione di personale a tempo determinato, qualifiche funzionali e strutture dirigenziali e deve, ovviamente, sempre essere garantita da copertura finanziaria nel bilancio di previsione. La definizione della dotazione organica si avvale di una modalità di partecipazione sindacale e, in particolare, della consultazione, come si evince dal quarto comma dell'art. 10 che riporta la locuzione "sentite le organizzazioni sindacali".

Nella definizione delle dotazioni organiche⁷, il quinto comma dell'art. 10, ag-

⁷ L. n. 421/1992. Art. 2.1.r) prevedere, al fine di assicurare la migliore distribuzione del personale nelle sedi di servizio sul territorio nazionale, che le amministrazioni e gli enti pubblici non possano procedere a nuove assunzioni, ivi comprese quelle riguardanti le categorie protette, in caso di mancata rideterminazione delle piante organiche secondo il disposto dell'articolo 6 della legge 30 dicembre 1991, n. 412, ed in caso di accertata possibilità di copertura dei posti vacanti mediante mobilità volontaria, ancorché realizzabile a seguito della copertura del fabbisogno di personale nella sede di provenienza; prevedere norme dirette ad impedire la violazione e l'elusione degli obblighi temporanei di permanenza dei dipendenti pubblici in determinate sedi, stabilendo in sette anni il relativo periodo di effettiva permanenza nella sede di prima destinazione, escludendo anche la possibilità di disporre in tali periodi di comandi o distacchi presso sedi con dotazioni organiche complete; prevedere-

giunto dall'art. 38, comma 2 della l. p. 11 agosto 1998 n. 9, introduce – anche in questo caso ispirandosi a principi desumibili dalla legislazione nazionale - uno strumento organizzativo e finanziario di programmazione: gli organi di governo di tutte le amministrazioni, infatti, sono tenuti alla *programmazione triennale del fabbisogno del personale*, comprese le quote obbligatoriamente previste per il diritto al lavoro dei disabili (cfr. ora la legge 12 marzo 1999 n. 68 che ha abrogato la legge 2 aprile 1968 n. 482). Di fatto, bisogna ricordare che la funzione esplicita attribuita alla programmazione triennale è principalmente di carattere finanziario, destinata come è "alla riduzione programmata delle spese di personale"; ma proprio questa urgenza di bilancio comporta la necessità che attraverso la programmazione si proceda ad una ridefinizione degli assetti organizzativi e professionali delle amministrazioni per evitare che alla minore spesa corrisponda una riduzione dei livelli di servizio. Non a caso, quindi, l'art. 10 richiama l'esigenza di definizione sia degli aspetti professionali (ruoli, qualifiche) sia degli aspetti organizzativi (strutture dirigenziali), sia, infine, delle modalità flessibili di lavoro

(personale a tempo determinato).

La programmazione del fabbisogno di personale è utilizzabile anche ai fini della predisposizione dei bandi. Il secondo comma dell'art. 12, infatti, consente alle amministrazioni di mettere a concorso, oltre ai posti disponibili alla data del bando stesso, anche quelli che si renderanno disponibili entro l'anno successivo, "conferendo le nomine" (ma sarebbe più corretto dire "stipulando i contratti individuali") per tali posti al verificarsi della vacanza o entro un mese dalla stessa per garantire la continuità del servizio. Come si vede anche in questo caso ragioni di carattere finanziario (riduzione del numero dei concorsi e dei relativi costi) e ragioni di carattere organizzativo (continuità del servizio) cercano un migliore temperamento.

"Criteri per l'attuazione delle procedure amministrative riguardanti le norme per il diritto al lavoro delle persone disabili" sono previsti dal Decreto del Presidente della Provincia 30 agosto 2001 n. 49.

2.2 Le modalità di accesso

L'art. 12 della legge provinciale 16/1995 definisce le modalità di accesso⁸ all'im-

re che i trasferimenti mediante mobilità volontaria, compresi quelli di cui al comma 2 dell'articolo 4 della legge 29 dicembre 1988, n. 554, siano adottati con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri e che il personale eccedente, che non accetti la mobilità volontaria, sia sottoposto a mobilità d'ufficio e, qualora non ottemperi, sia collocato in disponibilità ai sensi dell'articolo 72 del testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato approvato con decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n. 3.

piego pubblico, elencandone quattro:

a) *Il concorso pubblico*: come è noto l'art. 97 Cost. detta la normativa fondamentale in materia di assunzioni nelle pubbliche amministrazioni. Sulla base di tale normativa, il concorso risulta essere la modalità privilegiata di reclutamento di personale, tanto che le deroghe devono esplicitamente essere previste per legge.

Il concorso può assumere varie modalità di svolgimento: esso, infatti, può essere per esami, per titoli ed esami o anche attraverso prove selettive.

b) *Il corso-concorso*: si tratta di una modalità non particolarmente disciplinata nemmeno dalla normativa nazionale e che consiste in una selezione che si realizza in due tempi, dapprima, prevalentemente attraverso la valutazione di titoli, per l'accesso ad un percorso formativo; successivamente al corso, attraverso prove concorsuali (cosiddetto esame-concorso) si perviene alla individuazione finale del lavoratore contraente. Nella normativa nazionale si parla esplicitamente di corso-concor-

so solo nel caso di accesso alla qualifica di dirigente (art. 28 D.lgs. 165/2001).

c) *Le prove selettive volte all'accertamento della professionalità richiesta o per test attitudinali*: si tratta della modalità senza dubbio più innovativa e legata alle caratteristiche organizzative e professionali proprie di ciascuna amministrazione. Proprio in ragione di questa caratteristica la normativa non prevede particolari procedure, limitandosi a individuare la finalità (valutazione delle professionalità o delle attitudini). Il ricorso all'una o all'altra modalità può essere determinata dalla posizione organizzativa e dalle competenze richieste.

d) *Le prove selettive per i profili professionali inquadrati nelle qualifiche funzionali dalla prima alla quinta*. Questa modalità di reclutamento era stata introdotta sul piano nazionale dall'art. 16, comma 1, della legge 56/1987: secondo questa disposizione le amministrazioni potevano ricorrere al collocamento ordinario per il reclutamento di

⁸ L. n. 421/1992. Art. 2.1.t) prevedere una organica regolamentazione delle modalità di accesso all'impiego presso le pubbliche amministrazioni, espletando, a cura della Presidenza del Consiglio dei ministri, concorsi unici per profilo professionale **da espletarsi a livello regionale** abilitanti all'impiego presso le pubbliche amministrazioni, ad eccezione delle regioni, degli enti locali e loro consorzi, previa individuazione dei profili professionali, delle procedure e tempi di svolgimento dei concorsi, nonché delle modalità di accesso alle graduatorie di idonei da parte delle amministrazioni pubbliche, prevedendo altresì la possibilità, in determinati casi, di provvedere attraverso concorsi per soli titoli o di selezionare i candidati mediante svolgimento di prove psico-attitudinali avvalendosi di sistemi automatizzati; prevedere altresì il decentramento delle sedi di svolgimento dei concorsi.

personale da adibire a mansioni per le quali non è richiesto titolo professionale e per inquadramenti nei livelli per i quali sia richiesto il solo requisito della scuola dell'obbligo. La legge provinciale 16/1995 prevede che gli aspiranti lavoratori da selezionare vengano individuati in "una apposita graduatoria permanente, aggiornata periodicamente e formata sulla base di una valutazione di soli titoli che possono tener conto anche della situazione familiare e dello stato di disoccupazione del candidato". Seguendo il tenore letterale della norma in esame, questa modalità non è esclusiva per le prime cinque qualifiche dell'ordinamento professionale; infatti l'assunzione avviene dalla prima alla quinta qualifica "anche sulla base di prove selettive ..." (art. 12, comma 1, lett. b).

Il regolamento d'esecuzione sulle norme di accesso all'impiego provinciale è contenuto nel DPGP 26 marzo 1997 n. 6. In esso, per ognuna delle modalità di selezione, sono individuate le procedure, i requisiti e i titoli valutabili. A proposito dei requisiti si ricorda che:

- la legge 29 ottobre 1984 n. 732 ha eliminato il requisito della buona condotta;
- la legge 13 dicembre 1986 n. 874 ha eliminato i requisiti di altezza e ha stabilito che "l'altezza delle persone non costituisce motivo alcuno di discriminazione per la partecipazione a concorsi pubblici";
- la legge 15 maggio 1997 n. 127 ha eliminato il requisito dell'età, salvo deroghe dettate dalle singole amministrazioni connesse alla natura del servizio o ad oggettive necessità dell'amministrazione; resta il limite minimo stabilito dal regolamento provinciale in 18 anni e la possibilità di assunzione di giovani con almeno 16 anni per i contratti di formazione e lavoro, nel rispetto della normativa nazionale;
- la legge 12 marzo 1999 n. 68 ha eliminato il requisito della sana e robusta costituzione fisica.

2.3 Proporzionale etnica e bi(tri)linguismo

In provincia di Bolzano una attenzione specifica in materia di modalità e requisiti di accesso deve essere posta su due aspetti tipici dello Statuto di autonomia dell'Alto Adige. Si tratta, infatti, di istituti strettamente legati alla composizione linguistica della provincia e del relativo rapporto di forza numerico.

La cosiddetta "proporzionale etnica" trova il suo fondamento originario nell'art. 1 dell'"Accordo di Parigi" del 5 settembre 1946 tra Italia e Austria (ma si riferiva solo al gruppo linguistico tedesco); in base ad essa si mira ad evitare una emarginazione – soprattutto in materia di occasioni ed accesso al lavoro – delle minoranze.

All'interno dello Statuto di autonomia del 1948, l'art. 54 prevedeva che "nell'or-

dinamento degli enti pubblici locali sono stabilite le norme atte ad assicurare la rappresentanza proporzionale dei gruppi linguistici nei riguardi della costituzione degli organi degli enti locali"; questa norma – interpretata in diretta connessione con l'art. 1 dell' "Accordo di Parigi" – ha consentito di estendere il concetto di organo anche al personale dipendente di tali enti e non solo agli organi di rappresentanza. Sulla base di questa interpretazione, il nuovo Statuto di autonomia (DPR 31 agosto 1972 n. 670) ripropone quella norma (art. 61.1, ormai interpretata in senso estensivo) ed introduce una nuova disposizione (art. 89) che estende ulteriormente la proporzionale anche alle amministrazioni statali presenti in provincia. Lo stesso percorso normativo determina anche l'estensione della proporzionale al gruppo linguistico ladino. Il meccanismo prevede che ogni amministrazione istituisca, distinti per carriera, i ruoli del proprio personale in provincia di Bolzano e che tali posti siano riservati "a cittadini appartenenti a ciascuno dei tre gruppi linguistici, in rapporto alla consistenza dei gruppi stessi, quale risulta dalle dichiarazioni di appartenenza⁹ rese al censimento ufficiale della popolazione". La stessa disciplina prevede anche particolari clausole di garanzia di stabilità all'interno della pro-

vincia. Con la legge provinciale 18 ottobre 1988 n. 40, il principio della proporzionale etnica è esteso anche all'impiego pubblico della Provincia e degli enti pubblici da essa dipendenti o il cui ordinamento rientra nella competenza legislativa propria o derivata. In essa si trovano due disposizioni di prevalente interesse ai nostri fini:

- La prima, contenuta nell'art. 1, riguarda la distribuzione dei posti, dei ruoli e degli organici tra i tre gruppi linguistici e dispone che tali posti "considerati per gruppi di qualifiche funzionali o per categorie o incarichi dirigenziali, secondo il titolo di studio prescritto per accedervi, sono riservati ai cittadini appartenenti a ciascuno dei tre gruppi linguistici in rapporto alla consistenza dei gruppi stessi quale risulta dalle dichiarazioni di appartenenza rese nell'ultimo censimento ufficiale della popolazione con riferimento all'ambito territoriale in cui l'ente esplica la sua attività"; lo stesso articolo prevede che in caso di assunzioni per posti per i quali è prescritto il titolo di studio non superiore alla scuola dell'obbligo si possa prescindere dalla gradualità del rapporto proporzionale, purché non sia superato il numero di posti massimo spettanti a ciascun gruppo. L'art. 4 prevede il raggiungimento

⁹ Il decreto legislativo 18 gennaio 2002 n. 11, modificando il terzo comma dell'art. 18 del DPR 26 luglio 1976 n. 752, all'art. 1 prevede norme a tutela della segretezza e della privacy per quanto riguarda la dichiarazione di appartenenza o aggregazione al gruppo linguistico.

delle quote di riserva entro tre anni dalla entrata in vigore della legge.

- La seconda, contenuta nell'art. 6, riguarda le modalità di espletamento dei concorsi e, in particolare, le modalità di distribuzione dei posti non assegnati o di quelli vacanti.

La legge provinciale 28 maggio 1990 n. 8 ha esteso anche ai comuni il meccanismo di calcolo della proporzionale secondo le disposizioni contenute nel nuovo Statuto di autonomia.

Il DPGP 26 marzo 1997 n. 6 (regolamento di esecuzione sull'accesso all'impiego provinciale) prevede all'art. 28/bis, aggiunto dal DPGP 24 novembre 2000 n. 44, una norma di flessibilizzazione della proporzionale etnica, secondo la quale "in attesa di un adeguamento della normativa provinciale sulla ripartizione dei posti nel pubblico impiego provinciale secondo la consistenza dei gruppi linguistici e sui requisiti di conoscenza delle lingue per l'accesso ai relativi posti, la Giunta provinciale può assegnare posti riservati ad uno dei tre gruppi linguistici ad un altro gruppo degli stessi qualora: a) manchino candidati vincitori o idonei del rispettivo gruppo linguistico e b) esistano urgenti ed improrogabili esigenze di servizio per la copertura dei relativi posti nonché c) venga riservato un corrispondente numero di posti a candidati del gruppo linguistico cedente in un'altra qualifica funzionale o gruppo di qualifiche funzionali.

Il recupero dei posti assegnati ad un altro gruppo linguistico in deroga al numero massimo dei posti spettanti allo stesso nell'ambito della rispettiva qualifica o gruppo di qualifiche funzionali avviene in sede di successiva copertura di posti vacanti, salvo quanto disposto dallo stesso articolo. Rimane comunque salvo il rispetto del numero massimo dei posti spettanti a ciascun gruppo linguistico nell'ambito del numero complessivo dei posti soggetti alla proporzionale etnica ai sensi della vigente normativa provinciale.

Gli artt. 99-102 del nuovo Statuto di autonomia contengono disposizioni sull'uso della lingua tedesca e ladina. Di fatto all'interno dello Statuto alle due lingue non è riservata una parità di trattamento: mentre per quanto riguarda la lingua ladina ci si limita al riconoscimento per le popolazioni ladine del diritto alla valorizzazione delle proprie iniziative e attività culturali, di stampa e ricreative, al diritto al rispetto della toponomastica e delle tradizioni, e al diritto nei comuni della provincia di Trento ove è parlato il ladino a ricevere l'insegnamento della lingua e della cultura (art. 102), per i cittadini di lingua tedesca della provincia di Bolzano è approntato un pacchetto di garanzie più consistente. Esso va dal riconoscimento del diritto ad utilizzare la propria lingua nei rapporti con le amministrazioni pubbliche e con i concessionari di servizi di pubblico interesse

svolti nella provincia al diritto a ricevere informazioni e comunicazioni scritte ed orali nella lingua di appartenenza.

Questi principi dello Statuto di autonomia presuppongono che presso le amministrazioni pubbliche sia presente personale bilingue: obiettivo non raggiungibile con il solo ricorso ai meccanismi di accesso basati sulla proporzionale etnica.

Il requisito del bilinguismo per l'accesso al pubblico impiego in provincia di Bolzano è introdotto dall'art. 1 del DPR 26 luglio 1976 n. 752 (lo stesso decreto prevede anche la normativa per l'espletamento degli esami e per l'accesso al lavoro); successivi provvedimenti ne ampliano e definiscono l'ambito di applicazione. Con il DPR 15 luglio 1988 n. 574 si ha un primo riconoscimento anche per le popolazioni di lingua ladina alle quali è attribuito il diritto all'utilizzo della propria lingua con gli uffici aventi sede nelle località ladine e con gli uffici della Provincia che svolgono funzioni esclusivamente o prevalentemente nell'interesse delle popolazioni ladine: la legge regionale 5 marzo 1993

n. 4 all'art. 16 dispone che per l'assunzione a impiegato comunale nei comuni dove si parla ladino "è richiesta altresì la conoscenza della lingua ladina".

Il requisito del bilinguismo o del trilinguismo, laddove è richiesta anche la conoscenza della lingua ladina, si ottiene a seguito di superamento di esami banditi dalla Provincia di Bolzano, non strettamente legati al titolo di studio posseduto ma ad una conoscenza delle lingue adeguata alle esigenze del servizio ed alla funzione svolta. L'accertamento della conoscenza delle lingue può avvenire a quattro gradi di difficoltà, a seconda dei titoli di studio richiesti per l'accesso (A – B – C – D). L'esame si svolge con prove scritte ed orali per ognuno dei livelli (per la conoscenza supplementare della lingua ladina dei livelli professionali inferiori solo con colloquio orale) ed ogni cittadino può partecipare al livello che preferisce senza essere obbligato a superare l'esame dei livelli inferiori. L'attestato ha validità illimitata (DPR 19 novembre 1987 n. 521).

Livello esame	Ex carriera dell'amministrazione statale e corrispondenti livelli funzionali	Titolo di studio richiesto per l'accesso	Limite minimo di età per svolgimento esame
A	Direttiva	Diploma di laurea	17 anni
B	Concetto	Diploma di scuola secondaria superiore	17 anni
C	Esecutiva	Scuola dell'obbligo	14 anni
D	Ausiliaria	Scuola dell'obbligo	14 anni

Per l'esame di bilinguismo (italiano e tedesco) i tipi di esame sono rapportati in parte alle ex carriere dell'amministrazione statale ed il titolo di studio richiesto per l'accesso è riferito ad esse ed ai corrispondenti livelli funzionali. Poiché però l'attestato di bilinguismo non è richiesto solo per l'accesso alle pubbliche amministrazioni, è prevista una età minima per ogni livello per poter essere ammessi agli esami. Le corrispondenze tra ex carriere statali, titoli di studio richiesti per l'accesso ed età minima per sostenere gli esami sono espresse nella seguente tabella.

Sul piano della retribuzione, la conoscenza della seconda e della terza lingua dà diritto a maggiorazioni definite dai rispettivi contratti di comparto. Per il personale della Provincia la maggiorazione per bilinguismo è integrata nella retribuzione di livello e i singoli profili professionali indicano il tipo di "patentino" richiesto.

Le prospettive della condizione della lingua ladina sembrano in prospettiva potersi equiparare a quella tedesca o italiana: con la legge 15 dicembre 1999 n. 482 si è estesa la tutela anche alle minoranze linguistiche storiche¹⁰ (tra le quali la ladina) prevedendo l'obbligo delle pub-

bliche amministrazioni a garantire la presenza (anche tramite convenzione con altri enti) di personale che sia in grado di rispondere alle richieste del pubblico usando la lingua ammessa a tutela (art. 9). Ma nella Regione Trentino-Alto Adige già il DPR 15 luglio 1988 n. 574 contiene la disciplina per l'uso della lingua tedesca e della lingua ladina nei rapporti dei cittadini con la pubblica amministrazione e nei procedimenti giudiziari.

L'impugnazione degli atti amministrativi lesivi del principio di parità dei cittadini in quanto appartenenti ad un gruppo linguistico gode di due percorsi tra loro collegati: un percorso amministrativo, interno all'organo ufficio o concessionario che ha emesso l'atto o provvedimento direttamente attivabile dal singolo cittadino ed uno, che potremmo definire istituzionale, dinanzi alla sezione autonoma per la provincia di Bolzano del Tribunale regionale di Giustizia Amministrativa (T.R.G.A.) istituito con D.P.R. 6 aprile 1984 n. 426, attivabile da consiglieri regionali, provinciali e comunali, "qualora la lesione sia stata riconosciuta dalla maggioranza del gruppo linguistico consiliare che si ritiene leso" (art. 92 dello Statuto di autonomia). Il singolo cittadino può a sua volta innescare il procedimento isti-

¹⁰ L. n. 482/1999. Art. 2.1. In attuazione dell'articolo 6 della Costituzione e in armonia con i principi generali stabiliti dagli organismi europei e internazionali, la Repubblica tutela la lingua e la cultura delle popolazioni albanesi, catalane, germaniche, greche, slovene e croate e di quelle parlanti il francese, il franco-provenzale, il friulano, il ladino, l'occitano e il sardo.

tuzionale sollevando la eccezione di nullità direttamente dinanzi al Sindaco del comune di residenza (per la normativa completa, cfr. D.P.R. 15 luglio 1988 n. 574) oppure ricorrere anche lui al T.R.G.A. , qualora si ritenga direttamente leso e sia stato già proposto ricorso dai consiglieri di una delle autonomie locali (art. 9, D.P.R. 426/1984).

2.4 Modalità di accesso dei cittadini dell'Unione Europea

La cittadinanza italiana, requisito storico per l'accesso all'impiego presso le pubbliche amministrazioni è ormai in via di affievolimento del suo ruolo esclusivo.

L'integrazione tra gli Stati dell'Unione Europea basata tra l'altro sul principio della libera circolazione comporta la possibilità anche per cittadini di altri Paesi dell'Unione di partecipare alle forme di reclutamento presso le pubbliche amministrazioni. L'art. 48 del Trattato CEE, infatti, limita le modalità di attuazione del principio di libera circolazione solo con riferimento alle amministrazioni pubbliche. Nel corso degli anni si è assistito ad un dibattito in dottrina e giurisprudenza, sia al livello nazionale sia al livello comunitario, tendente a definire quali fossero i posti e/o le funzioni per i quali fosse necessaria la cittadinanza italiana. Questo dibattito ha portato a prevedere che possano essere esclusi i cittadini di altri paesi europei solo nei casi in cui si tratti di attività che implicano la "preposizio-

ne, l'applicazione o la funzione gestoria di poteri discrezionali, aventi a riguardo interessi generali dello Stato". Questo orientamento, cosiddetto "funzionalista", comporta l'esigenza di individuare tali attività, per cui il decreto legislativo 165/2001, già nella prima configurazione come decreto legislativo 29/1993, all'art. 37 (ora art. 38) aveva previsto che i cittadini degli Stati membri dell'Unione possono accedere ai posti di lavoro pubblico "che non implicano esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, ovvero non attingano alla tutela dell'interesse nazionale; ad un DPCM era poi affidato il compito di individuare "posti e funzioni" per i quali "non può prescindere dal possesso della cittadinanza italiana, nonché i requisiti indispensabili per gli stessi cittadini di altri Paesi.

Questa breve ricostruzione della disciplina nazionale, insieme alla considerazione per cui anche in regime di assetto costituzionale "di modello federativo" è affidata alla competenza esclusiva dello Stato la "materia" del rapporto dello Stato con l'Unione europea, spiega il tenore dell'art. 11 della l. p. 16/1995 che fa esplicito riferimento al "rispetto dei criteri stabiliti dalle disposizioni statali vigenti in materia" e prevede che nei singoli bandi si individuino i "posti e le funzioni" per le quali non si può prescindere dal possesso della cittadinanza.

La disciplina regolamentare è stata emanata con DPCM 7 febbraio 1994 n. 174 la

quale – come del resto recita la norma legislativa - individua due tipologie di esclusione:

- i posti, e cioè posizioni ordinamentali o organizzative: dirigenti, funzioni di vertice amministrativo, magistrati, avvocati e procuratori dello Stato, ruoli civili e militari delle amministrazioni ministeriali tradizionalmente dette "di ordine";
- le funzioni, e cioè competenze finalizzate che prescindono dal ruolo o dall'appartenenza a specifiche amministrazioni e che possono riguardare quindi ogni amministrazione ed ogni livello di inquadramento: quelle che comportano l'elaborazione, la decisione, l'esecuzione di provvedimenti autorizzativi e coercitivi; quelle di controllo di legittimità e di merito.

In entrambi i casi sono comunque fatte salve le competenze legislative delle Regioni, soprattutto di quelle a statuto speciale e delle province di Trento e di Bolzano in materia di organizzazione degli uffici e di lavoro; questo potere è esercitato dalla Provincia di Bolzano appunto attraverso le esclusioni individuate dai bandi.

Non derogabile sembra invece l'elencazione dei requisiti richiesti ai cittadini di

Stati membri dell'Unione per l'accesso ai posti della pubblica amministrazione; in questo caso, infatti (art. 3 del DPCM 174/1994) non è contenuta la clausola di salvaguardia.

I requisiti indispensabili sono:

- il godimento dei diritti civili e politici anche negli Stati di appartenenza o di provenienza;
- il possesso, tranne che per la cittadinanza, di tutti gli altri requisiti previsti per i cittadini della Repubblica;
- l'adeguata conoscenza della lingua italiana.

2.5 Le assunzioni obbligatorie

Come accennato in precedenza, la legge 12 marzo 1999 n. 68, abrogando la legge 482/1968 rivede interamente la disciplina delle assunzioni obbligatorie¹¹.

L'art. 10 della l. p. 16/1995 prevede l'obbligo delle amministrazioni provinciali di rispettare nella fase di programmazione triennale del fabbisogno del personale "le unità di cui alla legge" nazionale.

Questa disciplina considera disabili destinatari della tutela approntata:

- portatori di handicap fisico, psichico, sensoriale o intellettuale che comportino una riduzione della capacità lavorativa superiore al 45% accertata dalle

¹¹ L. n. 421/1992. Art. 2.1.u) prevedere per le categorie protette di cui al titolo I della legge 2 aprile 1968, n. 482, l'assunzione, da parte dello Stato, delle aziende e degli enti pubblici, per chiamata numerica degli iscritti nelle liste di collocamento sulla base delle graduatorie stabilite dagli uffici provinciali del lavoro e della massima occupazione.

commissioni per il riconoscimento dell'invalidità civile, sulla base della tabella approvata ai sensi dell'art. 2 D.lgs. 509/1988;

- invalidi del lavoro con grado di invalidità superiore al 33% accertata dall'INAIL;
- persone colpite da cecità assoluta o con residuo visivo non superiore a un decimo ad entrambi gli occhi con eventuale correzione;
- persone colpite da sordità dalla nascita o prima dell'apprendimento della lingua parlata;
- invalidi di guerra, civili di guerra e per servizio con minorazioni ascritte dalla prima all'ottava categoria delle tabelle annesse al DPR 915/1978.

Restano in vigore le norme riguardanti centralinisti, massaggiatori, massofisioterapisti, terapisti della riabilitazione ed insegnanti non vedenti; restano anche in vigore le norme riguardanti i sordomuti (l. n. 308/1958); dubbia è la permanenza dell'obbligo di assunzione per invalidi permanenti per fatti di terrorismo e criminalità organizzata qualora unici superstiti (l. n. 407/1998).

I vincoli numerici – che riguardano datori di lavoro pubblici e privati – anche a prescindere dalla disponibilità in organico, sono:

- nessun obbligo per gli enti con meno di quindici dipendenti;
- un lavoratore, solo in caso di nuove assunzioni, per enti che occupano da 15 a 35 dipendenti

- due lavoratori per gli enti che occupano da 36 a 50 dipendenti
- 7% dei lavoratori occupati per enti che occupano più di 50 dipendenti

Per quanto riguarda specifiche funzioni, l'obbligo riguarda solo i servizi amministrativi per polizia (comprese le funzioni di polizia municipale, come da Circolare del Ministero del Lavoro 22 febbraio 2001 n. 293/M2), protezione civile e difesa nazionale.

Le pubbliche amministrazioni possono coprire con tali assunzioni fino al 50% dei posti messi a concorso; durante le prove devono prevedere modalità che garantiscano condizioni di parità; è abrogato il requisito della sana e robusta costituzione fisica; devono essere assunti i disabili anche se già occupati.

Il mancato rispetto della normativa comporta la responsabilità penale, amministrativa e disciplinare del responsabile del procedimento.

Con DPR 10 ottobre 2000 n. 333 è stato emanato il Regolamento di esecuzione della legge 68/1999, al quale però la Provincia di Bolzano, come quella di Trento, non è tenuta a conformarsi trattandosi di normativa statale secondaria (C. Cost. 21-30 marzo 2001 n. 84).

Con DPCM 13 gennaio 2000 è stato emanato l' "Atto di indirizzo e coordinamento in materia di collocamento obbligatorio dei disabili". La Corte Costituzionale, che già con la sentenza n. 49/1991 si era espressa sui limiti e le condizioni di applicabilità degli atti di indirizzo e coordina-

mento alle Regioni ed alle Province autonome, è ritornata ad affrontare il tema della vincolatività della normazione secondaria statale per le competenze autonome delle Province a statuto speciale, con la sentenza 21 marzo 2001 n. 84 in un giudizio promosso dalla Provincia di Trento. Con essa, la Corte ha affermato che "un regolamento governativo o ministeriale non può contenere norme miranti a limitare la sfera di competenza delle Regioni nelle materie loro attribuite" ed ha aggiunto che, nel rispetto dello statuto di autonomia, "un vincolo per le Province autonome derivante da altre fonti può essere posto solo da atti amministrativi statali di indirizzo e coordinamento emanati dal Governo, limitatamente al conseguimento degli obiettivi e dei risultati in essi stabiliti"; per questi motivi, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 20 della legge 68/1999 nella parte in cui prevede che le Province autonome di Trento e di Bolzano si conformano, nell'ambito delle rispettive competenze, alle norme di esecuzione, aventi carattere generale, emanate sentita la Confe-

renza unificata Stato-Regioni.

Sugli obblighi delle amministrazioni durante le procedure di concorso nella provincia di Bolzano vedi l'art. 27 del DPGP 26 marzo 1997 n. 6.

2.6 La stipulazione del contratto di lavoro: forma e contenuto

A seguito della scelta del lavoratore contraente che si realizza al termine della fase precontrattuale, il rapporto di lavoro è costituito con contratto individuale¹²: in questo senso, il contratto individuale assume la doppia funzione di momento genetico del rapporto di lavoro e di passaggio dalle fonti normative pubblicistiche a quelle di diritto privato. Il contratto individuale, pur ponendo le parti contraenti su un piano di parità giuridica – superando quindi la posizione di supremazia di diritto pubblico che caratterizzava precedentemente l'amministrazione con lo strumento dell' "atto di nomina" –, non ha completa libertà di definire i suoi contenuti. Infatti, da un lato ostano a tale libertà le norme inderogabili di legge e di contratto collettivo,

¹² La Corte di Cassazione, con la sentenza 30 ottobre 2000 n. 14138, ha precisato che nell'impiego pubblico - così come nel lavoro privato - il bando di concorso per l'assunzione del personale o per la progressione in carriera dei dipendenti già in servizio viene a configurarsi come una proposta di contratto che, ai sensi dell'art. 1326, 1° co. c.c., diviene irrevocabile consentendo l'incontro delle volontà e quindi la conclusione del contratto nel momento in cui la Pubblica Amministrazione proponente viene a conoscenza dell'accettazione della controparte che si realizza con il conseguimento di un risultato positivo in seguito all'espletamento delle prove prescritte.

Da tale momento perfezionativo risulta applicabile nei confronti della parte inadempiente la disciplina propria della responsabilità contrattuale, con il relativo regime probatorio.

sulla base del sistema generale delle fonti di diritto del lavoro, avallato dalla disposizione dell'art 2113 c.c., dall'altro – in particolare nel settore pubblico – il contratto individuale è sottoposto al limite che si rinviene anche nell'art. 2.2 della legge 16/1995 per il quale "i contratti individuali devono garantire parità di trattamento contrattuale e comunque trattamenti non inferiori a quelli previsti dai rispettivi contratti collettivi".

Questa disposizione riprende analoghe previsioni della normativa nazionale che sono state interpretate non tanto come limite oggettivo al contratto individuale, quanto piuttosto come la previsione di obbligo di comportamento al datore di lavoro di non prevedere trattamenti economici discriminatori, considerandosi tali quelle differenze retributive non autorizzate dalla contrattazione collettiva e/o che non siano da questa affidate al contratto individuale.

In altri termini, non bisogna dimenticare che pur svolgendosi il rapporto in una situazione di parità giuridica, la relazione tra i due soggetti è comunque caratterizzata da una posizione di subordinazione del lavoratore, così descritta dall'art. 2094 c.c. "E' prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore". Tale subordinazione è definita dalla dottrina prevalente di tipo "tecnico-funzionale",

riconducibile, cioè, al potere organizzativo riconosciuto al datore di lavoro. Da questa situazione di subordinazione all'autorità datoriale (art. 2086 c.c.) derivano i poteri a lui riconosciuti: oltre a quello organizzativo o direttivo (art. 2104 c.c.), il potere di controllo ad esso connesso ed il potere disciplinare (art. 2106 c.c.).

Dalla situazione di subordinazione deriva la posizione di collaborazione del lavoratore, intesa come modalità di svolgimento della prestazione lavorativa. In questo senso, la causa che caratterizza il contratto di lavoro è lo scambio tra collaborazione e retribuzione (sinallagmaticità).

Al momento dell'assunzione, e comunque entro un termine di trenta giorni, nel contratto sottoscritto dalle parti, nella lettera di assunzione o in qualsiasi altro documento, il lavoratore ha diritto ad una serie di informazioni previste dal D.lgs. 26 maggio 1997 n. 152, emanato in attuazione della direttiva europea 91/533. Tali informazioni riguardano:

- a) l'identità delle parti;
- b) il luogo di lavoro; in mancanza di un luogo di lavoro fisso o predominante, l'indicazione che il lavoratore è occupato in luoghi diversi, nonché la sede o il domicilio del datore di lavoro;
- c) la data di inizio del rapporto di lavoro;
- d) la durata del rapporto di lavoro, precisando se si tratta di rapporto di lavoro a tempo determinato o indeterminato;

- e) la durata del periodo di prova se previsto;
- f) l'inquadramento, il livello e la qualifica attribuiti al lavoratore, oppure le caratteristiche o la descrizione sommaria del lavoro;
- g) l'importo iniziale della retribuzione e i relativi elementi costitutivi, con l'indicazione del periodo di pagamento;
- h) la durata delle ferie retribuite cui ha diritto il lavoratore o le modalità di determinazione e di fruizione delle ferie;
- i) l'orario di lavoro;
- l) i termini di preavviso in caso di recesso. L'indicazione di cui alle lettere e), g), h), i), l) può essere fatta mediante rinvio al contratto collettivo.

L'obbligo di informazione entro trenta giorni riguarda anche le modifiche che non siano indotte da leggi, regolamenti o contratti collettivi.

Il D.lgs. 152/1997 contiene anche le informazioni necessarie in caso di lavoro all'estero e le misure di tutela in caso di mancato, ritardato, incompleto o inesatto adempimento degli obblighi.

L'art. 10 del contratto intercompartimentale 2001-2004, richiamando sia la normativa europea sia quella nazionale, ripropone in buona sostanza il contenuto del D.lgs. 152/1997, precisando inoltre la necessità della forma scritta, l'applicabilità dei contratti collettivi vigenti nel tempo, le tipologie prevalenti (tempo indeterminato, tempo determinato, part-time).

Importante è la previsione contenuta nella seconda parte del terzo comma dell'art. 10: con essa si precisa che "e' in ogni modo condizione risolutiva del contratto, senza obbligo di preavviso, l'annullamento della procedura di reclutamento che ne costituisce il presupposto". Essa infatti testimonia dell'unicità del percorso di selezione con la possibilità di stipulazione del contratto individuale e crea una continuità necessaria tra fase precontrattuale (pubblicistica) e contratto di lavoro (privatistico).

Da quanto detto si ricava sufficientemente che il contratto sia la fonte costitutiva del rapporto individuale di lavoro; a questa conclusione è possibile pervenire anche dalla lettura dell'art. 2126 c.c. il quale prevede ipotesi di mantenimento degli effetti proprio nei casi di nullità ed annullamento del contratto di lavoro. In tali casi, infatti, l'invalidità del contratto non produce effetti sul rapporto individuale per il periodo in cui ha avuto esecuzione – salvaguardando, quindi, i diritti maturati durante *la prestazione di fatto*, ma non comporta nemmeno l'instaurazione di un vero rapporto di lavoro, proprio perché si è in assenza di un contratto valido. Eccezione a questo principio generale di conservazione degli effetti è costituita dai casi in cui il contratto sia nullo per illiceità dell'oggetto o della causa in quanto *proibite* da norme imperative di legge, contrarie al buon costume o contrarie all'ordine pubblico.

Una volta affermata la natura contrattuale del rapporto di lavoro, bisogna aggiungere che le parti non sono libere di determinarne i contenuti, se non entro limiti ben definiti: da un lato, infatti, fungono da limite le norme imperative di legge con riferimento sia ai contratti collettivi sia a quelli individuali, il cui mancato rispetto produce la sostituzione automatica della clausola difforme¹³ (art. 1419 c.c.), dall'altro fungono da limite le norme inderogabili dei contratti collettivi (art. 2113 c.c.). Si tratta, ovviamente, di una inderogabilità *in pejus*, dal momento che sono valide le clausole migliorative a favore del lavoratore.

Altro problema importante riguardante la formazione del contratto di lavoro è quello che attiene alla forma. In linea generale vige il principio della libertà della forma: infatti i casi in cui è richiesta la forma scritta sono esplicitamente previsti dall'ordinamento e riguardano particolari tipologie di rapporto (formazione-lavoro, interinale), elementi cosiddetti accidentali del rapporto (patto di prova), aspetti che possono essere lesivi dei diritti dei lavoratori (licenziamento). Per il momento costitutivo, invece, l'ordinamento non prevede una particolare forma per l'espressione della volontà delle parti.

Va comunque detto che, seppure indrettamente, l'ordinamento tende a generalizzare una qualche forma scritta riferita agli elementi salienti del rapporto di lavoro, come si evince dal meccanismo di informazioni previsto dal D.lgs. 152/1997 del quale abbiamo parlato in precedenza. Inoltre, va ricordato che il secondo comma dell'art. 10 del contratto intercompartimentale 2001-2004 esplicitamente dispone la forma scritta per il contratto di lavoro.

2.7 Le incompatibilità, i cumuli di impiego e gli incarichi

Superata la rigidità assoluta del principio di esclusività dell'impiego, tradizionale nel settore pubblico, la normativa contenuta nella legge delega prevede comunque che sia materia riservata alla legge quella riferita alla disciplina della responsabilità e delle incompatibilità tra l'impiego pubblico ed altre attività e i casi di divieto di cumulo di impieghi e incarichi pubblici (art. 2.1.c7 della legge n. 421/92).

La legge provinciale 16/1995 prevede questa disciplina all'art. 14 attraverso l'individuazione di principi e criteri per l'emanazione successiva, non ancora avvenuta, di un regolamento d'esecuzione

¹³ Per una ipotesi di sostituzione automatica di clausola peggiorativa rispetto alla normativa nazionale, contenuta in un contratto collettivo (in materia di cumulo tra permessi e congedo) per persona portatrice di handicap, cfr. TRGA (sezione autonoma per la provincia di Bolzano), 31 maggio 2000 n. 165.

(comma 1) ed alcune norme specifiche (commi 2-4).

I principi del primo comma possono riportarsi a tre tipologie:

- incompatibilità assoluta;
- casi consentiti previa autorizzazione;
- casi consentiti anche senza autorizzazioni.

I commi 2-4 definiscono gli obblighi di informazione da parte del lavoratore, quelli dei soggetti pubblici e privati che conferiscono incarichi ai fini della costituzione dell'anagrafe delle prestazioni¹⁴, le deroghe nei casi di lavoro part-time.

Al momento in cui scriviamo queste note la normativa legislativa sulle incompatibilità e i cumuli risulta ancora quella regolata dal Capo III del Titolo IV (artt. 56-61) della legge provinciale 3 luglio 1959 n. 6 che è informata maggiormente ad un principio di esclusività dell'impiego pubblico tipico della legislazione statale antecedente alla riforma del 1993.

2.8 Il periodo di prova

Il primo comma dell'art. 2096 c.c. prevede che, salva diversa disposizione con-

tenuta nei contratti collettivi, l'assunzione del lavoratore per un periodo di prova deve risultare da atto scritto.

E' quindi questa la prima vicenda nell'evoluzione del rapporto di lavoro per la quale la forma scritta è richiesta *ad substantiam* e, quindi, una assunzione che non preveda per iscritto un periodo di prova va considerata definitiva (art. 2096.4).

La clausola che prevede il periodo di prova deve risultare dal contratto individuale non essendo sufficiente la sua previsione nei contratti collettivi. Il cosiddetto "patto di prova" ha l'effetto di *sospendere* il rapporto di lavoro, nel senso appunto che questo diventa definitivo solo al termine del periodo ed in assenza di recesso di una delle parti.

Il secondo comma dell'art. 2096 c.c. dispone che le parti sono rispettivamente tenute "a consentire e fare l'esperimento che forma oggetto del patto di prova": ciò significa che la funzione del patto di prova è quella di verificare la reciproca convenienza al contratto (di tipo professionale da parte del datore di lavoro, di tipo normativo e di condizioni

¹⁴ L. n. 421/1992. Art. 2.1.p) prevedere che qualunque tipo di incarico a dipendenti della pubblica amministrazione possa essere conferito in casi rigorosamente predeterminati; in ogni caso, prevedere che l'amministrazione, ente, società o persona fisica che hanno conferito al personale dipendente da una pubblica amministrazione incarichi previsti dall'articolo 24 della legge 30 dicembre 1991, n. 412, entro sei mesi dell'emanazione dei decreti legislativi di cui al presente articolo, siano tenuti a comunicare alle amministrazioni di appartenenza del personale medesimo gli emolumenti corrisposti in relazione ai predetti incarichi, allo scopo di favorire la completa attuazione dell'anagrafe delle prestazioni prevista dallo stesso articolo 2.

da parte del lavoratore) oppure, come afferma una recente sentenza della Corte costituzionale (541/2000), "la clausola di prova è finalizzata all'accertamento della sussistenza nel prestatore di determinate qualificazioni tecniche ritenute necessarie al proseguimento del già intrapreso rapporto di lavoro". A questo proposito vanno anche segnalate due sentenze della Corte di Cassazione (18 novembre 2000 n. 14950 e 30 ottobre 2001 n. 13525) con le quali si afferma il principio per cui il patto di prova apposto al contratto di lavoro deve non solo risultare da atto scritto, ma deve contenere anche la specifica indicazione delle mansioni da espletare, atteso che la facoltà del datore di lavoro di esprimere la propria insindacabile valutazione sull'esito della prova presuppone che questa debba effettuarsi in ordine a mansioni esattamente individuate ed indicate; per cui, il rinvio al riferimento al sistema classificatorio della contrattazione collettiva - specifica la sentenza - è sufficiente ad integrare il requisito della specificità dell'indicazione delle mansioni del lavoratore in prova solo se rispetto alla scala definitoria di categorie, qualifi-

che, livelli, profili professionali, il richiamo contenuto nel patto è fatto alla nozione più dettagliata¹⁵.

Seppure in forma indiretta, l'art. 10 della legge 15 luglio 1966 n. 604 fissa il limite massimo del periodo di prova in sei mesi, nel momento in cui afferma che la sua disciplina non si applica ai lavoratori in prova fino a quando l'assunzione diviene definitiva e, in caso, quando sono decorsi sei mesi dall'inizio del rapporto di lavoro. Anche di recente, con la sentenza 27 novembre 2000 n. 541, la Corte Costituzionale affronta il problema della non applicabilità delle garanzie di cui alla legge 604/1966 ai lavoratori in prova, affermando che "la dichiarazione di recesso del datore di lavoro per esito negativo della prova non può essere propriamente qualificata come licenziamento ed è invece avvicicabile alla risoluzione del rapporto per scadenza dei termini".

Ad entrambe le parti è consentito recedere durante il periodo di prova senza obbligo di preavviso o indennità sostitutiva, ma comunque con corresponsione del trattamento di fine rapporto e pagamento delle ferie non godute (C. Cost. 22 dicembre 1980 n. 189).

¹⁵ Così, anche, Cassazione 4 dicembre 2001 n. 15307. Con la sentenza 6 dicembre 2001 n. 15432, la stessa sezione Lavoro della Cassazione ha anche aggiunto che in caso di assegnazione continuativa al lavoratore di mansioni ulteriori rispetto a quelle previste in sede di stipulazione del patto di prova, il recesso per mancato superamento dell'esperimento è illegittimo non solo quando per il rilievo quantitativo e qualitativo delle ulteriori mansioni si debba considerare sostanzialmente mutato l'oggetto complessivo della prestazione, ma anche quando risulti la potenziale incidenza, sul giudizio del datore di lavoro, dello svolgimento delle ulteriori mansioni per la loro natura o per la loro influenza sulle condizioni di espletamento delle mansioni originarie.

Secondo la giurisprudenza, il recesso del datore di lavoro durante il periodo di prova non ha bisogno di motivazioni (Cass. 12 marzo 1999 n. 2228), essendo essa deducibile dalla funzione stessa del patto; va però detto che l'art. 11 del contratto collettivo intercompartimentale 2001-2004, al quinto comma prevede "l'adeguata motivazione" dell'amministrazione recedente.

Il secondo comma dell'art. 11 della legge 68/1999 prevede che, nel caso di assunzione di disabili, il periodo di prova possa avere una durata maggiore di quella prevista dai contratti collettivi, "purché l'esito negativo della prova, qualora sia riferibile alla menomazione di cui è affetto il soggetto, non costituisca motivo di risoluzione del rapporto di lavoro": è dubbio se questa previsione di un periodo di prova anche per i disabili riguardi solo i casi di convenzioni previste dall'art. 11 o abbia una portata generale. Comunque sia, è orientamento consolidato della Corte Costituzionale (da ultimo, cfr. sentenza 541/2000) quello per cui il patto di prova è compatibile con l'assunzione obbligatoria dei disabili, a condizione che

la prova tenga conto delle minorate capacità lavorative dell'interessato e che vada confermato l'orientamento della giurisprudenza di merito che richiede un maggiore rigore in tema di recesso nei confronti del lavoratore disabile assunto in prova, attraverso l'obbligo di esternazione dei motivi dell'esito negativo della prova, soprattutto al fine di evitare il licenziamento in frode alla legge.

La disciplina contrattuale del periodo di prova è contenuta – come accennato – nell'art. 11 del contratto intercompartimentale. In esso la durata del periodo di prova è previsto in sei mesi. Oltre alle disposizioni già segnalate, il contratto prevede la possibilità di trasferimento del lavoratore in prova, su richiesta o d'ufficio, sempre che ci sia:

- la vacanza del posto e la necessità di coprirlo,
- la prova anche nel rapporto di lavoro a tempo determinato (tre mesi) che, qualora superata, si considera valida anche nel caso di successivo rapporto a tempo indeterminato,
- l'esperimento del periodo di prova anche in caso di progressione verticale.

3. Le tipologie di rapporto di lavoro

La crescente attenzione alla flessibilità del lavoro - da coniugare sia in senso organizzativo, sia in termini di riduzione dei costi - ha fatto sviluppare nel corso degli ultimi venti anni tipi di rapporto di lavoro che, in misura diversa, non contengono tutti gli elementi di "tipicità" riconducibili al rapporto di lavoro subordinato. In verità, anche tra i "nuovi lavori" esistono differenze che difficilmente sono riconducibili ad una tipologia: ed è per questo che, in assenza di un'indicazione precisa proveniente dall'ordinamento, essi sono soliti essere chiamati "lavori flessibili" o "lavori atipici".

Per comprenderne i tratti comuni e gli elementi di distinzione, è utile partire dalla definizione di lavoro subordinato fornita dal codice civile (art. 2094). Senza entrare nel merito di quanto sarà più chiaro nel corso dei prossimi due paragrafi, possiamo dire, in prima approssimazione e con qualche rischio di superficialità, che per lavoro subordinato si intende un lavoro prestato in posizione di subordinazione gerarchica e funzionale rispetto ad un datore di lavoro (che ne determina, in modo più o meno accentuato, le modalità di svolgimento), in un sistema organizzativo da lui diretto, in cambio di una retribuzione: la prima caratteristica del lavoro subordinato è quindi quella connessa al potere del datore di lavoro. Sempre con riferimento alle modalità di

espletamento della prestazione lavorativa, la giurisprudenza ha elaborato alcuni caratteri distintivi del lavoro subordinato, indicando tra essi la continuità e l'esclusività della prestazione: soprattutto sulla base di questi due caratteri - ma principalmente anche per le caratteristiche proprie di sistemi organizzativi prevalentemente stabili e statici - si è di fatto diffusa per prima una fattispecie di lavoro subordinato riconducibile ai caratteri di tempo indeterminato e tempo pieno: la seconda caratteristica del lavoro subordinato è quindi riconducibile alla durata del rapporto di lavoro.

Mano a mano che i sistemi organizzativi hanno perso i caratteri di stabilità e staticità, per innovazione tecnologica e/o organizzativa, per modifica delle quantità e delle qualità dei beni prodotti o dei servizi erogati, si è posto il problema di adeguare la rigidità del lavoro alla flessibilità dell'organizzazione.

Si è trattato di un percorso lungo e non ancora concluso che, anche con il contributo al livello nazionale delle maggiori organizzazioni sindacali (attraverso accordi trilaterale cd. di *concertazione*), prova a coniugare flessibilità e tutela del lavoro.

La casistica di lavori che questa esperienza non solo italiana ha consentito è molto varia e, ancora con qualche approssi-

mazione, possiamo dire che sono *lavori flessibili* quelli che mantengono le caratteristiche del lavoro subordinato legate all'esercizio del potere datoriale, mentre sono *lavori atipici* quelli che perdono quei caratteri o si differenziano dal modello del codice civile per qualche elemento di causa mista.

In questo paragrafo esamineremo i principali tipi di lavoro previsti dall'ordinamento, con particolare riferimento a quelli che maggiormente si vanno diffondendo nell'ambito del lavoro pubblico, tenendo conto del fatto che nelle leggi delega nazionale mancano principi specifici in materia e che quindi quelli desumibili dalla Provincia di Bolzano devono essere rintracciati nella normativa nazionale specifica.

L'art. 12 del contratto intercompartimentale del 1° agosto 2002, nel prevedere alcune forme flessibili di lavoro estende la loro funzione ad ambiti diversi da quelli organizzativi, intitolando l'articolo significativamente "*Forme di flessibilità dell'orario di lavoro e norme di tutela della qualità del tempo di lavoro e della vita*" e affermando che "le parti confermano l'impegno a migliorare qualitativamente e quantitativamente il rapporto tra le prestazioni contrattualmente dovute e quelle effettivamente rese, identificando anche nuove articolazioni e modalità di gestione flessibile dell'orario di lavoro".

3.1 La riforma del mercato del lavoro (L. n. 30/2003 e D.lgs. n. 276/2003): problemi d'applicabilità al pubblico impiego

La normativa nazionale sui lavori flessibili o atipici ha subito recentemente profondi cambiamenti a seguito dell'approvazione della legge delega 14 febbraio 2003 n. 30 e del decreto legislativo (attuativo della delega) 10 settembre 2003 n. 276.

Gli effetti di questa legislazione di riforma sul lavoro pubblico sono ancora incerti, sia per un dettato legislativo non sempre chiaro, sia per la tecnica di "armonizzazione" prevista dall'art. 86, comma 8.

Infatti, l'art. 6 della legge delega esplicitamente esclude il personale delle pubbliche amministrazioni dai criteri di delega in essa contenuti, tranne nei casi in cui le amministrazioni pubbliche "siano espressamente richiamate".

La lettura combinata delle disposizioni deleganti e di quelle delegate presenta però un quadro di difficile interpretazione univoca, dal momento che non si riscontrano nella legge delega riferimenti alle pubbliche amministrazioni se non per ribadirne l'esclusione (come nel caso dei criteri dettati per la riforma del lavoro a tempo parziale); questa situazione porterebbe a concludere che mancando criteri per l'estensione della riforma al lavoro pubblico, ogni riferimento eventualmente contenuto nei provvedimenti delegati dovrebbe essere considerato

incostituzionale per eccesso di delega. Ma questa posizione drastica non è necessaria, dal momento che potrebbe affermarsi che il riferimento al richiamo alle amministrazioni pubbliche contenuto nel citato art. 6 serva come criterio generale per aprire la strada alla disciplina delegata a contenere essa i richiami al lavoro pubblico. Si tratta di una interpretazione molto dubbia ma che consente almeno una valutazione sulla opportunità o meno di estendere la riforma dei lavori flessibili ed atipici.

Pur utilizzando questo stretto sentiero, la lettura del decreto delegato pone problemi di interpretazione e di raccordo provocati da una tecnica non ineccepibile; ed infatti:

- nel trasformare il lavoro interinale in contratto di "somministrazione di lavoro", il decreto legislativo "abroga" la legge 196/1997 e questa abrogazione non può che avere effetto anche sul settore pubblico, nonostante l'esclusione contenuta nella legge delega; peraltro, l'applicabilità al pubblico impiego sembra ricavarsi anche dall'art. 86.9 che precisa che nel settore pubblico non è possibile la somministrazione a tempo indeterminato;
- nel riformare il contratto di formazione e lavoro, il legislatore delegato conferma, allo stesso art. 86.9 la vigenza dell'attuale disciplina solo per le pubbliche amministrazioni;
- nel riformare il contratto part-time, già il legislatore delegante aveva escluso

l'applicazione della riforma al pubblico impiego, ma il legislatore delegato opera attraverso modifiche al testo del decreto legislativo 61/2000, per cui almeno di voler ammettere l'"originale" contemporanea vigenza di due testi della stessa legge, di cui uno non riformato valido per il pubblico impiego e l'altro riformato valido per il settore privato, non è chiaro quale sia l'impatto innovativo per il lavoratori delle pubbliche amministrazioni.

A queste non chiare situazioni si aggiunge che il legislatore delegato prevede all'art. 86.8 una previsione generale per cui "il Ministro per la funzione pubblica convoca le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche per esaminare i profili di armonizzazione conseguenti alla entrata in vigore del presente decreto legislativo entro sei mesi anche ai fini della eventuale predisposizione di provvedimenti legislativi in materia".

Questa clausola di carattere generale lascia la situazione normativa attuale – peraltro significativamente regolata dai contratti nazionali – inalterata, affiancata solo dai dubbi interpretativi esposti. Ed infatti, a livello nazionale sono in corso i primi contatti tra organizzazioni sindacali e Ministero della funzione pubblica per decidere ambito, entità e strumenti normativi per la cosiddetta armonizzazione.

Proprio per queste ragioni e consideran-

do comunque la condizione di autonomia della Provincia di Bolzano e la presenza anche in questo caso di una consistente disciplina contrattuale tuttora vigente, riteniamo corretto esporre nei prossimi paragrafi dedicati alle forme di lavoro flessibili ed atipiche quale sia lo stato della disciplina vigente nel settore pubblico prima della legge 30 e del decreto legislativo 276 del 2003, in attesa che il percorso di armonizzazione si avvii e si concluda, chiarendo anche i rilevanti problemi interpretativi ed applicativi che abbiamo sintetizzato.

3.2 Il contratto di lavoro a tempo parziale (part-time)

La disciplina del contratto di lavoro a tempo parziale è prevista dal D.lgs. 25 febbraio 2000 n. 61 (attuativo della Direttiva europea 97/81), come modificato dal D.lgs. 26 febbraio 2001 n. 100.¹⁶

In esso sono fornite in primo luogo le definizioni che ci fanno comprendere come, in questo caso, non mutino i caratteri di subordinazione del contratto, ma varino le durate della prestazione; così, come afferma l'art. 1:

- per *tempo pieno* s'intende l'orario normale di lavoro settimanale definito nel suo massimo dalla legge o dai contratti collettivi;
- per *tempo parziale* si intende l'orario di lavoro fissato dal contratto individu-

ale, cui sia tenuto un lavoratore, che risulti comunque inferiore all'orario normale;

- per *tempo parziale orizzontale* si intende che la riduzione di orario rispetto al tempo pieno è prevista in relazione all'orario normale giornaliero;
- per *tempo parziale verticale* si intende che il lavoro si svolga giornalmente a tempo pieno, ma limitatamente a periodi predeterminati nel corso della settimana, del mese o dell'anno;
- per *tempo parziale* di tipo misto si intende una combinazione di tempo parziale orizzontale e tempo parziale verticale;
- per *lavoro supplementare* si intende quello corrispondente alle prestazioni lavorative svolte oltre l'orario concordato tra le parti del contratto individuale ed entro il limite del tempo pieno.

Il part-time è regolato, per quanto riguarda le modalità della prestazione e le condizioni, dai contratti collettivi ed è applicabile anche ai rapporti di lavoro a tempo determinato.

La norma nazionale generale prevede inoltre: il contenuto del contratto individuale, il principio di non discriminazione per i lavoratori part-time, la forma scritta della clausola (ma non per il lavoro pubblico), il computo dei lavoratori part-time ai fini dell'applicabilità dello statuto dei lavoratori, alcune delle modalità

¹⁶ Per considerazioni sull'applicabilità del D.lgs. 276/2003 al pubblico impiego si veda il paragrafo 3.1.

di svolgimento (in particolare il rapporto tra tempo supplementare e straordinario), il sistema di sanzioni (non applicabile al lavoro pubblico), la disciplina previdenziale.

L'art. 10 dello stesso decreto stabilisce che le disposizioni del decreto si applicano anche al lavoro pubblico, ferme restando le discipline speciali per questo settore.

Tra le discipline speciali per il settore pubblico vanno segnalate:

- L'art. 1 della legge 23 dicembre 1996 n. 662 che consente al lavoratore pubblico part-time di svolgere anche altre attività lavorative retribuite e professioni anche comportanti iscrizioni ad albi (consenso generalizzato per la riduzione del 50% della durata); prevede che possano essere trasformati i rapporti di lavoro comunque inquadrati nel sistema di classificazione; prevede che la trasformazione da tempo pieno a tempo parziale avvenga automaticamente dopo 60 giorni dalla richiesta e che non possa essere negata se non per conflitto di interesse con l'attività lavorativa o professionale che il lavoratore intenda svolgere; prevede che la trasformazione possa essere differita fino a un massimo di sei mesi in caso di grave pregiudizio all'organizzazione;

prevede la preferenza accordata a familiari di persone con disagio mentale o fisico e per i genitori con figli minori (ma su questo punto, v. ora i congedi parentali¹⁷). La Corte Costituzionale, con la sentenza 11 giugno 2001 n. 189, ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Consiglio Nazionale Forense che considerava incompatibile la posizione di pubblico dipendente con quella di avvocato.

- L'art. 39 della legge 27 dicembre 1997 n. 449 che al comma 25 prevede che la contrattazione collettiva possa attribuire la retribuzione accessoria anche in misura non proporzionale alla riduzione dell'orario.
- L'art. 22 della legge 23 dicembre 1998 n. 448 che affida alla contrattazione collettiva l'individuazione delle percentuali (diverse dal 25%) di possibili rapporti part-time rispetto al numero dei dipendenti ed eventuali esclusioni di profili.
- L'art. 20 della legge 23 dicembre 1999 n. 488 che incentiva le assunzioni flessibili.
- L'art. 6 della legge 28 maggio 1997 n. 140 che sancisce il diritto del lavoratore part-time a convertire in tempo pieno il rapporto di lavoro dopo due

¹⁷ Tra le disposizioni transitorie provinciali introdotte all'art. 27 della l. p. 16/1995 dall'art. 15 della legge 19/2001, successiva alla normativa nazionale dei congedi parentali ma precedente ai contratti che li avrebbero regolamentati (vedi ora il contratto intercompartimentale 2001-2004), è previsto un adeguamento dell'aspettativa per il personale con prole per i dipendenti della scuola statale.

anni e alle scadenze previste dai contratti collettivi.

In provincia di Bolzano la disciplina pubblicistica è contenuta nel Decreto del Presidente della Giunta provinciale 27 novembre 1995 n. 57, integrato dal DPGP 23 marzo 1998 n. 8.

In essa, precedente quindi alla recente disciplina nazionale, sono prese in considerazione per il personale provinciale (per la scuola la normativa differisce) due ipotesi di riduzione di orario (50% e 75%) dell'orario normale, due tipologie (orizzontale e verticale), le percentuali per ogni Ripartizione (30%) dei posti da convertire, la durata (annuale rinnovabile tacitamente), le procedure di presentazione della domanda e di accettazione (su parere favorevole del direttore di ripartizione), l'autorizzazione a svolgere una seconda attività (solo se l'amministrazione non è in grado di offrire la riconversione a tempo pieno a personale con riduzione pari al 50%), i profili professionali esclusi (dirigenti, custodi con alloggio di servizio, coordinatori per part-time al 50%), le clausole di adeguamento del trattamento giuridico e retributivo, la possibilità di assunzioni part-time per i posti previsti e non coperti da personale in servizio.

Una maggiore articolazione della disciplina è introdotta ad opera dell'autonomia collettiva.

L'art. 12 del contratto intercompartimentale 2001-2004 considera il lavoro a tem-

po parziale in tutte le sue variabili (verticale, orizzontale, con percentuali di tempo di lavoro diverse a seconda delle fasi più o meno intense di lavoro o carichi o scelte familiari particolari, con garanzia di reversibilità in accordo con le strategie di "sviluppo" della propria vita privata). L'art. 13 pone un solo limite di riduzione rispetto all'orario a tempo pieno (30%), con possibilità eccezionali e motivate di deroga, previo accordo sindacale. In esso si ribadisce anche la flessibilità dell'articolazione e si disciplina in termini generali il trattamento normativo e retributivo (congedo ordinario e straordinario, computo ai fini dell'anzianità di servizio, trattamento economico, divieto di straordinario tranne nei casi stabiliti dal contratto di comparto, obbligo della motivazione per il rifiuto alla concessione, applicabilità dei principi desumibili dalla normativa statale). Con riferimento all'ultimo punto, riteniamo applicabile il principio della possibilità di una diversa attività lavorativa, salvo ipotesi di conflitto di interessi.

Per la specificazione della disciplina intercompartimentale viene fatto il rinvio ai contratti di comparto. Il contratto di comparto del personale della Provincia di Bolzano del 4 luglio 2002 rinvia ad un separato contratto non ancora firmato.

3.3 Il telelavoro

Il telelavoro nelle pubbliche amministrazioni è previsto dall'art. 4 della legge 16

giugno 1998 n. 191, definibile come la prestazione di lavoro eseguita dal dipendente delle amministrazioni pubbliche in qualsiasi luogo ritenuto idoneo, collocato al di fuori della sede di lavoro, dove la prestazione sia tecnicamente possibile, con il prevalente supporto di tecnologie dell'informazione e della comunicazione, che consentano il collegamento con l'amministrazione cui la prestazione stessa inerisce.

Questa definizione – ricavata dall'art. 2 del D.P.R. 8 marzo 1998 n. 70 e integrata col contenuto della legge – ci dice in primo luogo che nelle pubbliche amministrazioni il telelavoro può essere svolto solo da personale dipendente (anche se, forse, la stessa drasticità non è contenuta nella legge 191/1998); in secondo luogo, ci informa che la sede di telelavoro, esterna all'amministrazione, non necessariamente deve essere l'abitazione del lavoratore, ma può essere anche un "centro servizi" utilizzato da più datori di lavoro; inoltre, che le spese di installazione della postazione telematica, di funzionamento e di assistenza sono a carico dell'amministrazione; infine che il telelavoro è autorizzato su richiesta del dipendente e, sempre su richiesta, il lavoratore può essere reintegrato nel suo posto di lavoro.

L'art. 4 della legge 191/1998 afferma inoltre che le amministrazioni pubbliche devono determinare le modalità di verifica dell'adempimento della prestazione lavorativa e che non possono esistere di-

versità retributive tra telelavoratore e lavoratore in sede; infine è affidata alla contrattazione collettiva l'adeguamento del trattamento economico e normativo ed alla consultazione sindacale l'individuazione di forme sperimentali di telelavoro.

Il quarto comma dello stesso articolo riconosce alle Regioni ed alle Province autonome di Trento e Bolzano la potestà di provvedere con proprie leggi.

In provincia di Bolzano non è ancora stata emanata una legge sul telelavoro ma il 4 settembre 2001 è stato firmato il contratto di comparto per il personale provinciale su condizioni e modalità del telelavoro. Questo contratto prende spunto da una norma esistente nel contratto di comparto dell'8 maggio 1997 (ora abrogato dal contratto di comparto del 4 luglio 2002) che affidava a deliberazioni della Giunta la sperimentazione di forme di telelavoro per singole categorie di personale o determinati servizi, determinandone le modalità relative d'intesa con le organizzazioni sindacali. Tali deliberazioni – nel corso del 2000-2001 - hanno avviato la sperimentazione del progetto "Tele 40".

La definizione di telelavoro – coerente con quella di livello nazionale – è contenuta nell'art. 12 del contratto intercompartimentale del 1° agosto 2002 e descritta come "una particolare forma di flessibilità, caratterizzata dalla delocalizzazione della prestazione e che fa sì che la flessibilità del fattore umano assuma

una notevole rilevanza traducendosi in una particolare articolazione della prestazione lavorativa durante l'area della giornata".

Tornando al contratto di comparto del 4 settembre 2001, l'art. 2 ricorda che "il telelavoro ... rappresenta una mera modifica del luogo di lavoro, non incidendo sull'inserimento del personale in telelavoro nell'organizzazione dell'ufficio": in questo modo la clausola contrattuale ribadisce la piena coerenza del telelavoro col rapporto di lavoro subordinato ed esclude altre possibili ipotesi (contratti di collaborazione, interinale, etc.). Punti salienti del contratto sono:

- l'incompatibilità del telelavoro con il lavoro straordinario;
- la valutazione del telelavoro come rapporto a tempo pieno;
- la necessità di concordare la prestazione di lavoro con il direttore;
- la reperibilità a distanza per almeno 2 ore consecutive giornaliere, la partecipazione a riunioni in ufficio (comutate nell'orario di lavoro) e i rientri minimi (2 settimanali);
- la possibilità di conversione del rapporto;
- l'applicazione del decreto legislativo 626/1994 a carico del lavoratore e con l'assistenza dell'amministrazione;
- la salvaguardia dei diritti sindacali e il divieto di controlli a distanza illegittimi;
- gli obblighi contrattuali, di comportamento e di servizio uguali a quelli dei

lavoratori in sede ed il diritto di informazione individuale;

- gli obblighi di manutenzione dell'amministrazione.

3.4 Il rapporto di lavoro a tempo determinato

La disciplina del rapporto di lavoro a termine è stata di recente profondamente modificata dal D.lgs. 6 settembre 2001 n. 368, attuativo della Direttiva 99/70 relativo all'Accordo quadro europeo sul lavoro a tempo determinato.

Precedentemente la normativa statale era contenuta nella legge 18 aprile 1962 n. 230 (che aveva incorporato, pur abrogandolo, lo spirito dell'art. 2097 c.c.) e nell'art. 23 della legge 28 febbraio 1987 n. 56. Secondo questa normativa, l'apposizione di un termine al contratto di lavoro era da considerarsi come fatto eccezionale e limitato ad alcune fattispecie previste per legge o dai contratti collettivi: si era soliti dire che l'ordinamento vedesse con sfavore l'apposizione di un termine al contratto e che, consentendo alla contrattazione collettiva di ampliare i casi possibili, avesse optato per una "liberalizzazione controllata"; al contrario, nella nuova disciplina si parla di individualizzazione dell'apposizione del termine, eventualmente valutato dal giudice.

La nuova disciplina opera una prima scelta esautorando il ruolo della contratta-

zione collettiva e rendendo più generali (ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo) i motivi che autorizzano l'apposizione di un termine; tanto che da parte di alcuni interpreti si parla di "acausalità" del termine: a questo proposito, si può aggiungere che con la sentenza 21 maggio 2002 n. 7468, la Corte di Cassazione – pur non intervenendo sulla nuova disciplina – sembra orientata ad affermare, a proposito della progressiva liberalizzazione del contratto a termine, che "l'indicata tendenza, tuttavia, aveva (e tuttora conserva) il proprio limite (confermato anche da Corte Cost. 7 febbraio 2000 n. 41) nella direttiva comunitaria 28 giugno 1999 n. 70 ove si considera che i contratti di lavoro a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro e contribuiscono alla qualità della vita dei lavoratori interessati ed a migliorare il rendimento e si afferma la necessità che il termine abbia giustificazione in condizioni oggettive e si fissano principi per evitare abusi derivanti dall'utilizzazione dei contratti a tempo determinato".

Richiamando tali principi, la Corte di Cassazione ha ritenuto comunque di ribadire che, anche alla luce del D.lgs. 368/01 "il contratto di lavoro subordinato, per sua natura, non è a termine".

Sul piano della struttura della normativa, la nuova disciplina opera in maniera inversa alla precedente: mentre quella elencava i casi in cui era possibile assu-

mere con contratto di lavoro a tempo determinato, questa elenca i casi in cui ciò non è possibile:

- sostituzione di lavoratori in sciopero;
- presso unità produttive che nei sei mesi precedenti abbiano proceduto a licenziamenti collettivi nelle stesse mansioni (con possibilità di deroga prevista da contratti collettivi);
- presso unità produttive con personale in cassa integrazione;
- presso imprese che non applichino il decreto legislativo sulla sicurezza sul lavoro;
- ai contratti di formazione e lavoro, di lavoro temporaneo (internale), di apprendistato e in generale ai contratti con finalità formative.

Un'ulteriore novità riguarda il meccanismo della proroga: nella nuova disciplina il termine può essere prorogato per una sola volta solo se il contratto ha una durata inferiore ai tre anni e, comunque, non può avere una durata superiore ai tre anni se riguarda le stesse mansioni. Sono inoltre previste sanzioni (maggiorazioni della retribuzione) nel caso in cui il contratto abbia durata superiore al termine o alla proroga concordata e, in ultima istanza, la trasformazione del rapporto di lavoro in tempo indeterminato. Le principali novità rispetto alla normativa precedente riguardano la possibilità di contratti a termine anche lunghi e un diverso meccanismo sanzionatorio. Sono anche sanzionate con la trasformazione del rapporto di lavoro assunzioni a ter-

mine successive senza soluzione di continuità o separate da poco tempo¹⁸.

Alla contrattazione collettiva è affidato il compito di definire i limiti quantitativi di contratti a termine, tranne nei casi previsti dal comma 7 dell'art. 10; alla stessa contrattazione è affidato il compito di prevedere forme di precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato per i lavoratori assunti precedentemente a termine per attività stagionali o di intensificazione dell'attività in determinati periodi dell'anno.

In provincia di Bolzano manca ancora una normativa ispirata al D.lgs. 368/2001: la fonte pubblicistica riferita all'impiego provinciale più recente è costituita dalla Deliberazione della Giunta provinciale 13 agosto 1999 n. 3292 che già nell'art. 1, contiene un "manifesto" sulla eccezionalità del lavoro a termine, ispirato alla precedente disciplina nazionale. Le ipotesi di assunzione a termine sono circoscritte alla sostituzione di lavoratori assenti per malattia o aspettativa e ad impellenti esigenze di servizio.

Le sue previsioni sono più ampie di quelle previste dall'art. 15 del regolamento sull'accesso (DPGP 26 marzo 1997 n. 6)

per il quale la possibilità di ricorso a contratti a termine era limitata alla sostituzione di personale, con particolari limitazioni per quanto riguarda la sostituzione di personale assente in congedo ordinario; è previsto comunque che il personale assunto a termine debba appartenere allo stesso gruppo linguistico del personale assente.

Il meccanismo di reclutamento è basato su graduatorie permanenti aggiornate quadrimestralmente, formate per i profili professionali indicati nell'allegato e separatamente per ognuno dei gruppi linguistici. Per gli altri profili si procede attraverso inserzioni su giornali e attraverso candidature valutate da una commissione; sono previste le modalità di gestione delle graduatorie e le cause di cancellazione dalle stesse, nonché la gestione delle domande presentate da invalidi ed altre categorie protette. Infine, è disciplinata l'ipotesi di valutazione negativa che può comportare, oltre al licenziamento, anche il divieto ad iscriversi alle graduatorie.

Il contratto intercompartimentale 2001-2004 all'art. 14 prevede che in caso di assunzione a termine per sostituzione di personale assente debba essere indicato

¹⁸ A proposito dei meccanismi sanzionatori di trasformazione del rapporto di lavoro a termine in rapporto di lavoro a tempo indeterminato, va ricordato che la normativa nazionale prevista per il lavoro pubblico dal decreto legislativo 165/2001, all'art. 36 stabilisce la non convertibilità del rapporto di lavoro; con ordinanza del 7 agosto 2002, il Tribunale di Pisa ha sollevato questione di legittimità costituzionale di questa norma con riferimento agli artt. 3 e 97 Cost.

sul contratto il nominativo del lavoratore sostituito e che al contratto a termine si applichi la disciplina del periodo di prova.

Inoltre, è previsto che i lavoratori a tempo determinato abbiano diritto all'aspettativa non retribuita per motivi personali, di famiglia o di studio (art. 24) ed all'aspettativa per il personale con prole (art. 45) solo se con anzianità di servizio di almeno tre anni e se abbiano conseguito l'idoneità all'impiego in una procedura concorsuale.

Ulteriori norme sono affidate ai contratti di comparto.

3.5 Il lavoro interinale

Il lavoro interinale o lavoro temporaneo è disciplinato in Italia dalla legge 24 giugno 1997 n. 196 e può essere definito come quella forma di lavoro in base alla quale uno o più lavoratori assunti da una specifica impresa (cd. impresa fornitrice) svolgono la propria prestazione lavorativa a favore e alle dipendenze di un soggetto giuridico diverso (cd. impresa utilizzatrice), sulla base di un apposito contratto (cd. contratto di fornitura) preventivamente stipulato dall'impresa fornitrice e dall'utilizzatrice.¹⁹ Da questa definizione ricaviamo che nel lavoro interinale abbiamo tre soggetti (impresa fornitrice, impresa utilizzatrice, lavoratore) legate

da due contratti (di fornitura tra le due imprese, di lavoro tra l'impresa fornitrice ed il lavoratore).

Il contratto di lavoro può avere durata limitata al tempo della prestazione da svolgere presso l'impresa utilizzatrice o anche essere a tempo indeterminato (nel qual caso, nei periodi di mancata utilizzazione, spetterà al lavoratore una indennità di disponibilità) con l'impresa fornitrice che potrà utilizzare il lavoratore presso tutte le imprese che necessitano della sua professionalità.

Anche il contratto di lavoro (c.d. contratto per prestazioni di lavoro temporaneo) deve contenere alcuni dati individuati dalla legge e che adeguano il contenuto del contratto di lavoro individuale alle particolari caratteristiche di questa fattispecie.

Il contratto di fornitura deve contenere elementi essenziali previsti dalla legge riguardanti le caratteristiche professionali del lavoratore richiesto e le modalità di utilizzo della sua prestazione lavorativa. Entrambi i contratti sono soggetti alla forma scritta.

Le imprese autorizzate a svolgere l'attività di fornitura sono registrate presso il Ministero del Lavoro, previo possesso di particolari requisiti previsti dalla legge; tutte le amministrazioni pubbliche possono essere imprese utilizzatrici.

Nel lavoro interinale i poteri datoriali si

¹⁹ Per considerazioni sull'applicabilità del D.lgs. 276/2003 al pubblico impiego si veda il paragrafo 3.1.

distribuiscono su due soggetti datori di lavoro e ciò comporta una atipicità del contratto.

La legge 196/1997 prevede i casi in cui non sia possibile assumere con contratto interinale che, in buona sostanza, coincidono con quelli per i quali è vietata l'apposizione del termine; inoltre è compito della contrattazione collettiva introdurre ulteriori vincoli.

Il lavoratore interinale ha diritto allo stesso trattamento normativo ed economico dei lavoratori stabili dell'impresa utilizzatrice nella quale lavora; per cui, il vantaggio economico per l'impresa fornitrice consiste nel costo della fornitura che riceve dall'impresa utilizzatrice, mentre il vantaggio per l'impresa utilizzatrice (a parità di costo del lavoro, aggravata dal costo della fornitura) consiste nel non dover gestire (dalla selezione alla risoluzione) il rapporto di lavoro e nell'impossibilità per il lavoratore di nutrire aspettative di assunzione definitiva presso il soggetto utilizzatore.

Infine, al lavoratore spettano gli stessi diritti sindacali riconosciuti ai lavoratori dell'impresa utilizzatrice (per il periodo di permanenza in essa), nonché il diritto a partecipare alla vita sindacale interna all'impresa fornitrice.

La provincia di Bolzano non presenta discipline legislative, regolamentari o contrattuali in materia. Al livello nazionale, il 9 agosto 2000 è stato firmato un con-

tratto quadro tra ARAN e organizzazioni sindacali.

3.6 Il contratto di formazione e lavoro

Il contratto di formazione e lavoro è considerato un contratto *a causa mista*, nel quale allo scambio tra prestazione e retribuzione, tipica del contratto di lavoro subordinato, si aggiunge anche una obbligazione formativa tale da raggiungere un temperamento tra esigenze occupazionali ed esigenze formative dei giovani: il contratto di formazione e lavoro (cfl) infatti ha come limite massimo di età i 32 anni.

La disciplina legislativa è prevalentemente prevista nell'art 3 della legge 19 dicembre 1984 n. 863 che, peraltro, ha subito varie modifiche nel corso degli anni.²⁰ A seguito di queste innovazioni legislative, sono possibili due tipologie di cfl: la prima, orientata all'acquisizione di professionalità intermedie o elevate (tipo A), della durata massima di 24 mesi e con un limite minimo di ottanta ore di formazione per le professionalità intermedie e di centotrenta per quelle alte; la seconda, orientata ad agevolare l'inserimento professionale mediante un'esperienza lavorativa che consenta un adeguamento delle capacità professionali al contesto produttivo ed organizzativo (tipo B), della durata massima di dodici me-

²⁰ Per considerazioni sull'applicabilità del D.lgs. 276/2003 al pubblico impiego si veda il paragrafo 3.1.

si e con un limite minimo di 20 ore di formazione.

Alla base della stipulazione di un cfl deve esserci un progetto formativo, predisposto dal datore di lavoro e preventivamente approvato dalla struttura istituzionalmente individuata al livello provinciale, a meno che non si tratti di progetti che rispettino i parametri individuati da accordi nazionali tra Ministero del Lavoro e organizzazioni sindacali, sentita la Conferenza Stato-Regioni.

I datori di lavoro che assumono con cfl godono di benefici contributivi, del vantaggio di disporre comunque di contratti a termine e della possibilità di inquadrare il lavoratore ad un livello inferiore rispetto a quello previsto dai contratti collettivi per i lavoratori stabili.

Per i contratti di formazione e lavoro è prevista la forma scritta ed il contratto deve essere accompagnato dal progetto formativo predisposto ed approvato.

Il contratto di formazione e lavoro si trasforma in contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato per mancato rispetto della forma scritta e per mancato adempimento da parte del datore di lavoro dell'obbligazione formativa.

Durante il cfl il lavoratore potrà svolgere lavoro straordinario solo se previsto nel progetto formativo ed il contratto potrà prevedere un periodo di prova che non dovrà però essere finalizzato a valutare le capacità professionali del lavoratore,

quanto piuttosto a verificare l'idoneità ad acquisire quella capacità (tipo A) o a verificare la sussistenza di una volontà di inserimento professionale (tipo B).

Al termine del progetto i lavoratori possono essere assunti a tempo indeterminato.

È fatto divieto di assumere con contratti di formazione e lavoro se il datore di lavoro non ha mantenuto in servizio almeno il 60% dei lavoratori cfl il cui contratto di lavoro sia scaduto nei 24 mesi precedenti.

A questa disciplina di carattere generale occorre aggiungere alcune specificità proprie del sistema di reclutamento delle pubbliche amministrazioni.

In particolare nelle pubbliche amministrazioni non è possibile l'assunzione diretta e a chiamata nominativa, dovendosi invece seguire la strada della selezione e garantire le disposizioni relative alle riserve, ai diritti di precedenza ed ai titoli preferenziali: a questo scopo, possono anche essere utilizzate le graduatorie per le assunzioni a tempo determinato; ai contratti di formazione e lavoro si può ricorrere anche per adempiere all'obbligo delle assunzioni dei disabili.

Per la provincia di Bolzano non esistono discipline specifiche; va solo segnalato che il progetto è approvato dalla "Ripartizione del personale" dell'Amministrazione provinciale

3.7 Altri tipi di flessibilità

L'art. 12 del contratto intercompartimentale 2001-2004 prevede, tra le altre forme di flessibilità dell'orario:

- Lo *job-sharing* (detto anche lavoro ripartito o di coppia o gemellato) del quale fornisce la definizione come una forma di lavoro caratterizzata dalla flessibilità organizzativa del tempo di lavoro e della condivisione, con responsabilità solidale, da parte di due o più persone del medesimo rapporto di lavoro subordinato corrispondente ad un posto di lavoro a tempo pieno. Si tratta della forma di lavoro meno regolamentata anche al livello nazionale; infatti la disciplina è ricavabile dalla Circolare del Ministero del Lavoro n. 43/1998 che rimette la disciplina specifica alla contrattazione collettiva e, in assenza di questa, a quella individuale. Nonostante le apparenti similitudini con il contratto part-time, riconducibile ad una modalità di flessibilizzazione dell'orario, lo *job-sharing*, nel quale si verifica l'insistenza di più lavoratori su di un unico posto, si caratterizza per la

responsabilità solidale dei lavoratori rispetto ad una prestazione considerata nella sua unicità. Così, i lavoratori possono organizzare autonomamente l'orario personale ma, secondo i principi generali del codice civile, in caso di impedimento dell'uno, la prestazione dovrà essere garantita dall'altro (art. 1292 c.c.), salvo che non si tratti di impedimento a lui non imputabile (art. 1218 c.c.). La retribuzione – compresa quella accessoria – sarà commisurata al tempo effettivo della prestazione e le norme applicabili non potranno differire da quelle del lavoro subordinato, per quanto compatibili con la particolare natura del rapporto.

- Il *flexi-time* come forma di regolamentazione dell'orario di lavoro caratterizzata da una più o meno ampia facoltà del lavoratore di variare di giorno in giorno la collocazione temporale della prestazione, rispettando, però, il vincolo di una predeterminata estensione temporale della prestazione stessa nell'ambito della singola unità di tempo (giorno, settimana, mese).

4. Poteri e obblighi del datore di lavoro

Nel corso del secondo capitolo abbiamo accennato alla posizione del lavoratore nel rapporto di lavoro ed alla sua qualificazione da parte dell'ordinamento giuridico in termini di "subordinazione" (art. 2094 c.c.); abbiamo anche accennato alla corrispondente posizione di "potere" del datore di lavoro che, al pari della subordinazione, è circoscritto all'ambito di esercizio determinato dalle esigenze tecnico-funzionali dell'organizzazione.

In questo capitolo indagheremo gli obblighi connessi al potere datoriale, definendone inoltre i modi di influenza sulla prestazione lavorativa e sulla persona del lavoratore. Nel prossimo capitolo esamineremo gli obblighi e le responsabilità derivanti al lavoratore dalla sua posizione di subordinazione.

Due sono gli aspetti preliminari di questa analisi, utili alla comprensione dell'ambiente civilistico entro il quale si evolvono le relazioni di lavoro.

Il primo aspetto riguarda la natura giuridica del potere datoriale nell'ambito della pubblica amministrazione. Tradizionalmente il potere della pubblica amministrazione – anche per quanto concerne la gestione del personale – è stato ritenuto un potere di diritto pubblico e, per

meglio dire, un'autorità di diritto pubblico. Questa ricostruzione, elaborata soprattutto dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, si basava sul dettato dell'art. 97 Cost. e sulla riserva di legge riguardante l'organizzazione: da essa si faceva derivare la stessa natura giuridica anche per quanto riguarda gli atti interni di organizzazione. Nel prosieguo del tempo, soprattutto grazie alla dottrina, si è via via affievolito il concetto di riserva di legge assoluta derivante dal dettato costituzionale, consentendo alla contrattazione collettiva – a partire dalla prima metà degli anni '70 e poi con la legge quadro 93/1983 – di guadagnare spazi sempre più ampi di azione.

Ma neppure questo percorso aveva convinto del fatto che una relazione di tipo privatistico mal si coniugava con il perdurare di una visione pubblicistica del potere organizzativo delle amministrazioni.

La legge-delega 421/92 segna un importante passo nella direzione del mutamento della natura giuridica del potere – e, quindi, degli atti – di organizzazione. Infatti, è sulla base della divisione di ruoli tra politica ed amministrazione²¹ e con il

²¹ L. n. 421/1992. Art. 2.1.g) prevedere: 1) la separazione tra i compiti di direzione politica e quelli di direzione amministrativa; l'affidamento ai dirigenti - nell'ambito delle scelte di programma degli

richiamo esplicito a "poteri di direzione, di vigilanza e di controllo" (concetti che, come vedremo, derivano dalla disciplina civilistica), nonché dalla previsione analitica delle materie riservate alla legge, che comincia a configurarsi un diverso assetto dei poteri dirigenziali; i quali, però, in quanto "poteri del privato datore di lavoro", trovano posto nell'ambito della natura privatistica degli atti solo con riferimento alla gestione del personale e non anche con riguardo all'organizzazione del lavoro. Questo almeno nella prima stesura del decreto legislativo 29/1993 (art. 4). Ancora una volta, sulla base di suggestioni derivanti dalla dottrina, la legge delega 59/1997 accentua la posizione privatistica del dirigente, enfatizzando maggiormente la necessità

di separazione tra atti della politica ed atti di organizzazione²² e consentendo alla nuova stesura dell'art. 4 (ora art. 5.2 del decreto legislativo 165/2001) di qualificare esplicitamente il potere (e gli atti) di organizzazione degli uffici e di gestione del personale come poteri di diritto privato.

Nella legislazione emanata in provincia di Bolzano, la situazione si è uniformata al modello nazionale solo dall'approvazione della legge provinciale 19/2001. Precedentemente e, quindi, anche in seguito alle modifiche apportate al decreto legislativo 29/1993, essa non appariva così chiara ed esplicita come in ambito nazionale. Esaminando i testi delle leggi provinciali 23 aprile 1992 n. 10 (Riordinamento della struttura dirigenziale

obiettivi e delle direttive fissate dal titolare dell'organo - di autonomi poteri di direzione, di vigilanza e di controllo, in particolare la gestione di risorse finanziarie attraverso l'adozione di idonee tecniche di bilancio, la gestione delle risorse umane e la gestione di risorse strumentali; ciò al fine di assicurare economicità, speditezza e rispondenza al pubblico interesse dell'attività degli uffici dipendenti.

²² L. n. 59/1997. Art. 11.4. Anche al fine di conformare le disposizioni del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni, alle disposizioni della presente legge recanti principi e criteri direttivi per i decreti legislativi da emanarsi ai sensi del presente capo, ulteriori disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni, possono essere emanate entro il 31 ottobre 1998. A tal fine il Governo, in sede di adozione dei decreti legislativi, si attiene ai principi contenuti negli articoli 97 e 98 della Costituzione, ai criteri direttivi di cui all'articolo 2 della legge 23 ottobre 1992, n. 421, a partire dal principio della separazione tra compiti e responsabilità di direzione politica e compiti e responsabilità di direzione delle amministrazioni, nonché, ad integrazione, sostituzione o modifica degli stessi ai seguenti principi e criteri direttivi:

a) completare l'integrazione della disciplina del lavoro pubblico con quella del lavoro privato e la conseguente estensione al lavoro pubblico delle disposizioni del codice civile e delle leggi sui rapporti di lavoro privato nell'impresa; estendere il regime di diritto privato del rapporto di lavoro anche ai dirigenti generali ed equiparati delle amministrazioni pubbliche, mantenendo ferme le altre esclusioni di cui all'articolo 2, commi 4 e 5, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29.

della Provincia Autonoma di Bolzano) e 10 agosto 1995 n. 16 (Riforma dell'ordinamento del personale della provincia) si trovavano confermati i principi fondamentali delle leggi delega ma non si faceva menzione alcuna alla natura giuridica del potere e degli atti dei dirigenti. Così, la legislazione provinciale faceva proprio il principio della separazione delle competenze tra politica ed amministrazione (art. 3 della l. p. 16/1997 e art. 2 della l. p. 10/1992); prevedeva la regolamentazione attraverso la contrattazione collettiva del rapporto di lavoro dei dirigenti (art.5 l. p. 16/97); deduceva – in assenza di esclusioni esplicite – che anche il rapporto di lavoro dirigenziale fosse privatizzato (art. 2 l. p. 16/1997). Ma questi elementi non conducevano alla conclusione che anche i poteri dirigenziali seguissero le disposizioni del codice civile, né per quanto riguarda la gestione del personale, né per quanto riguarda gli atti di organizzazione.

In seguito alle modifiche apportate all'art. 2 della l. p. 16/1995 dall'art. 15 della l. p. 19/2001, anche la legislazione provinciale sancisce che "le determinazioni per l'organizzazione interna degli uffici

e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte dagli organi preposti alla gestione del personale con le capacità²³ ed i poteri del privato datore di lavoro, tenuto conto della normativa provinciale sulla dirigenza e sulla struttura dirigenziale" (art. 2.5); a questo proposito va dato atto al Giudice del lavoro del Tribunale di Bolzano²⁴ di aver riconosciuto alla locuzione contenuta nel decreto 29/1993 valore di principio ben prima dell'approvazione della legge 19/2001.

Il secondo aspetto da esaminare preliminarmente riguarda la fonte di questo potere: sul piano strettamente giuridico esso deriva dal contratto; ma poiché nei rapporti di lavoro si tratta di un contratto che vede comunque una delle parti in posizione preminente rispetto all'altra, esso deriva direttamente dalla posizione di subordinazione che caratterizza il lavoratore.

Ci si deve quindi chiedere in cosa consista la subordinazione e quali siano i parametri utili ad identificarla e definirla.

In altra parte della trattazione già si accenna al fatto che il concetto di subordinazione è ricavabile dalla definizione di

²³ L'importante è non confondersi: quando la normativa nazionale si riferisce "alla capacità" del privato datore di lavoro intende richiamare la capacità giuridica di un soggetto privato, con le ovvie conseguenze anche sulla natura giuridica del potere e degli atti. Nella riproposizione della locuzione all'interno della legislazione provinciale, ci si riferisce invece alle capacità: si tratta sempre di un linguaggio giuridico, dal momento che le capacità, nel significato di competenze, non si acquisiscono per legge.

²⁴ T. Bolzano 9 gennaio 2001 n. 35.

prestatore di lavoro che fornisce l'art. 2094 c.c. soprattutto ai fini di distinguere casisticamente le ipotesi di lavoro subordinato da quelle di lavoro autonomo (art. 2222 c.c.) (e anche con riferimento a figure nuove di lavoro cosiddetto atipico quali le collaborazioni coordinate e continuative, sulle quali vedi anche al cap. VI). La giurisprudenza ha elaborato un insieme di parametri principali e sussidiari utili a definire il concetto di subordinazione.

In sintesi, tali parametri sono:

- *Assoggettamento all'eterodirezione*: con questo termine si definisce un obbligo continuativo di obbedienza che non necessariamente si estrinseca in una dipendenza gerarchica rigida e continua; secondo parte della giurisprudenza, il tasso di incisività e continuità dell'intervento datoriale può variare a seconda del contenuto della prestazione e del livello professionale o di specializzazione del lavoro da svolgere. In questo senso, le direttive di lavoro possono o meno consistere nella determinazione puntuale delle modalità, del luogo e del tempo della prestazione, ma anche essere di carattere generale e risolversi in orientamenti di carattere programmatico.
- *Collaborazione*: emancipato in senso organizzativo - rispetto al concetto corporativo che non ammetteva conflitti nelle relazioni di lavoro, proprio del

codice civile del 1943 - questo parametro è stato considerato soprattutto dalla dottrina come lo scopo tipico della prestazione e, quindi, come la *causa* del contratto di lavoro subordinato. Prevalentemente alla collaborazione è stato attribuito il significato di collegamento funzionale della prestazione lavorativa con la struttura organizzativa che si realizza attraverso l'inserimento organico, continuativo e sistematico del lavoratore nell'organizzazione; questo parametro, soprattutto quando si verifica l'inserimento organico nell'organizzazione, è considerato un rafforzamento della subordinazione nei casi di prestazioni ad elevata professionalità o complessità nelle quali la subordinazione, intesa soprattutto nell'accezione rigida precedentemente esposta, possa risultare attenuata.

- *Continuità della prestazione*: con questa definizione si intende una persistenza nel tempo dell'obbligo di porre a disposizione del datore di lavoro l'attività lavorativa; in questo senso sono state considerate compatibili con il parametro della continuità anche modalità concrete di prestazione comprendenti intervalli, pause o discontinuità. Questo parametro viene di solito riequilibrato, soprattutto nei casi di prestazioni saltuarie, dall'inserimento organico nell'organizzazione.
- *Altri parametri sussidiari*: tali sono considerati quei parametri residuali, nel

senso che non sono in grado di configurare da soli o di per sé l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato: *l'orario di lavoro*, inteso come vincolo stretto, in quanto con il lavoro subordinato sono compatibili forme di flessibilità e autogoverno dell'orario soprattutto in rapporto alla prestazione di lavoro e, per converso, vincoli di orario possono caratterizzare anche alcune forme di lavoro autonomo; *l'esclusività della prestazione*, dal momento che è riconosciuta la compatibilità di più rapporti di lavoro subordinato in capo allo stesso lavoratore e la compatibilità tra forme di lavoro subordinato e forme di lavoro autonomo; *l'onerosità* come elemento fondamentale del rapporto di lavoro subordinato peraltro assoggettato ai principi di proporzionalità e sufficienza previsti dall'art. 36 Cost.;

- *l'autonomia organizzativa*, intesa come distinzione tra responsabilità di risultato e responsabilità di attività, ma entrambe compatibili con il lavoro subordinato anche se diversamente incidenti sulla prestazione a seconda del livello professionale ricoperto dal lavoratore; l'incidenza del rischio, anche se si tratta di un parametro scarsamente utilizzato per definire il lavoro subordinato; *la volontà negoziale delle parti* nel senso prevalente di escluderne la significatività qualora altri parametri testimonino palesemente per l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato.

Ora è indubbio che questa elaborazione solo marginalmente interessa i rapporti di lavoro della pubblica amministrazione, dal momento che nella maggioranza dei casi ancora adesso essi sono instaurati sotto la esplicita forma del lavoro subordinato; eppure essa non è marginale ai fini della nostra discussione sia perché – come si vede in questo stesso capitolo (ma, ancora una volta, meglio nel cap. VI) - si vanno diffondendo forme cosiddette atipiche di lavoro anche nelle pubbliche amministrazioni, sia perché, ed in via predominante, i parametri elaborati dalla giurisprudenza ci mostrano come la posizione di potere tenuta dal dirigente datore di lavoro riguardi sia lo svolgimento della prestazione sia la stessa persona del lavoratore. Si afferma, anzi, che è proprio la considerazione soggettiva della persona del lavoratore come elemento essenziale del contratto di lavoro che rende questo rapporto originale rispetto a tutti gli altri regolati da contratti; ed è sulla base di questo dato essenziale di tutela della persona che l'ordinamento giuridico (e quello sindacale) pone limiti all'esercizio del potere datoriale.

Se quindi dalla definizione prevista dal codice civile è dato ricavare il presupposto stesso del potere datoriale, esaminiamo quali siano gli obblighi ed i limiti che derivano al suo detentore in ragione del vincolo contrattuale che lo lega al lavoratore.

4.1 Il potere direttivo o di organizzazione e il potere di controllo

Dal nostro ordinamento si ricavano alcuni obblighi del datore di lavoro che riguardano direttamente il lavoratore come persona e la salvaguardia della sua dignità anche in una relazione che, come abbiamo detto, denuncia una ineliminabile disparità di fatto tra le posizioni delle parti. Da questo punto di vista gli obblighi ai quali accenneremo subito possono considerarsi esterni e superiori rispetto a qualsiasi potere datoriale: il motivo per il quale li inseriamo in apertura dell'esposizione dei contenuti del potere direttivo risiede nel fatto che questo potere è quello che più direttamente connota la posizione di datore di lavoro, come si evince anche dal dettato dell'art. 2086 c.c. e dal quale anche gli altri derivano.

Molti di questi divieti si trovano nel titolo I della legge 300/1970 che significativamente si intitola "Della libertà e della dignità dei lavoratori". La norma quadro di questo titolo può essere considerata l'art. 8 che vieta indagini sulle opinioni dei lavoratori *che non siano rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale* dello stesso; essa si coniuga con il contenuto dell'art. 1 sulla libertà di opinione che, in questo senso, costituisce l'affermazione in positivo della libertà e dignità sulle quali l'art. 8 vieta l'indagine

ne. Entrambi questi articoli pongono le basi per l'affermazione di quel *principio di non discriminazione* che gli artt. 14-16 svilupperanno in senso collettivo²⁵.

Strettamente collegata al divieto di discriminazione – il quale peraltro è fondato sui principi costituzionali di cui all'art. 3 Cost. – va considerata la tutela della privacy della persona prevista dalla legge statale 31 dicembre 1996 n. 675, soprattutto per quanto riguarda il trattamento dei dati personali e, per quello che qui interessa, l'attuazione della Raccomandazione del Consiglio d'Europa n. 89/2 del 18 gennaio 1989 sul trattamento dei dati personali nel rapporto di lavoro. A norma di tale disciplina, nel trattamento di tali dati vanno salvaguardate misure minime di sicurezza previste dall'art. 15 della stessa legge. Vedi anche, per le integrazioni, il Decreto Legislativo 28 dicembre 2001, n. 467.

Le altre disposizioni sono coniugazioni aziendali di queste previsioni: come ad esempio gli artt. 2-4 e 6 sull'utilizzo ai fini di tutela del patrimonio aziendale di guardie giurate, personale di vigilanza, impianti audiovisivi e visite personali di controllo, l'art. 5 sul divieto di ricorrere a medici di fiducia del datore di lavoro per gli accertamenti sanitari in caso di assenza per malattia.

Tutte queste disposizioni sono giustamente state considerate quale normativa

²⁵ Sul divieto di discriminazione, cfr. anche la legge 9 dicembre 1977 n. 903.

posta a tutela della riservatezza del lavoratore: tutela che trova una disciplina specifica nell'ambito della più generale tutela della privacy disciplinata dalla legge 31 dicembre 1996 n. 675, il cui regolamento per la Provincia di Bolzano è previsto nel DPGP 16 giugno 1994 n. 21. Il DPGP 16 giugno 1994 individua per le diverse categorie di dati sensibili le modalità e le funzioni di trattamento consentite. Le categorie di dati sensibili sono:

- origine razziale ed etnica, appartenenza o aggregazione a un gruppo linguistico;
- convinzioni religiose, appartenenza ad associazioni o organizzazioni di carattere religioso;
- dati sindacali;
- dati idonei a rilevare lo stato di salute;
- dati idonei a rivelare i provvedimenti di cui all'art. 686 c.p.c. riguardanti le ipotesi di iscrizione al casellario giudiziale.

4.2 Il potere disciplinare

L'art. 2106 c.c. stabilisce che l'inosservanza da parte del lavoratore degli obblighi di diligenza e fedeltà (sui quali vedi il prossimo capitolo) può dar luogo a sanzioni disciplinari, secondo la gravità dell'infrazione. In altri termini si richiede al lavoratore di assolvere alla sua prestazione lavorativa con comportamenti coerenti al vincolo contrattuale che lo lega al datore di lavoro e compatibili con la posizione di subordinazione che gli artt.

2094 e 2086 c.c. disegnano per lui. Salvaguardato nella sua dignità personale, il rapporto tra datore di lavoro e lavoratore si ricolloca sul piano gerarchico (più o meno accentuato a seconda del peso contrattuale e professionale del lavoratore), riconoscendo al titolare del potere organizzativo e di controllo il potere di sanzionare disciplinarmente comportamenti lesivi delle regole legislative e contrattuali; è anzi proprio al contratto collettivo che viene affidato un ruolo fondamentale nell'approntamento dei codici disciplinari. Così lo Statuto dei Lavoratori – in ragione della sua funzione di tutela – ha introdotto (significativamente nello stesso Titolo I) limitazioni anche all'esercizio del potere disciplinare (art.7). Tali limiti possono così sintetizzarsi:

- obbligo di pubblicazione ed affissione in luogo accessibile a tutti del codice disciplinare (infrazioni, sanzioni, procedure), applicando quanto previsto dai contratti collettivi (se esistenti);
- obbligo della contestazione dell'addebito e della preventiva audizione del lavoratore, anche attraverso l'assistenza di organizzazioni sindacali scelte dal lavoratore;
- esclusione delle sanzioni che comportino mutamenti definitivi del rapporto di lavoro (retrocessione, trasferimento, se non in caso di previsione contrattuale di ipotesi di incompatibilità ambientale) (questa disposizione non risulta applicabile per la legge provinciale 16/

1995 che, all'art. 17, non dispone l'applicabilità del quarto comma dell'art. 7 della legge 300/1970); la giurisprudenza ha considerato non rientrante in questa categoria il licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo in quanto ontologicamente disciplinare e quindi assoggettabile alle stesse procedure previste dai contratti collettivi (sempre che il licenziamento rientri tra le sanzioni previste dai contratti);

- previsione dei limiti massimi delle sanzioni;
- obblighi procedurali relativi ai tempi di comminazione;
- divieto di tener conto delle sanzioni disciplinari trascorsi due anni dalla loro irrogazione (recidiva).

Oltre ai principi già indicati (proporzionalità, pubblicità) la giurisprudenza ha elaborato nel tempo anche un altro principio riguardante il procedimento disciplinare, il principio dell'*immediatezza*, per il quale la contestazione deve essere immediata rispetto all'infrazione: ma questo principio non ha valore assoluto, dal momento che è stato considerato compatibile con esso il trascorrere del tempo necessario all'acquisizione delle

prove a carico del lavoratore in considerazione dell'infrazione e delle caratteristiche dell'organizzazione.

La legge delega 59/1997 contiene un principio riferito agli obblighi di comportamento ed ai codici disciplinari, in virtù del quale le pubbliche amministrazioni devono provvedersi di codici di comportamento da raccordare con i codici disciplinari²⁶.

La distinzione dei due codici può essere così sintetizzata: il codice di comportamento riguarda gli obblighi che derivano al lavoratore dal fatto di svolgere la sua attività lavorativa nell'ambito di un servizio pubblico, il codice disciplinare riguarda gli obblighi che derivano al lavoratore per il fatto di essere parte di un rapporto contrattuale di lavoro (subordinato).

Il codice di comportamento nazionale è contenuto nel decreto ministeriale del Dipartimento della Funzione pubblica 28 novembre 2000.

La legge provinciale 16/1995 dedica a questi temi due articoli.

Con l'art. 15 prevede che, a seguito di consultazione sindacale di comparto, le amministrazioni pubbliche definiscano

²⁶ L. n. 59/1997. Art. 11.4.i) prevedere la definizione da parte della Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento della funzione pubblica di un codice di comportamento dei dipendenti della pubblica amministrazione e le modalità di raccordo con la disciplina contrattuale delle sanzioni disciplinari, nonché l'adozione di codici di comportamento da parte delle singole amministrazioni pubbliche; prevedere la costituzione da parte delle singole amministrazioni di organismi di controllo e consulenza sull'applicazione dei codici e le modalità di raccordo degli organismi stessi con il Dipartimento della funzione pubblica.

un codice degli obblighi di servizio e di comportamento del personale; la disciplina dell'art. 15 è ripresa, sul piano contrattuale, dall'art. 52 del contratto intercompartimentale 2001-2004; in esso sono individuati i principi cui le amministrazioni dovranno ispirarsi nella predisposizione del codice degli obblighi di servizio e di comportamento, sentite le organizzazioni sindacali di comparto. Si tratta di principi riferiti sostanzialmente ai rapporti tra dipendente pubblico e cittadino e sono previste le forme di pubblicizzazione del codice stesso.

La normativa pubblicistica è contenuta nella Deliberazione della Giunta provinciale 7 ottobre 1996 n. 4817. In essa sono contenute tre tipologie di obblighi e comportamenti:

- obblighi di servizio: osservanza dell'orario di lavoro, diligenza, obbedienza, segreto d'ufficio;
- rapporti con il pubblico: parità di trattamento, lealtà e collaborazione, disponibilità e cortesia, chiarezza di linguaggio;
- obblighi di comportamento in servizio: collaborazione, cura del patrimonio della Provincia, astensione dal partecipare ad affari nei quali sia interessata la provincia, astensione da decisioni e attività dal quale possa derivarne vantaggio o generare conflitti di interesse, astensione da atti o comportamenti lesivi della dignità della persona;
- divieto di assentarsi per motivi estranei a quelli di ufficio o consentiti, divieto

di dedicarsi ad attività estranee al servizio durante l'orario o usare l'ufficio per motivi privati, divieto di chiedere o accettare compensi regali o altre utilità in relazione alla prestazione lavorativa, divieto di asportare documenti salvo che per ragioni di ufficio.

Con l'art. 17 affida ai contratti collettivi la disciplina dei codici disciplinari e dispone alcune clausole procedurali per l'irrogazione delle sanzioni: la disciplina contrattuale è prevista agli artt. 53-64 del contratto intercompartimentale 2001-2004.

Rispetto alla più generalizzata articolazione delle sanzioni, il contratto intercompartimentale non prevede il rimprovero verbale; per cui, le sanzioni contemplate sono:

- censura (rimprovero scritto);
- riduzione dello stipendio da un minimo di un decimo ad un massimo di un quarto dello stipendio di livello base fino ad un massimo di sei mesi (si tratta di una sanzione che consente molte articolazioni interne in grado di graduarla a seconda dell'infrazione commessa);
- sospensione dal servizio fino a sessanta giorni;
- licenziamento con preavviso;
- licenziamento senza preavviso.

Gli artt. 55-59 contengono per ogni sanzione le relative infrazioni. La corte di Cassazione, con la sentenza 16 novembre 2000 n. 14841 ha affermato che il colle-

gio arbitrale e lo stesso giudice non possono applicare, pur fermi i suoi poteri di annullamento e riduzione della sanzione, una sanzione diversa da quella prevista dalla contrattazione collettiva perché ciò significherebbe disapplicare questa stessa, il che potrebbe avvenire solo ove risultasse che essa fosse contrastante con i principi inderogabili normativamente individuati.

L'art. 60 prevede le norme sul procedimento disciplinare²⁷. Per tutte le sanzioni spetta al diretto superiore la segnalazione all'ufficio competente, individuato dall'amministrazione a norma dell'art. 53, che provvede all'istruttoria del procedimento.

Lo stesso articolo prevede i termini per presentare le controdeduzioni a seguito della contestazione (scritta) dell'addebito (20 giorni a pena di nullità); il diritto all'assistenza da parte di persona di fiducia o del rappresentante sindacale scelto; lo riazzeramento del termine in caso di modifica o integrazione della contestazione; il diritto ad essere ascoltato a propria difesa; i casi di sospensione del procedimento; il termine massimo per la conclusione del procedimento (un anno

dalla contestazione o 120 giorni senza che sia adottato alcun atto); la possibilità di riduzione della sanzione con il consenso del lavoratore (in questo caso la sanzione non è impugnabile); le modalità di impugnazione delle sanzioni dinanzi al collegio arbitrale (vedi in seguito, soluzione delle controversie di lavoro).

Gli artt. 61 e 62 prevedono i casi di sospensione cautelare, in caso di contestazione disciplinare che preveda la sanzione del licenziamento (fino ad un massimo di sei mesi con privazione dello stipendio) ed in caso di procedimento penale che comporti la misura restrittiva della perdita della libertà personale o per rinvio a giudizio per fatti che riguardino il rapporto di lavoro e che se accertati comportino la sanzione del licenziamento.

L'art. 63 prevede l'ammontare dell'assegno alimentare (rapportato alla retribuzione) in caso di sospensione.

L'art. 64 prevede i casi di sospensione del procedimento disciplinare in caso di apertura di procedimento penale.

Di particolare rilievo sul rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare e sugli effetti del giudicato

²⁷ E' fonte di non poche perplessità ricostruttive la sentenza del TRGA (sezione autonoma per la provincia di Bolzano) 4 ottobre 2000 n. 290 la quale, a fronte di un ricorso di impugnazione di una sanzione disciplinare a "privatizzazione" del rapporto di lavoro già definita anche attraverso il passaggio di competenza al giudice del lavoro, non solo non eccepisce l'incompetenza ma definisce il procedimento disciplinare (seppur svolta dinanzi alle commissioni disciplinari delle amministrazioni) "a tutti gli effetti un procedimento amministrativo da classificare fra i procedimenti amministrativi sanzionatori".

penale nei confronti dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni è la legge 27 marzo 2001 n. 97: nonostante il procedimento disciplinare sia una classica materia di contrattazione collettiva, questa legge dichiara esplicitamente la sua prevalenza sulle disposizioni contrattuali ed il divieto assoluto per i contratti collettivi a derogare alle sue disposizioni.

Gli aspetti salienti di questa disciplina sono:

- La sentenza penale irrevocabile di condanna (ma anche di patteggiamento) ha efficacia di giudicato nel giudizio per responsabilità disciplinare per quanto riguarda l'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso. Con la sentenza 10 luglio 2002 n. 394, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del primo comma dell'art. 10 della legge 97/2001 nella parte in cui prevede che gli artt. 1 e 2 della stessa legge si riferiscono anche alle sentenze di applicazione della pena su richieste pronunciate anteriormente alla sua entrata in vigore.
- La possibilità di trasferimento del dipendente a seguito di rinvio a giudizio nei casi di peculato, concussione, corruzione.
- L'obbligo di sospensione in caso di condanna anche non definitiva per gli stessi reati.

- La pena accessoria dell'estinzione del rapporto di lavoro in caso di condanna per gli stessi reati alla reclusione per un tempo non inferiore a tre anni.
- Alcune disposizioni patrimoniali riguardanti la confisca dei beni a seguito di condanna per taluni reati.
- L'obbligo di denuncia alla Corte dei Conti per danno erariale nei confronti del condannato.

L'importanza di questa legge risiede nel fatto che – seppure limitatamente ad alcuni reati e pene – viene superato il principio dell'autonomia del procedimento disciplinare rispetto a quello penale e vengono creati collegamenti automatici in materia di prove e di sanzioni con prevalenza del procedimento penale su quello disciplinare.

Con una recente sentenza (12 marzo 2002 n. 145) la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4.2 della legge 97/2001 nella parte in cui dispone che la sospensione perde efficacia decorso un periodo di tempo pari a quello di prescrizione del reato; infatti, la Corte ha ritenuto questo tempo irragionevolmente lungo, poiché, tra l'altro, in relazione ad alcuni fra i delitti indicati dalla norma, il termine di prescrizione può raggiungere una durata ultradecennale tenuto conto anche degli effetti interruttivi della sentenza di condanna ai sensi dell'art. 160, ultimo comma, del codice penale (cfr. anche ordinanza 24/10/2002 n. 456).

4.3 L'obbligo di sicurezza

L'art. 2087 c.c. dispone che " l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro". Ovviamente, anche questa disposizione, per effetto dell'applicazione delle norme del codice civile alle pubbliche amministrazioni, si riferisce agli obblighi della pubblica amministrazione datore di lavoro.

L'art. 2087 contiene un obbligo che trova peraltro fondamento in senso positivo di riconoscimento di un diritto nell'art. 32.1 Cost. e in senso negativo di limitazione ad una libertà nell'art. 41.2 Cost.

Quest'obbligo assoluto di prevenzione che, nella sua drasticità, sovrasta il limitato ambito della prestazione lavorativa, ha fatto ritenere applicabile anche al rapporto di lavoro il cosiddetto *danno biologico*²⁸, inteso come menomazione dell'integrità psicofisica della persona. La stessa drasticità della disposizione ci informa anche che si tratta di un obbligo primario del datore di lavoro, in mancanza del cui assolvimento potrebbe ipotizzarsi il legittimo inadempimento della prestazione lavorativa.

Questa norma che per il suo contenuto attiene alla relazione individuale di lavoro, è stata rafforzata in senso collettivo dall'art. 9 dello Statuto dei lavoratori

che ha riconosciuto alle rappresentanze dei lavoratori il diritto "di controllare l'applicazione delle norme per la prevenzione degli infortuni e delle malattie professionali e di promuovere la ricerca, l'elaborazione e l'attuazione di tutte le misure idonee a tutelare" la salute dei lavoratori e la loro integrità fisica. L'art. 9 dello Statuto è stato in parte visto con favore per i maggiori diritti che riconosce ai lavoratori per il tramite delle loro istanze sindacali, in parte criticata per la riduzione dell'ambito di operatività alle sole condizione di salute e integrità fisica (con esclusione, quindi, del riferimento alla "personalità morale"): va però detto che le due discipline non si elidono e che, quindi, gli obblighi derivanti al datore di lavoro risultano invariati rispetto alla previsione codicistica.

Una sostanziale razionalizzazione della materia ed unificazione del mondo del lavoro si è realizzata attraverso il decreto legislativo 19 settembre 1994 n. 626 che attua la direttiva europea quadro 89/391 e le direttive specifiche ad essa collegate. Questa ultima disciplina è stata considerata una specificazione del generale obbligo di sicurezza sancito dall'art. 2087 c.c. ed una strumentazione specifica offerta alla dimensione sindacale di tutela. Essa si basa sulle interrelazioni di *diritti, poteri ed obblighi che fanno capo ad una serie di soggetti* dei quali l'art. 2 for-

²⁸ Corte Cost. 27 dicembre 1991 n. 185.

nisce la definizione (lavoratore, datore di lavoro, servizio di prevenzione e protezione dai rischi, medico competente, responsabile del servizio di prevenzione e protezione, rappresentante dei lavoratori per la sicurezza) *interni ed esterni all'unità produttiva, con funzione di prevenzione* (valutazione, eliminazione o riduzione dei rischi), *rispetto ad agenti* (chimici, fisici o biologici) *presenti durante il lavoro e potenzialmente dannosi per la salute*.

L'art. 98 del contratto intercompartimentale 2001-2004 rinvia al contratto di comparto la disciplina del ruolo del rappresentante per la sicurezza rispetto a numero, strumenti, formazione, monitoraggio su infortuni, procedure di partecipazione (informazione e consultazione). La Delibera della Giunta provinciale n. 2617 del 10 agosto 2001 disciplina l'attuazione delle norme sulla sicurezza del lavoro per il personale dell'amministrazione provinciale e delle scuole a carattere statale.

L'art. 24 della legge provinciale 7 dicembre 1988 n. 54 istituisce il libretto sanitario "per garantire ai lavoratori che operano in ambienti di lavoro insalubri visite mediche periodiche a scopo preventivo".

4.4 L'obbligazione retributiva

Introducendo la nozione di lavoro subordinato, abbiamo detto che la retribuzione costituisce il corrispettivo della presta-

zione lavorativa fornita dal lavoratore: in ciò l'art. 2094 c.c. è chiaro nel proporre la retribuzione come elemento essenziale del rapporto di lavoro. Proprio per la funzione sociale che riveste, la retribuzione ottiene una tutela costituzionale dall'art. 36.1 Cost. che ne definisce i principi (proporzionalità alla quantità e qualità del lavoro, sufficienza ad assicurare al lavoratore ed alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa) per la determinazione dell'ammontare minimo: il principio della sufficienza opera come correttivo (sociale) del mero corrispettivo della prestazione misurabile in termini di tempo, intensità e professionalità.

In regime di diritto comune dei contratti collettivi – derivante dalla mancata attuazione dei commi 2-4 dell'art. 39 Cost. – nel settore privato, nelle aziende che non applicano il contratto collettivo, la determinazione della retribuzione proporzionale e sufficiente secondo i criteri dell'art. 36 Cost. si realizza attraverso l'intervento del giudice ed il ricorso all'art. 2099 c.c.

Questa elaborazione è stata consentita da un orientamento giurisprudenziale da tempo consolidatosi che ha affermato la immediata operatività dell'art. 36 Cost. e, anche nel settore pubblico precedente alla riforma del 1992, esso si è affermato come naturale estensione di un principio generalizzabile in quanto costituzionalmente previsto.

Nel pubblico impiego riformato il problema non si pone, dal momento che è la

stessa legge-delega del 1992 a sancire il principio della parità di trattamento definito dai contratti collettivi²⁹, nonché l'efficacia soggettiva generalizzata dei contratti stessi (su quest'ultimo punto vedi al capitolo 8). La generalizzazione dei trattamenti economici definiti dai contratti collettivi ha però indotto il legislatore delegante a circondare di adeguate cautele l'andamento del costo del lavoro, sia influenzando la vigenza temporale dei contratti³⁰, sia disponendo principi per un maggiore collegamento tra retribuzione accessoria, andamento organizzativo dei servizi e valutazione dell'impegno individuale e collettivo.

L'obbligazione retributiva si completa con l'obbligo per il datore di lavoro di consegnare, al momento della corresponsione della retribuzione, un prospetto di paga (busta paga) in cui siano indi-

cati nome, cognome e qualifica professionale del lavoratore, il periodo cui la retribuzione si riferisce, gli assegni familiari e tutti gli altri elementi che, comunque, compongono la retribuzione, nonché, distintamente, le singole trattenute – secondo la previsione della legge 5 agosto 1953 n. 4.

La legge provinciale 16/1995 fa propri il primo (artt. 2.2 e 9) ed il terzo principio (art. 5.5), mentre non contiene disposizioni analoghe a quelle del principio di ultravigenza dei contratti.

Gli elementi che compongono la struttura della retribuzione sono indicati all'art. 68 del contratto intercompartimentale 2001-2004. Le principali voci che compongono tale articolazione della busta paga sono:

²⁹ L. n. 421/1992. Art. 2.1.d) prevedere che le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici di cui alla lettera a) garantiscano ai propri dipendenti parità di trattamenti contrattuali e comunque trattamenti non inferiori a quelli prescritti dai contratti collettivi.

³⁰ L. n. 421/1992. Art. 2.1.l) definire procedure e sistemi di controllo sul conseguimento degli obiettivi stabiliti per le azioni amministrative, nonché sul contenimento dei costi contrattuali, entro i limiti predeterminati dal Governo e dalla normativa di bilancio, prevedendo negli accordi contrattuali dei pubblici dipendenti la possibilità di prorogare l'efficacia temporale del contratto, ovvero di sospenderne l'esecuzione parziale o totale in caso di accertata esorbitanza dai limiti di spesa; a tali fini, prevedere che il Nucleo di valutazione della spesa relativa al pubblico impiego istituito presso il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro dall'articolo 10 della legge 30 dicembre 1991, n. 412, operi, su richiesta del Presidente del Consiglio dei ministri o delle organizzazioni sindacali, nell'ambito dell'attuale dotazione finanziaria dell'ente, con compiti sostitutivi di quelli affidatigli dal citato articolo 10 della legge 30 dicembre 1991, n. 412, di controllo e certificazione dei costi del lavoro pubblico sulla base delle rilevazioni effettuate dalla Ragioneria generale dello Stato, dal Dipartimento della funzione pubblica e dall'Istituto nazionale di statistica; per il più efficace perseguimento di tali obiettivi, realizzare l'integrazione funzionale del Dipartimento della funzione pubblica con la Ragioneria generale dello Stato.

- Lo *stipendio di livello*, rapportato ad ognuno dei livelli retributivi che compongono le nove qualifiche funzionali di inquadramento (cfr. art. 69) e che è integrato dal sistema di progressione professionale, composto da classi di stipendio e scatti previsti dall'art. 70, previa valutazione sullo sviluppo professionale del lavoratore.
- L'*indennità integrativa speciale* che sostituisce il meccanismo automatico di adeguamento della retribuzione al costo della vita sulla base di indici ISTAT (cosiddetta "scala mobile") fin dal 1992 e che con il Protocollo del 23 luglio 1993 è stata "contrattualizzata" per renderla compatibile con la "politica dei redditi", proporzionata a seconda delle qualifiche (cfr. art. 73).
- Il *salario di produttività* prevalentemente collettiva ma con valutazione individuale dell'apporto dei lavoratori (cfr. art. 74).
- Il *compenso per lavoro straordinario* articolato anche con maggiorazioni per straordinario reso in ore notturne e/o in giorni festivi (cfr. art. 82).
- Le *indennità*, variamente articolate sia dal contratto intercompartimentale che dal contratto di comparto firmato il 4 luglio 2002 che adeguano il compenso alle caratteristiche concrete della prestazione lavorativa. Per un quadro completo del sistema delle indennità cfr. il Capo II del Titolo V del contratto intercompartimentale 2001-2004 nonché il Capo III e l'allegato 1 del contrat-

to di comparto per il personale provinciale 1999-2000 del 4 luglio 2002; meccanismi e limiti al cumulo delle indennità sono previsti all'art. 81 del contratto intercompartimentale, mentre il sistema di corresponsione di interessi e rivalutazione monetaria per ritardo nell'erogazione degli emolumenti è previsto all'art. 85 dello stesso contratto.

4.5 Il trattamento di fine rapporto

La disciplina del trattamento di fine rapporto (t.f.r.) è contenuta nell'art. 2120 c.c., modificato dalla legge 29 maggio 1982 n. 297. Per t.f.r. si intende una somma di denaro, parametrata all'anzianità di servizio maturata durante il rapporto di lavoro, che è corrisposta dal datore di lavoro in ogni caso di cessazione del rapporto (comma 1): di qui la sua natura di retribuzione differita.

La funzione svolta dal t.f.r. è quindi di natura retributivo-previdenziale e, proprio per questo, tutelata anche in caso di insolvenza o inadempimento da parte del datore di lavoro (ipotesi riguardante quasi esclusivamente il settore privato). Lo stesso primo comma dell'art. 2120 c.c. prevede il metodo di calcolo (che rappresenta la vera novità introdotta dalla legge del 1982): la base di calcolo è costituita dalla retribuzione annua, intendendosi per essa "tutte le somme, compreso l'equivalente delle prestazioni in natura, corrisposte in dipendenza del rapporto

di lavoro, a titolo non occasionale e con esclusione di quanto è corrisposto a titolo di rimborso spese”: questa definizione, contenuta nel secondo comma dell’articolo, può essere modificata dai contratti collettivi. Tale base di calcolo per ognuno degli anni di servizio è divisa per 13.5 e vincolata al pagamento del t.f.r.; la quota relativa ad ogni anno è rivalutata in ragione degli indici ISTAT sul costo della vita (commi 4 e 5).

I commi 6 e 7 dell’art. 2120 c.c. riconoscono al t.f.r. anche una funzione di risparmio, consentendo al lavoratore che abbia maturato almeno 8 anni di servizio presso lo stesso datore di lavoro un’anticipazione limitata del suo t.f.r.

La nuova disciplina dell’art. 2120 c.c. si applica anche al lavoro pubblico in base all’art. 2 della legge 8 agosto 1995 n. 335 per gli assunti dal 1.1.1996: la stessa legge affida alla contrattazione collettiva il compito di definire le modalità di attuazione e quello di disciplinare le forme pensionistiche complementari. La disciplina delle forme pensionistiche complementari, la costituzione dei “Fondi pensione” (soggetti giuridici), le modalità di gestione e le caratteristiche delle prestazioni sono contenute nel D.lgs. 21 aprile 1993 n. 124.

Tra le ipotesi di anticipazione del trattamento di fine rapporto, l’art. 5 del D.lgs. 151/2001 inserisce anche le spese necessarie durante il periodo di congedo parentale.

In provincia di Bolzano, l’istituto è disciplinato dalla legge provinciale 3 maggio 1999 n. 1 che, all’art. 22, prevede – per il personale dipendente della Provincia e degli enti ad essa collegati – l’applicabilità dell’art. 2120 c.c. a partire dal 1° luglio 1999 nei limiti consentiti “dalla contrattazione collettiva a livello provinciale; ugualmente ad un accordo tra le amministrazioni e le organizzazioni sindacali è affidata la determinazione della misura, delle modalità e dei termini di contribuzione ai Fondi”.

Il contratto collettivo intercompartimentale sul trattamento di fine rapporto e sulla previdenza complementare in provincia di Bolzano è firmato il 17 agosto 1999. In esso vengono indicati gli elementi retributivi esclusi dalla base di calcolo per il fatto di non avere le caratteristiche previste dall’art. 2120 c.c. (art. 3). Sono inoltre previste le modalità di adesione ai Fondi e le modalità di finanziamento degli stessi.

L’art. 89 del contratto intercompartimentale 2001-2004 richiama il contenuto del contratto di pari livello 17.8.1999 (non abrogato dall’art. 104) su t.f.r. e previdenza complementare, prevedendo nello stesso tempo un nuovo contratto di revisione organica della disciplina.

L’allegato 2 al contratto intercompartimentale 2001-2004 prevede casi e procedure per la richiesta di anticipazioni del t.f.r. per lavoratori con almeno 8 anni di servizio e lavoratori con almeno 20 anni di contribuzione.

4.6 La tutela dei crediti retributivi

Proprio in considerazione della particolare funzione sociale svolta dalla retribuzione e della posizione del lavoratore nel rapporto di lavoro (contraente debole), l'ordinamento prevede particolari garanzie sia per quanto riguarda i crediti retributivi, sia per quanto riguarda in generale i diritti. In questa parte accenniamo ai primi, nel capitolo 9 parleremo dei secondi.

La modalità di rafforzamento riconosciuta al lavoratore per i crediti retributivi assume la forma del *privilegio* sui "mobili" del debitore, secondo quanto disposto dall'art. 2751bis c.c.; con sentenza della Corte Costituzionale 17 novembre 1983 n. 326 la stessa garanzia è stata riconosciuta – oltre che ai crediti elencati nella norma codicistica – anche ai crediti per danni conseguenti ad infortunio sul lavoro, del quale sia responsabile il datore di lavoro, se e nei limiti in cui il creditore non sia soddisfatto della percezione delle indennità previdenziali e assistenziali obbligatorie dovute al lavoratore subordinato in dipendenza dello stesso infortunio. Il privilegio è garantito dal fatto che tali crediti seguono solo quelli per spese giudiziarie (art. 2777 c.c.).

Di recente la Corte Costituzionale si è occupata due volte dei crediti derivanti

da lavoro e della loro posizione di privilegio: con la prima sentenza (4 luglio 2001 n. 228) la Corte ha ritenuto che la formulazione generale dell'art. 2751bis c.c. faccia rientrare tra i crediti protetti anche l'indennità supplementare per licenziamento ingiustificato dei dirigenti e ciò nonostante che ad essi non si applichi la normativa della legge 604/1966; con la seconda (29 maggio 2002 n. 220) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2751bis n. 1 c.c. "nella parte in cui non munisce di privilegio generale sui mobili il credito del lavoratore subordinato per danni conseguenti a malattia professionale, della quale sia responsabile il datore di lavoro".

Analoga situazione di privilegio i crediti da lavoro dipendente ottengono anche nei casi di immobili (art. 2776 c.c.).

Una seconda modalità di tutela dei crediti è rappresentata dai vincoli di destinazione che riguardano sia gli assegni familiari, sia lo stipendio, sia i fondi previdenziali (art. 2117 c.c.).

Ulteriore meccanismo di tutela dei crediti da lavoro è quello costituito dal calcolo degli interessi e dalla rivalutazione monetaria (artt. 1224 e 1284 c.c.; per interessi e danni a seguito di sentenza di condanna, art. 429 c.p.c.³¹), dapprima

³¹ In giurisprudenza, cfr. Corte Costituzionale 2 novembre 2000 n. 459 e Corte di Cassazione 10 aprile 2001 n. 5363. Va comunque ricordato che per la giurisprudenza della Corte Costituzionale, mentre il cumulo tra interessi e rivalutazione dei crediti previdenziali e assistenziali (riferimento costituzionale: artt. 3 e 38) può essere escluso dal legislatore in ragione della salvaguardia degli equilibri del-

prevista dall'art. 12 della l. p. 7 dicembre 1988 n. 54 ed ora contrattualizzata dall'art. 85 del contratto intercompartmentale 2001-2004, il quale prevede che le due misure di rideterminazione dell'ammontare della retribuzione decorrano dal novantesimo giorno dalla data di maturazione del diritto.

Infine va ricordata la normativa in materia di sequestro e pignoramento che vedeva una disciplina legislativamente differenziata tra settore pubblico e settore privato e ancora differente tra retribuzione e pensione. All'art. 545, primo comma c.p.c. che prevede la pignorabilità della retribuzione fino ad un quinto per tributi dovuti ad enti pubblici e per ogni altro credito e nella misura definita dal giudice per crediti alimentari, si affiancava – per il settore pubblico - la disposizione dell'art. 2 del D.P.R. 5 gennaio 1950 n. 180 che limitava le ipotesi di pignorabilità a casi specifici e in misura diversa da quelli del c.p.c.

L'opera di unificazione della normativa è stata condotta dalla Corte Costituzionale che, dapprima, con la sentenza 9 giugno 1988 n. 878 ha dichiarato la parziale illegittimità dell'art. 2 del DPR del 1950, affermando che il principio di eguaglianza proclamato dall'art. 3 Cost. non può es-

sere disatteso, infatti, se non in presenza di specifici e ben individuabili motivi di pubblico interesse, cui la norma derogatrice sia funzionalmente correlata; sulla base di tale principio non può oggi sostenersi che l'allargamento della pignorabilità e della sequestrabilità delle retribuzioni dei pubblici dipendenti, negli stessi più ampi limiti fissati dall'art. 545 c.p.c. per gli altri lavoratori subordinati, sia nei fatti suscettibile di recare turbamento alla funzionalità della pubblica amministrazione.

L'unificazione della disciplina ha poi equiparato i lavoratori del settore privato a quelli del settore pubblico per quanto riguarda la pignorabilità delle pensioni per crediti alimentari: in questo caso, il ragionamento fatto dalla Corte Costituzionale è stato analogo a quello riportato ed ha quindi dichiarato la parziale illegittimità delle leggi che regolamentano le pensioni INPS (sentenza 11 ottobre 1988 n. 1041).

Ancora, con la sentenza 18 gennaio 1990 ha esteso la pignorabilità, sequestrabilità e cedibilità anche all'indennità integrativa speciale per i pubblici dipendenti.

Infine, con una sentenza (9 gennaio 1991 n. 55) ed un'ordinanza (7 luglio 1999 n. 315), ha dichiarato legittimo il diverso regime in materia tra retribuzione e pen-

la finanza pubblica, lo stesso cumulo per i crediti di lavoro (riferimento costituzionale: art. 36) va senz'altro affermato per i soli crediti di lavoro privato nel quale il debitore potrebbe trovare conveniente ritardare l'obbligazione per dirottare le somme non versate verso investimenti finanziari e lucrare la differenza tra rendimento dell'investimento e tasso di svalutazione.

sione, sulla base della considerazione per cui il diverso regime della pignorabilità previsto per le pensioni rispetto a quello stabilito per le retribuzioni non incide sul contenuto sostanziale della responsabilità patrimoniale del debitore, che resta sempre quello disciplinato dall'art. 2740 cod. civ., ma solo su di un particolare mezzo di esecuzione civile (pignoramen-

to presso terzi) fra i tanti che consentono la realizzazione coattiva del diritto; né appare irragionevole perché trova fondamento nella intrinseca diversità di due situazioni giuridiche (percepimento delle retribuzioni e delle pensioni) che rispondono a principi e finalità diversi quali quelli espressi dagli artt. 36 e 38 della costituzione.

5. La prestazione di lavoro: gli obblighi e le responsabilità del dipendente

Se la posizione del lavoratore nell'organizzazione del lavoro è definibile come subordinazione tecnico-funzionale (cfr. capitolo 4), è utile soffermarsi sui suoi lineamenti basilari e, soprattutto, sul sistema di obblighi e responsabilità che ne derivano.

Gli artt. 2104 e 2105 c.c. rappresentano il codice comportamentale del lavoratore derivante dal contratto di lavoro; ed infatti, come abbiamo visto in precedenza, comportamenti che siano in contrasto con queste due disposizioni attivano il potere disciplinare del datore di lavoro (art. 2106 c.c.).

Il primo obbligo derivante al lavoratore, in virtù del dettato del primo comma dell'art. 2104 c.c., è l'obbligo di diligenza, che non va confusa con la "diligenza del buon padre di famiglia" richiesta dall'art. 1176 c.c. anche in casi di attività professionale. La diligenza di cui all'art. 2104, infatti, è tipica del lavoro subordinato e specifica rispetto alla prestazione dovuta e all'interesse del datore di lavoro: in questo senso, si parla giustamente di diligenza professionale che deve informare i comportamenti nell'esecuzione della prestazione lavorativa. E così, mentre il riferimento alla natura della prestazione dovuta ci richiama immediatamente al concreto esprimersi della professionalità anche con riferimento all'in-

quadramento e alle prestazioni, il riferimento all'interesse dell'impresa (da intendersi come interesse del responsabile dell'organizzazione) ci richiama al potere direttivo e, quindi, all'utilità della prestazione lavorativa nello specifico contesto organizzativo.

In sostanza, il requisito della diligenza che deve caratterizzare il comportamento del lavoratore nello specifico contesto organizzativo nel quale è inserito mira a garantire al datore di lavoro (artt. 2082 e 2086 c.c.) una prestazione professionalmente adeguata ed organizzativamente utile.

Il secondo comma dell'art. 2104 c.c. richiede al lavoratore anche un obbligo di obbedienza che percorre l'intera scala gerarchica dell'organizzazione. L'obbligo di obbedienza, riferito sia all'esecuzione sia alla disciplina del lavoro, abbraccia la modalità di realizzazione della prestazione lavorativa, ma anche la dimensione "ambientale" dell'organizzazione e, quindi, il sistema di relazioni che in essa si instaura.

L'art. 2105 c.c. si riferisce invece all'obbligo di fedeltà. Tale obbligo è articolato in diversi divieti esplicitamente previsti dalla norma:

- divieto di trattare affari per conto proprio o di terzi;

- divieto di concorrenza;
- divieto di utilizzare o divulgare segreti attinenti all'organizzazione (segreti d'ufficio);
- divieto di utilizzare le notizie riferite all'organizzazione per recare danno alla stessa.

Nel lavoro pubblico, parte di questi divieti, soprattutto riferiti ai rapporti con l'utenza, rappresentano i contenuti dei codici di comportamento e degli obblighi di servizio (cfr. capitolo 4) e vanno comunque letti alla luce dei diritti di accesso garantiti dalla l. p. 22 ottobre 1993 n. 17.

5.1 L'inquadramento e le mansioni

Abbiamo visto come gli obblighi richiesti al lavoratore debbano intendersi in senso quanto più possibile concreto e riferito ai comportamenti organizzativi. Questo richiamo alla concretezza della valutazione dei comportamenti ci obbliga ad esaminare quegli istituti normativi che direttamente costituiscono il contenuto professionale della prestazione, sia in senso qualitativo, sia in senso quantitativo; entrambi, parametri richiamati dall'art. 36 Cost.

Indubbiamente il sistema di inquadramento e le mansioni sono l'aspetto più rilevante della dimensione qualitativa della prestazione, ma anche uno dei punti più delicati ed originali che ancora caratterizzano il lavoro pubblico "privatizzato".

La normativa del codice civile individua

le categorie dei prestatori di lavoro (art. 2095 c.c.) distinguendole in dirigenti, quadri (categoria introdotta con la legge 190/1985), impiegati ed operai ed affida ai contratti collettivi il compito di determinare i requisiti di appartenenza ad ognuna di esse.

In tale determinazione, non necessariamente i contratti collettivi devono adottare una sistemazione gerarchica tra le diverse categorie (si veda l'esperienza privata dell'inquadramento unico tra impiegati ed operai) e possono anche prevedere articolazioni interne alle categorie, normalmente, come nel caso della Provincia di Bolzano, denominate *qualifiche*; a loro volta le qualifiche possono avere una articolazione in *livelli*, i quali possono avere una connotazione professionale o anche semplicemente economica. Le categorie, le qualifiche, ma anche i livelli, possono essere identificate attraverso *declaratorie* che rappresentano la definizione dei contenuti professionali richiesti. A seconda delle soluzioni adottate, all'interno delle categorie e/o delle qualifiche e/o dei livelli sono ricompresi i *profili professionali* che descrivono gli esempi concreti normalmente inseriti nell'inquadramento.

Ogni profilo professionale può appartenere a più livelli o qualifiche e in questo caso consente *passaggi verticali* all'interno dell'inquadramento; profili professionali appartenenti allo stesso livello o qualifica possono consentire *passaggi orizzontali*.

La scelta dell'ordinamento professionale (anche chiamato sistema di classificazione o inquadramento) dipende dalle caratteristiche dell'organizzazione della struttura e può modificarsi in ragione di innovazioni tecnologiche o organizzative o anche delle tipologie professionali presenti sul mercato del lavoro. Le diverse strutture possibili, realizzabili attraverso l'intreccio degli elementi che abbiamo descritto, possono consentire maggiore o minore flessibilità nella gestione del personale (profili ampi o profili stretti), di valorizzare o meno le professionalità presenti (articolazione dei profili in più livelli e/o qualifiche o incardinamento di un profilo in una sola casella dell'inquadramento), maggiore o minore mobilità professionale (profili professionali con requisiti collegabili tra loro o profili professionali autoctoni; lo stesso discorso vale per le declaratorie di profilo, di livello o di qualifica).

Ognuna di queste soluzioni influenza fortemente la struttura organizzativa e, in buona parte, dipende dal margine di potere direttivo che si intende utilizzare (strutture flessibili richiedono un potere

discrezionale attivo, strutture rigide possono affidarsi ad un potere direttivo meramente orientato al controllo della prestazione richiesta). Ma ognuna delle soluzioni è anche influenzata dalla dinamicità dell'organizzazione che può essere indotta da input esterni (leggi, richiesta di servizi maggiori o migliori) o interni (richieste sindacali, aspirazioni professionali dei lavoratori etc.).

Il tutto, comunque, ha un significato rilevante per quanto riguarda il contenuto della *mansione* e la sua *esigibilità*. Per *mansione* si intende la specifica attività del lavoratore, ma non necessariamente comprende il contenuto di un intero profilo. Il potere direttivo si esercita, sul piano strettamente organizzativo, nell'attribuzione di mansioni al lavoratore, nell'ambito del sistema di inquadramento definito con i contratti collettivi.

L'art. 2103 c.c. (nella formulazione innovata dall'art. 13 St. lavoratori) prevede che il lavoratore debba essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti alla categoria³² (in questo caso "categoria" non va inte-

³² Vanno segnalate due recenti sentenze della Corte di Cassazione. Con la prima (6 novembre 2000 n. 14443) si afferma il principio per cui la dequalificazione professionale va considerato un danno risarcibile, poiché la dequalificazione - a detta della corte - non solo viola lo specifico divieto di cui all'art. 2103 c.c., ma costituisce lesione del diritto fondamentale alla libera esplicazione della personalità del lavoratore nel luogo di lavoro, con la conseguenza che al pregiudizio correlato a tale lesione che incide sulla vita professionale e di relazione dell'interessato va riconosciuta una indubbia dimensione patrimoniale che lo rende suscettibile di un risarcimento e di una valutazione anche equitativa, pure nell'ipotesi in cui sia mancata la dimostrazione di un effettivo pregiudizio patrimoniale; con la seconda (1 marzo 2000 n. 2948) la Corte ha ritenuto che non è da definirsi contrario a

sa come articolazione interna all'art. 2095 c.c. ma come articolazione dell'inquadramento operata dalla contrattazione collettiva) superiore che abbia successivamente acquisito, ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte, senza alcuna diminuzione della retribuzione. Lo stesso articolo prevede che, nel caso il lavoratore sia adibito a mansioni superiori, abbia diritto alla retribuzione corrispondente e che acquisisca definitivamente il nuovo inquadramento se permane nella nuova posizione per un periodo di tempo superiore a quello previsto dai contratti collettivi e comunque non superiore a tre mesi.

Questa disciplina, posta a tutela della professionalità del lavoratore (divieto ad essere adibito a mansioni inferiori o comunque non equivalenti sotto un profilo professionale) e della maggiore professionalità acquisita a seguito di adibizione non più temporanea in mansioni superiori, non soggiace a possibilità di pattuizioni contrarie (ultimo comma dell'art. 2103 c.c.) e, per quanto riguarda il rischio di deprofessionalizzazione, le uniche deroghe possibili che non determinano un risarcimento del danno sono da ritenersi tassativamente:

- le esigenze straordinarie sopravvenute;
- le lavoratrici madri durante la gravidanza e fino al settimo mese dal parto, qualora non sia possibile operare una scelta diversa senza arrecare pregiudizio alla salute;
- in presenza di un accordo sindacale che operi tale scelta per evitare o limitare licenziamenti per riduzione di personale;
- per sopravvenuta inabilità a svolgere le mansioni assegnate a seguito di infortunio o malattia.

Questa disciplina trova nel lavoro pubblico una attuazione solo in parte simile, pur non sussistendo dubbi sul fatto che al lavoratore adibito a mansioni superiori spetti la corrispondente retribuzione, in conformità ai principi di cui agli artt. 36 Cost. e 2126 c.c. (da ultimo, Corte Costituzionale, ordinanza 10 aprile 2002 n. 100).

La legge-delega 421/1992 contiene tra i suoi principi quello³³ per cui vanno predeterminati i casi in cui sia possibile adibire il lavoratore a mansioni superiori e che questa adibizione non debba superare i tre mesi; inoltre è previsto che, salvaguardata la maggiore retribuzione per

buona fede l'adibizione temporanea del lavoratore a diverse mansioni proprio al fine di fargli acquisire una maggiore professionalità e di conseguenza, in tale ipotesi, non appare possibile parlare di violazione dell'art. 2103 c.c., per cui la reazione del lavoratore consistente nel rifiuto di espletare comunque le nuove mansioni risulta non proporzionata e non conforme a buona fede e legittima in tal caso il licenziamento per giusta causa da parte del datore di lavoro.

³³ L. n. 421/1992. Art. 2.1.n) prevedere che, con riferimento al settore pubblico, in deroga all'articolo 2103 del codice civile, l'esercizio temporaneo di mansioni superiori non attribuisce il diritto all'as-

il periodo di svolgimento della mansione superiore, l'eventuale periodo eccedente i tre mesi non dia diritto all'inquadramento definitivo (ma solo alla responsabilità patrimoniale del dirigente).

In un altro principio³⁴ della stessa legge è prevista la possibilità di adibire il lavoratore anche a mansioni relative a profili professionali di qualifica immediatamente inferiore, per esigenze di servizio inderogabili, occasionalmente e con criteri di flessibilità (rotazione).

Il decreto legislativo 29/1993 aveva in un primo tempo attuato i principi della legge delega in entrambi i casi; a seguito della nuova delega contenuta nella legge 59/1997 e in ossequio al principio del completamento dell'integrazione tra lavoro pubblico e privato (art. 11.4.a) ha eliminato la possibilità di adibizione a

mansioni superiori, ha affidato alla contrattazione collettiva il compito di definire i caratteri di equivalenza tra mansioni, ha esplicitato i casi in cui è possibile adibire i lavoratori a mansioni superiori, ha previsto la vigenza della norma a partire dall'attuazione del nuovo ordinamento professionale previsto dai contratti collettivi (art. 52 D.lgs. 165/2001).

Per completare il quadro di riferimento della normativa legislativa nazionale, va ancora ricordato che:

- La legge delega 59/1997, pur non prevedendo esplicitamente la categoria dei "quadri", prevede la possibilità di una disciplina delegata o contrattuale diversificata per particolari professionalità³⁵.
- La recente legge 15 luglio 2002 n. 145, innovando il dettato del decreto legi-

segnazione definitiva delle stesse, che sia consentita la temporanea assegnazione con provvedimento motivato del dirigente alle mansioni superiori per un periodo non eccedente tre mesi o per sostituzione del lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto esclusivamente con il riconoscimento del diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta e che comunque non costituisce assegnazione alle mansioni superiori l'attribuzione di alcuni soltanto dei compiti propri delle mansioni stesse, definendo altresì criteri, procedure e modalità di detta assegnazione.

³⁴ L. n. 421/1992. Art. 2.1.v) al fine di assicurare una migliore efficienza degli uffici e delle strutture delle amministrazioni pubbliche in relazione alle rispettive inderogabili esigenze funzionali, prevedere che il personale appartenente alle qualifiche funzionali possa essere utilizzato, occasionalmente e con criteri di flessibilità, per lo svolgimento di mansioni relative a profili professionali di qualifica funzionale immediatamente inferiore.

³⁵ L. n. 59/1997. Art. 11.4.d) prevedere che i decreti legislativi e la contrattazione possano distinguere la disciplina relativa ai dirigenti da quella concernente le specifiche tipologie professionali, fatto salvo quanto previsto per la dirigenza del ruolo sanitario di cui all'articolo 15 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, e successive modificazioni, e stabiliscano altresì una distinta disciplina per gli altri dipendenti pubblici che svolgano qualificate attività professionali, implicanti l'iscrizione ad albi, oppure tecnico-scientifiche e di ricerca.

slativo 165/2001, aggiunge l'art. 17bis³⁶ – intitolato "Vicedirigenza" – col quale "si obbliga" la contrattazione collettiva di tutti i comparti a prevedere una apposita area per personale dei livelli di inquadramento superiori che abbiano maturato complessivamente cinque anni di anzianità nello stesso livello, anche se in data precedente al nuovo ordinamento professionale. E' previsto che a questi lavoratori possano essere delegate parte delle competenze dirigenziali.

Questa norma appare criticabile sotto diversi aspetti e induce non poche perplessità ai fini della sua attuazione nei contratti collettivi delle Regioni e delle Province autonome. Infatti:

- è una illecita interferenza nella funzione contrattuale (peraltro non è assistita da clausola di salvaguardia);
- modifica nella sostanza il decreto legislativo 165/2001 (che, ricordiamo è una riscrittura aggiornata del decreto legi-

slativo 29/1993 e successive modifiche) anche in contrasto con i principi contenuti nelle due leggi delega, senza preoccuparsi di modificare quei principi (questa critica riguarda principalmente la disciplina della dirigenza, per la quale vedi al capitolo 7); tuttavia su questo punto andrebbe condotto un discorso più approfondito;

- essendo una clausola di dettaglio non sembra poter impegnare la competenza legislativa (e contrattuale) delle Regioni e Province a statuto speciale.

La legge provinciale 16/1995 al terzo comma dell'art. 2 accoglie la deroga all'art. 2103 c.c. prevista dalla legge – delega 421/1992-, ma non fa menzione alla possibilità di adibizione a mansioni inferiore, limitandosi ad affidare ad un regolamento criteri, procedure e modalità per l'assegnazione temporanea a mansioni superiori con provvedimento motivato.

³⁶ L. n. 165/2001. "Art. 17-bis. - (Vicedirigenza) - 1. La contrattazione collettiva del comparto Ministeri disciplina l'istituzione di un'apposita area della vicedirigenza nella quale è ricompreso il personale laureato appartenente alle posizioni C2 e C3, che abbia maturato complessivamente cinque anni di anzianità in dette posizioni o nelle corrispondenti qualifiche VIII e IX del precedente ordinamento. In sede di prima applicazione la disposizione di cui al presente comma si estende al personale non laureato che, in possesso degli altri requisiti richiesti, sia risultato vincitore di procedure concorsuali per l'accesso alla ex carriera direttiva anche speciale. I dirigenti possono delegare ai vice dirigenti parte delle competenze di cui all'art. 17.

2. La disposizione di cui al comma 1 si applica, ove compatibile, al personale dipendente dalle altre amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, appartenente a posizioni equivalenti alle posizioni C2 e C3 del comparto Ministeri; l'equivalenza delle posizioni è definita con decreto del Ministro per la funzione pubblica, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze. Restano salve le competenze delle regioni e degli enti locali secondo quanto stabilito dall'articolo 27".

Per quanto riguarda invece la struttura portante dell'inquadramento, gli artt. 10 e 11 della stessa legge fanno riferimento ad un sistema di qualifiche funzionali che fungono, peraltro, anche da punto di riferimento per l'individuazione del livello di esame di bilinguismo da sostenere. In verità, il sovrapporsi di normative non sempre coordinate tra loro determina richiami a momenti diversi dei sistemi di inquadramento del pubblico impiego nazionale; così, per l'esame di bilinguismo, il riferimento è ancora alle ex carriere dell'amministrazione statale, per l'inquadramento il riferimento è alle qualifiche funzionali che hanno rappresentato dalla metà degli anni '70 un (parziale) superamento delle carriere. Allo stato attuale la struttura dell'inquadramento nazionale è basato su categorie o aree che comprendono diversi livelli di inquadramento, senza riferimento né alle ex carriere né alle ex qualifiche funzionali.

La concreta struttura dell'inquadramento è quindi ricavabile solo dai contratti collettivi.

L'art. 65 del contratto interpartimentale 2001-2004 conferma la struttura in nove qualifiche funzionali (in attesa di una eventuale revisione dell'ordinamento professionale), ognuna articolata in due livelli retributivi (art. 69); all'interno dello stesso livello retributivo vige una progressione economica basata su classi di stipendio da corrispondere "previa valutazione soddisfacente sullo sviluppo

della professionalità", mentre il passaggio al livello superiore avviene dopo otto anni di servizio effettivo nella stessa qualifica previa valutazione soddisfacente del superiore (art. 70).

Per ogni qualifica l'art. 65 individua le relative declaratorie, nonché i requisiti per l'accesso dall'esterno (artt. 65.4 e 65.5); ogni qualifica comprende più profili anch'essi descritti attraverso declaratorie che tengano conto degli specifici requisiti di preparazione culturale o professionale, considerando il contenuto della prestazione lavorativa, il grado di responsabilità e la sfera di autonomia, nonché il grado di mobilità (art. 65.2): i profili professionali sono previsti dal DPGP 1 giugno 1995 n. 26 il cui allegato 1 è integrato dall'allegato 3 del contratto di comparto per il personale della provincia 4.7.2002.

All'interno di questo sistema vigono due tipi di mobilità:

- orizzontale (nella stessa qualifica) tra profili professionali (art. 66); in questo caso sono richiesti i requisiti specifici del profilo professionale di destinazione;
- verticale (tra qualifiche), con superamento di concorso pubblico o per anzianità; lo stesso art. 66 prevede gli incrementi retributivi per le diverse ipotesi di mobilità verticale (comma 6).

Va ricordato che negli ultimi anni la Corte Costituzionale è intervenuta due volte sul sistema di progressione verticale, dichiarando incostituzionali alcune

norme legislative nazionali riguardanti il Ministero delle Finanze che avevano previsto forme di progressione verticale per i soli dipendenti, nella prospettiva, a nostro parere corretta, di una fase evolutiva di un rapporto di lavoro già costituito. La Corte Costituzionale (sentenza 21 gennaio 1999 n. 1 e sentenza 9 maggio 2002 n. 194) ha affermato uno stesso orientamento proponibile con le parole dell'ultima sentenza, per la quale "nella disciplina delle procedure di riqualificazione in esame permangono ancora, nonostante le modificazioni introdotte, alcune lesioni dei principi costituzionali in materia di organizzazione dei pubblici uffici. In particolare va ricordato che, secondo la consolidata giurisprudenza costituzionale, il passaggio ad una fascia funzionale superiore comporta "l'accesso ad un nuovo posto di lavoro corrispondente a funzioni più elevate ed è soggetto, pertanto, quale figura di reclutamento, alla regola del pubblico concorso" (cfr. per tutte: sentenza n. 320 del 1997, sentenza n. 1 del 1999), in quanto proprio questo metodo offre le migliori garanzie di selezione dei soggetti più capaci. Il pubblico concorso è altresì un meccanismo strumentale rispetto al canone di efficienza dell'amministrazione, il quale può dirsi pienamente rispettato qualora le selezioni non siano caratterizzate da arbitrarie forme di restrizione dei soggetti legittimati a parteciparvi; forme che possono considerarsi non irragionevoli solo in presenza di particolari

situazioni, che possano giustificarle per una migliore garanzia del buon andamento dell'amministrazione.

Questo orientamento sembra criticabile proprio perché confonde una fase dell'evoluzione del rapporto di lavoro con quella di accesso, negando un aspetto fondamentale del processo di "privatizzazione", e meraviglia, considerando l'attenzione e il sostegno che la Corte ha dimostrato sempre per questa riforma dell'ordinamento del lavoro pubblico.

La Corte di Cassazione, con due sentenze ravvicinate nel tempo (8 agosto 2000 n. 10450 e 28 agosto 2000 n. 11291) ha affermato un principio di carattere generale a proposito della discrezionalità datoriale nelle valutazioni per la progressione, precisando che le valutazioni devono ritenersi sindacabili dal giudice, restando il datore di lavoro soggetto ai limiti imposti da eventuali criteri obiettivi previsti dalla contrattazione collettiva e, soprattutto, agli obblighi di correttezza e buona fede, con l'obbligo di motivare adeguatamente (le valutazioni svolte) al fine di consentire al giudice il sindacato in ordine all'eventuale sussistenza di intenti discriminatori o di ritorsione ovvero di motivi illeciti o irragionevoli, quali quelli non inerenti al dipendente nella sua specifica qualità di lavoratore. Come si evince dalle sentenze richiamate, il sindacato del giudice non comprende la valutazione professionale, ma solo eventuali comportamenti contrari alla legge.

Il settimo comma dell'art. 66 prevede la possibilità di essere adibiti a mansioni di profilo professionale di una qualifica inferiore, prevedendo il relativo trattamento economico; va segnalato che tranne il caso di inabilità, infermità, particolari condizioni fisiche o soppressione del posto, la norma sembra molto ampia nel prevedere l'ipotesi di sotto-inquadramento, richiamando un generico caso in cui il dipendente "non esercita più i compiti del profilo di appartenenza".

Infine, l'art.102 prevede una ipotesi di passaggio di qualifica per personale di IV livello che svolga mansioni di VI almeno per il 50%; in questo caso la qualifica di inquadramento diventa la V; la disposizione è ripresa anche dall'art. 34 del contratto di comparto per il personale provinciale del 4.7.2002.

5.2 Tempo di lavoro e tempo di non lavoro

Il tempo di lavoro è un aspetto fondamentale del rapporto di lavoro subordinato, in quanto avendo esso, tra gli altri, il carattere della continuità nel tempo, richiede che siano poste regole che non rendano quest'ultimo dilatabile oltre i limiti necessari a garantire la dignità e la salute psico-fisica del lavoratore; d'altra parte, il tempo di lavoro assume anche una funzione di unità di misura nella determinazione della retribuzione, collegandosi direttamente al quel parametro di proporzionalità alla quantità del la-

voro svolto previsto dall'art. 36 Cost.

In questo senso è legittimo parlare di "tempo di lavoro" e "tempo di non lavoro", in quanto nella prima locuzione sono comprese le modalità di esigibilità quantitativa e temporale della prestazione, mentre nella seconda sono comprese le ipotesi di sospensione del rapporto di lavoro che legislazione e contrattazione individuano a finalità di recupero psicofisico e di rilevanza sociale: entrambi gli aspetti saranno esaminati in questa parte del lavoro.

5.3 L'orario di lavoro e lo straordinario

L'orario di lavoro rappresenta un aspetto di specificità del lavoro pubblico rispetto a quello privato non tanto per la disciplina applicabile quanto piuttosto perché intorno a questo istituto si concentrano molti valori simbolici riguardanti l'efficacia amministrativa, in considerazione del fatto che l'orario di lavoro, rinvia immediatamente (ma non correttamente) alla possibilità di accesso del pubblico agli uffici.

All'interno delle leggi delega mancano riferimenti specifici all'orario di lavoro, ma il rinvio alla disciplina del diritto civile e l'obiettivo dell'integrazione tra lavoro pubblico e lavoro privato inducono a prendere in considerazione, in primo luogo, la norma prevista dall'art. 2107 c.c. Questa disposizione prevede che la durata giornaliera e settimanale della

prestazione di lavoro non possa superare i limiti stabiliti dalle leggi e dai contratti collettivi. La ratio di questa disposizione va ricercata nell'esigenza di tutela minima da garantire al lavoratore attraverso limitazioni del potere direttivo del datore poste dal legislatore in funzione di tutela sociale generale, e dalle organizzazioni del lavoro in funzione di temperamento tra esigenze organizzative e tutela del lavoro.

La disciplina legale dell'orario di lavoro ha subito di recente una profonda revisione: con il decreto legislativo 8 aprile 2003 n. 66, infatti, l'Italia ha attuato le direttive europee 93/104 (del Consiglio Europeo) e 2000/34 (del Parlamento europeo e del Consiglio europeo, modificativa della prima) che innova significativamente la disciplina precedente e che si applica anche al settore delle amministrazioni pubbliche.

Il decreto legislativo prevede che l'orario normale di lavoro settimanale sia di 40 ore e che i contratti collettivi possano prevedere una durata inferiore, nonché la previsione di una durata media settimanale in un periodo non superiore all'anno: al livello nazionale tutti i contratti dei comparti del settore pubblico prevedono una durata di 36 ore.

Inoltre, superando la previsione di una durata massima giornaliera, il decreto dispone che la durata media settimanale non possa eccedere le 48 ore compreso lo straordinario, per ogni sette giorni; in questo caso la previsione di una durata

media non può eccedere un periodo superiore ai quattro mesi. Solo per obiettive ragioni tecniche e organizzative, il periodo considerato può essere portato dagli stessi contratti collettivi fino a dodici mesi.

Poiché la nostra Costituzione prevede che la legge stabilisca la durata massima giornaliera dell'orario di lavoro (precedentemente definita in 8 ore da una legge del 1923), si deve ritenere che i diversi metodi di computo vadano temperati, anche perché come affermato dalla sentenza della Cassazione 4 dicembre 2000 n. 15419, occorre l'autonomia – e non l'alternatività – dell'orario giornaliero rispetto all'orario settimanale.

Eventuali prestazioni lavorative eccedenti il normale orario di lavoro sono retribuite con maggiorazioni orarie, ma il lavoro straordinario, da utilizzare in forma contenuta e con il consenso del lavoratore non può superare il limite delle 250 ore annuali ore giornaliere e delle 12 settimanali (art. 2108 c.c. e, per i limiti, il suddetto decreto 66/2003); anche in questo caso è fatta salva l'eventuale determinazione dell'autonomia collettiva.

Questa disciplina di carattere generale va integrata con alcune disposizioni riguardanti in particolare il settore del lavoro pubblico. Tali disposizioni non hanno inciso sui limiti, quanto piuttosto hanno coniugato in termini organizzativi l'istituto dell'orario di lavoro introducen-

do la classica e "pedagogica" distinzione tra orario di lavoro, orario di servizio e orario di apertura al pubblico. La distinzione tra i tre tipi di orario può essere così sintetizzata:

- l'orario di lavoro è il periodo di tempo durante il quale il lavoratore svolge la sua prestazione lavorativa;
- l'orario di servizio è il periodo di tempo durante il quale l'ufficio svolge la sua attività;
- l'orario di apertura al pubblico è il periodo di tempo – parte dell'orario di servizio – durante il quale è garantito agli utenti l'accesso agli uffici.

L'art. 22 della legge 23 dicembre 1994 n. 724 dispone che "l'orario di servizio si articola su cinque giorni settimanali, anche nelle ore pomeridiane, salvo particolari esigenze dei servizi pubblici da erogarsi con carattere di continuità e che richiedono orari continuativi o prestazioni per tutti i giorni della settimana" (comma 1); "l'orario settimanale di lavoro ordinario, nell'ambito dell'orario d'obbligo contrattuale, è funzionale all'orario di servizio e si articola su cinque giorni settimanali, anche nelle ore pomeridiane", salvo le particolari esigenze già indicate (comma 2); l'articolazione dei tre tipi di orario è definito garantendo forme di partecipazione sindacale (comma 3).

L'art. 6 della legge 28 maggio 1997 n. 140, nel confermare la sostanza della precedente disposizione, afferma che "la giornata di riposo infrasettimanale, di

regola coincidente con il sabato, è stabilita da ogni amministrazione, previa consultazione con le organizzazioni sindacali."

In ambito provinciale, l'art. 13 della legge provinciale 23 aprile 1992 n. 10 affida ai dirigenti il compito di determinare i turni e gli orari di servizio nel rispetto di criteri prestabiliti e di autorizzare la prestazione di lavoro straordinario nel limite del contingente assegnato alla struttura, nonché il recupero del lavoro prestato; mentre l'art. 5 della legge provinciale 10 agosto 1995 n. 16 affida alla contrattazione collettiva la regolamentazione dell'orario di lavoro. Si conferma così quanto si diceva all'inizio: la disciplina dell'orario di servizio (del quale fa parte l'orario di apertura al pubblico) è esercizio di potere direttivo, mentre l'articolazione dell'orario di lavoro è materia affidata all'azione di contemperamento tra le parti.

La disciplina contrattuale dell'orario di lavoro risulta – come è normale che sia – molto articolata. Il contratto intercompartimentale 2001-2004 affida ai contratti di comparto e decentrati la distribuzione dell'orario di lavoro con riferimento alle esigenze organizzative e riconferma il dettato dell'art. 12 (e non 10) della legge provinciale 16 ottobre 1992 n. 36 in materia di festività.

Altra disposizione di carattere generale è contenuta nell'art. 12 dello stesso contratto: con esso si individuano "forme di

flessibilità dell'orario di lavoro e norme di tutela della qualità del tempo di lavoro e della vita". In particolare per quanto riguarda gli aspetti qui esaminati, l'articolo prevede forme di orario flessibile con la quale si riconosce al lavoratore la facoltà di variare la collocazione temporale della prestazione, nel rispetto però della durata giornaliera, settimanale e mensile; forme di flessibilità settimanale per esigenze organizzative di maggiore o minore intensità.

Lo stesso articolo introduce inoltre l'istituto della "banca delle ore" – che va sempre più diffondendosi anche nei contratti nazionali, in virtù del quale ogni lavoratore dispone di un "conto individuale" sul quale può depositare in tutto o in parte le ore di lavoro straordinario e supplementare allo scopo di usufruirne in termini di tempo libero compatibilmente con le esigenze dei servizi.

Gli articoli 80 e 82 prevedono – in parte affidandone la disciplina anche agli accordi di comparto – gli aspetti retributivi per lavoro straordinario (o anche le modalità di recupero), per turno, lavoro festivo e notturno, reperibilità (cfr. art. 8 del contratto di comparto), pronta disponibilità.

Ai compiti demandati al contratto di comparto assolvono gli articoli 5 e 7 del contratto firmato il 4.7.2002.

L'articolo 5 fissa in 38 ore il limite settimanale, articolato su cinque o sei giorni lavorativi, da distribuire previo confronto con le organizzazioni sindacali. Al con-

tratto individuale è data la facoltà di ricorrere a forme di orario plurisettimanale, imponendo comunque un periodo di riposo non inferiore alle 11 ore nell'arco delle 24 ore.

I limiti massimi di lavoro straordinario sono invece fissati dall'art. 7: la determinazione del limite complessivo è determinata dall'amministrazione previo confronto con le organizzazioni sindacali ed il limite individuale non può superare le 180 ore annue (tranne casi eccezionali che possono farlo lievitare fino a 300 ore e per alcune figure professionali esplicitamente previste). Il comma 1 dello stesso articolo prevede l'obbligo per il lavoratore di svolgere il lavoro straordinario in presenza di esigenze di servizio e di ordine scritto. Al lavoratore è consentito optare per il recupero delle ore straordinarie prestate, anche attraverso il ricorso alla "banca delle ore".

5.4 Il lavoro notturno

L'art. 2108 c.c. al secondo comma contiene disposizioni anche per il lavoro notturno: in esso si prevede una maggiorazione della retribuzione oraria, tranne che non si tratti di lavoro svolto in regolari turni periodici; anche in questo caso è affidata alla legge ed alla contrattazione collettiva la funzione di determinare la maggiorazione ed i periodi.

Il decreto legislativo 66/2003 considera lavoro notturno "il periodo di almeno sette ore consecutive comprendenti l'in-

tervallo tra la mezzanotte e le cinque del mattino”, affida alla contrattazione collettiva l’individuazione dei requisiti che possono comportare l’esclusione dall’obbligo di prestare lavoro notturno ed individua le esclusioni assolute (art. 11).

Anche in questo caso sono previsti dei limiti. Il lavoro notturno di ogni dipendente non può, infatti, superare le otto ore in media nelle 24 ore.

Sono infine previsti accertamenti sanitari particolari per tali lavoratori, nonché un diffuso sistema di informazione individuale e consultazione sindacale per la gestione dell’istituto.

Per la normativa contrattuale, si rinvia a quanto detto in precedenza.

5.5 Il tempo di non lavoro: pause, riposi, festività, permessi, ferie

L’esigenza di funzionalizzare l’orario di lavoro all’orario di servizio non può chiaramente pregiudicare le esigenze di recupero psico-fisico del lavoratore, secondo i limiti massimi di prestazione lavorativa visti in precedenza. A questo scopo l’ordinamento legislativo e contrattuale predispone ipotesi di sospensione dell’attività lavorativa che svolgono la funzione di rigenerazione non solo fisica, ma anche di carattere sociale e culturale. In altri termini, l’ordinamento considera determinate situazioni come suscettibili di tutela anche a prescindere dalle esigenze di recupero, ma proprio perché riguardano la sfera sociale e relazionale

della persona coinvolta nel rapporto di lavoro.

Sotto il profilo retributivo queste *soste* al requisito di *continuità* del rapporto di lavoro subordinato hanno variegata soluzioni che possono andare dal riconoscimento della retribuzione completa, a quello di una retribuzione parziale, a quello dell’assenza di retribuzione ma con riconoscimento della contribuzione, a quello dell’assenza di oneri per il datore di lavoro in quanto coperte dalla fiscalità sociale.

Il decreto legislativo 66/2003 prevede un riposo giornaliero di undici ore consecutive ogni ventiquattro (art. 7) ed una pausa, nei casi in cui l’orario ecceda le 6 ore, la cui modalità di fruizione e durata sia stabilita dai contratti collettivi.

Il diritto al riposo settimanale, di regola coincidente con la domenica, e delle ferie annuali è previsto dal terzo comma dell’art. 36 Cost. come diritto irrinunciabile anche da parte del lavoratore stesso: si vuole in questo modo tutelare il lavoratore anche contro se stesso in nome di valori che trascendono la decisione individuale in quanto riguardano la persona in quanto tale, come la salute e la dignità. Una disposizione simile è contemplata anche dall’art. 2109 c.c. ed è significativo che su di esso si siano concentrate importanti sentenze della Corte Costituzionale, miranti ad estendere i soggetti da tutelare attraverso il riconosci-

mento del diritto a riposo e ferie. Così, con la sentenza 16 dicembre 1980 n. 189 è stato riconosciuto tale diritto anche al personale assunto in prova, con la sentenza 16 dicembre 1987 n. 616 si è stabilito che la malattia insorta durante il periodo di ferie ne sospende il decorso, con la sentenza 7 maggio 1963 n. 66 si è stabilito che il lavoratore abbia diritto a ferie anche per un periodo di tempo lavorativo inferiore all'anno, seppure in quantità proporzionata; parimenti consolidato è l'orientamento per cui i periodi di assenza del lavoratore per malattia vanno computati ai fini della determinazione delle ferie annuali (Corte di Cassazione, 12 novembre 2001 n. 14020). E' affidata alla contrattazione collettiva la determinazione della durata delle ferie. A proposito del ruolo della contrattazione collettiva, la Corte di Cassazione (5 gennaio 2001 n. 96), dopo aver ribadito l'indisponibilità del diritto alle ferie, non suscettibile di rinuncia da parte dello stesso lavoratore, ha anche aggiunto che la durata delle stesse è viceversa stabilita, a norma dell'art. 2109 2° co. c.c. dalla legge stessa, o dalla contrattazione collettiva, dagli usi o secondo equità. Le ferie sono dirette ad assicurare il recupero delle energie psicofisiche che lo svolgimento della prestazione lavorativa continuativa comporta, nonché a soddisfare le esigenze ricreativo-culturali del lavoratore e a consentirgli di partecipare più incisivamente alla vita familiare e sociale. Sicché, da una parte il diritto alle ferie presuppone

l'effettivo svolgimento del lavoro e matura giorno per giorno, dall'altra esso non matura nei periodi in cui, mancando l'attività lavorativa non sussistono quelle esigenze di recupero dell'energie psicofisiche e di più intensa partecipazione alla vita familiare e sociale impedita dalla prestazione lavorativa, che sono a fondamento del relativo diritto.

Vanno inoltre aggiunte le festività infrasettimanali nazionali e religiose previste da norme legislative.

Anche sugli istituti dei riposi settimanali e delle ferie annuali è di recente intervenuto il decreto legislativo 66/2003 confermando sostanzialmente la normativa nazionale (artt. 9 e 10).

A queste ipotesi che possiamo considerare ordinarie nello svolgimento del contratto di lavoro, ne vanno aggiunte altre che in alcuni casi prendono in considerazione possibili esigenze di tutela fisica (malattia, gravidanza e puerperio, etc.), in altri casi tutelano situazioni di carattere sociale e relazionale (congedi parentali, diritto allo studio, etc.). Non essendo possibile in questa sede dare conto in modo dettagliato ed esauriente della disciplina che regola le singole ipotesi, ci limiteremo, per ognuna di esse, a segnalare gli elementi essenziali ed a ricordare la principale normativa.

a) *Infortunio, malattia, gravidanza e puerperio*: la disciplina codicistica è contenuta nell'art. 2110 e prescrive il

- diritto alla retribuzione secondo ammontari e periodi stabiliti dalle leggi o dai contratti collettivi, il computo del periodo di assenza nell'anzianità di servizio, il diritto del datore di lavoro di recedere dal contratto superato il periodo di tempo previsto da leggi o contratti (cd. periodo di comportamento).
- b) *Cure termali*: la disciplina è prevista dalla legge 24 ottobre 2000 n. 323.
- c) *Tossicodipendenza*: sono previste aspettative per la partecipazione a programmi terapeutici e di riabilitazione per la durata del trattamento e comunque non superiori ai tre anni dalla legge 26 giugno 1990 n. 162.
- d) *Servizio militare*: l'art. 52 Cost. dispone che il servizio militare non pregiudica la posizione di lavoro del cittadino. Al servizio militare è equiparato il volontariato civile nei paesi in via di sviluppo (legge 26 febbraio 1987 n. 49) e il servizio civile degli obiettori di coscienza (legge 8 luglio 1998 n. 230).
- e) *Assistenza, integrazione sociale e diritti delle persone handicappate*: la legge 5 febbraio 1992 n. 104³⁷ prevede prolungamenti del periodo di astensione facoltativa o permessi sia per il genitore, sia per il parente, sia per la persona disagiata; vedi anche la legge 26 marzo 2001 n. 151.
- f) *Tutela e sostegno della maternità e della paternità*: la disciplina è ora contemplata dal "Testo unico" contenuto nel D.lgs. 26 marzo 2001 n. 151. A questo proposito, va segnalata la sentenza della Corte Costituzionale 14 dicembre 2001 n. 405 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 24 comma 1 del D.lgs. 151/2001 nella parte in cui esclude la corresponsione dell'indennità di maternità nei casi di licenziamento per giusta causa durante i periodi di interdizione dal lavoro: la Corte ha infatti ritenuto che l'indennità di maternità abbia la doppia finalità del sostegno economico alle lavoratrici nei periodi di astensione obbligatoria, consistente nella necessità di tutelare la salute della donna e del nascituro e di evitare che la madre possa soffrire a causa del bisogno economico.
- g) *Decesso e grave infermità di parenti*: sono previsti congedi dalla legge 8 marzo 2000 n. 53.
- h) *Diritto allo studio, formazione e formazione continua*: sono previsti permessi e agevolazioni nei turni di lavoro dall'art. 10 della legge 300/1970 e congedi dalla legge 8 marzo 2000 n. 53.
- i) *Borse di studio e dottorato di ricerca*: la legge 13 agosto 1984 n. 476 preve-

³⁷ La stessa legge prevede il diritto del genitore o del familiare lavoratore dell'handicappato di scegliere la sede più vicina al proprio domicilio e di non essere trasferito ad altra sede senza il suo consenso: la Corte di Cassazione (sentenza 29 agosto 2002 n. 12692) ha ritenuto questo diritto non assoluto o illimitato, ma compatibile con le esigenze organizzative del datore di lavoro.

de il congedo straordinario per motivi di studio senza assegni; in questi casi si può usufruire di borse di studio previste dalla legge 30 novembre 1989 n. 398.

- j) *Collaborazione alle sedi associative degli enti locali*: sono previsti distacchi dal D.lgs. 18 agosto 2000 n. 267.
- k) *Pausa caffè*: per il personale della Provincia di Bolzano è prevista in 15 minuti dal DPGP 27 giugno 1991 n. 18.
- l) *Aspettative per cariche pubbliche elettive*: sono previste aspettative e permessi a seconda del livello istituzionale dagli artt. 31 e 32 della legge 300/1970; la disciplina si applica anche per la nomina a giudice popolare (l. n. 10 aprile 1951 n. 287); vedi anche D.lgs. 18 agosto 2000 n. 267.
- m) *Attività di volontariato*: sono previste agevolazioni negli orari e nei turni dalla legge 11 agosto 1991 n. 266.
- n) *Donazione sangue*: è prevista un giornata di riposo dalla legge 4 maggio 1990 n. 107.

La normativa legislativa è integrata da quella contrattuale.

Il contratto intercompartimentale 2001-2004 prevede:

- a) la disciplina delle ferie (congedo ordinario) all'art. 18, integrato dall'art. 27 del contratto di comparto 4.7.2002;
- b) i periodi di permessi retribuiti (congedo straordinario) all'art. 19: matrimonio; esami, concorsi e abilitazioni; donazione sangue; cure; decesso parenti

e affini; agevolazioni per portatori di handicap; vigili del fuoco volontari e volontariato; doveri civici;

- c) la disciplina dei permessi brevi (36 ore nell'arco dell'anno solare) e i relativi recuperi all'art. 20;
- d) i permessi per motivo di studio fino a 150 ore annue individuali all'art. 21, integrato dall'art. 19 del contratto di comparto 4-7-2002;
- e) i permessi per mandato politico locale all'art. 22;
- f) l'aspettativa per mandato politico all'art. 23;
- g) l'aspettativa non retribuita per motivi personali, di famiglia o di studio per non più di tre anni nel quinquennio all'art. 24, integrato dall'art. 24 del contratto di comparto 4-7-2002;
- h) le assenze per malattia, comprese le modalità di accertamento, il periodo di comportamento (due anni e nove mesi in un quinquennio) e le diverse articolazioni di retribuzione, il trattamento normativo ed economico in caso di inabilità all'art. 25;
- i) la disciplina su infortuni sul lavoro e malattie dovute a causa di servizio, compreso l'accertamento ed il riconoscimento dell'equo indennizzo agli artt. 26 e 91 ed all'allegato 3;
- j) i permessi e le aspettative per particolari condizioni psico-fisiche ed handicap all'art. 27;
- k) l'aspettativa non retribuita per assistenza a persone non autosufficienti all'art. 28;

- l) l'assenza per servizio militare o civile sostitutivo e richiamo alle armi all'art. 29;
- m) la partecipazione ad attività di volontariato per cooperazione con paesi in via di sviluppo all'art. 30;
- n) il congedo straordinario per lavori logoranti all'art. 31, integrato dall'art. 26 del contratto di comparto 4-7-2002;
- o) la disciplina delle assenze ingiustificate all'art. 32;
- p) la disciplina per il personale a tempo determinato all'art. 33;
- q) la complessa disciplina di congedi a sostegno della maternità e della paternità al Capo III del Titolo II (artt. 34-49);
- r) la possibilità di rimborsi per visite mediche all'art. 92, integrato dall'art. 28 del contratto di comparto 4-7-2002.

La normativa su permessi e aspettative sindacali è esaminata nel capitolo 8.

5.6 La responsabilità dei dipendenti

La normativa cardine delle responsabilità dei lavoratori pubblici è prevista da due articoli della Costituzione: con l'art. 28 si afferma la loro diretta responsabilità, secondo le leggi penali, civili ed amministrative, degli atti compiuti in violazione dei diritti con estensione agli enti di appartenenza in caso di responsabilità civile; con l'art. 97 si afferma che l'ordinamento degli uffici, ai fini del perseguimento del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione, sono de-

terminate sfere di competenza, attribuzioni e responsabilità dei funzionari.

Ognuno di questi due articoli merita qualche breve considerazione.

Entrambi gli articoli hanno come punto di riferimento i destinatari dell'azione amministrativa: il riferimento è sempre ai soggetti esterni la salvaguardia dei cui diritti è funzione primaria di un'amministrazione. Ma mentre l'art. 28 si pone in una relazione interpersonale diretta lavoratore-pubblico impiegato/utente titolare di diritti e sanziona comportamenti ("atti compiuti") lesivi di quei diritti, l'art. 97 si colloca in una dimensione organizzativa interna e mira a personalizzare la responsabilità organizzativa attraverso la chiara individuazione di competenze, attribuzioni e responsabilità. Ricorrendo al doppio significato che il termine responsabilità assume nel linguaggio comune, potremmo quindi dire che l'art. 28 è orientato a sanzionare la responsabilità/colpa, mentre l'art. 97 è orientato ad evidenziare la responsabilità/consapevolezza (organizzativa: buon andamento ed imparzialità).

Gli aspetti relativi alla *responsabilità penale* sono stati esaminati parlando delle sanzioni disciplinari ed abbiamo visto come il legislatore nazionale abbia di recente (con la legge 97/2001) accentuato la sanzionabilità di alcuni reati compiuti da dipendenti pubblici fino rendere le risultanze del processo penale obbligatoriamente utilizzabili anche ai fini del procedimento disciplinare e a considerare il

licenziamento pena accessoria della condanna penale. La stessa legge crea anche collegamenti stretti tra responsabilità penale, *responsabilità patrimoniale* fino alla confisca e responsabilità per danno erariale da accertarsi attraverso l'indagine della Corte dei Conti (artt. 6 e 7); inoltre, viene estesa la *responsabilità civile* a favore del danneggiato.

Per quanto riguarda, in modo particolare, la *responsabilità dirigenziale*, rinviamo al capitolo 7 (è in questo caso che maggiormente assume rilevanza la responsabilità intesa come consapevolezza).

Per quanto riguarda i lavoratori non dirigenti va ricordato che il sistema di *responsabilità contrattuale* si fonda sui canoni di diligenza e obbedienza nella prestazione dell'attività lavorativa, il cui mancato rispetto determina l'attivazione del potere disciplinare del datore di lavoro e, quindi, una *responsabilità disciplinare*, per il cui esame rinviamo a quanto detto in precedenza.

A questo punto occorre fare riferimento a due provvedimenti legislativi provinciali che seppure in maniera diversa affrontano il problema della responsabilità.

Il primo provvedimento si ispira ai principi contenuti nella legge 241/1990 in materia di procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti amministrativi (l. p. 22 ottobre 1993 n. 17, il cui

regolamento è previsto dal DPGP 16 giugno 1994 n. 21): in questo caso il concetto di responsabilità non ha immediatamente una valenza sanzionatoria, quanto piuttosto rispondente ai principi di trasparenza e democrazia tipici del nostro ordinamento amministrativo. La figura portante del provvedimento è infatti rappresentata dal responsabile del procedimento che funge da momento personalizzato dell'amministrazione nei confronti dell'utenza; anche in questo caso, comunque e come in ogni situazione di assunzione di funzioni, può scattare una responsabilità amministrativa e contabile, comunque rapportata al livello di inquadramento e al profilo professionale (art. 13). Analoga logica di impostazione caratterizza il rispetto della privacy introdotta dalla legge statale 675/1996 e regolamentata dal DPGP 21/1994.

Il secondo provvedimento regola ex novo la responsabilità amministrativa degli amministratori e del personale della Provincia e degli Enti provinciali (l. p. 9 novembre 2001 n. 16).

In esso sono, in primo luogo, definiti i casi che determinano la responsabilità amministrativa:

- danni a terzi;
- danni all'ente presso cui si svolge l'attività;
- danni alle finanze degli enti presso cui si svolge l'attività.

Nei primi due casi è fatto esplicito riferimento agli obblighi di servizio e compor-

tamento per i quali si rinvia a quanto detto a proposito del codice.

La responsabilità amministrativa – che può essere determinata anche da omissioni – scatta nei casi di colpa grave e di dolo, ma non nel caso in cui il dipendente abbia obbedito ad un ordine scritto successivo a rifiuto scritto.

In caso di contemporanea responsabilità civile, l'amministrazione si avvale del diritto di rivalsa sul dipendente; qualora il fatto che abbia determinato la re-

sponsabilità amministrativa sia sanzionato anche dal codice disciplinare, la responsabilità amministrativa non esclude quella disciplinare. È previsto l'obbligo di denuncia alla Corte dei Conti per fatti che possono determinare responsabilità amministrativa, con indicazione dell'eventuale danno erariale.

L'art. 6 prevede la possibilità di rappresentanza a difesa in giudizio e i casi di rimborso delle spese sostenute³⁸.

³⁸ Questa legge era stata rinviata dal Governo e riapprovata a maggioranza nella seduta del consiglio provinciale del 3 febbraio 2000. La Presidenza del Consiglio dei Ministri aveva sollevato alcune questioni di legittimità costituzionali dinanzi alla Corte Costituzionale che si è espressa con la sentenza 24 ottobre 2001 n. 340. In particolare la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 2, comma 3 perché restringeva le ipotesi in cui ricorreva la colpa grave; 4 comma 1 perché predeterminava (riferendolo allo stipendio e non al danno reale arrecato) l'ammontare del risarcimento del danno arrecato per colpa grave; l'art. 3, comma 3 nella parte in cui prevede che le amministrazioni assumano su di sé l'obbligazione di risarcimento del danno arrecato a terzi da amministratori e dipendenti, nonché il pagamento delle sanzioni amministrative a questi irrogate da altre amministrazioni, anche in caso di mancanza di responsabilità diretta o solidale della provincia o degli enti con i propri amministratori o dipendenti. La legge è stata poi promulgata nella data indicata nel testo senza gli articoli dichiarati illegittimi dalla Corte Costituzionale.

Va comunque segnalato che a seguito della riforma del titolo V della seconda parte della Costituzione e, in particolare, della soppressione del sistema di controllo preventivo sulle leggi regionali, la vicenda riportata avrebbe avuto esito diverso (cfr. ad es., Corte Costituzionale, ordinanza 26 luglio 2002 n. 408).

6. Mobilità, trasferimenti, eccedenze ed estinzione del rapporto di lavoro

La gestione del personale anche in situazioni di riequilibrio tra amministrazioni o di soluzione di ipotesi di eccedenza o, ancora, in caso di risoluzione del rapporto di lavoro è uno degli aspetti più delicati che un rapporto di lavoro vive nelle sue diverse fasi evolutive.

La disciplina – come si evince ad una lettura del principio contenuto nella lettera r) dell'art. 2.1³⁹ della legge delega 421/1992 – è strettamente collegata alla programmazione triennale di fabbisogno del personale e, quindi, anche a quella dei riequilibri tra amministrazioni. Nell'intento di contemperare esigenze delle amministrazioni con interessi dei lavoratori, la disciplina statale di principio prevede il ricorso prioritario alla mobilità volontaria, seguita dalla mobilità d'ufficio e, come ultima istanza in caso di rifiuto della mobilità d'ufficio con il collocamento in disponibilità, completamente rivisitato dalla legislazione delegata.

Già queste brevi premesse permettono di marcare una perdurante differenza con il lavoro privato: la non applicabilità della disciplina sul licenziamento collettivo; infatti, il percorso tracciato sortisce lo scopo di "individualizzare" anche le eccedenze collettive e di inserirle nel percorso mobilità/disponibilità tracciato e

che si caratterizza per la previsione di una gestione *uno a uno* del personale eccedente.

Esamineremo ora i diversi istituti aggregandoli secondo funzioni comuni. Nel fare questa ricostruzione, ci soffermeremo anche sulla disciplina contenuta dalla legislazione delegata, dal momento che, nella legislazione della Provincia di Bolzano – tranne che per isolati aspetti che esamineremo – manca una disciplina di fonte pubblicistica organica della materia. Fino al gennaio 2003 potevano essere presi come riferimenti i contenuti degli artt. 30-34 del decreto legislativo 165/2001, in virtù del rinvio generale operato dall'art. 100 della legge provinciale 21 maggio 1981 n. 11 e per il quale *"per quanto non regolato da norme provinciali in materia di rapporto di impiego e stato giuridico dei dipendenti provinciali, si applicano, se compatibili e con i necessari adattamenti, le disposizioni vigenti in materia per i dipendenti civili dello Stato"*. Ma a seguito dell'abrogazione prevista dall'art. 44 della legge 9 gennaio 2003 n. 1, occorre concludere che esistono significative differenze tra normativa nazionale e normativa provinciale.

³⁹ Cfr. nota al capitolo 1.

6.1 Mobilità e trasferimenti

Come abbiamo accennato in precedenza, la modalità privilegiata dall'ordinamento nazionale per la copertura delle carenze in organico è costituita dalla mobilità volontaria; l'art. 30 del decreto legislativo 165/2001 a questo proposito parla di "passaggio diretto" di dipendenti appartenenti alla stessa qualifica (nel caso dei contratti nazionali, si deve intendere dello stesso profilo professionale) che facciano domanda di trasferimento, previo consenso dell'amministrazione di appartenenza. Per questa disposizione, quindi, per realizzarsi il passaggio diretto occorre: a) la rilevazione e la pubblicizzazione della carenza da parte dell'amministrazione ricevente, b) la domanda di trasferimento del dipendente di altra amministrazione (non necessariamente in esubero), c) l'assenso al trasferimento da parte dell'amministrazione di appartenenza (cedente). Ai contratti collettivi è affidato il compito di definire le procedure ed i criteri di attuazione della disciplina.

La normativa legislativa del settore privato non contiene una disciplina dei trasferimenti definitivi tra aziende diverse, ma solo la forma della temporaneità e

della collaborazione assicurate dagli istituti del distacco o comando. Questi istituti non modificano la titolarità del rapporto né il contenuto della prestazione, presuppongono un interesse dell'azienda che ha assunto il lavoratore a consentire lo svolgimento della prestazione a favore di un terzo.

In materia di mobilità e trasferimenti – escludendo i casi di trasferimento *interni* all'Ente Provincia tra ripartizioni o uffici, che sono sempre attuati sentito il personale e i direttori delle strutture coinvolti (artt. 6 e 10, l. p. 10/1992) e che devono rispettare il principio delle esigenze organizzative comprovate stabilito dall'ultima parte del primo comma dell'art. 2103 c.c.⁴⁰ – la normativa della provincia di Bolzano non si attiene ai quei caratteri di organicità della disciplina che l'art. 13 della l. p. 16/1995 aveva fatto pensare. Secondo questo articolo, infatti, con regolamento di esecuzione si sarebbero dovuti disciplinare la mobilità, i comandi tra enti ed i trasferimenti tra servizi, anche se situati in comuni diversi, sulla base di criteri quali: a) rispetto delle esigenze di servizio e riduzione delle eccedenze di personale presso gli enti inte-

⁴⁰ Altri casi di mobilità interna riguardano:

- la mobilità consensuale del personale del Consiglio provinciale nei ruoli dell'amministrazione provinciale (art. 6, l. p. 3 ottobre 1991 n. 27);
- la richiesta di trasferimento ad altra ripartizione, non rifiutabile dall'amministrazione, presentata dal lavoratore in caso di rifiuto alla trasformazione del rapporto in part-time per indisponibilità di posti nella ripartizione di appartenenza (art. 4, DPGP 27 novembre 1995 n. 57).

ressati in caso di trasferimento di funzioni, razionalizzazione o riduzione di servizi; b) rispetto, in sede di inquadramento presso un nuovo ente, dello stato giuridico ed economico acquisito; c) trasparenza e parità di trattamento nelle procedure relative, salva la priorità del personale in esubero; d) rispetto, nei limiti consentiti dalle esigenze di servizio, delle richieste di mobilità, trasferimento o comando; e) comando del personale presso altri enti o da questi presso la Provincia dietro rimborso degli oneri; f) distacco, ai fini di formazione e di aggiornamento, di personale presso enti o imprese pubbliche o private o distacco di personale di enti o imprese pubbliche o private presso la Provincia.

L'istituto giuridico principale per la gestione della mobilità tra amministrazioni è rappresentato in provincia di Bolzano dal comando, disciplinato agli artt. 22 e 23 della legge provinciale 3 luglio 1959 n. 6. Con questi due articoli si prevede la possibilità del ricorso al comando di personale sia dalla Provincia presso altre amministrazioni, sia da altre amministrazioni presso la Provincia.

Nel primo caso, si tratta di provvedimento eccezionale disposto dalla Giunta e per tempo determinato: l'amministrazione destinataria può essere un ufficio dello Stato operante entro la Regione, enti ed istituti locali, enti ed istituti non aventi scopo di lucro e costituiti prevalentemente da enti pubblici per lo svolgimento di attività di interesse pubblico

per un periodo non superiore a quattro anni prorogabile (ipotesi, quest'ultima, contemplata dal DPGP 1 aprile 1997 n. 7). Il personale comandato presso altri enti è collocato nella posizione di fuori ruolo presso l'amministrazione provinciale e, al suo rientro, in soprannumero fino al verificarsi della vacanza nella rispettiva qualifica o profilo (art. 8, l. p. 16 gennaio 1992 n. 5).

Nel secondo caso, il comando diventa lo strumento con cui l'amministrazione provinciale può coprire posti temporaneamente vacanti ricevendo personale dello Stato (in questa ipotesi non è previsto che si tratti di uffici operanti entro la Regione) o di altri enti ed istituti locali. La temporaneità è assicurata dal fatto che il comando cessa nel momento in cui i posti sono coperti. Allo stesso istituto è possibile ricorrere per fronteggiare esigenze derivanti dall'esercizio di funzioni delegate, anche senza riferimento agli organici della Provincia e con onere delle spese per l'esercizio delle funzioni a carico dello Stato. Il personale comandato presso la Provincia può, in via eccezionale e con il consenso suo e dell'amministrazione di appartenenza, essere immesso nei ruoli provinciali anche in soprannumero, dopo almeno un anno di comando.

Gli stessi articoli citati dispongono, per ognuna delle figure, l'articolazione dei costi a carico delle amministrazioni.

L'ipotesi di passaggio di lavoratori di altri enti - anche esterni ai comparti - alla

Provincia è anche disciplinata dall'art. 21 del contratto di comparto del 4 luglio 2002. In questo caso non si ricorre al comando ma al trasferimento che può essere richiesto una volta esaurite le graduatorie per la mobilità intercompartimentale (cfr. in seguito), previo superamento di esame di idoneità. Il passaggio non è sottoposto a procedure nel caso di copertura di posti di fiducia presso le direzioni dei dipartimenti.

Una più organica disciplina della mobilità tra enti appartenenti a comparti diversi è prevista dall'art. 17 del contratto intercompartimentale 2001-2004. Essa è riservata al personale che abbia superato il periodo di prova e risponde alla doppia esigenza di favorire lo sviluppo professionale dei lavoratori e di compensare situazioni di eccedenza. Di fatto, rispetto a questa seconda funzione la procedura sembra soddisfare esigenze di carenza di personale.

La procedura prevede la pubblicizzazione dei posti che le amministrazioni intendono ricoprire per almeno quindici giorni durante i quali il personale interessato può fare richiesta di trasferimento. Al termine di questo periodo, se l'amministrazione non intende ricorrere al concorso, procede a prove selettive del personale richiedente, purché in possesso dei requisiti richiesti. La mobilità non può essere negata, ma solo rinviata non oltre sei mesi per esigenze di servizio. Sono previste garanzie di continuità e progressione economica e normativa nella

realizzazione del passaggio, compresi i casi di superamento di concorso presso l'amministrazione di destinazione (ipotese, quest'ultima, che si realizza qualora l'amministrazione abbia optato per il concorso).

Il passaggio può realizzarsi anche attraverso l'istituto del comando.

Ulteriori articolazioni della normativa sono affidate alla contrattazione di comparto.

Al personale comandato, non di ruolo, dirigente ed insegnante non si applica la normativa sull'altro istituto di mobilità: i trasferimenti di personale provinciale tra comuni. In questo caso, quindi, si tratta di trasferimenti interni all'amministrazione ma su base territoriale.

La disciplina è prevista dalla legge provinciale 7 dicembre 1988 n. 54 e dal DPGP 30 giugno 1992 n. 23. La procedura di trasferimento prevede la costituzione di graduatorie per singole qualifiche funzionali e per ogni comune sede di uffici provinciali, aggiornate annualmente, alle quali si accede su domanda indicando non più di tre sedi in ordine di preferenza; nella predisposizione delle graduatorie si tiene conto di criteri di valutazione previsti ora dall'allegato 2 al contratto di comparto del 4 luglio 2002.

Il trasferimento è disposto al verificarsi della vacanza e, in caso la richiesta riguardi un lavoratore part-time, è richiesto il parere del dirigente.

Recentemente la disciplina della mobilità all'interno del comparto è stata contratt-

tualizzata con il contratto di comparto del 4 luglio 2002 all'art. 20. La procedura è analoga a quella disposta per il trasferimento tra enti appartenenti a comparti diversi prevista dal contratto intercompartimentale 2001-2004, prima esaminata ed alla quale si rinvia. Gli elementi di distinzione riguardano il fatto che il trasferimento non può essere ritardato per più di tre mesi (sei nel contratto intercompartimentale). È previsto il consenso del dirigente della struttura di nuova destinazione.

Nel caso di trasferimento in sedi appartenenti a comuni diversi, è previsto che la richiesta di iscrizione alla graduatoria possa essere fatta anche da personale con contratto a termine, purché con anzianità di servizio almeno triennale e che abbia superato una procedura concorsuale. In questa ipotesi di mobilità, è specificato rispetto al regolamento che il rifiuto del dirigente può riguardare la provata incapacità del lavoratore a svolgere le mansioni.

Tra sedi provinciali ubicate in comuni diversi è prevista anche l'assegnazione provvisoria, la quale, in mancanza di assenso del lavoratore, non potrà superare un periodo di sei mesi nel triennio. Ogniqualevolta il passaggio di personale

avvenga a seguito di trasferimento o conferimento di funzioni da parte di enti pubblici ad altri soggetti pubblici o privati, si applica la disciplina per il trasferimento di azienda prevista dall'art. 2112 c.c.⁴¹. Tale principio è ripreso dall'art. 2.4 della legge provinciale 16/1995.

L'art. 2112 c.c. dispone in primo luogo che in tali casi di trasferimento il rapporto di lavoro continua con il nuovo datore ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano, con obbligazione in solido dei due datori per tutti i crediti maturati al tempo del trasferimento. Solo in sede di conciliazione, il lavoratore può consentire la liberazione del datore di lavoro alienante dalle sue obbligazioni. La norma prevede, inoltre, che il nuovo datore di lavoro deve continuare ad applicare i contratti collettivi, anche di secondo livello, che erano vigenti nell'unità di provenienza del lavoratore acquisito fino alla loro scadenza, salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi applicabili nella nuova struttura.

Questa norma, come è evidente, è posta a garanzia della continuità del rapporto di lavoro a favore del lavoratore e a prescindere dal datore di lavoro.

Come abbiamo visto, tutta la normativa provinciale in materia di mobilità e tra-

⁴¹ L. n. 421/1992. Art. 2.1.s) prevedere che, fatte salve le disposizioni di leggi speciali, la disciplina del trasferimento di azienda di cui all'articolo 2112 del codice civile si applica anche nel caso di transito dei dipendenti degli enti pubblici e delle aziende municipalizzate o consortili a società private per effetto di norme di legge, di regolamento o convenzione, che attribuiscono alle stesse società le funzioni esercitate dai citati enti pubblici ed aziende.

sferimenti si ispira a questo principio generale.

Accanto alle garanzie di carattere individuale, l'art. 47 della legge 29 dicembre 1990 n. 428 ha introdotto vincoli procedurali a favore delle rappresentanze dei lavoratori e consistenti in obblighi di informazione ed esame congiunto in capo al datore di lavoro cedente (informazione) e ad entrambi (esame congiunto). L'informazione deve riguardare: a) la data del trasferimento, b) i motivi del trasferimento, c) le conseguenze sui lavoratori, d) le eventuali misure previste nei confronti dei lavoratori. La procedura di esame si considera conclusa dopo dieci giorni dal suo inizio senza che sia intervenuto un accordo.

6.2 Eccedenze di personale e collocamento in disponibilità

La disciplina delle eccedenze di personale e la mobilità collettiva è disciplinata – al livello legislativo nazionale – dall'art. 34 del D.lgs. 165/2001: tale norma precisa quasi da subito che "il presente articolo trova applicazione quando l'eccedenza rilevata riguardi almeno dieci dipendenti. Il numero di dieci unità si intende raggiunto anche in caso di dichiarazioni di eccedenza distinte nell'arco di un anno. In caso di eccedenze per un numero inferiore a 10 unità agli interessati si applicano (solo) le disposizioni previste dai commi 7 e 8" e riguardanti la collocazione in mobilità e l'ammontare

dell'indennità sostitutiva della retribuzione.

In questo modo, la dichiarazione di eccedenza dà avvio ad una procedura distinta in due fasi:

- la prima, che si segue in caso di eccedenza di almeno 10 lavoratori nell'arco dell'anno, ricalca la procedura prevista dalla legge 23 luglio 1991 n. 223 in materia di cassa integrazione, mobilità e trattamenti di disoccupazione nel settore privato e, in particolare, la procedura di esame con le organizzazioni sindacali, con possibilità di accordi che prevedano anche deroghe all'art. 2103 c.c.;
- la seconda, comune a tutti i casi di eccedenza, a prescindere dal numero di lavoratori in esubero, riguarda il concreto collocamento in disponibilità del personale che non sia stato possibile ricollocare o che abbia rifiutato la nuova destinazione proposta, nonché la corresponsione ad essi di un'indennità pari all'80 per cento dello stipendio e dell'indennità integrativa speciale, con esclusione di qualsiasi altro emolumento retributivo comunque denominato, per la durata massima di ventiquattro mesi e dell'assegno per il nucleo familiare, con garanzia che i periodi di godimento dell'indennità sono riconosciuti ai fini della determinazione dei requisiti di accesso alla pensione e della misura della stessa.

Si fa notare, per completezza, che il trattamento pur apparendo simile a quello del settore privato, si differenzia da quel-

lo per il non trascurabile aspetto che, per tutta la durata della mobilità, il rapporto di lavoro con l'amministrazione di appartenenza non si estingue e che permane, in capo all'amministrazione, l'obbligo formativo e di ricerca di nuova collocazione.

La legislazione della provincia di Bolzano, al di là delle enunciazioni contenute nell'art. 13 della legge 16/1995, non dispone di una disciplina in materia. È il contratto collettivo intercompartimentale che affida ai contratti di amministrazione il ruolo di regolamentare le modalità di trasferimento in caso di eccedenze di personale.

Il contratto di comparto del 4.7.2002 disciplina questo tipo di mobilità ai commi 3 e 4 dell'art. 20. In questo caso il trasferimento avviene previo confronto con le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative. La mobilità d'ufficio è prevista solo nei casi di incompatibilità ambientale insuperabile, previa audizione del personale interessato che potrà farsi assistere da persona di fiducia⁴².

Come si vede, nel contratto di comparto viene recuperato il senso collettivo della

procedura, ma non sono affatto regolamentati gli altri aspetti portanti: modalità e criteri per il collocamento in disponibilità, trattamento economico, durata. Sul piano pratico si può dire che attraverso gli istituti previsti dalle leggi provinciali e dai contratti collettivi ed il loro utilizzo combinato, la fattispecie sia regolamentata, soprattutto in considerazioni delle caratteristiche di omogeneità e particolarità che vanno riconosciute ad una provincia autonoma. Ma, sul piano giuridico, non si può fare a meno di notare l'assenza di una disciplina provinciale su aspetti importanti e delicati della gestione del personale: può essere quindi legittimo porsi il problema del completamento della disciplina che, se non operato al livello provinciale, poteva essere considerato completato - attraverso il ricorso all'art. 100 della l. p. 11/1981 richiamata all'inizio di questo paragrafo - quanto meno per quanto riguarda collocamento in disponibilità e indennità relativa: entrambi aspetti disciplinati dall'ottavo comma dell'art. 33 del D.lgs. 165/2001⁴³. Ma a seguito della l. p. 9 gennaio 2003 n. 1 (legge finanziaria 2003)

⁴² Sulla necessità di motivazione specifica, non essendo sufficiente l'affermazione apodittica che "sono sorte insuperabili difficoltà nei rapporti relazionali", per procedersi a trasferimento per incompatibilità ambientale, cfr. la pur risalente sentenza TRGA (sezione autonoma per la provincia di Bolzano) 23 marzo 1999 n. 92.

⁴³ D.lgs. 165/2001. Art. 33.8. Dalla data di collocamento in disponibilità restano sospese tutte le obbligazioni inerenti al rapporto di lavoro e il Lavoratore ha diritto ad un'indennità pari all'80 per cento dello stipendio e dell'indennità integrativa speciale, con esclusione di qualsiasi altro emolumento retributivo comunque denominato, per la durata massima di ventiquattro mesi. I periodi di godimento dell'indennità sono riconosciuti ai fini della determinazione dei requisiti di accesso alla

che ha abrogato all'art. 44 il citato art. 100, bisogna concludere che l'istituto in parola non si applica al personale dipendente dalla Provincia di Bolzano.

6.3 Estinzione del rapporto di lavoro e licenziamento individuale

Più volte nel corso di questo lavoro abbiamo parlato di modalità di risoluzione del rapporto di lavoro: si è trattato, di volta in volta, di aspetti connessi al particolare istituto che si stava esaminando (il licenziamento disciplinare o conseguente al mancato rispetto degli obblighi di servizio e di comportamento, il licenziamento come pena accessoria della sentenza penale per alcuni reati, l'estinzione del rapporto di lavoro durante il periodo di prova da parte di uno dei contraenti, quella per lo spirare del termine apposto al contratto o al termine del contratto di formazione e lavoro). È ora giunto il momento di affrontare il tema dell'estinzione del rapporto di lavoro in una prospettiva più propria e completa, in modo da completare anche quei discorsi che, su questo aspetto, erano rimasti un po' in sospeso.

In primo luogo, è opportuno vedere quali siano in generale le ipotesi di estinzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Alcune di queste sono elencate dal contratto collettivo e, in particolare, dall'art. 15 del contratto intercompartmentale 2001-2004:

- compimento dei limiti di età previsti dalla normativa vigente (pensionamento);
- recesso del personale (dimissioni⁴⁴);
- decesso del personale.

A queste ipotesi, il contratto aggiunge gli altri "casi specifici previsti dal presente contratto": un eufemistico modo indiretto per richiamare il licenziamento con preavviso e quello senza preavviso regolati dagli artt. 58 e 59 come sanzioni di procedimento disciplinare.

All'interno del contratto di lavoro, il recesso unilaterale di una delle due parti rappresenta solo formalmente una posizione di parità: il lavoratore che si dimette o il datore che licenzia non fanno una identica scelta di libertà, dal momento che solo nel secondo caso si incide direttamente – da parte dell'altro contraente – sulla persona, coinvolgendo la sua sfera di diritti costituzionalizzati (retribuzione, lavoro, sviluppo della personalità, etc.). L'evoluzione legislativa dell'istituto del

pensione e della misura della stessa. E' riconosciuto altresì il diritto all'assegno per il nucleo familiare di cui all'articolo 2 del decreto-legge 13 marzo 1988, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 13 maggio 1988, n. 153, e successive modificazioni ed integrazioni.

⁴⁴ Può essere ricordata la sentenza del Consiglio di Stato 5 marzo 2002 n. 1299, secondo la quale il lavoratore pubblico può revocare le dimissioni già presentate, anche se accettate, purchè in costanza di rapporto.

recesso ha, proprio per quanto detto, lasciato inalterato l'istituto delle dimissioni e sottoposto a vincoli sostanziali e procedurali il licenziamento.

La disciplina prevista dal codice civile mantiene questa specularità dei due istituti, considerando i due contraenti dotati di una stessa libertà; l'art. 2118 c.c. impone alla parte che receda dal contratto di lavoro a tempo indeterminato di dare il preavviso nei modi stabiliti dal contratto collettivo (e che il contratto intercompartmentale 2001-2004, all'art. 16, quantifica in 30 giorni) o di versare un'indennità (di mancato preavviso) equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso. L'indennità di mancato preavviso spetta agli eredi in caso di morte del lavoratore. A questa ipotesi fisiologica del recesso, l'art. 2119 ne aggiunge una seconda, alla quale uno dei contraenti può ricorrere "qualora si verifichi una causa che non consente la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto" ma, anche in questo caso, al lavoratore che receda dal contratto a tempo indeterminato spetta l'indennità di mancato preavviso (recesso per giusta causa, licenziamento senza preavviso). In questa disciplina, quindi, il versamento dell'indennità (alla quale è stata riconosciuta una funzione risarcitoria) al lavoratore, anche nel caso di dimissioni per giusta causa, è l'unica elemento che determina una differenza

tra i contraenti.

Le leggi che nel corso degli anni si sono affiancate alla normativa del codice civile hanno, di fatto, lasciato inalterato l'istituto delle dimissioni e sottoposto a vincoli il licenziamento, sia imponendo sempre al datore di lavoro una giustificazione del recesso (e l'onere della prova in caso di processo), sia predisponendo sistemi di tutela differenziati in caso di licenziamento illegittimo, tanto che ormai il recesso cosiddetto ad nutum regolato dall'art. 2118 c.c. è applicabile, per quanto riguarda il lavoro pubblico, ai soli casi di recesso durante il periodo di prova e di dirigenti⁴⁵ (art. 10 della legge 15 luglio 1966 n. 604).

La normativa legislativa limitatrice del potere di licenziamento è contenuta in tre leggi le cui discipline si intrecciano dando vita ad un sistema normativo fondato sui seguenti istituti principali.

Con la prima legge (legge 15 luglio 1966 n. 604), accanto al licenziamento per giusta causa, si prevede il licenziamento per giustificato motivo e si dispone l'obbligo della *comunicazione scritta* da parte del datore di lavoro anche dei *motivi* che hanno lo hanno indotto a questa scelta: il mancato rispetto di questi vincoli comporta l'*inefficacia* del licenziamento (la forma scritta è imposta dall'art. 2 della legge 108/1990 anche per il licenziamento dei dirigenti). La stessa legge prevede l'inversione dell'onere della prova (art. 5)

⁴⁵ Nel caso dei dirigenti l'eventuale tutela può essere prevista dai contratti collettivi.

e la nullità del licenziamento determinato da ragioni di credo politico o fede religiosa, dall'appartenenza ad un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacali, "indipendentemente dalla motivazione adottata" (art.4)⁴⁶. A queste ipotesi di nullità ed a qualsiasi altra ipotesi discriminatoria accertata dal giudice, l'art. 5 della legge 11 maggio 1990 n. 108 associa la sanzione dell'estensione della *tutela reale (reintegrazione)*, a prescindere dal numero di lavoratori occupati, prevista dall'art. 18 della legge 20 maggio 1970 n. 300 (estensione prevista anche per i dirigenti).

L'art. 3 della legge 604/1966 fornisce anche la definizione di *giustificato motivo* come licenziamento determinato da un *notevole inadempimento degli obblighi contrattuali* del prestatore di lavoro ovvero da *ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di esso*.

Sulla base di questa definizione e di quella contenuta nell'art. 2119 c.c. sono state elaborate le definizioni di tre tipologie di licenziamento possibile:

- *Licenziamento per giusta causa* (art. 2119 c.c.): determinato da un grave inadempimento degli obblighi contrattuali che mina l'elemento fiduciario anche con riferimento ai successivi adempimenti richiesti dal contratto.
- *Licenziamento per giustificato motivo soggettivo* (art. 3 l. n. 604/1966): determinato da un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali, tali da non consentire la prosecuzione del rapporto ma da non necessitare di un recesso senza preavviso. La differenza tra questo licenziamento e il primo è, quindi, da ricercare nella gravità dell'inadempimento.

La Corte di Cassazione (sentenza 20 novembre 2000 n. 14964) ha affermato che l'inidoneità del lavoratore allo svolgimento dei compiti affidatagli, per mancanza delle capacità e della preparazione necessaria può giustificare il licenziamento *non disciplinare* per giustificato motivo, senza che possa rilevare in senso contrario l'inquadramento della prestazione del lavoratore nell'ambito delle obbligazioni di mezzi

⁴⁶ Altre cause di nullità del licenziamento sono: il licenziamento per causa di matrimonio, comprese le clausole di nubilitato previste da contratti individuali o collettivi (art. 7 della legge 9 gennaio 1963 n. 7); il licenziamento della lavoratrice e del lavoratore padre o causati dalla fruizione di congedi di cura, familiari o di formazione.

Ipotesi di limitazione temporale del licenziamento, tranne ipotesi di giusta causa, sono: l'infortunio, la malattia, la gravidanza ed il puerperio, il servizio militare, l'assolvimento di funzioni pubbliche elettive. Si tratta, come abbiamo visto in altra parte di questo lavoro, di ipotesi di conservazione del posto di lavoro. Con sentenza 9 aprile 2002 n. 5065, la Corte di Cassazione ha ritenuto che il divieto assoluto di licenziamento per causa di matrimonio abbia la precedenza sul potere di licenziamento del lavoratore per superamento del periodo di comporta.

e non di risultato, o possa eccipirsi la mancata applicazione del procedimento previsto dall'art. 11 dell'accordo interconfederale 18 ottobre 1950 reso efficace "erga omnes" con il d.P.R. 14 luglio 1960 n. 1011, il quale prevede, in caso di scarso rendimento, la previa ammonizione del lavoratore e la segnalazione del caso alla commissione interna, quali condizioni per l'applicazione del licenziamento, dato che la materia dei licenziamenti individuali è stata regolata "ex novo" dalle leggi n. 604 del 1966 e n. 300 del 1970 con norme imperative. Va ancora segnalata un'altra importante sentenza della Corte di Cassazione (2 febbraio 2002 n. 1365): in essa si afferma che nel contratto di lavoro subordinato il lavoratore non è obbligato al raggiungimento di un risultato ma all'esplicazione delle proprie energie nei modi e nei tempi stabiliti: ne consegue che il datore di lavoro che intenda far valere la insufficienza della prestazione lavorativa non può limitarsi a provare il mancato raggiungimento del risultato atteso, ma è onerato dalla dimostrazione di un colpevole inadempimento degli obblighi contrattuali da parte del lavoratore, quale fattispecie complessa per la cui valutazione deve concorrere anche l'apprezzamento degli aspetti concreti del fatto addebitato, tra cui il grado di diligenza richiesto dalla prestazione e quello usato dal lavoratore nonché l'incidenza dell'organizzazione dell'im-

presa e di fattori socio-ambientali. Questa sentenza, lineare nella sua consequenzialità logico-giuridica, deve determinare, peraltro, cautela anche nell'applicazione di norme contrattuali che collegano parte della retribuzione al raggiungimento di risultati.

- *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo (art. 3 l. n. 604/1966)*: determinato da ragioni di carattere organizzativo e che, quindi, non attengono alla persona del lavoratore ma solo alla sua collocazione nell'organizzazione. Questo tipo di licenziamento non è applicabile al lavoro pubblico, dal momento che, come abbiamo visto, in caso di eccedenza di personale, la disciplina nazionale – ma soprattutto quella vigente in provincia di Bolzano – prevedono altre procedure di ricollocazione che non consentono a questa norma di operare. Va però aggiunto che possono determinarsi licenziamenti per giustificato motivo oggettivo per motivi collegabili alla persona ma non a suoi inadempimenti contrattuali; tra questi vanno ricordati: la carcerazione preventiva, la sopravvenuta inidoneità allo svolgimento delle mansioni, l'invalidità conseguente ad infortunio o malattia, il superamento del periodo di comportamento connesso all'eccessiva morbilità. In queste ipotesi non raramente è la contrattazione collettiva a predisporre eventuali misure alternative al licenziamento.

L'impugnazione del licenziamento deve

avvenire, a pena di decadenza, entro 60 giorni dalla ricezione della comunicazione scritta o dalla comunicazione dei motivi se questa è successiva alla comunicazione di licenziamento con qualsiasi atto scritto, anche extragiudiziale, idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore, anche attraverso l'intervento dell'organizzazione sindacale (art. 6 della legge 604/1966). Possono essere segnalate due sentenze della Corte di Cassazione (30 ottobre 2000 n. 14297 e 5 giugno 2001 n. 7620) per le quali l'impugnativa per iscritto del licenziamento a norma dell'art. 6 della legge 604/66 può essere realizzata, in base alla disciplina di cui all'art. 2705 c.c. anche con telegramma inoltrato tramite l'apposito servizio di dettatura telefonica, sempreché l'invio del telegramma, anche se effettuato materialmente da parte di un altro soggetto e da un'utenza telefonica non appartenente all'interessato, avvenga su mandato e a nome di quest'ultimo il quale, in caso di contestazione in giudizio, rimane onerato della prova di tale incarico, che può essere fornita anche a mezzo di testimoni e per presunzioni.

Il punto più delicato della ricostruzione della normativa concernente il licenziamento è quello del doppio sistema di tutele nel caso di licenziamento illegittimo e della sua applicabilità a seconda del numero dei lavoratori occupati: problema di non poco conto anche per il lavoro pubblico.

Se si escludono le ipotesi di inefficacia del licenziamento (mancanza della forma scritta o della motivazione) per le quali il licenziamento non produce effetti e non ha quindi bisogno di tutele particolari o il caso del licenziamento nullo (discriminatorio) per il quale non sussistono dubbi sulla tutela connessa alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e, quindi, una prosecuzione del rapporto di lavoro senza soluzione di continuità tra il momento del licenziamento e quello della reintegrazione determinata dalla sentenza del giudice, l'ordinamento prevede due tipi di tutela diversamente applicabili con riferimento al numero dei lavoratori occupati. Queste sono:

- *La tutela reale*: è prevista dall'art. 18 della legge 300/1970 e consiste nella reintegrazione del lavoratore licenziato con licenziamento dichiarato dal giudice inefficace, nullo o annullabile (intimato senza giusta causa o giustificato motivo) nel posto di lavoro e nel pagamento di un risarcimento del danno (indennità) commisurato alla retribuzione globale di fatto del giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione e al corrispondente versamento dei contributi previdenziali e assistenziali, a garanzia della continuità del rapporto di lavoro. Una indennità risarcitoria ulteriore pari quindici mensilità globali di fatto può essere richiesta dal lavoratore in sostituzione della reintegrazione. Una tutela raf-

forzata, nel senso di consentire al giudice di disporre la reintegrazione in qualsiasi grado di giudizio con ordinanza, su istanza congiunta del lavoratore e del sindacato e qualora consideri le motivazioni insufficienti o irrilevanti, è prevista dallo stesso articolo. L'ambito di applicazione della tutela reale è limitata ai datori di lavoro che occupino più di quindici dipendenti nell'unità produttiva (sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo) nella quale è occupato il lavoratore licenziato oppure nell'ambito dello stesso comune e, in ogni caso, più di sessanta lavoratori complessivamente considerati. Questa limitazione organizzativa si giustifica in ragione dell'onere economico e organizzativo cui è sottoposto il datore di lavoro in conseguenza della condanna di reintegrazione e delle indennità connesse. Nel computo dei lavoratori, al fine di delimitare l'ambito di applicabilità della tutela reale, vanno considerati anche gli assunti con contratto di formazione lavoro e i lavoratori part-time in proporzione all'orario svolto.

- *La tutela obbligatoria*: è prevista dall'art. 8 della legge 604/1996 (sostituito dall'art. 2.3 della legge 108/1990) e consiste in una alternativa offerta al datore di lavoro tra riassunzione e pagamento di una penale. In questo caso il licenziamento privo di motivazione non è annullabile, poiché gli effetti di mantenimento del posto di lavoro non

avvengono con la reintegrazione ma con un nuovo contratto di assunzione che, quindi, lascia scoperto (sotto il profilo retributivo, contributivo e dell'anzianità di servizio) il periodo intercorrente tra il licenziamento illegittimo e la nuova assunzione. In alternativa alla riassunzione, il datore di lavoro può corrispondere al lavoratore una indennità definita nel suo ammontare dal giudice tra un minimo di 2,5 mensilità e un massimo di 6 dell'ultima retribuzione globale di fatto, tenendo conto anche dell'anzianità di servizio del lavoratore, in ragione della quale l'indennità può gradualmente raggiungere anche le 14 mensilità. L'ambito di applicazione di questa tutela è quella di non applicabilità della tutela reale.

La tutela applicabile nel lavoro pubblico regolato dalla disciplina delegata nazionale è, senza dubbio, la tutela reale, dal momento che l'art. 51 del decreto legislativo 165/2001, al secondo comma, stabilisce che "la legge 20 maggio 1970 n. 300, e successive modificazioni ed integrazioni, si applica alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti". Ma si tratta appunto di una norma delegata che non trova riscontro nei principi delle leggi delega: ciò significa che Regioni e province a statuto speciale non necessariamente sono tenute al suo rispetto. E bisogna anche aggiungere che la legislazione della provincia di Bolzano non contiene una previsione

analoga a quella dell'art. 51, né essa è contenuta in una norma contrattuale.

In questa situazione normativa ai dipendenti pubblici della provincia di Bolzano dovrebbe applicarsi il doppio regime di tutela, a seconda della dimensione numerica dell'amministrazione di appartenenza.

Il tipo di tutela applicabile in caso di licenziamento è importante - come abbiamo visto in altra parte di questo lavoro - anche ai fini di determinare il termine iniziale di decorrenza per la pre-

scrizione dei crediti di lavoro. Ora è anche vero che i caratteri del lavoro pubblico in provincia di Bolzano che stiamo esaminando lo connotano di quella sufficiente stabilità normativa che la giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione⁴⁷ ha ritenuto sufficiente per uniformare la decorrenza dei termini di prescrizione durante la vigenza del rapporto di lavoro; ma ciò non significa che una maggiore chiarezza normativa sul punto non possa aiutare l'interpretazione e l'applicazione della norma.

⁴⁷ Corte Cassazione, 13 febbraio 1984 n. 1073; sull'onere della prova in capo al datore di lavoro per dimostrare la "sufficiente stabilità" normativa o di fatto dell'impiego, in grado di far decorrere i termini in costanza di rapporto, Corte Cassazione 1 luglio 1998 n. 6441.

7. La dirigenza pubblica

L'esame della disciplina che regola il rapporto di lavoro dei dirigenti, seppur limitata - per quanto riguarda la legislazione nazionale - ai soli principi desumibili dalle leggi delega, richiede una preventiva operazione ricostruttiva anche indotta dalla recente legge 15 luglio 2002 n. 145. I principi previsti dalle leggi delega, infatti, possono farsi rientrare in due categorie:

- La prima riguarda i dirigenti delle amministrazioni statali: per questi, originariamente, la legge 421/1992 aveva previsto la contrattualizzazione con esclusione dei dirigenti generali ed equiparati (poi revocata dalla legge delega

59/1997); entrambe le leggi delega avevano poi istituito il ruolo unico per i dirigenti di tutte le amministrazioni al quale ogni amministrazione poteva attingere per il conferimento di incarichi. La recente legge 145/2002 ha abolito il ruolo unico riportando la situazione allo stato precedente, eliminando anche dal dettato delle leggi delega ogni riferimento al ruolo unico (art. 11)⁴⁸. Questa disciplina non riguarda le amministrazioni locali e meno che mai quelle a statuto speciale.

- La seconda categoria di principi riveste, invece, carattere generale e si riferisce alle funzioni ed al rapporto di lavoro⁴⁹

⁴⁸ Va solo segnalato che la Corte Costituzionale con l'ordinanza 30 gennaio 2002 n. 11 aveva considerato l'istituzione del ruolo unico legittima sotto il profilo costituzionale.

⁴⁹ L. n. 421/1992. Art. 2.1.g) prevedere:

1) la separazione tra i compiti di direzione politica e quelli di direzione amministrativa; l'affidamento ai dirigenti - nell'ambito delle scelte di programma degli obiettivi e delle direttive fissate dal titolare dell'organo - di autonomi poteri di direzione, di vigilanza e di controllo, in particolare la gestione di risorse finanziarie attraverso l'adozione di idonee tecniche di bilancio, la gestione delle risorse umane e la gestione di risorse strumentali; ciò al fine di assicurare economicità, speditezza e rispondenza al pubblico interesse dell'attività degli uffici dipendenti;

2) la verifica dei risultati mediante appositi nuclei di valutazione composti da dirigenti generali e da esperti, ovvero attraverso convenzioni con organismi pubblici o privati particolarmente qualificati nel controllo di gestione;

3) la mobilità, anche temporanea, dei dirigenti, nonché la rimozione dalle funzioni e il collocamento a disposizione in caso di mancato conseguimento degli obiettivi prestabiliti della gestione;

4) i tempi e i modi per l'individuazione, in ogni pubblica amministrazione, degli organi e degli uffici dirigenziali in relazione alla rilevanza e complessità delle funzioni e della quantità delle risorse umane, finanziarie, strumentali assegnate; tale individuazione dovrà comportare anche eventuali accorpamenti degli uffici esistenti; dovranno essere previsti i criteri per l'impiego e la graduale riduzione del numero dei dirigenti in servizio che risultino in eccesso rispetto agli uffici individuati ai sensi della presente norma;

di tutta la dirigenza in ogni amministrazione. Questa disciplina funge da principi per le Regioni e Province autonome: ad essa in queste pagine ci riferiremo.

I punti salienti della riforma riguardano:

- La separazione tra compiti di direzione politica e compiti di direzione amministrativa, con autonoma responsabilità dirigenziale per quanto concerne la gestione delle risorse, sulla base di direttive fornite dagli organi di direzione politica. Ciò comporta che, ogniquale volta nel rapporto di lavoro pubblico si fa riferimento al datore di lavoro, ci si riferisca alla funzione dirigenziale, dotata di poteri e prerogative illustrati nel corso di questo capitolo.
- La verifica dei risultati dell'azione amministrativa attraverso organismi interni di controllo, con ripercussioni anche negative sull'incarico conferito in caso di valutazione negativa.
- La riorganizzazione delle amministrazioni, optando per soluzioni di aggregazioni di strutture ai fini della migliore funzionalità e della riduzione dei costi.

- La previsione di un'area separata di contrattazione per la dirigenza. Nel caso dei dirigenti della Provincia di Bolzano sono al momento vigenti il contratto intercompartimentale del 17 luglio 2000 ed il contratto di comparto della Provincia del 6 agosto 2002. Al personale dirigenziale si applica anche il contratto intercompartimentale generale 2001-2004 siglato l'1 agosto 2002, ed è anche in ragione di questa disciplina mista che quest'ultimo contratto prevede la clausola di "omogeneizzazione tra le aree" nell'ambito del sistema di relazioni sindacali (art. 4). Di conseguenza, esamineremo qui la disciplina specifica prevista dai contratti dirigenziali, rinviando alle altre parti di questo capitolo per la disciplina unitaria.

7.1 La struttura organizzativa e la separazione delle funzioni nella Provincia di Bolzano

La normativa legislativa provinciale di riferimento è costituita dalle leggi 23 aprile 1992 n. 10 (Riordinamento della

5) una apposita, separata area di contrattazione per il personale dirigenziale non compreso nella lettera e), cui partecipano le confederazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale e le organizzazioni sindacali del personale interessato maggiormente rappresentative sul piano nazionale, assicurando un adeguato riconoscimento delle specifiche tipologie professionali; la definizione delle qualifiche dirigenziali e delle relative attribuzioni; l'istituzione di un'area di contrattazione per la dirigenza medica, stabilendo che la relativa delegazione sindacale sia composta da rappresentanti delle organizzazioni sindacali del personale medico maggiormente rappresentative sul piano nazionale.

struttura dirigenziale della Provincia autonoma di Bolzano) e 10 agosto 1995 n. 16 (Riforma dell'ordinamento del personale della Provincia).

Il principio della separazione tra compiti di direzione politica e compiti di direzione amministrativa è sancito dall'art. 3 della legge 16/1995 e specificato, per quanto riguarda le competenze della Giunta, del Presidente della Giunta e degli Assessori, all'art. 2 della legge 10/1992: in particolare, quest'ultima norma prevede che – sulla base dei principi fissati all'art. 1 della stessa legge – a) spetti alla Giunta il *conferimento e la revoca* degli incarichi dirigenziali, b) spetti al Presidente della Giunta ed agli Assessori, *in casi eccezionali, avocare, con atto motivato*, l'adozione di provvedimenti di competenza dei dirigenti, c) spetti alla Giunta di *procedere d'ufficio e con atto motivato*, entro trenta giorni dall'emanazione, all'annullamento per vizi di legittimità e alla revoca o riforma per motivi di merito di atti emanati dai dirigenti.

La struttura amministrativa della Provincia si articola in Direzione generale, dipartimenti, ripartizioni ed uffici ai cui vertici sono preposte figure dirigenziali (art. 3, l. p. 10/1992); la dotazione organica, comprese l'individuazione delle strutture dirigenziali e la loro modifica è, invece, compiuta con Deliberazione della Giunta provinciale (art. 10, l. p. 16/1995). Le attribuzioni dei dirigenti delle diverse articolazioni amministrative ed i rapporti

tra di essi e i componenti degli organi politici sono previsti dagli artt. 4-12 della l. p. 10/1992.

In particolare, per quanto riguarda la gestione del personale, ai direttori di dipartimento e di ripartizione (anche al direttore generale per le ripartizioni di cui è responsabile) è affidato il compito di assegnare o trasferire il personale tra le strutture rispettivamente sott'ordinate, sentiti i dipendenti e i dirigenti di tali strutture.

La reale e più completa funzione di gestione del personale è attribuita ai direttori degli uffici (art. 12); ad essi spettano i provvedimenti di gestione tranne nei casi diversamente disciplinati, per la cui esemplificazione si rinvia all'art. 13 della legge.

7.2 Accesso alle funzioni dirigenziali

Alla base dell'attribuzione delle funzioni dirigenziali, l'art. 14 della l. p. 10/1992 pone l'istituto della "nomina": qui è opportuno segnalare qualche sovrapposizione di strumenti giuridici ed anche qualche contraddizione di sistema.

Secondo il linguaggio giuridico, la nomina può essere definita come "l'atto col quale chi ne ha l'autorità prepone una persona ad un ufficio". Questa definizione ci fa comprendere che la nomina contraddice con la privatizzazione (contrattualizzazione) anche delle figure dirigenziali e con gli strumenti che regolano

questi rapporti: l'atto di nomina è di per sé un atto pubblicistico, non coerente – o, almeno, sovradimensionato e non necessario – con rapporti di lavoro regolati da contratti collettivi ed individuali (art. 2, l. p. 16/1995). Il contratto collettivo intercompartimentale per il personale dirigente del 17 luglio 2000 ci dice che con ogni dirigente viene stipulato un apposito contratto di incarico dirigenziale in forma scritta contenente gli elementi necessari per lo svolgimento delle attribuzioni. Ecco, quindi, che ci troviamo di fronte a due strumenti orientati a svolgere la stessa funzione, appartenenti a due ambienti giuridici diversi, assolutamente fungibili, ma che non si sostituiscono l'uno all'altro, dal momento che è lo stesso contratto intercompartimentale a far salva anche la procedura pubblicistica (art. 4). Potrebbe essere il caso di semplificare questo aspetto, importante non per ragioni di estetica giuridica, quanto per i problemi che potrebbe comportare in caso di controversie.

Comunque sia, l'art. 14 consente la nomina a direttore di ripartizione (nel limite del 30%) e di dipartimento anche per personale esterno all'amministrazione di riconosciuta esperienza e competenza, in possesso di diploma di laurea e dei requisiti prescritti per l'accesso all'impiego presso l'amministrazione provinciale. Il terzo comma dello stesso articolo indica la durata dei diversi incarichi e le modalità di "concerto" tra organi politici.

Le modalità di selezione per il conferi-

mento dell'incarico dirigenziale hanno come punto di riferimento l'"albo degli aspiranti dirigenti", istituito presso la Direzione generale della Provincia, al quale sono iscritti, in due sezioni, i dipendenti che abbiano conseguito l'idoneità.

In particolare:

- nella sezione A dell'Albo (artt. 15 e 16) sono iscritti (fino ad un massimo di 80 dipendenti) gli aspiranti all'incarico a direttore generale, di dipartimento o di ripartizione e, cioè, i dipendenti che siano in possesso di diploma di laurea con anzianità di servizio in funzione di direttore d'ufficio per almeno quattro anni e che abbiano conseguito per due anni consecutivi il giudizio "eccellente" da parte del nucleo di valutazione, su proposta del direttore di ripartizione; alla stessa sezione sono iscritti, inoltre, altri dipendenti di ruolo in possesso del diploma di laurea e con esperienza di incarichi di diretta collaborazione con gli organi politici;
- nella sezione B dell'Albo (artt. 15 e 17) sono iscritti (fino ad un massimo di 220 dipendenti) gli aspiranti all'incarico di direttore di ufficio che sia vincitore dei concorsi banditi dalla Provincia, cui accedere con i requisiti previsti dal secondo comma dell'art. 17.

L'individuazione del soggetto cui conferire l'incarico può avvenire per proposta (commi 2 e 4 dell'art.14) del componente della Giunta preposto alla struttura o per selezione (artt. 16 e 17). In questo secon-

do caso, gli aspiranti dirigenti interessati, iscritti alla sezione A sono esaminati (colloquio e curriculum) da una commissione nominata dalla Giunta; mentre gli aspiranti dirigenti interessati (interni ed esterni all'amministrazione), per essere iscritti alla sezione B, devono essere in possesso dei requisiti previsti dal secondo comma dell'art. 17 o essere proposti secondo la procedura prevista al terzo comma per partecipare alla selezione (concorso) realizzata da una commissione nominata dal direttore della Ripartizione Servizi Centrali.

È incompatibile con l'incarico dirigenziale il mandato politico di sindaco, di assessore di comune con più di 20.000 abitanti, di presidente di comunità comprensoriale, di azienda municipalizzata o di unità sanitaria locale (art. 18).

L'art. 19 prevede le ipotesi di sostituzione temporanea dei dirigenti.

7.3 La valutazione dei dirigenti

La valutazione dei dirigenti – in termini di funzionalità, efficienza e produttività della struttura, di realizzazione degli obiettivi e di corretta gestione delle risorse, ispirati ai principi ispiratori dell'attività amministrativa – è realizzata dalla Direzione generale, presso la quale è istituito il *Nucleo di valutazione*, formato da tre dipendenti tra quelli iscritti alla sezione A dell'Albo, che opera in posizione di autonomia funzionale (art. 24).

Le procedure di verifica e valutazione

dell'attività dei dirigenti di ripartizione e di ufficio è indicata all'art. 20 della l. p. 10/1992 e si basa su: a) eventuale contestazione da parte del dirigente superiore dell'insoddisfacente espletamento dei compiti, b) diritto del dirigente a presentare controdeduzioni, c) valutazione da parte del Nucleo, d) revoca dell'incarico e cancellazione dall'Albo in caso di valutazione negativa confermata da parte della Giunta.

La cancellazione dall'Albo non è disposta in caso di revoca dell'incarico del direttore di dipartimento per il venir meno del rapporto di fiducia con il componente della Giunta preposto: manca nella disciplina dell'articolo la procedura per la contestazione e la difesa del direttore di dipartimento per casi diversi da quello della perdita del rapporto di fiducia.

Le valutazioni appena descritte si svolgono con cadenza annuale; l'art. 21 della legge prevede le modalità di valutazione del direttore di ufficio al termine dell'incarico (quadriennale) e le ipotesi di rinnovo dell'incarico.

Con sentenza 16 maggio 2002 n. 193, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 20.9, ultimo periodo (ora soppresso) del decreto legislativo 29/1993 (attualmente art. 20 del decreto legislativo 165/2001) nella parte in cui – con eccesso di delega – il legislatore delegato aveva previsto l'immediato collocamento a riposo senza il previo passaggio attraverso il periodo di messa a disposizione del dirigente in

caso di responsabilità particolarmente grave e reiterata.

noma di Bolzano sottoscritto in data 6 agosto 2001.

7.4 La disciplina contrattuale

Ricordando che al personale dirigenziale si applica anche l'accordo intercompartimentale del personale (con esclusioni delle norme riguardanti il part-time, il congedo straordinario per la rigenerazione psico-fisica, il salario di produttività e l'indennità di coordinamento), per il cui contenuto ribadiamo il rinvio alle diverse sezioni di questo lavoro, esaminiamo ora la disciplina contrattuale del rapporto di lavoro dirigenziale, rinviano a quanto detto poco prima a proposito del contratto di incarico dirigenziale regolato dall'art. 4 del contratto intercompartimentale per i dirigenti del 17 luglio 2000.

Il contratto intercompartimentale – con esclusione della norma riguardante la mobilità tra gli enti – si applica ai dirigenti di tutti i comparti, tranne quelli del comparto del personale delle Aziende di soggiorno e turismo di Bolzano e Merano.

Nel riportare la disciplina contrattuale, si consideri che i riferimenti al contratto intercompartimentale del personale della Provincia del 29 luglio 1999 devono intendersi ora fatti al contratto intercompartimentale dell'1 agosto 2002 il quale, all'art. 104, abroga il contratto del 1999. Come normativa di comparto, ci riferiamo al contratto di comparto per il personale dirigenziale della Provincia auto-

7.4.1 Le relazioni sindacali

Per le figure dirigenziali vige la stessa struttura della contrattazione articolata su tre livelli (intercompartimentale, di comparto e decentrata) utilizzata per il personale (art. 2 del contratto intercompartimentale del 17 luglio 2000), nonché un sistema di informazione preventiva, ed esame su richiesta delle organizzazioni sindacali rappresentative dell'ente (art. 3), che si svolge al livello di singolo ente su:

- principi di riforma della struttura dirigenziale (prevista da leggi provinciali);
- modalità di selezione, affidamento e risoluzione dei rapporti di incarico dirigenziale;
- sistemi e criteri di valutazione dei dirigenti;
- programmi di formazione ed aggiornamento.

Ancora una volta, in termini analoghi a quelli dei contratti del personale, il contratto intercompartimentale per i dirigenti prevede la possibilità di cumulo per i permessi sindacali (art. 14).

Del tutto naturale è che anche ai dirigenti si applichino le norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi essenziali valide per il personale (art. 3, contratto di comparto dei dirigenti).

7.4.2 *Gli istituti normativi*

I principali istituti normativi regolati dal contratto intercompartimentale sono:

- Gli incarichi dirigenziali, con esclusione dei segretari particolari di componenti della Giunta e dei direttori di dipartimento, sono sottoposti ad un periodo di prova di sei mesi che, con il consenso delle parti, può essere ridotto o escluso in caso di nuovo incarico di direzione di una struttura dello stesso livello (art. 4 del contratto di comparto). Nel testo contrattuale non è prevista la forma scritta, per cui essa può risultare anche da accordo orale; in applicazione dell'art. 2096 c.c. sono previste le generali norme di recesso durante la prova, con l'unica differenza che il recesso dell'amministrazione da un incarico con persone esterne comporta anche la risoluzione del rapporto di lavoro. Il mancato superamento del periodo di prova del personale interno, in assenza di previsioni contrattuali, non dovrebbe comportare la cancellazione dall'albo. Il superamento del periodo di prova rende l'incarico dirigenziale stabile per tutta la durata prevista, salvo valutazioni negative previste dalla legge 10/1992.
- Il personale dirigenziale con responsabilità di struttura, con prole convivente, può optare per un rapporto a tempo parziale con orario di lavoro del 75% dell'orario a tempo pieno e con proporzionale riduzione della retribuzione (art. 5). In assenza di espliciti richiami e rinvii, riteniamo che tale norma sopravviva alla disciplina prevista dal recente contratto intercompartimentale per il personale della provincia che prevede analoga disciplina ma con riduzione dell'orario e della retribuzione non inferiore al 50% (art. 45).
- Ai dirigenti ai quali è conferito un incarico presso uno degli enti dei comparti si applica la disciplina generale prevista dall'art. 17 del contratto intercompartimentale del personale in materia di mobilità (cfr. paragrafo specifico). Agli stessi enti è consentito stipulare accordi per l'utilizzo a tempo determinato di personale non dirigenziale per lo svolgimento di incarichi dirigenziali, previo consenso del personale interessato (art. 7 CCI).
- Ai dirigenti nominati per chiamata dall'esterno dell'amministrazione si applica il trattamento giuridico ed economico dei corrispondenti dirigenti interni (art. 9 CCI).
- Ai direttori di ufficio e di ripartizione si applicano sanzioni disciplinari che possono comportare la destituzione (anche in questo caso, come in quello dell'atto di nomina, troviamo un istituto pubblicistico: meglio sarebbe recesso dall'incarico). Ipotesi e procedure sono previste dalla Deliberazione della giunta provinciale 7 ottobre 1996 n. 4818 (art. 13) che non risulta abrogata dai contratti successivi. L'art. 5 del contratto di comparto prevede che nei casi in cui l'ordinamento disciplinare del per-

sonale preveda la sospensione cautelare facoltativa (art. 61 del contratto intercompartimentale dell'1 agosto 2002), questa possa riguardare il solo incarico dirigenziale se il lavoratore accetta il trasferimento ad un'altra struttura dirigenziale.

7.4.3 La retribuzione

La retribuzione del dirigente è articolata in:

- Indennità di funzione, in aggiunta al trattamento economico di livello, per tutta la durata dell'incarico, determinata secondo i parametri definiti dall'art. 8 del contratto intercompartimentale e progressivamente trasformata in assegno personale pensionabile. Il contratto di comparto prevede che le amministrazioni definiscano i parametri per l'indennità di funzione, ricorrendo ai criteri stabiliti dall'allegato 2 dello stesso contratto e previo confronto con le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative. Le indennità di funzione sono definite dalle amministrazioni coinvolgendo i dirigenti delle strutture superiori di quelli cui conferire l'indennità. L'accordo prevede anche possibili incrementi dei coefficienti massimi. L'art. 10 prevede le percentuali di trasformazione dell'indennità di funzione in assegno pensionabile, proporzionate agli incarichi ricoperti.
- Indennità di risultato, assegnata secondo i principi definiti all'art. 11 del con-

tratto intercompartimentale, corrisposta annualmente e in misura non superiore al 10% dell'indennità di funzione corrispondente. La misura dell'indennità di risultato è stabilita dal dirigente della struttura superiore secondo criteri che tengano conto della misura minima dell'indennità, dell'esperienza professionale dimostrata, della complessità della struttura dirigenziale, del funzionamento del servizio, della soddisfazione dell'utenza, della gestione di altri compiti (art. 8 del contratto di comparto).

- Compenso per lavoro straordinario (art. 12 CCI).
- Salario di produttività (art. 16 CCI).

7.4.4 La valutazione

I sistemi di valutazione degli enti sono definiti secondo criteri generali stabiliti dal contratto di comparto (art. 6 CCI).

I criteri per la valutazione del personale dirigenziale sono previsti dall'art. 7 del contratto di comparto. Si tratta di criteri che riguardano le prestazioni ed i risultati: in entrambi i casi sono previste forme di collaborazione tra l'amministrazione ed il dirigente per la definizione di obiettivi e risultati, per l'assolvimento degli obblighi dirigenziali, per gli standard di qualità. Lo stesso sistema vale anche in fase di rinnovo o risoluzione dell'incarico dirigenziale.

7.4.5 La risoluzione dell'incarico dirigenziale

L'art. 5 del contratto di comparto prevede le ipotesi di risoluzione dal contratto dirigenziale. E' fatta salva la diversa di-

sciplina per i direttori di dipartimento e per i segretari particolari della Giunta.

L'art. 6 regola l'indennità di preavviso.

8. I profili collettivi

8.1 Il ruolo "di sistema" del contratto collettivo

Nel panorama della riforma del lavoro pubblico, la contrattazione collettiva assume un rilievo predominante rispetto a qualsiasi altra fonte di regolamentazione del rapporto di lavoro: se, con termine evocativo riferito al regime giuridico delle fonti, si è soliti parlare di "privatizzazione", più correttamente, riferendosi al principale strumento di disciplina, appare più coerente definire la riforma come "contrattualizzazione" del rapporto di lavoro pubblico.

Di fatto, il contratto collettivo è strumento e garante della riforma: in questo senso, oltre alla tradizionale funzione normativa, di disciplina delle vicende del rapporto di lavoro, il contratto collettivo nella riforma del lavoro pubblico assume anche una funzione che possiamo definire "di sistema": baluardo e correttore dell'eventuale intervento legislativo (o di fonti pubblicistiche) in materia di lavoro pubblico. In altri termini, il legislatore – nel rispetto del principio di unificazione delle regole che presiedono alla prestazione lavorativa nel settore privato ed in quello pubblico – è autorizzato ad intervenire solo sul piano generale, e vede la sua funzione regolativa limitata nei casi in cui l'intervento si riferisca al solo lavoro pubblico o ad una parte di esso.

La normativa nazionale, sotto questo

profilo, contiene norme di grande rilevanza, la principale delle quali è quella che consente ai contratti collettivi di "disapplicare" fonti pubblicistiche invasive dell'autonomia delle parti e di definire le modalità di utilizzo delle risorse economiche eventualmente stanziare (art. 2 D.lgs. 165/2001). Tale potere della contrattazione è limitato solo nel caso in cui il legislatore non preveda espressamente il contrario. Un caso del genere si è verificato recentemente con la legge 15 luglio 2002 n. 145, nella quale il legislatore, innovando profondamente il dettato dell'art. 19 del D.lgs. 165/2001, lo ha anche dotato di una clausola di "blindatura" affermando che "Le disposizioni del presente articolo costituiscono norme non derogabili dai contratti o accordi collettivi" (comma 12bis).

La normativa legislativa della Provincia di Bolzano prevedeva fino all'emanazione della l. p. 28 dicembre 2001 n. 19 disposizioni solo apparentemente analoghe a quelle nazionali, anche perché non obbligate nel contenuto in quanto previste nel decreto legislativo e non nei principi della legge delega.

Per quanto riguarda l'ambito di operatività del contratto collettivo, esso è di pari ampiezza sotto il profilo della disciplina del rapporto individuale di lavoro (art. 2.2), limitato solo dalle materie riservate alla legge (art. 5.1) dall'art. 1, più artico-

late nel dettato ma non necessariamente nel contenuto rispetto alla disciplina nazionale (art. 2.1 D.lgs. 165/2001), ma comunque ossequiose di quelle indicate nella legge delega del 1992; mentre sotto il profilo delle forme di partecipazione sindacale, la l. p. 16/1995 – pur modificata ed integrata con successivi interventi – non raccoglie l'orientamento nazionale (art. 9 D.lgs. 165/2001) di limitarsi ad affidare alla contrattazione collettiva la relativa disciplina, senza predefinirne modalità e procedure (art. 18).

Con l'approvazione della legge provinciale 19/2001, anche la legislazione provinciale accoglie le stesse soluzioni elaborate a livello nazionale dall'allora decreto legislativo 29/1993. Infatti, con le modifiche apportate all'art. 2 comma 1 seconda parte si è, anche in provincia di Bolzano, consolidata la funzione *di sistema* affidata alla contrattazione rispetto alle fonti pubblicistiche; tanto che alla contrattazione collettiva viene riconosciuto il potere di derogare a norme legislative o di regolamento sulle materie devolute alla contrattazione stessa salvo esplicito divieto posto dallo stesso legislatore provinciale (art. 2.1, seconda parte), in analogia a quanto disposto dall'art. 2.2 del decreto legislativo 165/2001.

Un principio analogo ha regolato anche la fase transitoria della legge provinciale 16/1995: sia per quanto riguarda il rapporto tra fonti pubblicistiche (art. 27.1, rapporto Consiglio Provinciale - Giunta), sia per quanto riguarda queste e la contrattazione collettiva (art. 27.2). In questo secondo caso si tratta di un meccanismo definito "trasformatore" che rispetta l'impostazione della legge delega⁵⁰ e mira a guardare il lavoro pubblico dal regime pubblicistico delle fonti a quello privatistico.

8.2 La struttura della contrattazione

La disciplina legislativa della contrattazione collettiva si rinviene agli artt. 5-9 della l. p. 16/1995.

Il modello di riferimento della disciplina è quello cosiddetto "bipolare", tipico della tradizione italiana, basato cioè su due livelli di contrattazione: nella disciplina nazionale, i livelli sono il contratto nazionale di comparto (al quale eventualmente si aggiunge il contratto quadro relativo a materie riguardanti tutto il lavoro pubblico) e il contratto integrativo, di singola amministrazione (che negli enti nazionali, ministeri ed enti pubblici non economici ha di norma una ulteriore articolazione di sede territoriale)⁵¹. Il rappor-

⁵⁰ L. n. 421/1992. Art. 2.1.a) prevedere una disciplina transitoria idonea ad assicurare la graduale sostituzione del regime attualmente in vigore nel settore pubblico con quello stabilito in base al presente articolo.

⁵¹ Nei principi definiti dalle leggi deleghe si assiste ad una modifica nel passaggio dalla legge 421/1992 alla legge 59/1997. Nel testo originario la lettera i) dell'art. 2.1 così definiva il principio:

to che esiste tra i due livelli è definito dall'art. 40 del D.lgs. 165/2001 in questi termini: "*Le pubbliche amministrazioni non possono sottoscrivere in sede decentrata contratti collettivi integrativi in contrasto con vincoli risultanti dai contratti collettivi nazionali o che comportino oneri non previsti negli strumenti di programmazione annuale e pluriennale di ciascuna amministrazione. Le clausole difformi sono nulle e non possono essere applicate*". Si tratta quindi di un rapporto che – pena la nullità delle clausole difformi – deve garantire la coerenza della disciplina e la copertura finanziaria.

In provincia di Bolzano, ruolo e rapporto tra livelli di contrattazione sono in parte diversi, anche se rispettano la struttura bipolare.

Al primo posto troviamo infatti il *contratto collettivo intercompartmentale* che è stipulato per tutto il personale della Provincia e degli enti pubblici da essa dipendenti o il cui ordinamento rien-

tra nella competenza legislativa propria o delegata e comprende settori omogenei o affini (art. 5.1). L'art. 4 del contratto intercompartmentale 2001-2004 prevede che la parte pubblica si faccia carico di un costante coordinamento con le organizzazioni rappresentative delle diverse aree allo scopo di garantire l'omogeneità di disciplina.

Al secondo posto – in posizione già di secondo livello – troviamo il *contratto di comparto* che si svolge sulle materie e nei limiti stabiliti dal contratto collettivo intercompartmentale.

Il contratto decentrato è una eventuale articolazione del contratto (sembra di poter dire di comparto, visto che, in assenza di specificazioni, solo con questo condivide la finalità di contemperamento: art.5, commi 2, 3 e 4) che ne definisce le materie. Questa conclusione sembra confermata anche dalla lettura dell'art. 5 del contratto intercompartmentale 2001-2004 che, a proposito del contratto decentrato (considerato di fatto un terzo

"prevedere che nei limiti di cui alla lettera h) la contrattazione sia nazionale e decentrata". La seconda legge sostituisce la lettera i) con il seguente testo: "prevedere che la struttura della contrattazione, le aree di contrattazione ed il rapporto tra i diversi livelli siano definiti in coerenza con quelli del settore privato".

Si realizza inoltre una modifica della definizione della tipologia del contratto di secondo livello: questo, nel testo della legge 421/92, veniva definito decentrato, ponendo maggiormente l'accento sul raccordo necessario e, per qualche verso, gerarchicamente subalterno del secondo livello rispetto al primo. La legge 59/1997 modifica questo rapporto definendo il secondo livello come integrativo, puntando maggiormente sull'autonomia delle amministrazioni. Il testo del nuovo principio (lettera e) dell'art. 11.4 della legge 59/1997) afferma: "garantire a tutte le amministrazioni pubbliche autonomi livelli di contrattazione collettiva integrativa nel rispetto dei vincoli di bilancio di ciascuna amministrazione".

livello) lo prevede "per ogni singola amministrazione o parte di essa definita dai contratti di comparto". Per il personale della provincia, il livello decentrato è individuato a livello di settore dall'art. 4 del contratto di comparto 4.7.2002, che ne individua anche le materie; la rappresentatività delle organizzazioni sindacali è calcolata all'interno del comparto ed in ogni contratto decentrato devono essere previsti tempi, modalità e procedure di verifica (art. 4, commi 2-4).

8.3 I comparti⁵²

Il settimo comma dell'art.5 della legge provinciale affida la determinazione dei comparti di contrattazione ad una Deliberazione della Giunta Provinciale sulla base di accordi stipulati tra la parte negoziale pubblica e le organizzazioni sindacali aventi titolo per la partecipazione alla contrattazione intercompartimentale.

A questa generale disposizione si affianca quella dell'art. 6 che prevede la composizione delle parti negoziali. Questa disposizione ha svolto una funzione meramente transitoria, dal momento che è giunta quando al livello nazionale il problema della definizione della rappresentatività delle organizzazioni sindacali e

della legittimazione a contrattare viveva una fase di grande fermento tra referendum modificativi e/o abrogativi dell'art. 19 dello Statuto dei lavoratori (giugno 1995, ma vedi in seguito), prime elezioni delle RSU (rappresentanze sindacali unitarie, previste dal Protocollo del 23 luglio 1993 e, per il lavoro pubblico, dall'accordo del 1994; anche in questo caso vedi in seguito) e dibattito generale sulla rappresentatività che porterà – nel lavoro pubblico – alle integrazioni previste dal D.lgs. 396/1997 al dettato dell'allora D.lgs. 29/1993, che si possono ora trovare agli artt. 40-48 del D.lgs. 165/2001.

Per la situazione di incertezza nella quale la disciplina della Provincia di Bolzano nasceva, la l. p. 16/1995 prevede che "la composizione delle delegazioni sindacali sarà disciplinata con contratto collettivo intercompartimentale, tenendo conto dei previsti nuovi principi dell'ordinamento giuridico dello Stato (art. 6.5).

Sta di fatto che la definizione dei comparti giunge solo con la Deliberazione della Giunta Provinciale 13 agosto 1999 n. 3288, la quale in premessa dà conto del fatto che, pur essendo stato definito un accordo il 12 dicembre 1996, si era atteso – appunto allo scopo di dare completo assetto al sistema – il contratto sulla rappresentatività (13 aprile 1999) e il

⁵² Tra i principi contenuti nelle leggi delega non si fa riferimento alla costituzione di comparti; l'aggregazione delle amministrazioni, ai fini della stipulazione dei contratti nazionali, in gruppi omogenei o affini era contenuta nella legge-quadro 93 del 1983 e di fatto è tacitamente confermata dalla legislazione degli anni '90.

contratto collettivo intercompartimentale per il periodo 1997-2000 (29 luglio 1999) che avevano confermato quella decisione per approvare l'individuazione dei comparti.

A seguito di questo processo decisionale, i comparti di contrattazione nella provincia di Bolzano risultano essere i seguenti:

- comparto del personale dell'Amministrazione provinciale;
- comparto del personale dei comuni, delle case di riposo per anziani e delle comunità comprensoriali;
- comparto del personale dell'Istituto per l'edilizia abitativa sociale;
- comparto del personale della sanità;
- comparto del personale della scuola;
- comparto del personale delle Aziende di soggiorno e turismo di Bolzano e Merano.

8.4 Le delegazioni trattanti: la rappresentatività

Ricollegandoci a quanto appena detto in merito alla composizione delle delegazioni trattanti, la disciplina legislativa risulta integrata e modificata dalla contrattazione collettiva; in particolare l'art. 8 del contratto collettivo riguardante la rappresentatività sindacale nella contrattazione collettiva sul piano compartimentale e intercompartimentale, nel ridefinire appunto la composizione delle delegazioni a questi due livelli, disapplica i commi 2, 3 e 4 dell'art. 6 della legge provinciale 16/1995, nonché alcune disposizioni della legge regionale 10/1998 per quanto riguarda il comparto del personale dei comuni. In base a questa disciplina combinata le delegazioni dei diversi livelli sono così composte:

Livello	Delegazione pubblica	Delegazione sindacale
Accordo per la definizione dei comparti	Nominata dalla Giunta provinciale (art. 6.1 l. p. 16/1995). L'accordo 12 dicembre 1996 è stato firmato da Provincia, Consorzio dei comuni, Aziende speciali delle Unità Sanitarie Locali, Associazione per le case di riposo, Aziende di cura e soggiorno delle città di Bolzano e Merano.	Organizzazioni sindacali aventi titolo per la partecipazione alla negoziazione del contratto intercompartimentale (art. 5.7 l. p. 16/1995).
Contratto intercompartimentale	Nominata dalla Giunta provinciale con almeno un rappresentante per ciascuno dei comparti di contrattazione (art. 6.1 l. p. 16/1995).	-Organizzazioni sindacali anche associate che abbiano un numero di iscritti non inferiore al 10% dei dipendenti in almeno un comparto o non inferiore al 5% in almeno due comparti; -Un rappresentante di ogni confederazione sindacale con non meno di 5.000 iscritti tra

		lavoratori della provincia di Bolzano, se non già rappresentata con il calcolo di cui sopra. (art. 2 contratto sulla rappresentatività, 13.4.1999).
Contratto di comparto	Nominata dalla Giunta provinciale (art. 6.2 l. p. 16/1995).	-Organizzazioni sindacali anche associate che abbiano un numero di iscritti non inferiore al 5% dei dipendenti nel comparto considerato; -Le confederazioni sindacali secondo i criteri riferiti ai contratti intercompartimentali. (art. 3 contratto sulla rappresentatività 13.4.1999).
Contratto decentrato	Nominata dalla Giunta provinciale (art. 4 del contratto di comparto 4.7.2002).	Rappresentanza sindacale rappresentativa per il personale del comparto (art. 4 del contratto di comparto 4.7.2002).

I criteri per la misurazione della rappresentatività a partire dal 1 luglio 2000 sono definiti anche sulla base delle elezioni delle RSU (art. 7 del contratto sulla rappresentatività) e di un relativo successivo contratto; in mancanza del quale continua ad applicarsi la normativa esaminata. A questo proposito si può ricordare che con la sentenza 17 gennaio 2001 n. 616, la Corte di Cassazione ha ribadito che spetta ai contratti collettivi nazionali stabilire i criteri per l'individuazione delle organizzazioni, anche non firmatarie del contratto nazionale, legittimate alla stipulazione dei contratti decentrati, e, ove il contratto nazionale dello specifico settore non abbia fornito indicazioni al riguardo, non può attribuirsi rilevanza al criterio della maggiore rappresentatività anche perché la valori-

zzazione dei criteri empirici elaborati dalla giurisprudenza per la misurazione della rappresentatività si porrebbe in contraddizione con l'esigenza della predeterminazione di certe regole di selezione dell'interlocutore sindacale nel settore pubblico.

E' evidente che, nel caso della provincia di Bolzano, il riferimento al livello di contrattazione deve essere fatto a quello intercompartimentale o di comparto.

La rappresentatività è accertata previo confronto tra le parti ogni anno ed è valida per l'anno successivo.

Ai fini della misurazione della rappresentatività, va ricordato che il tredicesimo comma dell'art. 43 del D.lgs. 165/2001 prevede due disposizioni diverse a seconda della composizione linguistica dei

componenti dei sindacati nelle Regioni e Province autonome del Nord Italia:

- ai sindacati che associano le minoranze linguistiche, riconosciuti rappresentativi in base alle normative locali, anche con forme di rappresentanza in comune, spettano i medesimi diritti, poteri e prerogative previste per le organizzazioni sindacali rappresentative di livello nazionale;
- ai sindacati che associano *anche* lavoratori di minoranze linguistiche, i criteri per la determinazione della rappresentatività si riferiscono esclusivamente ai rispettivi ambiti territoriali in cui operano.

In altri termini, si realizza una articolazione e combinazione tra rappresentatività e prerogative, creando un micro-sistema di relazioni sindacali locali.

8.5 L'area dirigenziale

Anche in questo caso, seguendo le indicazioni del modello nazionale, l'ottavo comma dell'art. 5 della l. p. 16/1995 prevede che all'interno dei comparti vengano previste apposite *aree di contrattazio-*

*ne per il personale dirigente*⁵³, nonché per la dirigenza medica e veterinaria. La disposizione è confermata dall'art. 4 del contratto sulla rappresentatività che estende anche alle aree dirigenziali i criteri di rappresentatività intercompartimentale e di comparto utilizzando come base di calcolo gli appartenenti alle diverse aree.

8.6 Le procedure per il rinnovo

La disciplina sulle procedure per il rinnovo dei contratti collettivi è distribuita tra legge e contratti. In particolare il contratto intercompartimentale 2001-2004 disciplina, oltre alla durata e alla decorrenza dei contratti, la fase procedurale precedente alla firma, mentre l'art. 7 della legge 16/1995 regola la fase successiva.

Durata e decorrenza seguono le scadenze previste a livello generale e sul piano nazionale dal Protocollo 23 luglio 1993: quadriennale per la parte normativa, biennale per quella economica. In ogni caso sia la fonte legislativa (art. 7.3) che quella contrattuale (art. 2.1) prevedono

⁵³ L. n. 421/1992. Art. 2.1.g 5) (prevedere) una apposita, separata area di contrattazione per il personale dirigenziale non compreso nella lettera e), cui partecipano le confederazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale e le organizzazioni sindacali del personale interessato maggiormente rappresentative sul piano nazionale, assicurando un adeguato riconoscimento delle specifiche tipologie professionali; la definizione delle qualifiche dirigenziali e delle relative attribuzioni; l'istituzione di un'area di contrattazione per la dirigenza medica, stabilendo che la relativa delegazione sindacale sia composta da rappresentanti delle organizzazioni sindacali del personale medico maggiormente rappresentative sul piano nazionale.

la clausola di ultrattività per cui le previsioni di un contratto restano in vigore fino all'entrata in vigore di quello successivo.

Le procedure per l'avvio del negoziato prevedono che le organizzazioni sindacali presentino le proposte per il rinnovo tre mesi prima della scadenza del contratto; durante questo periodo e per il mese successivo alla scadenza del contratto le stesse organizzazioni si impegnano a non proclamare scioperi per il rinnovo. Tempi e procedure per il rinnovo dei contratti decentrati sono affidati alla contrattazione di comparto (art. 6).

8.7 Mancato accordo

Una considerazione importante riguarda la previsione contenuta nell'ultima parte del terzo comma dell'art. 2 del contratto intercompartimentale: per essa, trascorso un mese dall'inizio delle trattative senza raggiungere un accordo, *le parti sono libere di intraprendere iniziative per il sostegno delle loro richieste*. La formulazione sembra riferirsi ai contratti di ogni livello come testimonia l'uso plurale dei termini e soprattutto il riferimento alle "amministrazioni".

Ma mentre essa, nel suo significato letterale, può adattarsi a livelli negoziali aggregati e comunque dove non si esercita un potere organizzativo diretto, alcune perplessità suscita nei livelli di contrattazione in cui la parte datoriale è anche responsabilità organizzativa: in tali casi, in-

fatti, il tenore letterale della norma sembra prefigurare una situazione in cui si fronteggia una situazione di immobilismo (datoriale) ed una di attivismo (sindacale), non coerente con la responsabilità dirigenziale di organizzare il servizio. La formulazione del contratto intercompartimentale, con tonalità più sfumate ed ammiccanti, richiama quella contenuta in tutti i contratti nazionali, ma sembra voler evitare gli effetti giuridici del mancato accordo.

Ad esempio, la formulazione contenuta nel contratto nazionale per il comparto Regioni ed autonomie locali firmato l'1.4.1999 recita: "decorsi trenta giorni dall'inizio delle trattative, ..., le parti riassumono le rispettive prerogative e la libertà di iniziativa e di decisione" limitatamente alle materie di più marcata rilevanza organizzativa.

Lo scopo della norma nazionale è quello di riaffermare che non esiste un *obbligo a contrarre* e che se le parti non raggiungono l'accordo non per questo è inibito al datore di lavoro di esercitare il suo potere direttivo ed alle organizzazioni sindacali di svolgere le azioni sindacali utili a riportare la controparte al tavolo del negoziato. In nessun caso è presupposta una diversità di atteggiamento durante la fase di stallo delle trattative.

8.8 Il trattamento economico

Un discorso a parte meritano le materie più strettamente connesse al trattamen-

to economico: da parte di qualcuno si è ritenuto che le norme legislative – presenti anche nella legge provinciale 16/1995 e riferire a quanto già detto a proposito della parità di trattamento – che inibiscono alle amministrazioni di riconoscere trattamenti economici non previsti da contratti collettivi e quelle che affermano che il trattamento economico regolato attraverso i contratti comportino di fatto un obbligo a contrarre, quanto meno in questi casi.

In verità – a nostro parere – le cose non stanno così: la legge si limita ad imporre un comportamento non discriminatorio ed a garantire una parità di trattamento economico che comunque sarebbe raggiungibile attraverso altri strumenti di tutela (ad es. attraverso il ricorso da parte del giudice al canone interpretativo di cui all'art. 2099 c.c. ed al principio di retribuzione proporzionale e sufficiente di cui all'art. 36 Cost.).

Inoltre non bisogna dimenticare le clausole che garantiscono l'ultrattività dei contratti collettivi anche nelle fasi di stallo negoziale.

Ultrattività dei contratti e parità di trattamento retributivo sono paletti sufficienti a garantire la tutela del lavoro, senza l'ulteriore necessità di prevedere una non configurabile ulteriore prerogativa sindacale (obbligo a contrarre) che rischierebbe di determinare l'immobilità delle amministrazioni e di fornire alla responsabilità dirigenziale un alibi alla "non decisione".

8.9 L'efficacia soggettiva dei contratti collettivi

Quanto meno ambizioso, e privo di fondamento giuridico, appare l'art. 5 del contratto sulla rappresentatività che, nel disporre che i contratti debbano essere firmati da organizzazioni sindacali ammesse alle trattative che rappresentino almeno il 50% più uno degli iscritti, attribuisce a questo meccanismo la garanzia dell'efficacia generalizzata (*erga omnes*), cioè nei confronti di iscritti e non iscritti, dei contratti collettivi.

Ora, che a seguito della contrattualizzazione del lavoro pubblico i contratti collettivi siano assoggettati alla disciplina civilistica (cd. contratti di diritto comune) con efficacia solo nei confronti dei contraenti e, quindi, degli affiliati alle associazioni firmatarie, è fatto vero.

Altrettanto vero è però che l'unico meccanismo per garantire una efficacia generalizzata è quello previsto dall'art. 39 Cost. nei commi secondo e successivi che, però, non hanno mai avuto attuazione.

La disciplina nazionale per garantire l'efficacia generalizzata, non potendo operare dal lato del contraente sindacale (appunto in assenza di attuazione della norma costituzionale) opera dal lato del rappresentante delle amministrazioni, attraverso l'istituzione dell'A.Ra.N.⁵⁴, che è un soggetto di rappresentanza obbligatorio (non facoltativo) per tutte le amministrazioni facenti parte dei diversi comparti; e, inoltre, attraverso la previsione di un obbligo posto a carico delle

amministrazioni di non attribuire trattamenti economici difforni da quelli definiti dai contratti collettivi.

Una clausola del tipo di quella da ultimo citata si trova – come abbiamo visto in precedenza – anche nella legislazione della provincia di Bolzano, ma da sola essa non è sufficiente a raggiungere lo scopo. Sul fronte della composizione della delegazione datoriale, la legislazione provinciale opera altre scelte che non hanno lo stesso effetto della istituzione di un organismo a rappresentanza obbligatoria. L'art. 5 del contratto in esame individua un problema giusto ma, a nostro parere, non è in grado di fornire la soluzione adeguata.

Comunque, sulla natura del contratto collettivo, la sua efficacia oggettiva e soggettiva e sullo stesso ruolo dell'A.R.A.N., con considerazioni sulla assenza di un organismo analogo al livello della legislazione bolzanina, si rinvia a quanto esposto all'inizio di questo volume.

8.10 Il controllo della Corte dei Conti

In merito alla fase propriamente negoziale, l'art. 6.1 della l. p. 16/1995 ci dice che la parte negoziale pubblica, nominata dalla Giunta, deve attenersi alle sue direttive; e l'art. 7.1 della stessa legge ci dice che l'intesa sull'ipotesi di accordo è sottoposta al vaglio della Giunta provinciale che ne autorizza la sottoscrizione entro quindici giorni: l'autorizzazione è sottoposta al controllo di legittimità e di compatibilità economica della Corte dei Conti ai sensi della vigente normativa statale. Tutta questa fase procedurale, rispondente ai principi previsti dalla legge delega 421/1992, non risulta aggiornata ai principi previsti dalla legge delega 59/97 che ha apportato profonde modifiche all'allora decreto legislativo 29/1993 attraverso il D.lgs. 80/1998⁵⁵.

I punti di maggiore attrito con i più recenti principi della legislazione nazionale, cui pure l'articolo in esame esplicitamente si richiama, sono:

⁵⁴ L. n. 421/1992. Art. 2.1.b) prevedere strumenti per la rappresentanza negoziale della parte pubblica, autonoma ed obbligatoria, mediante un apposito organismo tecnico, dotato di personalità giuridica, sottoposto alla vigilanza della Presidenza del Consiglio dei ministri ed operante in conformità alle direttive impartite dal Presidente del Consiglio dei ministri.

⁵⁵ L. n. 421/1992. Art. 2.1.b) prevedere che la legittimità e la compatibilità economica dell'autorizzazione governativa siano sottoposte al controllo della Corte dei Conti, che dovrà pronunciarsi entro un termine certo, decorso il quale il controllo si intende effettuato senza rilievi.

Questo principio, non toccato dalla successiva legge 59/97, è stato però così modificato:

art. 11.4. f) prevedere che, prima della definitiva sottoscrizione del contratto collettivo, la quantificazione dei costi contrattuali sia dall'ARAN sottoposta, limitatamente alla certificazione delle compatibilità con gli strumenti di programmazione e di bilancio di cui all'articolo 1-bis della legge 5 ago-

- il livello nazionale, oltre alle direttive politiche del Dipartimento della funzione pubblica, prevede anche direttive più propriamente organizzative da parte dei comitati di settore⁵⁶ che sono formati da rappresentanti delle amministrazioni appartenenti al comparto; la disciplina della Provincia di Bolzano – che non ha previsto un organismo simile all’A.R.A.N. - prevede solo una direttiva di carattere politico e i rappresentanti delle diverse amministrazioni fanno parte della delegazione trattante;
- le differenze riguardo al soggetto che emana le direttive si riverbera ovviamente anche su quello che autorizza la firma;
- al livello nazionale la Corte dei Conti non esprime più un giudizio di legittimità, ma solo di compatibilità economica.

sto 1978, n. 468, e successive modificazioni, alla Corte dei Conti, che può richiedere elementi istruttori e di valutazione ad un nucleo di tre esperti, designati, per ciascuna certificazione contrattuale, con provvedimento del Presidente del Consiglio dei ministri, di concerto con il Ministro del tesoro; prevedere che la Corte dei Conti si pronunci entro il termine di quindici giorni, decorso il quale la certificazione si intende effettuata; prevedere che la certificazione e il testo dell'accordo siano trasmessi al comitato di settore e, nel caso di amministrazioni statali, al Governo; prevedere che, decorsi quindici giorni dalla trasmissione senza rilievi, il presidente del consiglio direttivo dell'ARAN abbia mandato di sottoscrivere il contratto collettivo il quale produce effetti dalla sottoscrizione definitiva; prevedere che, in ogni caso, tutte le procedure necessarie per consentire all'ARAN la sottoscrizione definitiva debbano essere completate entro il termine di quaranta giorni dalla data di sottoscrizione iniziale dell'ipotesi di accordo.

⁵⁶ Nella legislazione nazionale, infatti, la procedura di autorizzazione alla firma era in un primo tempo così regolata:

l. n. 421/1992, art. 2.1.b) "stabilire che l'ipotesi di contratto collettivo, corredata dai necessari documenti indicativi degli oneri finanziari, sia trasmessa dall'organismo tecnico, ai fini dell'autorizzazione alla sottoscrizione, al Governo, che dovrà pronunciarsi in senso positivo o negativo entro un termine non superiore a quindici giorni, decorso il quale l'autorizzazione si intende rilasciata; prevedere che la legittimità e la compatibilità economica dell'autorizzazione governativa siano sottoposte al controllo della Corte dei Conti, che dovrà pronunciarsi entro un termine certo, decorso il quale il controllo si intende effettuato senza rilievi".

Successivamente, con la legge 59 è previsto un maggior coinvolgimento diretto delle amministrazioni nel rapporto con l’A.R.A.N. il suddetto principio è così definito:

l. n. 59/1997, art. 11.4.c) "semplificare e rendere più spedite le procedure di contrattazione collettive; riordinare e potenziare l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) cui è conferita la rappresentanza negoziale delle amministrazioni interessate ai fini della sottoscrizione dei contratti collettivi nazionali, anche consentendo forme di associazione tra amministrazioni, ai fini dell'esercizio del potere di indirizzo e direttiva all'ARAN per i contratti dei rispettivi comparti".

In altri termini, ci sembra che la procedura per i rinnovi contrattuali prevista in provincia di Bolzano, nonostante il passaggio al regime privatistico dei contratti, mantenga ancora alcuni significativi caratteri pubblicistici che rischiano di determinare qualche confusione di sistema ed interpretativa. Questa impressione si conferma anche alla lettura dell'art. 7.2 della legge provinciale, laddove si dice che "gli accordi diventano efficaci a partire dalla loro pubblicazione sul Bollettino Ufficiale della Regione". Come è noto i contratti privatistici diventano efficaci con la firma dei contraenti, men-

tre sono gli atti pubblicistici che ricevono efficacia dalla pubblicazione; una legge non può prevedere per un contratto una modalità di efficacia diversa da quella che gli è propria. Assimilando, per quando riguarda l'efficacia, il contratto alla legge, si rischia di conferire alla pubblicazione la funzione di fonte di produzione e non solo quella di fonte di cognizione.

8.11 La copertura finanziaria

Infine, l'art. 9 della legge provinciale prevede le modalità di copertura finanziaria⁵⁷ dei contratti e quelle di utilizzo de-

⁵⁷ Diversi sono i principi contenuti nelle leggi delega a proposito della copertura finanziaria della spesa e dei costi contrattuali. In particolare e tra i più rilevanti:

l. n. 421/1992, art. 2.1.h) prevedere procedure di contenimento e controllo della spesa globale per i dipendenti pubblici, entro limiti massimi globali, per ciascun comparto e per ciascuna amministrazione o ente; prevedere, nel bilancio dello Stato e nei bilanci delle altre amministrazioni ed enti, l'evidenziazione della spesa complessiva per il personale, a preventivo e a consuntivo; prevedere la revisione dei controlli amministrativi dello Stato sulle regioni, concentrandoli sugli atti fondamentali della gestione ed assicurando l'audizione dei rappresentanti dell'ente controllato, adeguando altresì la composizione degli organi di controllo anche al fine di garantire l'uniformità dei criteri di esercizio del controllo stesso;

art. 2.1.i) definire procedure e sistemi di controllo sul conseguimento degli obiettivi stabiliti per le azioni amministrative, nonché sul contenimento dei costi contrattuali entro i limiti predeterminati dal Governo e dalla normativa di bilancio, prevedendo negli accordi contrattuali dei pubblici dipendenti la possibilità di prorogare l'efficacia temporale del contratto, ovvero di sospenderne l'esecuzione parziale o totale in caso di accertata esorbitanza dai limiti di spesa; a tali fini, prevedere che il Nucleo di valutazione della spesa relativa al pubblico impiego istituito presso il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro dall'articolo 10 della legge 30 dicembre 1991, n. 412, operi, su richiesta del Presidente del Consiglio dei ministri o delle organizzazioni sindacali, nell'ambito dell'attuale dotazione finanziaria dell'ente, con compiti sostitutivi di quelli affidatigli dal citato articolo 10 della legge 30 dicembre 1991, n. 412, di controllo e certificazione dei costi del lavoro pubblico sulla base delle rilevazioni effettuate dalla Ragioneria generale dello Stato, dal Dipartimento della funzione pubblica e dall'Istituto nazionale di statistica; per il più efficace perseguimento di tali obiettivi, realizzare l'integrazione funzionale del Dipartimento della funzione pubblica con la Ragioneria generale dello Stato.

gli importi non utilizzati. La disposizione, innovata dall'art. 15 della legge provinciale 19/2001, prevede le procedure di definizione dei limiti di spesa per la contrattazione collettiva⁵⁸ e per la relativa iscrizione a bilancio nei capitoli di spesa. Va segnalato, in particolare, l'ultimo comma per il quale gli importi eventualmente non utilizzati vanno iscritti a bilancio dell'esercizio successivo ma solo per finanziare istituti riferiti agli anni di mancato utilizzo e non come disponibilità aggiuntive dell'anno di nuova iscrizione.

8.12 I livelli di contrattazione

Come accennato in precedenza, i diversi livelli di contrattazione devono rispettare nella distribuzione di ruoli che svolgono all'interno del sistema rapporti reciproci di coerenza e rispetto dei vincoli definiti dal livello superiore; abbiamo anche accennato al fatto che, secondo le disposizioni della legge provinciale e dello stesso contratto intercompartimentale, la finalità del contratto intercompartimentale è quella della omogeneizzazione dei trattamenti tra comparti ed aree, mentre contratto di comparto e contratto decentrato condividono la finalità di contemperare esigenze organizzative, tutela dei dipendenti e interesse degli utenti.

La coerenza del sistema nel modello della provincia di Bolzano è garantita dal contratto intercompartimentale attraverso la individuazione delle materie di contrattazione proprie (art. 5.2) e dei contratti di comparto (art. 5.3); mentre, in una prospettiva che potremmo definire di specialità della medesima finalità, è il contratto di comparto a definire le materie della contrattazione decentrata. A proposito delle materie della contrattazione di comparto, va precisato che – contrariamente a quanto risulta dal secondo comma dell'art. 5 del contratto intercompartimentale - il terzo comma non contiene una elencazione di materie: la modalità attraverso la quale è possibile individuare le materie del contratto di comparto è in parte operata attraverso il rinvio alle singole disposizioni dello stesso contratto intercompartimentale (ad es. in materia di forme flessibili di lavoro) ed in parte di tipo residuale ("tutte le altre materie non disciplinate dal contratto intercompartimentale").

La coerenza tra questi due livelli è peraltro garantita anche dal fatto che, come visto, esiste una perfetta coincidenza della delegazione sindacale ai due tavoli; mentre, per la delegazione pubblica, rappresentanti dei singoli comparti sono presenti anche nella delegazione del contratto intercompartimentale.

⁵⁸ I limiti di spesa relativi ai rinnovi contrattuali e relativi agli anni 2002, 2003 e 2004 sono previsti all'art. 7 della legge provinciale 19/2001.

8.13 Le forme di partecipazione sindacale⁵⁹

Accanto alla contrattazione, il sistema di relazioni sindacali prevede anche modalità di confronto che si suole definire "di partecipazione". Esse non hanno come scopo la ricerca di un consenso da formalizzare con un accordo vincolante per le parti, ma sono piuttosto modi di "proceduralizzare" il potere datoriale che non è libero di esprimersi se non dopo essersi sottoposto ad una modalità di confronto mirante ad influenzare il contenuto della decisione.

Il tasso di influenza esercitabile da parte delle organizzazioni sindacali muta a seconda delle caratteristiche delle forme partecipative. I contratti contengono solitamente gli elenchi delle materie riguardanti ognuna delle modalità di confronto, ma non mancano casi in cui sia la legge a prevederle.

Le principali forme di partecipazione che il nostro sistema di relazioni sindacali conosce sono:

- *L'informazione* che può precedere (preventiva) o seguire (successiva) la decisione datoriale: essa è normalmente fornita in forma scritta, ma non man-

cano contratti che prevedono incontri, e deve contenere le ragioni e le ipotesi di soluzione dei problemi organizzativi o di gestione del personale sorti (preventiva) o affrontati (successiva). Una ipotesi di informazione successiva è prevista al sesto comma dell'art. 7 del contratto intercompartimentale.

- *La consultazione* è una modalità attraverso la quale si acquisisce il parere delle organizzazioni sindacali e si sintetizza nella formulazione che a volte si trova negli atti di organizzazione, ma anche in leggi e contratti, "sentite le organizzazioni sindacali". Un caso di consultazione è contemplato all'art. 10.4 della legge provinciale 16/1995, nonché dal comma 3 dell'art. 7 del contratto intercompartimentale.
- *L'esame* (congiunto) di norma segue l'informazione preventiva, in alcuni casi si svolge su richiesta delle organizzazioni sindacali e consiste in un confronto alla ricerca di soluzioni comuni e si conclude con un verbale dal quale risultino le posizioni (anche divergenti) delle parti. Una ipotesi di informazione preventiva con esame è contemplato dall'art. 18 della l. p. 16/1995, nonché

⁵⁹ La legislazione nazionale di principio non prevede modalità di confronto tra le parti, coerentemente con il principio costituzionale di libertà sindacale e con la prassi delle relazioni sindacali per cui esse sono prevalentemente stabilite dai contratti collettivi (non mancano comunque casi di "proceduralizzazione" del potere organizzativo datoriale previsti da leggi). Gli unici riferimenti che si trovano nelle leggi delega a procedure partecipative sono all'informazione (in materia di definizione delle piante organiche, art. 2.1.c 5) e alla consultazione come modalità generale e facoltativa prima dell'adozione di atti interni di organizzazione aventi riflessi sul rapporto di lavoro (art. 11.4.h della legge 59/1997).

dal comma 2 dell'art. 7 del contratto intercompartimentale.

I contratti nazionali del settore pubblico 1998-2001 hanno previsto una ulteriore modalità di confronto – sostitutiva dell'esame – chiamata "concertazione". Di fatto si tratta solo di un mutamento terminologico che non cambia le caratteristiche del confronto.

- *Organismi paritetici (comitati, commissioni, osservatori)* che svolgono funzioni di solito istruttorie o di approfondimento su singoli aspetti: ad esempio il comitato paritetico sulle pari opportunità. Il comma 5 dell'art. 7 del contratto intercompartimentale affida ai contratti di comparto la costituzione di tali organismi; analoga scelta è operata per la costituzione di comitati di pari opportunità dall'art. 50.

8.14 Lo Statuto dei lavoratori

Tra le varie leggi nate per il settore del lavoro privato e che la contrattualizzazione del lavoro pubblico estende anche a questo settore, la più importante per quanto riguarda la dimensione collettiva è senz'altro la legge 20 maggio 1970 n. 300 (*Statuto dei lavoratori*).

La soluzione adottata al livello nazionale dal decreto legislativo 29/1993 è stata quella di estendere le norme del titolo III di questa legge a *prescindere dal numero dei dipendenti*, mentre nel settore privato esse si applicano solo ad aziende con più di 15 dipendenti (ora art. 51 del

D.lgs. 165/2001). Si tratta però di una soluzione adottata dal legislatore delegato che non trova riscontro nei principi delle leggi delega e che, quindi, può anche non ritenersi applicabile alle amministrazioni della provincia di Bolzano, in assenza di analoghe disposizioni di legge o di contratto collettivo.

Come è noto lo Statuto dei lavoratori è principalmente una legge di garanzia dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro ed è solo in parte attuativo del principio costituzionale del primo comma dell'art. 39; dal momento che, mentre questo garantisce la libertà sindacale nei confronti di possibili interferenze da parte dello Stato, lo Statuto dei lavoratori la garantisce nei confronti della controparte datoriale.

8.15 Le rappresentanze sindacali nei luoghi di lavoro: RSA e RSU

Dovendo sintetizzare i contenuti di questa importante disposizione possiamo dire che la garanzia della libertà e dell'attività sindacale è perseguita in due modi:

- garantendo nei luoghi di lavoro la costituzione di associazioni sindacali e di strutture di rappresentanza dei lavoratori;
- predisponendo un insieme di diritti per le rappresentanze costituite e per i dirigenti sindacali.

Entrambi questi punti meritano qualche riflessione con riferimento al lavoro pubblico.

A) *Le rappresentanze sindacali nei luoghi di lavoro.* L'art. 19 dello Statuto nella sua formulazione originaria prevedeva che ad iniziativa dei lavoratori potessero essere costituite rappresentanze sindacali aziendali (RSA) nell'ambito delle associazioni sindacali che fossero affiliate alle confederazioni maggiormente rappresentative o che, non essendo affiliate a tali confederazioni, fossero firmatarie di contratti collettivi nazionali o provinciali applicabili nell'unità produttiva: ad esse il titolo III della stessa legge riconosceva diritti e prerogative che esamineremo tra poco e i contratti collettivi potevano riconoscere funzioni contrattuali e partecipative. Questo meccanismo per il quale la struttura interna al luogo di lavoro riceveva legittimazione non dal suo peso interno ma dal collegamento con una struttura sindacale esterna è stata definita di "rappresentatività derivata" e criticata mano a mano che lo scenario dei soggetti sindacali si è arricchito di nuove organizzazioni. In altre parole, i nuovi sindacati che non potevano vantare il *pedegree* richiesto dallo statuto avevano motivo di dolersi di questa norma; ma la critica veniva anche da chi riteneva che ormai i sindacati tradizionali fruissero di una posizione di monopolio della rappresentanza che l'art. 19 St. contribuiva a blindare.

Per rispondere ad entrambe le esigenze, il 23 luglio del 1993 fu firmato un Protocollo tra Governo, associazioni datoriali e organizzazioni sindacali col qua-

le, sul punto specifico, si stabiliva che si sarebbero costituite nuove rappresentanze unitarie dei lavoratori nei luoghi di lavoro (RSU) su base elettiva tra tutti i lavoratori (iscritti e non iscritti), su liste presentate da associazioni sindacali, con sistema proporzionale e con voto segreto. Le organizzazioni sindacali firmatarie del Protocollo si impegnavano a non costituire proprie RSA una volta elette le RSU e si impegnavano, inoltre, a conferire alle nuove strutture i poteri e le prerogative riconosciute dalla legge alle RSA.

La nascita delle nuove strutture risolveva il problema della loro legittimazione ottenuta nei luoghi di lavoro, ma rischiava di acuire quello del rapporto coerente tra i diversi livelli di contrattazione non essendoci più coincidenza necessaria tra i soggetti sindacali firmatari il contratto nazionale e quello aziendale. Per questo motivo per il settore privato è previsto che solo 2/3 della RSU è eletta, mentre 1/3 dei rappresentanti è designato dalle organizzazioni sindacali firmatarie del contratto nazionale.

Nel settore pubblico, forse anche in conseguenza del risultato delle elezioni delle RSU svoltesi tra il 1994 e il 1995 che avevano visto una conferma di consenso plebiscitario per le organizzazioni storiche del sindacalismo italiano, si è operata una scelta in parte diversa: le RSU risultano elette per il 100% dei loro componenti, ma le elezioni delle RSU contribuiscono a misurare la *rappresentatività*

delle organizzazioni di categoria e delle Confederazioni ammesse al tavolo negoziale A.R.A.N. Per l'esattezza sono ammessi al tavolo negoziale le organizzazioni sindacali che abbiano una rappresentatività del 5% calcolata come media tra dato elettorale (voti ottenuti nelle elezioni) e dato associativo (numero di iscritti); sono inoltre ammesse le Confederazioni che abbiano affiliato il sindacato rappresentativo ammesso al negoziato.

Questa ricostruzione della vicenda nazionale serve ad orientare la comprensione di alcune soluzioni adottate in provincia di Bolzano, che abbiamo visto a proposito della configurazione delle delegazioni trattanti, ed anche a spiegare perché anche in provincia di Bolzano si stia procedendo alle elezioni delle RSU che, al momento in cui scriviamo, sono state costituite solo nei settori dello Stato e degli Enti pubblici non economici.

Sempre con riferimento alla provincia di Bolzano, va ricordato che in essa il DPR 6 gennaio 1978 n. 58 estende i diritti sindacali e le prerogative riconosciuti da leggi e contratti alle associazioni sindacali costituite esclusivamente tra lavoratori appartenenti alle minoranze linguistiche tedesca e ladina, aderenti alla confederazione maggiormente rappresentativa fra quelle dei lavoratori stessi; cfr. anche la legge 19 luglio 1993 n. 236 all'art. 5bis. La maggiore rappresentatività di tale confederazione è accertata dal

Consiglio provinciale, il cui provvedimento è impugnabile dinanzi alla sezione autonoma per la provincia di Bolzano del T.R.G.A. (art. 9, D.P.R. 58/1978).

Contemporaneamente, la critica all'art. 19 St. portava alla presentazione di alcuni quesiti referendari in materia sindacale, tra i quali uno abrogativo dell'intero art. 19 e l'altro modificativo del suo contenuto. I referendum si svolgevano nel giugno 1995 ed avevano come esito la modifica dell'art. 19 con il seguente effetto normativo: le RSA erano costituite senza bisogno che l'organizzazione sindacale fosse affiliata a confederazioni o che fosse firmataria di un contratto di livello nazionale o provinciale, essendo sufficiente che fosse firmataria di un contratto applicato nell'unità produttiva. La nuova formulazione dell'art. 19 St. è stata sottoposta al vaglio di costituzionalità: la norma uscita dal referendum è stata considerata legittima dalla sentenza della Corte Costituzionale 11 giugno 1996 n. 244 in base al presupposto per cui, seppure limitati rispetto a quelli precedenti, anche nella nuova disciplina esistono criteri di selezione delle organizzazioni sindacali ai fini del riconoscimento dei diritti di cui al Titolo III della legge 300/1970 e che non "risultano violati né l'art. 39 Cost., nella misura in cui le norme di sostegno dell'azione sindacale nell'unità produttiva, in quanto sopravanzano la garanzia costituzionale della libertà sindacale, ben possono essere riferite soltanto a certi sindacati identificati me-

dianche criteri scelti discrezionalmente nei limiti della razionalità, né l'art. 3 Cost., in quanto, una volta riconosciuta la predetta potestà discrezionale del legislatore, le associazioni sindacali rappresentate nelle aziende vengono differenziate in base al criterio prestabilito dalla legge, divenendo, in tal modo, irrilevante la possibilità di dimostrare per altra via la propria rappresentatività, tanto più quando si riconosca, come nella specie, la razionalità del criterio medesimo”.

8.16 I diritti sindacali

In conclusione nei luoghi di lavoro in cui sono elette le RSU, le RSA possono essere costituite solo dalle organizzazioni sindacali che non hanno partecipato alla consultazione elettorale.

B) I diritti sindacali: i principali diritti sindacali riconosciuti dallo Statuto dei lavoratori alle rappresentanze sindacali sono i seguenti, secondo la disciplina prevista da leggi e contratti:

a) **Assemblea:** il diritto ad indire assemblee tra i lavoratori è garantito sia fuori dell'orario di lavoro, sia durante l'orario: in quest'ultimo caso è previsto un monte ore annuo di dieci ore per lavoratore che può essere aumentato dalla contrattazione collettiva; l'assemblea deve svolgersi su materia che abbiano pertinenza con i temi del lavoro e possono vedere anche la parte-

cipazione di rappresentanti sindacali esterni (art. 20).

b) **Locali:** il diritto a usufruire di un idoneo locale per riunioni, permanente o su richiesta a seconda delle condizioni dell'amministrazione, è garantito alle rappresentanze sindacali (art. 27).

c) **Referendum:** si tratta di un diritto di democrazia diretta con il quale i lavoratori, anche non iscritti ai sindacati, partecipano alla discussione su temi di interesse sindacale e alle scelte conseguenti; i referendum devono svolgersi fuori dall'orario di lavoro ed essere indetti dall'insieme delle strutture sindacali (art. 21).

d) **Dirigenti sindacali:** si tratta di un insieme di tutele a vantaggio di dirigenti (anche i componenti delle RSU lo sono) in caso di trasferimento e licenziamento. Lo scopo di queste tutele è quello di evitare ritorsioni datoriale e di non privare la struttura sindacale di un elemento importante per la sua attività. In materia di trasferimento è prevista il necessario nulla-osta del sindacato di appartenenza. In materia di licenziamento illegittimo è prevista una particolare tutela procedurale che può determinare la reintegrazione nel posto di lavoro in attesa della sentenza del giudice (artt. 22 e 18).

e) **Affissione:** le rappresentanze sindacali hanno diritto ad usufruire di spazi (bacheche) ove poter affiggere liberamente comunicati e documenti di interesse sindacale; alcuni contratti na-

zionali prevedono anche "bacheche elettroniche" (art. 25).

f) Contributi sindacali: con questo diritto si garantisce alle organizzazioni sindacali il diritto a raccogliere contributi tra i lavoratori nei luoghi di lavoro e di svolgere attività di proselitismo (art. 26). Altre disposizioni dello stesso articolo, abrogate dal referendum del giugno 1995, prevedevano la possibilità del ricorso alla cosiddetta "trattenuta sindacale", e cioè il diritto a percepire il contributo direttamente attraverso un prelievo dallo stipendio

operato alla fonte dal datore di lavoro. Tale abrogazione ha però sortito pochi effetti pratici dal momento che tutti i contratti nazionali hanno reintrodotta l'istituto: soluzione adottata anche dall'art. 90 del contratto inter-compartimentale.

8.17 (segue). I diritti sindacali: in particolare permessi e aspettative⁶⁰

g) Permessi sindacali nei luoghi di lavoro: si tratta indubbiamente della principa-

⁶⁰ L. n. 421/1992. Art. 2.1.q) al fine del contenimento e della razionalizzazione delle aspettative e dei permessi sindacali nel settore pubblico, prevedere l'abrogazione delle disposizioni che regolano la gestione e la fruizione di dette prerogative, stabilendo che contemporaneamente l'intera materia venga disciplinata nell'ambito della contrattazione collettiva, determinando i limiti massimi delle aspettative e dei permessi sindacali in un apposito accordo stipulato tra il Presidente del Consiglio dei ministri o un suo delegato e le confederazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale, da recepire con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri previa deliberazione del Consiglio dei ministri; tali limiti massimi dovranno essere determinati tenendo conto della diversa dimensione e articolazione organizzativa delle amministrazioni, della consistenza numerica del personale nel suo complesso e del personale sindacalizzato, prevedendo il divieto di cumulare i permessi sindacali giornalieri; prevedere che alla ripartizione delle aspettative sindacali tra le confederazioni e le organizzazioni sindacali aventi titolo provveda, in relazione alla rappresentatività delle medesime accertata ai sensi della normativa vigente nel settore pubblico, la Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento della funzione pubblica, sentite le confederazioni ed organizzazioni sindacali interessate; prevedere che le amministrazioni pubbliche forniscano al Dipartimento della funzione pubblica il numero complessivo ed i nominativi dei beneficiari dei permessi sindacali; inoltre prevedere, secondo i tempi definiti dall'accordo di cui sopra, che ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni si applichino, in materia di aspettative e permessi sindacali, le disposizioni della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni; prevedere che, oltre ai dati relativi ai permessi sindacali, le pubbliche amministrazioni debbano annualmente fornire alla Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento della funzione pubblica gli elenchi nominativi, suddivisi per qualifica, del personale dipendente collocato in aspettativa, in quanto chiamato a ricoprire una funzione pubblica elettiva ovvero per motivi sindacali. I dati riepilogativi degli elenchi sono pubblicati in allegato alla relazione annuale da presentare al Parlamento ai sensi dell'articolo 16 della legge 29 marzo 1983, n. 93 (lettera eliminata dall'art. 11.6 della legge 59/97).

le prerogative sindacale prevista dallo statuto dei lavoratori (artt. 23 e 24): in ragione di quegli articoli, ai dirigenti sindacali aziendali sono riconosciuti periodi di assenza dal lavoro con diritto alla conservazione del rapporto di lavoro. I permessi possono essere retribuiti o non retribuiti: per i primi il monte ore annuo è determinato dal numero dei dipendenti; i secondi riguardano i singoli dirigenti che ne facciano richiesta entro un limite annuo di ore individuali.

h) Permessi e aspettative per dirigenti provinciali e nazionali (artt. 30 e 31): questa seconda categoria di permessi alle quali si aggiungono le aspettative (periodi di assenza dal posto di lavoro per l'intera durata del mandato) riguarda lavoratori che non svolgono l'attività sindacale nei luoghi di lavoro, ma che sono eletti all'interno della propria associazione sindacale a cariche di dirigenza di livello territoriale (provinciale e nazionale). Nel caso delle aspettative, a differenza che nel settore privato, i dirigenti sindacali del settore pubblico ricevono la retribuzione direttamente dall'amministrazione di appartenenza.

In tema di permessi ed aspettative il dibattito ha attraversato fasi di tensione, soprattutto per il costo che questi istituti comportavano alle amministrazioni e per la prassi di cumulare i permessi retribuiti fino a realizzare sostanziali aspettative

aggiuntive: per queste ragioni la legge delega 421/1992 iniziava un percorso inizialmente parapubblicistico e successivamente completamente contrattualizzato con lo scopo di contenere e razionalizzare l'utilizzo di questi istituti attraverso la definizione di limiti massimi: la completa contrattualizzazione degli istituti si realizza a seguito delle modifiche apportate dalla legge 59/95 ai principi stabiliti dalla legge delega 421/92 e si realizza attraverso l'abrogazione del principio contenuto al punto q) di quei principi. Il decreto delegato (ora all'art. 50), in modo pleonastico ed ovvio afferma che per la provincia autonoma di Bolzano si terrà conto di quanto previsto dall'art. 9 del DPR 58/1978 a tutela delle organizzazioni sindacali che associano lavoratori di lingua tedesca e ladina. Il terzo comma dell'art. 9 del contratto intercompartimentale si colloca a metà del guado di una disciplina da ridefinire al livello di comparto, confermando il monte ore annuo, la sua distribuzione tra le singole organizzazioni e consentendo il cumulo dei permessi con il consenso dell'amministrazione; analoga disposizione è contenuta nell'art. 31 del contratto di comparto del 4.7.2002.

L'art. 3 del contratto intercompartimentale rinvia ad un successivo contratto dello stesso livello la disciplina sulle relazioni sindacali, sui diritti sindacali, sulla rappresentatività sindacale e sulle elezioni delle rappresentanze sindacali unitarie.

Al momento resta quindi in vigore la disciplina prevista dagli artt. 68-74 della legge provinciale 21 maggio 1981 n. 11 che è modellata sulla falsariga dello statuto dei lavoratori.

Ma lo stesso contratto contiene una norma specifica sui permessi sindacali (art. 99) ed una sulle aspettative e congedi straordinari (art. 101): in entrambi i casi si tratta di disciplina precedentemente contemplata dal DPGP 28 giugno 1994 n. 23. Secondo la prima disposizione, su richiesta delle organizzazioni sindacali di appartenenza, i dirigenti sindacali hanno diritto a permessi retribuiti all'interno di un monte ore complessivo di tre ore pro capite dei dipendenti in servizio al 31 dicembre dell'anno precedente a quello della richiesta, fino ad un massimo di assenze di 300 ore annue ridotte della metà per gli enti con meno di venti dipendenti. Altre modalità di attuazione sono rinviate ai contratti di comparto.

Secondo l'art. 101, ai dirigenti delle rappresentanze sindacali è concesso un congedo straordinario retribuito in ragione di una unità ogni 2000 dipendenti in servizio o frazione superiore a 1000 nel rispettivo comparto, secondo una ripartizione tra sindacati da svolgere tra enti e sindacati firmatari il contratto di comparto. Lo stesso articolo (comma 8) prevede i casi di aspettativa per cariche sindacali.

8.18 Il diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali

Il 12 giugno 1990 è una data storica del diritto del lavoro e sindacale italiano. Dopo oltre quaranta anni viene approvata la prima (a, al momento, unica) legge di attuazione dell'art. 40 Cost: l'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali è regolato da un mix di norme legislative e contrattuali allo scopo di contemperare l'esercizio del diritto di sciopero con il godimento dei diritti della persona costituzionalmente tutelati. Si tratta di una legge importante anche per un altro motivo: essa rappresenta forse l'esempio più emblematico di quella che sarà chiamata "legislazione contrattata", un modo di legiferare che vede uno stretto rapporto tra forze politiche, commissioni parlamentari e organizzazioni sindacali. Si manifesta, cioè, anche nella metodologia adottata, il protagonismo diretto tra i soggetti rappresentanti i diritti da contemperare e l'organo costituzionale chiamato dallo stesso art. 40 Cost. a dettare le regole.

L'impianto della legge si basa:

- sull'individuazione dei diritti della persona tutelati costituzionalmente (vita, salute, libertà e sicurezza, libertà di circolazione, all'assistenza e previdenza sociale, all'istruzione e alla libertà di comunicazione) all'art. 1;
- sull'individuazione dei servizi essenziali riferiti ad ognuno dei diritti di cui sopra;
- sull'affidare alla contrattazione collet-

tiva il compito di individuare le prestazioni indispensabili – nell’ambito dei servizi pubblici essenziali – da garantire in caso di sciopero;

- sulla predisposizione di obblighi di comportamento minimi in caso di sciopero per entrambe le parti (preavviso, durata, comunicazione agli utenti, etc.);
- sull’istituzione di una Commissione di garanzia nazionale con il compito (ampliato dopo le modifiche apportate dalla legge 11 aprile 2000 n. 83) principalmente di valutare la congruità dei contratti collettivi ai fini della legge, promuovere gli accordi, valutare i comportamenti delle parti, consultare le associazioni degli utenti, in caso di dissenso emanare una provvisoria regolamentazione che resta in vigore fino all’accordo ritenuto congruo, governare il sistema di sanzioni in caso di mancato rispetto degli accordi;
- sulla riforma dell’istituto della precettazione, depenalizzandolo, prevedendo nuove procedure e prevedendo sanzioni amministrative per i soggetti che non ottemperino all’ordinanza dell’organo del potere esecutivo competente;
- sulla predisposizione di un sistema sanzionatorio, di cui è titolare la Commissione, che riguarda il mancato rispetto dei relativi obblighi da parte di tutti i soggetti coinvolti: organizzazioni sindacali (sospensione dei permessi sindacali retribuiti, mancato percepimento dei contributi sindacali trattenuti in

busta-paga, esclusione dalle trattative, sanzioni amministrative pecuniarie per le associazioni che non godono dei diritti appena elencati), singoli lavoratori (sanzioni disciplinari con esclusione del licenziamento), responsabili delle amministrazioni (sanzioni amministrative pecuniarie).

Al rispetto della legge sono tenute sia le amministrazioni pubbliche che i soggetti privati operanti nell’ambito dei servizi considerati essenziali (ad es. trasporti, scuola, sanità); sono tenuti al rispetto della legge anche lavoratori autonomi, professionisti o piccoli imprenditori la cui attività incida sulla funzionalità dei servizi pubblici.

Il decreto del Presidente della Giunta provinciale 14 aprile 1994 n. 9 contiene il regolamento sui servizi essenziali da garantire in caso di sciopero del personale provinciale. In esso sono previsti i termini di preavviso (tranne che nel caso di scioperi nazionali), la comunicazione agli utenti, il trattamento in caso di scioperi brevi. Il Capo II di questo decreto, contenente i servizi essenziali da garantire, può considerarsi assorbito dalla seguente disciplina contrattuale.

Un contratto intercompartimentale in materia di esercizio del diritto di sciopero e garanzia dei servizi pubblici essenziali a livello intercompartimentale e di comparto è stato firmato il 25 marzo 2002; in esso, oltre ad alcuni aspetti di esercizio del diritto di sciopero che saran-

no ripresi anche dal contratto di comparto per i dipendenti della Provincia del 4.7.2002, sono previste procedure di raffreddamento del conflitto e modalità di proclamazione degli scioperi:

- *Procedure di raffreddamento e conciliazione*: l'art. 2 prevede che, al livello intercompartimentale, l'organizzazione che intenda proclamare uno sciopero debba presentare ai propri interlocutori datoriali una proposta scritta per la soluzione del conflitto. Entro cinque giorni si svolge un incontro tra le parti che, in caso di esito negativo, conduce ad un tentativo obbligatorio di conciliazione operato dal Presidente della Provincia; analoghe previsioni sono indicate per la proclamazione di scioperi al livello di comparto ed è affidata ai contratti di quest'ultimo livello la regolamentazione per il livello decentrato.
- *Proclamazione dello sciopero e termine di preavviso*: l'art. 3 prevede un preavviso di dieci giorni sia per organizzare i servizi, sia per informare l'utenza, sia per dare spazio ai ulteriori tentativi di composizione del conflitto. La procedura prevista all'art. 2 non si applica agli scioperi nazionali, ma resta fermo il termine di preavviso. È previsto un intervallo minimo di dieci giorni (coincidente con il termine di preavviso) tra l'effettuazione di uno sciopero e la proclamazione di quello successivo nell'ambito dello stesso servizio essenziali.

Come appena accennato, la disciplina contrattuale per i dipendenti della Provincia di Bolzano è prevista dal contratto di comparto del 4.7.2002.

L'art. 3 si limita ad operare il rinvio all'allegato 4, nel quale sono indicati i servizi essenziali (art. 3) e le modalità di individuazione del personale tenuto a garantire il servizio (Capo II). L'art. 1 prevede che i lavoratori addetti ai servizi essenziali che non intendano partecipare allo sciopero debbano comunicare la propria disponibilità al lavoro tre giorni prima dell'astensione. Sulla base di tali indicazioni, il dirigente predispone il servizio, individuando anche il personale scioperante tenuto a prestare servizio (cosiddette "comandate") qualora non riuscisse a garantire il servizio attraverso le disponibilità espresse. Il secondo comma dell'art. 2 fa obbligo al personale in turno di reperibilità nell'ambito dei servizi durante lo sciopero ad astenersi dalla partecipazione allo stesso. L'art. 2 detta la disciplina in caso di sciopero di durata inferiore all'intera giornata lavorativa.

8.19 L'interpretazione autentica dei contratti collettivi in tema di conflitti

Condividendo una soluzione suggerita dal decreto legislativo 29/1993 fin dalla sua stesura originaria (ed ora contenuta nell'art. 49 del decreto legislativo 165/2001) ed adottata da tutti i contratti nazionali, il contratto intercompartimenta-

le dei dipendenti della Provincia di Bolzano 2001-2004 prevede procedure di raffreddamento dei conflitti ed interpretazione autentica (art. 8), già anticipate, sul piano legislativo, dall'art. 8 della legge provinciale 16/1995.

Con questa procedura si mira ad evitare le ragioni del conflitto, intervenendo al sorgere di controversie sull'interpretazione dei contratti intercompartimentale o di comparto. In tali casi le parti sono chiamate ad incontrarsi per definire consensualmente il significato della clausola controversa, adottando eventualmente la misura della sospensione dell'applicazione della stessa (tale misura precauzionale è adottata obbligatoriamente quando la sospensione non incida sull'attività istituzionale dell'amministrazione).

L'eventuale soluzione concordata della controversia costituisce il contenuto di un nuovo contratto (di interpretazione autentica, in quanto adottata dalle stesse parti contraenti) che sostituisce la clausola controversa fin dall'inizio della sua entrata in vigore, a meno che il contratto di interpretazione non preveda una vigenza diversa.

La clausola – già nella stesura legislativa molto controversa in dottrina anche per quanto riguarda il nome -, presuppone alcuni elementi per l'attivazione della procedura.

- In primo luogo è necessario che la controversia sia attuale, riguardi cioè una situazione concreta in essere e non una

ipotesi di interpretazione controversa.

- In secondo luogo è necessario che la procedura sia attivata da una delle parti contraenti, non essendo possibile che sia attuata dal singolo lavoratore (per i casi in cui, con un meccanismo indiretto, l'incontro tra le parti possa essere richiesto dal giudice nell'ambito di un processo riguardante una controversia individuale, vedi al capitolo 10).
- E' obbligatorio che all'incontro partecipino tutte le parti che hanno stipulato la clausola controversa e non solo quella che abbia sollevato la questione; da qualcuno è stato ravvisato un obbligo alla partecipazione dell'incontro incombente su tutte le parti, una volta attivata la procedura.
- Inoltre, l'incontro deve riguardare la singola fattispecie oggetto del contrasto interpretativo, non essendo possibile che l'incontro sulla clausola controversa rappresenti l'occasione per una "riapertura delle trattative".
- Ancora, è rinvenibile nella procedura un "obbligo a trattare" ma non un "obbligo a contrarre" (l'eventuale mancato accordo, qualora determini lesioni di diritti individuali o collettivi, può dar luogo ai rimedi sindacali e/o giurisdizionali previsti da leggi e/o contratti).
- Infine, il contenuto del "contratto di interpretazione" , proprio perché così definito, non può che contenere soluzioni per così dire possibili fin dall'inizio e, cioè, ontologicamente contenute nel dettato della clausola controversa.

8.20 Il procedimento ex art. 28 St.: il comportamento antisindacale

La titolarità di posizioni soggettive riconosciute in capo alle organizzazioni sindacali ha indotto il legislatore a predisporre contemporaneamente strumenti giudiziari di tutela, al fine di rendere effettivi quei diritti.

L'art. 28 della legge 300/1970⁶¹ afferma che, al comportamento del datore di lavoro diretto ad impedire o limitare l'esercizio della libertà e dell'attività sindacale nonché del diritto di sciopero, gli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali che ne abbiano interesse possano ricorrere al giudice del lavoro del luogo, per ottenere che cessi tale comportamento e che ne siano rimossi gli effetti pregiudizievoli.

Senza entrare nel merito procedurale dei tempi, degli strumenti e dei poteri attraverso i quali il giudice valuta la legittimità o meno del comportamento datoriale, né degli strumenti di opposizione al decreto del giudice (tutti chiaramente descritti dall'articolo in esame), possiamo tracciare gli elementi essenziali e portanti di questa disciplina, così come elaborata dalla giurisprudenza nel corso di

oltre trent'anni di applicazione. In primo luogo va evidenziato che il *bene* protetto ha caratteri di generalità: istituti di libertà e attività sindacali non sono solo quelli tipizzati da leggi (assemblea, locali, permessi, etc.) e contratti (informazione, esame, contributi sindacali, etc.) ma qualunque diritto anche non tipizzato in norme che l'organizzazione sindacale ritenga sia stato leso.

In secondo luogo, il riferimento ai *comportamenti* del datore di lavoro deve intendersi come qualsiasi atto o fatto in grado di determinare la lesione; inoltre, non è necessario che quel comportamento sia intenzionalmente diretto a ledere il diritto, ma è sufficiente che esso nei fatti lo leda (cosiddetta *definizione teleologica*).

Il diritto leso deve essere un diritto di cui sia titolare l'organismo sindacale e non può quindi essere un diritto individuale del lavoratore che il sindacato tuteli con il ricorso ex art. 28 (si pensi al trasferimento o al licenziamento del lavoratore – non dirigente sindacale⁶² – iscritto al sindacato).

Il diritto a ricorrere è riconosciuto agli organismi locali delle associazioni sindacali

⁶¹ La competenza giurisdizionale del giudice del lavoro per le controversie collettive e in particolare per la repressione del comportamento sindacale è ricavabile dall'assetto previsto dalle leggi delega, ma è anche esplicitamente previsto dall'art. 63 dell'attuale D.lgs. 165/2001. Sui motivi per cui in materia di giurisdizione è necessario considerare anche la normativa prevista dalla legislazione delegata e non solo i principi desumibili dalle leggi delega, cfr. il paragrafo successivo.

⁶² Per un caso di questo tipo, cfr. T. Bolzano 22 novembre 2000 n. 398.

che ne abbiano interesse; ciò significa principalmente due cose:

- legittimata a ricorrere non può essere la RSU o la RSA (organismi sindacali nei luoghi di lavoro) – anche se il comportamento abbia leso i suoi diritti - ma solo la struttura sindacale territoriale (di fatto provinciale) di associazioni nazionali; e in provincia di Bolzano anche il sindacato di lingua tedesca e quello di lingua ladina;
- non è necessario che la lesione del diritto riguardi direttamente il sindacato ricorrente, essendo sufficiente il suo interesse a far cessare un comportamento che turbi il clima sindacale interno al luogo di lavoro;
- non può essere il singolo lavoratore ad utilizzare questo strumento giudiziario, seppure nell'interesse sindacale e a tutela di un bene collettivo.

La Corte di Cassazione, con la sentenza 20 aprile 2002 n. 5765, ha stabilito che la specificazione di quali siano gli organismi locali delle associazioni sindacali na-

zionali legittimati ad agire deve desumersi dagli statuti interni delle organizzazioni sindacali, dovendosi quindi fare riferimento alle strutture zonali o provinciali che in detti statuti siano individuate. Il sistema sanzionatorio è molto articolato ed incisivo, dal momento che per il datore di lavoro che non adempia all'ordine del giudice (cessazione e rimozione) è prevista una sanzione penale (e nel settore privato la revoca delle concessioni di agevolazioni fiscali e di incentivazioni di nuova occupazione)⁶³.

8.21 Le controversie collettive relative alle procedure di contrattazione

Lo stesso terzo comma dell'art. 63 del decreto legislativo 165/2001 attribuisce al giudice ordinario "le controversie promosse da organizzazioni sindacali, dall'ARAN o dalle pubbliche amministrazioni, relative alle procedure di contrattazione collettiva di cui all'art. 40 e seguenti del presente decreto".

⁶³ Merita di essere segnalata una datata sentenza del TRGA (sezione autonoma per la provincia di Bolzano), 9 luglio 1994 n. 200, su ricorso della ASGB/Unione Sindacati autonomi Sudtirolesi-enti locali per un palese caso di comportamento antisindacale (non aver proceduto all'intesa sindacale, prevista dal contratto collettivo in materia di istituzione e modifica della pianta organica) di un comune. In questo caso, l'organizzazione sindacale non ricorre ex art. 28 St. al giudice del lavoro (ipotesi già possibile in quel periodo a seguito dell'estensione di questo procedimento da parte della legge 146/1990), ma impugna la delibera del Consiglio comunale per eccesso di potere e illegittimità; il TRGA riconosce la fondatezza del ricorso e annulla la delibera, con effetti simili a quelli raggiungibili con la procedura dello Statuto dei lavoratori. A prescindere dal risultato ottenuto, va segnalato che per ottenere la sentenza l'organizzazione sindacale ha atteso circa 14 mesi, contro i pochi giorni garantiti dal procedimento rapido della norma statutaria.

In provincia di Bolzano questa disposizione ha bisogno di qualche considerazione in grado di definire l'ambito della sua applicabilità.

Per poter rispondere al problema posto è necessario comprendere la ragione per cui questa disposizione è stata prevista: con essa si è posto un limite ad una prassi che vedeva spesso il giudice amministrativo (su ricorso di una delle parti) dichiarare la sua competenza su materie che riguardassero gli elementi di procedura dei contratti collettivi (ammissione ai tavoli negoziali, rappresentatività, rifiuto alla sottoscrizione, etc.): si tratta, quindi di controversie che non rientrano del tutto nelle ipotesi, sia pure generali, previste dall'art. 28, non solo in quanto possono svilupparsi fuori dal luogo di lavoro (vedi il riferimento all'organismo di rappresentanza nazionale che, in provincia di Bolzano, può significare il livello intercompartimentale e di comparto), ma anche perché la legittimazione ad agire è riconosciuta anche al datore di lavoro pubblico ed al suo organismo di rappresentanza.

Le considerazioni da svolgere devono essere fatte tenendo conto di due specificità del sistema di relazioni sindacali pubblico della provincia di Bolzano:

- l'assenza di un organismo di rappresentanza delle amministrazioni quali l'ARAN o l'Agenzia costituita in provincia di Trento;
- una struttura della contrattazione, articolata in più livelli, che vede al punto

più alto del vertice non un contratto nazionale ma il contratto intercompartimentale provinciale.

Queste specificità non possono essere considerate sufficienti a determinare l'inoperatività della norma in provincia di Bolzano, dal momento che, come si vedrà nel paragrafo successivo, la competenza esclusiva dello Stato in materia di processi e giurisdizione è vincolante anche per il sistema delle autonomie speciali.

Il riferimento all'art. 40 e seguenti contenuto nella norma nazionale e quello alla legittimazione ad agire anche delle pubbliche amministrazioni ci fa comprendere che questo strumento è attivabile a tutti i livelli della struttura contrattuale e, quindi anche al livello di contrattazione decentrata delle singole amministrazioni presenti in provincia.

Poiché l'oggetto della controversia riguarda le procedure di contrattazione e, per la normativa statale, è fatto riferimento all'ARAN, in provincia di Bolzano è da ritenere che sul fronte pubblico a tutti i livelli (ma soprattutto a quelli intercompartimentale e di comparto) vada riconosciuta la legittimazione ad agire alla delegazione di parte pubblica nominata dalla Giunta e non alla Giunta in prima persona (che è da considerarsi, in ottemperanza al principio della separazione delle competenze e delle responsabilità, organismo politico e non soggetto contrattuale).

Sul fronte delle organizzazioni sindacali, legittimate ad agire possono essere solo quelle considerate rappresentative e partecipanti al tavolo negoziale (e non, a nostro parere, quelle che si dovessero autoescludere o quelle che non siano ammesse per mancanza del requisito di rappresentatività).

Per le controversie riguardanti la contrattazione interna alle singole amministrazioni e nel caso la legittimazione a negoziare fosse riconosciuta ad organismi interni (RSU), si tratterebbe della sola ipotesi in cui a ricorrere potrebbero essere questi organismi (contrariamente a

quanto avviene per l'art. 28 St.); ipotesi, questa, ammissibile anche al livello nazionale poiché la norma in esame utilizza il termine generale "organizzazioni sindacali" e non quello specifico "associazioni sindacali", ed anche perché le controversie in parola riguardano fatti interni alle procedure di negoziazione e, quindi, è normale ritenere legittimati all'azione i soggetti partecipanti.

Poiché il riferimento legislativo è alle procedure di contrattazione, questo rimedio non è utilizzabile nell'ambito delle forme partecipative (informazione, consultazione, esame).

9. La tutela dei diritti e le controversie individuali

L'obiettivo di integrazione della disciplina del lavoro pubblico e del lavoro privato, l'estensione al lavoro pubblico delle disposizioni del codice civile e la devoluzione al giudice ordinario delle controversie di lavoro pubblico sono tutti fattori che unificano il mondo del lavoro anche per quanto riguarda gli strumenti di tutela dei diritti.

In verità anche su questi aspetti l'unificazione non è completa (e, d'altra parte, le leggi delega preferiscono utilizzare il termine "integrazione"); infatti, mentre la disciplina codicistica in materia di rinunzie e transazioni e di prescrizione e decadenza si applica senza differenze ai due settori del mondo del lavoro – come anche quella sulle controversie collettive in tema di comportamento antisindacale -, per la soluzione delle controversie individuali di lavoro permangono alcune differenze che possono così sintetizzarsi:

- la permanenza della competenza del giudice amministrativo su tutta la fase che abbiamo definito precontrattuale (cfr. capitolo 1) e sulle materie riservate alla legge dall'art. 2.1.c) della legge 421/1992;
- una specialità processuale riferita ai poteri riconosciuti al giudice in caso di dubbio sull'interpretazione, l'efficacia o la validità di un contratto collettivo

(nazionale, recita l'art. 63 del Decreto legislativo 165/2001) (cosiddetta "*questione pregiudiziale*").

Su entrambi gli aspetti ritorneremo tra poco, anche per comprendere a quale livello di contrattazione occorra fare riferimento nel caso della struttura della contrattazione in vigore nella provincia di Bolzano.

Un ultimo aspetto va però precisato. Contrariamente a quanto fatto nelle pagine precedenti, nelle quali non abbiamo tenuto conto della legislazione delegata se non in termini esemplificativi di soluzioni adottate, essendo le Regioni e le Province autonome chiamate ad attenersi solo ai principi contenuti nelle leggi delega, in materia di giurisdizione dovremo riferirci non solo al codice di procedura civile, ma anche alla disciplina specifica contenuta nel decreto legislativo 165/2001; e ciò per il semplice motivo che, come recita il nuovo testo dell'art. 117 Cost., appartengono alla legislazione esclusiva dello Stato le "*materie*" *giurisdizione e norme processuali; ordinamento civile e penale; giustizia amministrativa* (art. 117.2.1). In questo caso, quindi, gli artt. 63-66 del D.lgs. 165/2001 sono norme dello Stato nell'esercizio della sua competenza esclusiva.

9.1 Rinunzie e transazioni

Nella prevenzione o nella composizione di una lite, le rinunzie e le transazioni sono negozi giuridici di diffuso utilizzo: con la rinunzia, il titolare del diritto soggettivo abdica al suo diritto e alla possibilità di farlo valere successivamente (si parla, infatti, di *negozio unilaterale recettizio*), con la *transazione* le parti stipulano un contratto con il quale, attraverso reciproche concessioni, prevengono o risolvono la lite. Presupposto di entrambi gli istituti, nella regolazione generale del codice civile (artt. 1324 e 1965 c.c.) è la disponibilità del bene o del diritto da parte del titolare al quale è riconosciuta la possibilità di rinunziarvi o di transare in cambio di altre utilità o vantaggi.

Nel diritto del lavoro, l'ordinamento giuridico, tenendo conto della posizione di soggetto debole che caratterizza il lavoratore subordinato nel contratto di lavoro, non solo appresta tutele minime *inderogabili* attraverso leggi e contratti collettivi, ma riduce – fino quasi all'eliminazione – la stessa disponibilità del diritto da parte del lavoratore stesso. In qualche caso il divieto alla rinunzia è previsto dalla stessa Costituzione ("Il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi", art. 36.3), in qualche altro caso è la Costituzione stessa ad affidare al legislatore o alla contrattazione il compito di dettare la norma inderogabile (si vedano gli artt. 35-40 Cost.); in generale, l'ordi-

namento giuridico crea un sistema di inderogabilità dei minimi a cascata, che va dalla legge al contratto individuale, ma esso riguarda esclusivamente i minimi di trattamento normativo ed economico e non necessariamente tutta la disciplina del rapporto di lavoro (si pensi, ad esempio, alla possibilità di rinunciare ad una quota di salario di produttività individuale in cambio di un orario più favorevole (transazione) o ad una quota del monte ore straordinario individualmente disponibile per avere più tempo libero (rinunzia)).

Una volta definito l'ambito di operatività dell'art. 2113 c.c., che regola gli istituti che stiamo esaminando, vediamo in che modo essi sono congiuntamente disciplinati.

In primo luogo, l'art. 2113 c.c. sancisce l'*invalidità* delle rinunzie e delle transazioni aventi ad oggetto diritti derivanti da norme inderogabili di legge o dei contratti o accordi collettivi. Tale invalidità va intesa come *annullabilità* dal momento che è onere del lavoratore provvedere all'impugnazione entro il termine di decadenza di sei mesi dalla data di cessazione del rapporto o dalla data del negozio se intervenuto dopo la cessazione del rapporto, ed è da questa data che decorre la prescrizione quinquennale per la richiesta di annullamento da parte del giudice. Ciò significa che se il titolare del diritto non si attiva dapprima impugnando il negozio invalido e poi attivando

l'intervento del giudice entro i termini e con le modalità previste, non potrà far valere l'invalidità della rinuncia o della transazione che svolgerà i suoi effetti.

L'impugnazione va proposta con qualsiasi atto scritto anche stragiudiziale del lavoratore idoneo a renderne nota la volontà: in questo caso abbiamo l'obbligo della forma (scritta, anche se stragiudiziale), la libertà del contenuto (purché in grado di rendere la volontà del lavoratore di impugnare la rinuncia o la transazione...), la necessità della funzione (...nota al datore di lavoro).

Un ulteriore elemento di garanzia della posizione di contraente debole è dato dal termine dal quale decorrono i sei mesi utili all'impugnazione: l'art. 2113 offre al lavoratore la possibilità di operare questa scelta fuori dalla eventuale condizione di soggezione psicologica che può caratterizzare la relazione gerarchica tipica del lavoro subordinato.

L'ultimo comma dell'art. 2113 c.c. riconosce però valide quelle rinunzie o transazioni che il lavoratore abbia fatto, anche in costanza di rapporto di lavoro, in sede di conciliazione svolta dinanzi al giudice, in sede amministrativa con l'eventuale assistenza del sindacato cui il lavoratore abbia conferito mandato o in sede sindacale.

9.2 Prescrizione e decadenza

La tutela di un diritto controverso che richieda l'adempimento di un'altra parte

necessita dell'attivazione del titolare entro un periodo di tempo stabilito dalla legge o, nei soli casi di decadenza, anche dai contratti collettivi (art. 2965 c.c.). Il trascorrere del tempo come elemento estintivo del diritto caratterizza sia l'istituto della prescrizione sia quello della decadenza.

La differenza tra i due istituti consiste nel fatto che, mentre nel caso della prescrizione il diritto si estingue per inerzia del titolare entro il periodo di tempo stabilito dalla legge, nel caso della decadenza il diritto si estingue per mancato esercizio, in un tempo perentoriamente definito.

Per quanto riguarda la prescrizione, nel caso appena esposto si parla di prescrizione estintiva; accanto ad essa, l'ordinamento prevede la prescrizione presuntiva, per la quale trascorso il periodo di tempo stabilito dalla legge, il diritto si estingue, tranne prova contraria resa attraverso confessione giudiziale o giuramento decisorio fornito dall'altra parte del rapporto di avere a sua volta estinto il debito (art. 2960 c.c.).

In materia di prescrizione, il codice civile prevede termini tra i quali quelli che maggiormente interessano il lavoratore sono:

- 5 anni per quanto deve essere pagato periodicamente ad anno o in termini più brevi e per le indennità di fine rapporto (art. 2948 c.c.), quali quelle previste in caso di recesso o trattamento di fine rapporto;

- 10 anni (prescrizione ordinaria) in tutti gli altri casi non previsti diversamente dalla legge (diritti non avanti natura retributiva).

Un problema postosi in giurisprudenza riguarda il termine dal quale decorre la prescrizione. Con una prima sentenza (10 giugno 1966 n. 63), precedente a tutta la legislazione di tutela contro i licenziamenti, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 2948 n. 4, 2955 n. 2 e 2956 n. 1 limitatamente alla parte in cui consentivano la decorrenza del termine di prescrizione in costanza di rapporto di lavoro. Successivamente alla legislazione di tutela contro il licenziamento, la Corte Costituzionale ha ridimensionato il suo parere, affermando che la prescrizione può decorrere anche durante il rapporto di lavoro nei casi di diritti non retributivi e in quelli in cui la normativa determini una sufficiente stabilità del posto di lavoro, esprimendosi esplicitamente per il pubblico impiego con la sentenza 13 novembre 1969 n. 143 e per l'area di operatività della legge 604/1966 e dell'art. 18 della legge 300/1970 (aziende con più di quindici dipendenti), con la sentenza 12 dicembre 1972 n. 174.

Questa giurisprudenza della Corte Costituzionale può porre qualche problema applicativo dei termini di prescrizione in costanza del rapporto di lavoro in provincia di Bolzano. Infatti, a seguito della riforma del 1992 la disciplina civilistica si

applica al lavoro pubblico che ha connotati completamente diversi dal pubblico impiego considerato dalla Corte Costituzionale nella sentenza citata. Ora, a livello nazionale, lo Statuto dei lavoratori si applica a tutte le amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti solo in virtù di una norma contenuta nella legislazione delegata (art. 51 del D.lgs. 165/2001) ma che non trova riscontro nei principi delle leggi delega.

In virtù di questa ricostruzione, nelle Regioni e Province a statuto speciale (e in assenza di una norma legislativa analoga a quella nazionale) nelle amministrazioni con più di quindici dipendenti la prescrizione dovrebbe decorrere in costanza di rapporto di lavoro, mentre in quelle con meno di quindici dipendenti potrebbe decorrere dalla fine del rapporto di lavoro.

In verità, la Corte di Cassazione si è preoccupata di interpretare la giurisprudenza della Corte Costituzionale, affermando tautologicamente che debba "ritenersi stabile il rapporto che, indipendentemente dal carattere pubblico o privato del datore di lavoro, sia regolato da una disciplina la quale, sul piano sostanziale, subordini la legittimità e l'efficacia della risoluzione alla sussistenza di circostanze obiettive e predeterminate e, sul piano processuale, affidi al giudice il sindacato su tali circostanze o la possibilità di rimuovere gli effetti al licenziamento illegittimo (da ultimo, sentenza 91/13077); restando in dubbio sul fatto che il timore

del lavoratore possa derivare dalla normativa astrattamente richiamabile (90/5604) o dal concreto evolversi del singolo rapporto di lavoro (91/9251⁶⁴) e, infine, considerando il pubblico impiego senz'altro assistito da regime di stabilità.

Ma si tratta comunque di sentenze precedenti al nuovo assetto di fonti e che non considerano la distinzione tra principi della legge delega e disposizioni della legge delegata.

9.3 La competenza giurisdizionale nelle controversie individuali di lavoro

Già l'art. 409 c.p.c. prevedeva che rientrassero nella competenza del giudice ordinario le controversie relative al rapporto di lavoro dei dipendenti di enti

pubblici ed altri rapporti di lavoro pubblico, sempreché non siano devoluti dalla legge ad altro giudice; ma, se si esclude la dimensione collettiva che aveva portato a riconoscere la competenza del giudice ordinario in materia di repressione del comportamento antisindacale, le controversie individuali di lavoro pubblico erano sempre state attribuite alla competenza del giudice amministrativo.

Ancora una volta, è nel perseguimento dell'obiettivo di integrazione della disciplina tra lavoro pubblico e lavoro privato che il legislatore ritiene di poter unificare anche la sede giudiziaria ove decidere le controversie di lavoro. Con un primo principio contenuto nella legge delega 421/1992⁶⁵, rafforzato e definito nei tempi da un secondo principio previsto dalla legge delega 59/1997⁶⁶, si traccia la

⁶⁴ In quest'ultimo senso, cfr. anche Cassazione, 12 gennaio 2002 n. 325.

⁶⁵ L. n. 421/1992. Art. 2.1.c) prevedere l'affidamento delle controversie di lavoro riguardanti i pubblici dipendenti, cui si applica la disciplina di cui al presente articolo, escluse le controversie riguardanti il personale di cui alla lettera e) e le materie di cui ai numeri da 1) a 7) della presente lettera, alla giurisdizione del giudice ordinario secondo le disposizioni che regolano il processo del lavoro, a partire dal terzo anno successivo alla emanazione del decreto legislativo e comunque non prima del compimento della fase transitoria di cui alla lettera a); la procedibilità del ricorso giurisdizionale resta subordinata all'esperimento di un tentativo di conciliazione, che, in caso di esito positivo, si definisce mediante verbale costituente titolo esecutivo. Sono regolate con legge, ovvero, sulla base della legge o nell'ambito dei principi dalla stessa posti, con atti normativi o amministrativi, le seguenti materie:

- 1) le responsabilità giuridiche attinenti ai singoli operatori nell'espletamento di procedure amministrative;
- 2) gli organi, gli uffici, i modi di conferimento della titolarità dei medesimi;
- 3) i principi fondamentali di organizzazione degli uffici;
- 4) i procedimenti di selezione per l'accesso al lavoro e di avviamento al lavoro;
- 5) i ruoli e le dotazioni organiche nonché la loro consistenza complessiva. Le dotazioni complessive di ciascuna qualifica sono definite previa informazione alle organizzazioni sindacali interessate maggiormente rappresentative sul piano nazionale.

strada per predisporre la disciplina degli artt. 63-66 del decreto legislativo 165/2001. Inoltre, i decreti legislativi 80/1998 e 387/1998 – che davano attuazione alla seconda delega – apportavano significative modifiche anche al codice di procedura civile, predisponendo così una riforma complessiva del processo del lavoro (privato e pubblico). Con la sentenza 11 maggio 2001 n. 121, la Corte Costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità proposta dal Tribunale Regionale di giustizia amministrativa del Trentino-Alto Adige (sede di Trento) che lamentava come l'unificazione della competenza in capo al giudice del lavoro fosse lesiva – anche per lo strumento utilizzato (legge ordinaria) – dell'autonomia giurisdizionale della Regione a statuto speciale, come stabilito dallo Statuto di autonomia. La Corte Costituzionale, anche criticando indirettamente il fatto che la questione fosse stata proposta all'interno di un giudizio senz'altro non più di competenza del TRGA (incarichi dirigenziali), afferma che "la determinazione effettuata, in via generale, dal legislatore ordinario sul

riparto della giurisdizione, in materia di rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, non poteva essere che unitaria in tutto il territorio nazionale, ivi comprese le Regioni a statuto speciale, non essendo consentite sul piano costituzionale, in una materia, quale la disciplina della giurisdizione, spettante allo stato, ripartizioni o soluzioni difformi tra Regione e Regione". Con una sentenza dello stesso anno (Corte Costituzionale 23 luglio 2001 n. 275), la Corte ritorna sullo stesso tema, ma in una prospettiva più ampia, riguardante una presunta ipotesi di eccesso di delega da parte del legislatore delegato per aver devoluto al giudice ordinario le controversie concernenti il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali. La Corte, dopo aver affermato che "l'esistenza di un atto amministrativo presupposto non può costituire limitazione alla competenza del giudice ordinario, quale giudice del lavoro, potendo questi conoscerlo in via incidentale, ai fini della disapplicazione, conclude che la devoluzione di tale materia al giudice ordinario "risulta completamente in linea con i

⁶⁶ L. n. 59/1997. Art. 11.4.g) devolvere, entro il 30 giugno 1998, al giudice ordinario, tenuto conto di quanto previsto dalla lettera a), tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, ancorché concernenti in via incidentale atti amministrativi presupposti, ai fini della disapplicazione, prevedendo: misure organizzative e processuali anche di carattere generale atte a prevenire disfunzioni dovute al sovraccarico del contenzioso; procedure stragiudiziali di conciliazione e arbitrato; infine, la contestuale estensione della giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno, in materia edilizia, urbanistica e di servizi pubblici, prevedendo altresì un regime processuale transitorio per i procedimenti pendenti.

principi ed i criteri direttivi che il legislatore delegante aveva voluto fissare per l'emanazione delle disposizioni correttive ed integrative. In realtà si tratta di una norma di chiusura e di completamento delle previsioni, sostanzialmente innovativa per la sola dirigenza generale ed equiparata, perfettamente adeguata alla espressa indicazione, contenuta nella delega, di perfezionare l'integrazione della disciplina del lavoro pubblico con quella del lavoro privato, unificando la tutela giurisdizionale anche per i dirigenti, senza alcuna distinzione".

Uniche eccezioni alla competenza del giudice ordinario sono le controversie relative a materie riservate alla legge, le controversie di lavoro del personale non contrattualizzato⁶⁷; le controversie relative alla fase precontrattuale del rapporto di lavoro (bandi, procedure di concorso, atti della commissione esaminatrice), comprese le controversie derivanti dalle impugnazioni proposte dai concorrenti "in quota di riserva" – perché dipendenti dall'amministrazione – poiché per tutti i partecipanti si tratta di una procedura concorsuale per l'assunzione nella qualifica indicata nel bando (Corte Costituzionale, ordinanza 4 gennaio 2001 n. 2); la materia pensionistica, che resta affidata alla Corte dei Conti anche a norma dell'art. 5 della legge 21 luglio 2000, come

ha ancora di recente affermato anche la Corte Costituzionale (ordinanza 6 maggio 2002 n. 185).

In questa parte del lavoro ci occuperemo del processo del lavoro pubblico, segnalando le più significative differenze che lo distinguono da quello del lavoro privato.

9.3.1 I poteri del giudice

A garanzia di una conoscenza piena dei fatti da parte del giudice e della incidenza della sua decisione, l'art. 63 del decreto legislativo 165/2001 prevede che il giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, abbia conoscenza anche degli eventuali atti amministrativi rilevanti nella controversia (*atto amministrativo presupposto*) che, se illegittimi, possono essere disapplicati; l'eventuale impugnazione davanti al giudice amministrativo di tali atti amministrativi non comporta la sospensione del processo del lavoro.

Al giudice del lavoro è riconosciuto il potere di adottare nei confronti delle pubbliche amministrazioni tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati: così, per esempio, le sentenze con le quali riconosce il diritto all'assunzione, ovvero accerta che l'assunzione è avvenuta in violazione di norme sostan-

⁶⁷ L. n. 421/1992. Art. 2.1.e) mantenere la normativa vigente, prevista dai rispettivi ordinamenti, per quanto attiene ai magistrati ordinari e amministrativi, agli avvocati e procuratori dello Stato, al personale militare e delle forze di polizia, al personale delle carriere diplomatica e prefettizia.

ziali o procedurali, hanno anche l'effetto rispettivamente costitutivo o estintivo del rapporto di lavoro.

I poteri finora esaminati e riconosciuti al giudice del lavoro nelle controversie individuali di lavoro pubblico tendono ad equiparare quei poteri agli stessi di cui dispone in caso di controversie con un datore di lavoro privato e, in particolare, a superare gli ostacoli che si frapporterebbero per non poter egli disporre, annullandoli, degli atti amministrativi.

9.3.2 La questione pregiudiziale

Ma la novità di maggiore rilievo che costituisce anche una specificità del processo di lavoro pubblico è rappresentata dai poteri del giudice qualora – come dispone l'art. 64 del D.lgs. 165/2001 – per la definizione di una controversia individuale sia necessario risolvere in via pregiudiziale una questione concernente l'efficacia, la validità o l'interpretazione delle clausole di un contratto o accordo collettivo nazionale (cd. *questione pregiudiziale*). Si tratta di una ipotesi, introdotta dal legislatore delegato, che mira a superare due problemi tra loro connessi:

- il primo riguarda il rischio delle cosiddette *cause seriali*, di controversie,

cioè, che soprattutto in conseguenza del mutamento dell'ambiente giuridico di riferimento, acquistavano nel nuovo ambiente una sicura legittimazione e che comportavano il diffondersi di controversie identiche nella richiesta e nell'esito che determinavano l'affollamento delle sedi dei tribunali; casi del genere si erano determinati in passato a seguito della "privatizzazione" del rapporto di lavoro dei dipendenti delle Ferrovie dello Stato e delle Poste;

- il secondo riguarda la funzione di sistema che, soprattutto nella fase di transizione, ha assolto la contrattazione collettiva, con il significativo potere applicativo anche di norme legislative.

Il legislatore nazionale ha ipotizzato che in casi del genere fosse controproducente affidare il rasserenamento del clima giudiziario al fisiologico rincorrersi di sentenze di diverso grado, anche perché la preoccupazione degli effetti delle sentenze sui bilanci delle amministrazioni era presente fin dai principi desumibili dalla legge 421/1992⁶⁸. Per questo motivo ha creato un circuito di coinvolgimento dei sottoscrittori dei contratti le cui clausole potessero determinare dubbi applicativi, all'interno del quale il giudice con ordinanza non impugnabile sospende il

⁶⁸ L. n. 421/1992. Art. 2.1.m) prevedere, nelle ipotesi in cui per effetto di decisioni giurisdizionali l'entità globale della spesa per il pubblico impiego ecceda i limiti prestabiliti dal Governo, che il Ministro del bilancio e della programmazione economica ed il Ministro del tesoro presentino, in merito, entro trenta giorni dalla pubblicazione delle sentenze esecutive, una relazione al Parlamento impegnando Governo e Parlamento a definire con procedura d'urgenza una nuova disciplina legislativa idonea a ripristinare i limiti della spesa globale.

giudizio ed invia una comunicazione all'ARAN indicando la questione da risolvere; si mette così in moto un percorso di interpretazione autentica o di modifica della clausola che, se si conclude con esito positivo, porta alla sottoscrizione di un nuovo contratto che sostituisce la clausola controversa.

In provincia di Bolzano, riprendendo considerazioni svolte in precedenza, la procedura è attivabile coinvolgendo le delegazioni di parte pubblica dei contratti intercompartimentale e di comparto e seguendo le procedure di interpretazione autentica previste dal contratto intercompartimentale 2001-2004 delle quali abbiamo parlato a proposito delle procedure di raffreddamento dei conflitti.

La giurisprudenza si sta orientando in modo diverso nella gestione di questo istituto. Per alcuni giudici (T. Treviso, ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale 29 ottobre 2001) il giudice viene privato di qualsiasi potere di sindacato nel merito della questione, dovendosi limitare a trasmettere la comunicazione ai negoziatori; per altri (T. Roma, ordinanza 24 gennaio 2001) è necessario che il giudice accerti preliminarmente di non essere in grado di risolvere la questione controversa attraverso l'utilizzo delle norme del codice civile di interpretazione dei contratti (artt. 1362-1371 c.c.), con riferimento alla individuazione della comune intenzione delle parti ed al prin-

cipio della conservazione del contratto; per questo giudice è solo il fallimento di questa indagine che obbliga il giudice a trasmettere la comunicazione ai contraenti. A quest'ultimo orientamento sembra aderire l'ordinanza della Corte Costituzionale 7 giugno 2002 n. 233 quando, nel dichiarare inammissibile una questione di legittimità costituzionale proposta dal Tribunale di Genova, afferma, nell'elencazione delle motivazioni dell'ordinanza stessa, che "presupposto per l'applicazione della norma è, come è evidente, l'esistenza di un reale dubbio interpretativo concernente la clausola contrattuale della quale il giudice deve fare applicazione nella controversia".

Qualora non si dovesse pervenire ad un accordo entro novanta giorni dalla comunicazione, il giudice decide con sentenza sulla sola questione pregiudiziale, predisponendo comunque gli strumenti e gli atti per la prosecuzione della causa. La sentenza può essere impugnata in Cassazione da una delle parti del processo e la sua sentenza ha valore di precedente per altri ricorsi sulla stessa materia; le parti firmatarie del contratto in discussione sia davanti al giudice di merito, sia innanzi alla Corte di Cassazione possono intervenire nel relativo processo.

La Corte di Cassazione con due recenti sentenze (9 agosto 2000 n. 10500 e 21 luglio 2000 n. 9647) ha colto l'occasione per precisare alcuni criteri di ermeneutica in tema di contratti collettivi. Con la prima sentenza - a proposito del lin-

guaggio normalmente utilizzato nelle relazioni sindacali e diffusamente definito *sindacalese* - ha rilevato che nell'interpretazione della disciplina contrattuale collettiva dei rapporti di lavoro - la quale spesso è articolata su diversi livelli, regola una materia vasta e complessa in ragione della interdipendenza dei molteplici profili della posizione lavorativa e utilizza il linguaggio delle cosiddette relazioni industriali, non necessariamente coincidente con quello comune - assume un rilievo preminente il criterio dettato dall'art. 1363 c.c. dell'interpretazione complessiva delle clausole, mentre il criterio letterale cui fa riferimento l'art. 1362 c.c. non deve essere utilizzato in contrasto con la finalità della ricerca della concorde volontà delle parti contraenti - secondo il medesimo articolo costituente un obiettivo dell'attività ermeneutica -, e trascurando la frequente mancanza di una chiara corrispondenza tra il tenore testuale delle espressioni e la volontà delle parti. Con la seconda sentenza, invece, si è soffermata sulla funzione delle cosiddette "dichiarazioni a verbale" (di parte o congiunte), che di solito si trovano al termine dei contratti e che contengono precisazioni sul contratto firmato o su parti di esso: a tale proposito, la Corte di Cassazione ha ribadito che, per quanto riguarda soprattutto le dichiarazioni congiunte, queste, concordemente fatte dalle parti sociali nel testo del contratto collettivo, anche se non hanno un contenuto normativo,

hanno la finalità di chiarire il significato e la portata delle norme cui si riferiscono e rivestono quindi un'importanza essenziale nell'interpretazione di esse.

Ancora nel 2000, la Corte di Cassazione (sentenza 18 agosto 2000 n. 10974) si è espressa per la manifesta infondatezza della questione di illegittimità costituzionale del diverso regime esistente tra settore privato e pubblico e relativo alla procedura di interpretazione autentica non prevista per le controversie di lavoro privato.

Ricordando le caratteristiche anche procedurali dell'interpretazione autentica che abbiamo richiamato a proposito delle controversie collettive e che naturalmente si applicano anche in questo caso, va segnalato il parere del Consiglio di stato, sez. I, del 31 ottobre 2001, richiesto dal dipartimento della Funzione Pubblica: con esso il Consiglio di stato ha affermato, in via generale, la necessità che a sottoscrivere l'accordo di interpretazione autentica debbano essere tutte le organizzazioni sindacali che hanno firmato il contratto contenente la clausola controversa; ma ha anche aggiunto che "l'eventuale venir meno di una delle organizzazioni sindacali firmatarie del contratto collettivo interpretato non impedisce la conclusione dell'accordo interpretativo, con la partecipazione di quelle che sono succedute ad esse (magari a seguito di scomposizione o aggregazione di sigle) o, senza la partecipazione di queste, qualora si sia di fronte ad una

mera estinzione dell'organizzazione, non accompagnata da fenomeni di successione o trasformazione".

9.3.3 Il tentativo obbligatorio di conciliazione

Chi intenda proporre una controversia individuale di lavoro deve obbligatoriamente esperire un tentativo di conciliazione come requisito di procedibilità della domanda giudiziale: tale obbligo è previsto dall'art. 65 del decreto legislativo 165/2001. La domanda giudiziale diventa comunque procedibile trascorsi novanta giorni dalla promozione del tentativo di conciliazione. Il giudice che rilevi che non è stato promosso il tentativo di conciliazione o che la domanda è stata proposta prima della scadenza del termine di novanta giorni sospende il giudizio ed assegna alle parti il termine perentorio di sessanta giorni per promuoverlo. Questa la disciplina essenziale dell'istituto.

Il tentativo obbligatorio di conciliazione può essere promosso:

- In sede amministrativa, presso il collegio della Provincia di Bolzano (Ripartizione Lavoro della Provincia), istituito dalla legge provinciale 16/1995 all'art. 19 e composto da due rappresentanti dell'amministrazione e due designati dalle organizzazioni sindacali e presieduto da un esperto in materia di diritto del lavoro non appartenente all'amministrazione provinciale e iscritto al-

l'albo dei consulenti del lavoro (art. 2 del Decreto del Presidente della Giunta provinciale 9 ottobre 1996 n. 36): lo stesso art. 19 prevede le garanzie per la proporzionale etnica e per le controversie che riguardano lavoratori appartenenti al gruppo linguistico ladino.

- In sede sindacale, presso i collegi di comparto, istituiti dai contratti di comparto, o presso i collegi di amministrazione istituiti dagli stessi contratti di comparto (art.95 del contratto intercompartimentale 2001-2004). In questo caso il collegio è composto da tre componenti con le stesse caratteristiche del collegio amministrativo.

In entrambi i casi il Presidente è nominato su accordo delle parti o, in mancanza di accordo, dal Presidente del Tribunale. Deve, comunque, ritenersi ancora vigente la previsione dell'art. 2 del DPGP 36/1996, la quale dispone che in caso di controversia riguardante il personale della Provincia, il Presidente del collegio debba essere una persona non appartenente all'amministrazione.

Per quanto riguarda le procedure, la legge provinciale 16/1995 rinvia all'art. 66 del decreto legislativo 165/2001 per il collegio in sede amministrativa, mentre il contratto intercompartimentale detta le procedure per i collegi in sede sindacale, ma sono sostanzialmente identiche in entrambi i testi.

Il tentativo di conciliazione si può conclu-

dere con un accordo tra le parti anche parziale (è necessario, quindi, che l'amministrazione si faccia rappresentare da soggetto munito del potere di conciliare), nel qual caso si redige un verbale che costituisce titolo esecutivo e che non può essere impugnato ricorrendo all'art. 2113 c.c. Se le parti non raggiungono un accordo, il collegio formula una proposta per la bonaria soluzione della controversia (secondo i canoni di equità) che, se non accettata dalle parti, viene comunque inserita in un verbale con l'indicazione delle valutazioni delle parti.

I commi 7 e 8 dell'art. 66 del D.lgs. 165/2001 prevedono infine che:

- il giudice acquisisce i verbali del tentativo di conciliazione e può valutare il comportamento in quella sede delle parti ai fini del regolamento delle spese del giudizio;
- vi è esenzione da responsabilità amministrativa per il rappresentante dell'amministrazione che aderisca alla proposta formulata dal collegio.

Il comma 10 dell'art. 95 del contratto intercompartimentale prevede il compenso per i componenti del collegio.

A finalità di completamento dell'informazione, si ricorda che sul piano nazionale la materia è disciplinata dall'accordo quadro del 23 gennaio 2001 che prevede un conciliatore unico scelto dalle parti o, in mancanza di accordo, sorteggiato da liste di arbitri disponibili presso

le Direzioni regionali del Ministero del Lavoro. Il mancato accordo anche sul nominativo sorteggiato (tentativo da fare per due volte) comporta il fallimento del tentativo di conciliazione.

Vanno segnalate due pronunce della Corte costituzionale in tema di tentativo obbligatorio di conciliazione: con la sentenza 6 luglio 2000 n. 276 la Corte Costituzionale non ritiene l'obbligatorietà del tentativo introdotta dalla legge delegata in contrasto con i principi della legge delega e, dopo aver fornito uno strumento ermeneutico per valutare l'eccesso di delega, affermando che "i principi stabiliti dal legislatore delegante costituiscono non solo il fondamento ed il limite delle norme delegate, ma anche un criterio per la loro interpretazione, in quanto esse vanno lette, finché possibile, nel significato compatibile con i principi della legge di delega", considera l'obbligatorietà del tentativo coerente con il processo generale di riforma della giurisdizione, soprattutto per la sua funzione deflativa che, peraltro, non priva di legittimazione il ruolo del giudice. Con l'ordinanza 16 maggio 2000 n. 144 si sofferma in particolare su questo aspetto, affermando che non può parlarsi di conflitto tra organi dello stato nel momento in cui il legislatore pone un filtro deflativo al ruolo del giudice visto che si tratta solo di "modalità di esercizio dell'azione e, dunque, interessano solo il diritto di difesa delle parti".

9.3.4 La definizione stragiudiziale delle controversie individuali: l'arbitrato irrituale

L'obbligatorietà del tentativo di conciliazione e la revisione della disciplina dell'arbitrato come alternativa al primo grado di giudizio sono indubbiamente state introdotte nell'ordinamento giuridico a partire dal 1998 in funzione di decongestione del carico giudiziario dei tribunali; ma i circuiti alternativi al giudice hanno anche una seconda valenza: essi consentono alle parti della controversia di contribuire alla decisione dell'arbitro giudicante con un protagonismo (scelta di una parte del collegio), una celerità ed una riduzione delle spese che il processo ordinario non riesce a garantire. Infine, la procedura arbitrale ha importanza anche per il sistema di relazioni sindacali: il fatto che siano le parti stipulanti i contratti ad essere incaricate di prevedere la possibilità di ricorso agli arbitri e a definirne buona parte delle procedure contribuisce a rendere partecipi le parti stesse della gestione dei contratti che esse stesse hanno firmato.

È sulla base anche di queste considerazioni che va valutata la scelta del legislatore di trovare modalità di incentivazione di questa strada, pur non negando la possibilità per il ricorrente di optare per la decisione del giudice (art. 25 Cost.).

La disciplina dell'arbitrato è contenuta nel codice di procedura civile, con formulazione unica per settore privato e pubblico.

L'art. 412-ter definisce l'arbitrato previsto dai contratti collettivi *arbitrato irrituale*.

L'istituto dell'arbitrato (rituale ed irrituale) nelle controversie di lavoro era già presente nel nostro ordinamento, anche se quasi per niente utilizzato dal momento che in entrambi i casi (art. 808 c.p.c. per l'arbitrato rituale e art. 5 l. n. 533/1973 per quello irrituale) la possibilità di deferire ad arbitri la controversia è subordinata alla previsione di tale ipotesi da parte dei contratti ed accordi collettivi, o anche dalla legge nel caso dell'arbitrato irrituale.

I decreti legislativi 80/1998 e 387/1998 intervengono su questo corpo normativo:

- abrogando il secondo e terzo comma dell'art. 5 l. n. 533/1973 che prevedevano l'invalidità del lodo arbitrale in caso di violazione di norme inderogabili di legge o di contratti e accordi collettivi, il termine di decadenza semestrale per l'impugnazione del lodo e la possibilità di impugnazione del lodo in via stragiudiziale e, cioè, "con qualsiasi atto scritto del lavoratore (...) idoneo a renderne nota la volontà" (art. 43.7);
- introducendo due nuovi articoli al codice di procedura civile (gli artt. 412-ter e 412-quater);
- lasciando inalterata la disciplina prevista dall'art. 808 c.p.c.

Da questo insieme di disposizioni si ricava che:

- l'arbitrato rituale, disciplinato dall'art. 808 c.p.c., prevede una funzione autorizzativa da parte della contrattazione collettiva, mentre la clausola compromissoria è contenuta nel contratto individuale di lavoro con forma scritta ed è sanzionata a pena di nullità ove escluda la possibilità delle parti di adire l'autorità giudiziaria o autorizzi gli arbitri a pronunciare secondo equità (anche fuori dai vincoli previsti da leggi e contratti) o dichiarare il lodo non impugnabile; in questo caso la funzione svolta dalla contrattazione collettiva è limitata, mentre buona parte degli aspetti processuali sono definiti direttamente dalla legge: il ruolo delle parti del rapporto è quello di definire il tipo di controversie deferibili ad arbitri (si veda l'intero Titolo VIII del c.p.c.).
- nel caso dell'arbitrato irrituale, invece, non esiste un'autorizzazione della legge alle parti del rapporto di lavoro a stipulare clausole compromissorie - seppure mediate dalla funzione autorizzativa del contratto collettivo -, né la legge contiene disposizioni processuali, ma affida a contratti e accordi collettivi il compito di disciplinare l'insieme della materia, con una indicazione di quegli aspetti che il legislatore considera di particolare rilevanza.

E infatti l'art. 412-ter c.p.c. prevede che gli accordi e i contratti collettivi *nazionali* (intercompartimentale e di comparto per i dipendenti pubblici della provincia

di Bolzano), oltre a prevedere la facoltà di deferire ad arbitri la controversia, *devono* stabilire gli aspetti elencati dalle lettere da a) ad e) dell'articolo stesso e *possono* prevedere l'istituzione di collegi o camere arbitrali stabili locali.

Gli unici aspetti espressamente previsti dalla legge riguardano la rivalutazione dei crediti (art. 423.3 c.p.c.) e le modalità di liquidazione delle spese (artt. 91.1 e 92 c.p.c.) nel caso in cui non sia prevista altra disciplina da parte dei contratti.

Altro elemento importante contenuto nella legge è quello di prevedere la possibilità di ricorso agli arbitri solo a seguito di fallimento del tentativo di conciliazione o di decorso del termine di novanta giorni.

L'art. 412-quater tratta dell'impugnazione ed esecutività del lodo arbitrale.

Il punto di maggiore delicatezza è rappresentato dalla formulazione contenuta a proposito delle ipotesi di impugnazione del lodo e, in particolare, nella sintetica espressione, non per questo priva di risvolti giuridici, per cui l'impugnazione è prevista per le controversie "aventi ad oggetto la *validità* del lodo arbitrale". Questa formulazione, collegata all'abrogazione dei commi 2 e 3 dell'art. 5 della legge 533/1973, ha avallato una ipotesi interpretativa per la quale il lodo non è impugnabile per contrasto con norme inderogabili di legge o contratti collettivi, ma solo per errore di fatto degli arbitri o per violenza o dolo nei loro con-

fronti: in altri termini, alcuni ritengono che si sia introdotto nel nostro ordinamento un *arbitrato irrituale d'equità*.

La discussione ha dunque dovuto scontare un confronto tra posizioni diverse avallabili giuridicamente su di un punto di estrema delicatezza che può diversificare la tutela dinanzi all'arbitro da quella dinanzi al giudice, con attribuzione di capacità o possibilità di tutela differenziate.

Il punto del disaccordo è quindi quello di decidere se la locuzione "validità del lodo" sia comprensiva anche del rispetto di norme inderogabili di legge e contratto collettivo.

Le ragioni di chi ritiene che non sia stato introdotto nell'ordinamento una tipologia di arbitrato irrituale equitativo si possono così riassumere.

In primo luogo esiste un problema di omogeneità con l'arbitrato rituale che, non essendo stato modificato dalla legislazione di riforma, continua a soggiacere ai motivi di impugnazione per contrasto con norme inderogabili di legge e contratto collettivo.

In secondo luogo, esiste un problema di interpretazione, dal momento che la categoria della "validità", non trovando riscontro nel diritto positivo, non può essere interpretata come escludente i vizi di contenuto e questa interpretazione è solo ricavabile se, dalla contemporanea abrogazione di parte dell'art. 5 l. n. 533/1973, si vuole derivare una restrizio-

ne corrispondente di detta categoria. Operazione non obbligata dalle disposizioni legislative che certamente costringono ad un percorso interpretativo più ampio ma che non conducono necessariamente ad un risultato negativo.

Infatti, anche se si dovesse considerare di scarso peso il prevalente orientamento della dottrina che considera comprese nella validità tutte le ipotesi che determinino inefficacia, nullità e annullabilità degli atti negoziali, non è possibile affermare che l'arbitrato irrituale previsto dai contratti collettivi possa scalzare principi fondamentali dell'ordinamento, quali quello previsto dall'art. 1418.1 c.c. che sancisce la nullità del contratto quando è contrario a norme imperative o quello previsto dall'art. 2113 c.c. che sancisce l'invalidità delle rinunzie e transazioni contrarie a norme inderogabili di legge, di contratti e di accordi collettivi.

Per l'impugnazione del lodo, proprio in ragione dell'estensibilità dei principi di cui all'art. 2113 c.c., è sufficiente "qualsiasi atto scritto, anche stragiudiziale, idoneo a rendere nota la volontà" della parte.

La competenza a giudicare sull'impugnazione del lodo è attribuita al Tribunale in unico grado (Corte di Cassazione 8 marzo 2002 n. 3444) che, in questo caso e trattandosi comunque di un procedimento a carattere negoziale, si esprime sulla

validità del lodo (secondo i parametri esposti sopra), ma non sembra avere in questo caso potere di riformulazione della decisione nel merito. In altri termini il Tribunale può solo dichiararlo "invalido" - lasciando a questo punto le parti libere di ricorrere di nuovo all'arbitro o di affidarsi al giudice del lavoro - ma, come del resto la stessa formulazione giuridica indica, non rappresenta un secondo grado di giudizio.

A tale funzione, il Tribunale ne aggiunge un'altra nel momento in cui - una volta trascorso il termine per l'impugnazione o in presenza di dichiarazione per iscritto delle parti di accettazione del lodo o, ancora, in caso sia respinto il ricorso - il lodo sia depositato nella cancelleria del Tribunale nella cui circoscrizione è la sede dell'arbitrato. In tale ipotesi, il giudice, su istanza di parte, accerta la regolarità formale del lodo e lo dichiara esecutivo con decreto.

La decisione del Tribunale è impugnabile in Cassazione. Ancora una volta, all'unico

scopo di completare l'informazione, indichiamo le principali differenze tra la procedura arbitrale prevista dal contratto intercompartimentale 2001-2004 e l'accordo quadro nazionale. Esse possono essere così sintetizzate:

- analogamente a quanto avviene per la conciliazione, nel contratto nazionale anche l'arbitro coincide con la persona del conciliatore e, quindi, è arbitro unico;
- nell'accordo nazionale è esplicitamente previsto che l'arbitro debba decidere nell'osservanza delle norme inderogabili di legge e di contratto collettivo: nel contratto intercompartimentale bisogna ricavare questa possibilità, eventualmente, in via interpretativa, altrimenti si afferma il principio del giudizio d'equità;
- nell'accordo nazionale è prevista una ipotesi simile, anche se non uguale, a quella dei poteri del giudice in caso di *questione pregiudiziale*. Tale potere non è previsto per i collegi dell'accordo intercompartimentale.

Indice delle abbreviazioni

A.R.A.N.	Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni
c.c.	codice civile
c.p.c.	codice di procedura civile
CCI	contratto collettivo intercompartimentale
Cost.	Costituzione
D.lgs.	Decreto legislativo
DPCM	Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri
DPGP	Decreto del Presidente della Giunta Provinciale
DPR	Decreto del Presidente della Repubblica
l.p.	legge provinciale
RSA	Rappresentanza sindacale aziendale
RSU	Rappresentanza sindacale unitaria
St.	Statuto dei lavoratori
TRGA	Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa