

IL TESTO UNICO n. 165/2001 DOPO LE MODIFICHE DEL DECRETO LEGISLATIVO n. 75 del 2017 ATTUATIVO DELLA RIFORMA “MADIA”.

a cura di Stefania Cantisani *

Sommario: - 1. Il decreto legislativo 25 maggio 2017, n. 75: l'iter procedurale - 2. Gli aspetti salienti del decreto: a) la disciplina delle fonti; b) la contrattazione collettiva e il salario accessorio; c) il piano triennale dei fabbisogni e il reclutamento del personale; d) il lavoro flessibile; e) il lavoro autonomo; f) il licenziamento illegittimo; g) la responsabilità disciplinare.

*** Cultore di Diritto Costituzionale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Pisa - Dipartimento di Diritto Pubblico.**

1. II DECRETO LEGISLATIVO 25 MAGGIO 2017, N. 75: l'iter procedurale

Il Decreto Legislativo n.75/2017 recante “*Modifiche e integrazioni al decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ai sensi degli articoli 16, commi 1, lettera a), e 2, lettere b), c), d) ed e) e 17, comma 1, lettere a), c), e), f), g), h), l) m), n), o), q), r), s) e z), della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*” è stato pubblicato sulla GURI n. 130 del 7 giugno 2017 ed è entrato in vigore il 22 giugno 2017.

Il provvedimento si compone di 25 articoli suddivisi in nove Capi:

- Capo I - Disciplina delle fonti (artt. 1, 2 e 3);
- Capo II - Fabbisogni (artt. 4 e 5);
- Capo III-Reclutamento e incompatibilità (artt. 6, 7 e 8);
- Capo IV - Lavoro flessibile (art. 9);
- Capo V - Misure di sostegno alla disabilità (art. 10);
- Capo VI- Contrattazione (art. 11);
- Capo VII - Responsabilità disciplinare (articoli da 12 a 17);
- Capo VIII- Polo unico per le visite fiscali (art. 18);
- Capo IX - Disposizioni transitorie e finali (articoli da 19 a 259)

Preliminarmente occorre rilevare che l'adozione del decreto è stata preceduta dall'accordo siglato dalla Ministra per la Pubblica Amministrazione Madia con i principali sindacati del pubblico impiego CGIL, CISL e UIL in data 30 novembre 2016¹. In questo senso, quindi, si spiega l'introduzione nel testo del decreto di alcune disposizioni (vedasi gli articoli 20 sulla stabilizzazione dei precari, 22, comma 15 sulle progressioni interne tra le aree, 23 sul salario accessorio con forme di sperimentazione volte al superamento dei vincoli assunzionali in favore del meccanismo basato sulla sostenibilità finanziaria della spesa) che non trovano aggancio normativo ai principi della delega dettati dall'art.17 e che sembrano viceversa dettate per recepire il citato accordo.

¹ Consultabile su https://www.cisl.it/attachments/article/4216/accordo_pubblico_impiego.pdf.

L'Accordo si compone di una premessa e di tre paragrafi: 1. Relazioni sindacali; 2. Parte normativa; 3. Parte economica; 4. Monitoraggio dell'attuazione della riforma della pubblica Amministrazione.

Di particolare rilievo la premessa dell'Accordo che riconosce nei lavoratori “*il motore del buon funzionamento della pubblica amministrazione*” e ritiene fondamentale, per accrescere la produttività del settore pubblico finalizzata a migliorare i tempi di risposta e la qualità dei servizi offerti ai cittadini e alle imprese, che “*la riforma della pubblica amministrazione sia accompagnata dal rinnovo dei contratti di lavoro dei pubblici dipendenti, nonché gli atti relativi al personale pubblico non contrattualizzato, dal riequilibrio del rapporto tra legge e contratto, in tutti i settori, aree e comparti di contrattazione, e da una ripresa delle relazioni sindacali, che contribuiscano ad un innalzamento dei livelli di produttività, analogamente a quanto avviene nel settore privato.*”

Questi fattori rappresentano un elemento determinante nella stagione di riforma delle Pubbliche Amministrazioni nonché per la coesione sociale”. L'Accordo impegna quindi il Governo ad attuarne i contenuti “nei testi legislativi e di finanza pubblica e negli atti di indirizzo”.

In un caso, poi, come si dirà più diffusamente in seguito, si è voluto modificare la normativa vigente (v. art.21 del decreto 75/2017 che integra l'art.63 , comma 2 del Tupo) senza che vi fosse un espresso aggancio alla delega, al fine di riaffermare la tesi più volte sostenuta dalla Ministra Madia dell'applicabilità ai dipendenti pubblici dell'art.18 dello Statuto dei lavoratori nella versione precedente alle modifiche apportate ad esso dalla riforma Fornero (Legge 92/2012) e dal decreto sul Jobs act (Decreto Lgs. n.23 del 2015).

Il testo del decreto ha ottenuto una valutazione sostanzialmente positiva da parte della Commissione speciale del Consiglio di Stato che nel **parere n.916 del 21 aprile 2017**² così si è espressa *“Le modifiche della disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione si inseriscono nel disegno di più ampio respiro perseguito dal legislatore delegante di riorganizzazione, razionalizzazione e ammodernamento della pubblica amministrazione, nello sforzo di dare piena ed effettiva attuazione ai principi di legalità, imparzialità e buon andamento, affermati dall'art. 97 della Costituzione, in una prospettiva non meramente organizzativa e quindi statica, ma finalmente dinamica ed operativa, volta cioè ad evidenziare, per un verso, il ruolo primario dei cittadini e delle imprese e, per altro verso, il ruolo servente della pubblica amministrazione e – per quanto riguarda in particolare l'oggetto dello schema in esame – dei dipendenti pubblici rispetto al perseguimento dei bisogni dei cittadini e delle imprese e quindi degli interessi pubblici, generali e/o particolari (in questo senso cfr., più ampiamente, il parere n. 515 del 24 febbraio 2016- Si tratta del parere reso dalla Commissione speciale sul c.d. “Decreto trasparenza” ora Decreto Lgs. n. 97/2016 attuativo l'art.7 della Legge Madia e che ha introdotto il c. d. F.O.I.A. all'italiana N.d.r).*

Non sono però mancati rilievi critici sul testo del provvedimento:

- mancata attuazione di alcune parti della delega³;
- rinvio per alcune materie (svolgimento prove concorsuali, fabbisogni di personale) a “linee guida” ministeriali che producono confusione normativa potendo essere assimilati

² reperibile sul sito della Giustizia amministrativa <http://www.giustizia-amministrativa.it>

³ Infatti, ben 7 dei 21 punti di delega contenuti nell'art.17 sono rimasti inattuati. Ci si riferisce in particolare alle previsioni delle seguenti lettere dell'art.17 della legge Madia:

- lett. b) (previsione di prove concorsuali che privilegino la capacità di risolvere casi pratici),
- lett. d) (soppressione del voto minimo di laurea),
- lett. i) (rilevazione delle competenze dei lavoratori pubblici),
- lett. p) (misure per promuovere il ricambio generazionale)
- lett. t) (separazione tra politica e gestione),
- lett. u) (razionalizzazione dei flussi informativi),
- lett. v) (riconoscimento di potestà legislativa alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome di Trento e di Bolzano sul pubblico impiego).

La lettera r) concernente la valutazione dei dipendenti pubblici, invece, come si è visto in precedenza, è stata attuata con il Decreto Lgs. n.74 del 2017. Per il testo della lettera r) v. nota 25.

alle linee guida in materia di contratti pubblici, che, se vincolanti, hanno natura di atti di regolazione con il *“possibile rischio che tali linee introducano esse stesse parte della disciplina delegata, al di fuori di qualsiasi controllo del Parlamento (attraverso le commissioni parlamentari, come previsto dalla legge delega n. 124 del 2015) e della stessa possibilità di sindacato da parte del giudice delle leggi (in ragione della natura non legislativa dell’atto che le contiene)”*;⁴

- una timida attuazione del principio della valorizzazione del titolo di dottore di ricerca (art.17, lett. f) che risulta ancorato alla facoltà delle amministrazioni di richiederlo in sede di indizione del concorso tra i requisiti previsti *“per specifici profili o livelli di inquadramento”*, salvo valutare tale titolo, *“ove pertinente, tra i titoli eventualmente rilevanti ai fini del concorso”*;
- carenza di un puntuale raccordo con le parallele riforme del lavoro privato (in primo luogo la c.d. legge Fornero, l. n. 92 del 2012, e quelle di cui al c.d. *Jobs act*, in particolare, d. lgs. n. 23 del 2015 e il d. lgs. n. 81 del 2015);
- necessità di un attento e costante monitoraggio sul funzionamento della riforma (la Commissione, a tal fine, suggerisce la creazione di una apposita “cabina di regia”);
- con riferimento alla clausola di invarianza finanziaria (che è divenuta ormai una costante di tutti i testi legislativi di questi anni) l’esigenza di un limitato, investimento (o re-investimento) finanziario: stante il rinvio del testo alle normative vincolistiche di natura finanziaria il Consiglio di Stato rinnova l’invito al Governo *“a conciliare l’esigenza – assolutamente prioritaria – di riduzione della spesa pubblica con una sua (parziale) riqualificazione, anche per il pubblico impiego, attraverso un modesto investimento (o, almeno, a un reinvestimento dei risparmi) “mirato”, che investa sull’efficacia delle misure, sul merito, sulla qualità e sulla riqualificazione, in grado di individuare e soddisfare le reali necessità funzionali ed operative delle amministrazioni”*.

In conclusione, il Consiglio di Stato ritiene che ***“sarebbe stato auspicabile un intervento ancor più organico e completo, tanto più che, per un verso, la delega legislativa ha già avuto una prima***

⁴ La Commissione, nel sottolineare che l’utilizzo delle linee-guida per disciplinare alcuni aspetti delle procedure concorsuali crea, sul punto, anche gravi problemi di coordinamento con l’attuale regolamento di cui al d.P.R. n. 487 del 1994, ribadisce che *“le linee guida costituiscono lo strumento tipico di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti, così che la previsione, anche in relazione alla sistematica delle fonti e alle puntuali disposizioni di legge che disciplinano l’esercizio del potere normativo secondario (l. n. 400 del 1988), non risulta giustificata, dovendo le pubbliche amministrazioni esercitare il potere normativo attraverso i tradizionali atti regolamentari, e il potere amministrativo di indirizzo attraverso atti amministrativi generali quali circolari e direttive”* e conclude che *“le linee guida o le linee direttive alle quali fa riferimento il testo in esame, non potendo che avere natura esclusivamente amministrativa, debbano assumere le forme tipiche degli ordinari atti amministrativi generali (circolari, direttive, etc.), rispettando i relativi procedimenti di formazione e approvazione.”* Il testo definitivo del Decreto, sul punto, è stato corretto e riporta il riferimento a *“linee di indirizzo”*(art.4. comma 3 sui fabbisogni del personale) o a *“linee guida di indirizzo amministrativo”* (art.6, comma 1, lett. e) sullo svolgimento di prove concorsuali.

parziale attuazione (d. lgs. 20 giugno 2016, n. 116, in materia di licenziamento disciplinare) e che, per altro verso, la disciplina contenuta nello schema di decreto in esame presenta spiccati caratteri di innovatività rispetto alla precedente regolamentazione del d. lgs. n. 165 del 2001, a cominciare dalla normativa sul rapporto di lavoro a tempo determinato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni e, in generale, sulle assunzioni nel pubblico impiego, passando per la riforma del procedimento disciplinare, fino alla tutela del lavoratore illegittimamente licenziato”.

Acquisiti i pareri del Consiglio di Stato, valutato positivamente il parere della Conferenza unificata del 6 aprile 2017 e preso atto dei contenuti dell'intesa sancita il 6 aprile 2017 dalla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, in attuazione della sentenza della Corte costituzionale n. 251 del 2016, il Parlamento, attraverso la Commissione parlamentare permanente “Affari Costituzionali” del Senato (v. **resoconto sommario del 3 maggio 2017**⁵) si è espresso favorevolmente sul testo del decreto ponendo alcune condizioni e formulando alcune osservazioni in buona parte recepite nel testo finale.

Tra le condizioni apposte al parere, la Commissione, richiamandosi al citato parere del Consiglio di Stato, ha segnalato la necessità di chiarire in maniera più opportuna, nel decreto legislativo, *“la disciplina delle "linee guida", delle "linee di indirizzo" o come meglio indicate, per chiarire la loro collocazione nel sistema delle fonti, la loro compatibilità con quest'ultimo e la loro sicura collocazione negli atti amministrativi generali, dal momento che sarebbe contra legem se assumessero una natura sostanzialmente regolamentare (per di più, spesso, natura di regolamenti indipendenti)”*. Tra le osservazioni formulate, oltre alla valorizzazione del titolo di dottore di ricerca pertinente con il profilo concorsuale richiesto e ad altre indicazioni/suggerimenti in tema di stabilizzazione del precariato e di procedimento disciplinare, merita sottolineare l’invito rivolto al governo affinché siano riconsiderate *“le disposizioni del Capo I e del Capo VI del provvedimento, relativi, rispettivamente, alla disciplina delle fonti e alla contrattazione, al fine di dare piena attuazione all'impegno assunto nell'ambito dell'accordo stipulato con le organizzazioni sindacali il 30 novembre 2016, con riferimento agli ambiti di competenza, rispettivamente, della legge e della contrattazione, privilegiando la fonte contrattuale quale luogo naturale per la disciplina del rapporto di lavoro, dei diritti e delle garanzie dei lavoratori, nonché degli aspetti organizzativi a questi direttamente pertinenti.”*

2. GLI ASPETTI SALIENTI DEL DECRETO

⁵http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=SommComm&leg=17&id=01021939&part=doc_dc&parse=no&stampa=si&toc=no

a) La disciplina delle fonti (artt. 2, 5 e 30 del TUpi).

Il Capo I del decreto in esame è intitolato alla disciplina delle fonti e contiene i primi tre articoli che intervengono in maniera incisiva nel sistema modificando gli articoli 2, 5 e 30 del TUpi.

Nel dettaglio l'**art.1** del decreto modifica nuovamente l'art.2 del TUpi e attua una inversione di tendenza rispetto alla rilegificazione della materia operata con il Decreto Brunetta n.150/2009 : il novellato art. 2, comma 2 del d.lgs.165/2001 prevede, infatti, che i contratti o gli accordi collettivi nazionali possono derogare a disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducono o **che già abbiano introdotto** una disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Si tratta di un'affermazione che risponde a esigenze di coordinamento normativo rispetto alle disposizioni di cui al decreto 150 del 2009 e non è un'affermazione di poco conto, considerato che l'effetto derogatorio delle previsioni contrattuali rispetto a quelle delle fonti legislative non riguarderà solo le nuove leggi introdotte dopo l'entrata in vigore del decreto di riforma, ma anche quelle precedenti.

Pur tuttavia la deroga è limitata **esclusivamente** alle materie affidate alla contrattazione collettiva ai sensi dell'art.40 , comma 1 e nei limiti dei "principi" stabiliti dal Testo Unico.

La previsione in base alla quale la derogabilità da parte della fonte contrattuale è ammessa solo se espressamente prevista dalla legge introdotta nel 2009 viene sostituita dal riferimento al rispetto dei principi del TUPI.

Questo risultato è ottenuto a seguito della soppressione, al comma 2 dell'art.2 del dettato **"solo qualora ciò sia espressamente previsto dalla legge"**, riferito alla inapplicabilità delle disposizioni di legge, regolamento o statuto da parte del contratto o accordo collettivo.

Inoltre, come si è visto, la derogabilità deve muoversi non solo nell'ambito delle materie attribuite alla contrattazione collettiva **nazionale** (parola aggiunta dall'art.1, comma 1 lett.c) del D.lgs. n.75/2017) ai sensi dell'art. 40, comma1 del TUpi, ma essa è circoscritta anche nei limiti dei "*principi*" del testo unico stesso.

Sebbene, quindi, l'attuale versione dell'art.2, comma 2 del TUpi mantenga il carattere di imperatività alle disposizioni ivi contenute, il citato riferimento al rispetto dei "*principi*", sembrerebbe "*voler valorizzare un nesso di coordinazione ed integrazione funzionale (più che di gerarchia) se non sussidiarietà, nel rapporto tra fonte statale ed atto sindacale*" (cfr. Servizio Studi Senato, Schede di lettura atto del Governo n. 393).⁶

⁶ E' opportuno rilevare che il Servizio Studi del Senato e il Servizio Studi della Camera dei Deputati (v. Dossier congiunto contenente le schede di valutazione del testo del Governo) hanno sollevato problemi di conformità dell'art.1

I successivi articoli 2 e 3 del Decreto Lgs. n.75/2017 intervengono a novellare gli artt. 5 e 30 del Tupo dedicati, rispettivamente, al potere di organizzazione degli uffici e alla mobilità del personale.

L'art. 5, comma 2 del Tupo, nel testo precedente alle modifiche prevedeva che le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e la gestione dei rapporti di lavoro sono assunte **in via esclusiva** dagli organi preposti alla gestione (dirigenti) con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro fatta salva la sola **informazione** ai sindacati in merito all'organizzazione degli uffici o **l'esame congiunto** delle misure relative ai rapporti di lavoro nei casi in cui ciò fosse previsto dai contratti collettivi di lavoro. Il nuovo testo del comma 2 dell'articolo ribadisce le prerogative dirigenziali in tema di organizzazione e gestione del lavoro, **elimina l'esame congiunto** ma introduce l'obbligo di informazione o di altre forme di partecipazione sindacale previste dai contratti collettivi nazionali di lavoro ai sensi dell'art.9.⁷

Per quanto attiene all'istituto della mobilità normato dall'art.30 del Tupo, le modifiche ad esso apportate dall'art.3 del Decreto **consentono alla contrattazione collettiva di integrare le procedure e i criteri generali che disciplinano sia la mobilità volontaria** e cioè il passaggio diretto del dipendente ad altra amministrazione attivato su domanda del dipendente stesso (art.30, comma1) che **il trasferimento d'ufficio** disposto all'interno dell'amministrazione di appartenenza ovvero in altra amministrazione presso sedi collocate a distanza non superiore a cinquanta chilometri dalla sede cui è adibito il lavoratore (art. 30, comma 2).

in relazione ai criteri di delega, osservando che *“la disciplina della contrattazione collettiva nel pubblico impiego e dei rapporti tra questa e la legge, non figura tra le materie di cui all'articolo 17 della legge-delega n.124 del 2015”* e hanno suggerito di valutare *“se l'introduzione di modifiche a tale disciplina sia riconducibile alle finalità di cui alle lettere b) e c) dell'articolo 16, della legge-delega n.124/2015”*.

⁷ Il testo dell'art.9 “Partecipazione sindacale” così recita: *“Fermo restando quanto previsto dall'art. 5, comma 2, i contratti collettivi nazionali disciplinano le modalità e gli istituti della partecipazione”*.

Si segnala che con la **Direttiva P.C.M n.39110 del 6.07.2017** emanata ai sensi degli artt. 41 e 47 del Tupo, il Governo ha fornito all'ARAN le indicazioni sul rinnovo dei contratti di lavoro dei pubblici dipendenti .

Sul tema dell'assetto delle fonti, nell'illustrare le novità di cui al Decreto Lgs. n.75 del 2017, sono state ribadite quelle limitazioni, già introdotte con il Lgs. 150 del 2009 (Decreto Brunetta), che sottraggono alla contrattazione collettiva le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione del rapporto di lavoro: *“a maggiore specificazione, continuano, pertanto, ad essere escluse dalla contrattazione collettiva materie quali l'articolazione dell'orario di lavoro, compresi turnazioni e reperibilità, nonché l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici”*. Per quanto concerne gli ambiti relativi all'organizzazione del lavoro, l'atto di indirizzo precisa che questo è sì un ambito precluso alla contrattazione, ma che è ammissibile, a differenza di quanto previsto dal decreto Lgs. 150 del 2009, *“una forma di coinvolgimento delle organizzazioni sindacali, che non sia esclusivamente limitata alla informazione. Compito della contrattazione nazionale sarà, dunque, quello di declinare le tipologie e le corrispondenti modalità dei modelli partecipativi, a tal fine prevedendo, oltre alla informazione, anche ambiti di consultazione sindacale.”* La contrattazione nazionale dovrà quindi rivedere la disciplina dell'**informazione** e della **consultazione**: la prima deve garantire la possibilità alle parti sindacali di procedere a una completa valutazione delle misure proposte e richiede perciò tempi, modi e contenuti adeguati; la seconda deve consentire ai soggetti sindacali di esprimere un parere al fine di cercare di influenzare le misure proposte dall'amministrazione e potrà essere effettuata con diverse modalità di svolgimento, più o meno agili a seconda del tipo di decisione da assumere.

La Direttiva è disponibile al seguente link: <http://www.quotidianosanita.it/allegati/allegato8134288.pdf>

L'ambito di operatività della contrattazione collettiva ne risulta ampliato stante la circostanza che la materia in questione era stata sinora esclusa dal novero di quelle previste dall'art.40, comma 1.

Il comma 2 dell'art. 30 specifica però, coerentemente con il sistema delle fonti ex art. 2, comma 2, del Tupo, che sono **nulli eventuali accordi, atti o clausole contrattuali in contrasto con le norme che disciplinano la mobilità volontaria e il trasferimento d'ufficio contenute nel Testo Unico,** norme che, dettagliano in modo estremamente minuzioso la materia de quo, lasciando evidentemente ben poco spazio alla contrattazione.

b) La contrattazione collettiva (artt. 40 del Tupo e 23 D.lgs. n.75/2017)

L'art.11 del decreto ⁸interviene sull'art.40, comma 1 ridefinendo gli spazi di operatività e derogabilità della contrattazione collettiva ex art.2, comma 2 del Tupo con un formulazione ampliata rispetto a quella di cui al D.lgs. n.150 del 2009, recuperando il precedente testo del d.lgs. n. 165 del 2001. La norma così novellata affida alla fonte negoziale la disciplina del rapporto di lavoro e delle relazioni sindacali e stabilisce che la contrattazione collettiva è consentita nei limiti previsti dalle norme di legge nelle materie relative alle **sanzioni disciplinari**, alla **valutazione delle prestazioni** ai fini della corresponsione del trattamento accessorio e alla **mobilità**. Nel testo attuale sparisce il riferimento alle **progressioni economiche**⁹ che dunque rientrano nell'ambito delle materie che la contrattazione collettiva potrà disciplinare anche in deroga a disposizioni normative di diverso tenore ex art.2, comma 2 del Tupo. Si conferma, inoltre, l'espressa esclusione dalla sfera del negoziabile di una serie di materie elencate dall'art. 40, comma 1 e cioè:

⁸ L'articolo in esame attua, per quanto concerne le norme che intervengono sulla contrattazione integrativa, il criterio direttivo di cui all'articolo 17, comma 1, lett. h), della L. 124/2015, che delega il Governo ad adottare una serie di misure in materia di contrattazione integrativa. La delega prevede di: rafforzare la funzione di assistenza riconosciuta all'ARAN in materia; procedere ad una concentrazione delle sedi in cui si svolge la contrattazione medesima, ad una revisione del relativo sistema dei controlli e ad un potenziamento degli strumenti di monitoraggio; definizione dei termini e delle modalità di svolgimento della funzione di consulenza e delle materie escluse dalla contrattazione integrativa (anche al fine di assicurare la semplificazione amministrativa, la valorizzazione del merito e la parità di trattamento tra categorie omogenee, nonché di accelerare le procedure negoziali).

⁹ Si ricorda che il legislatore è intervenuto sulle progressioni economiche prima con l'art.23 del Decreto Lgs. 150 del 2009 (Decreto Brunetta) e successivamente con l'art.9, comma 21 del D.L. 31 maggio 2010, n.78 "*Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*" convertito nella Legge L. 30 luglio 2010, n. 122. In particolare l'art.23 del Decreto Brunetta, nel richiamare sul punto l'art.52, comma 1 bis del Tupo, prevede il riconoscimento delle progressioni economiche "*sulla base di quanto previsto dai contratti collettivi nazionali e integrativi di lavoro e nei limiti delle risorse disponibili*" e ne dispone l'attribuzione al personale "*in modo selettivo, ad una quota limitata di dipendenti, in relazione allo sviluppo delle competenze professionali ed ai risultati individuali e collettivi rilevati dal sistema di valutazione*". L'art.9, comma 21 del D.L. n.78 del 2010 ha poi precisato che "*.....OMISSIS.....Per il personale contrattualizzato le progressioni di carriera comunque denominate ed i passaggi tra le aree eventualmente disposte negli anni 2011, 2012 e 2013 hanno effetto, per i predetti anni, ai fini esclusivamente giuridici.*" Con il regolamento di cui al D.P.R. 4 settembre 2013, n. 122, la valenza ai soli fini giuridici delle progressioni è stata prorogata sino al **31 dicembre 2014**, termine poi ulteriormente prorogato al **31 dicembre 2015** dalla Legge di stabilità 2015 (art.1, comma 256 della Legge 23 dicembre 2014, n. 190).

- le materie attinenti all'organizzazione degli uffici;
- le materie oggetto di partecipazione sindacale ai sensi dell'articolo 9 del TUPI);
- le materie afferenti alle prerogative dirigenziali ai sensi degli **articoli 5, comma 2, 16 e 17**;
- la materia del conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali;
- le materie ex art. 2, comma 1, lettera c) della legge 421/1992 da sempre assoggettate a principi e regole pubblicistiche perché attinenti ai profili di macro – organizzazione.

Per quanto i rapporti tra i livelli di contrattazione, l'art.40 prevede due autonomi livelli di contrattazione collettiva: **la contrattazione collettiva nazionale** definita di comparto,¹⁰ che disciplina, in coerenza con il settore privato, *“la durata dei contratti collettivi nazionali e integrativi, la struttura contrattuale e i rapporti tra i diversi livelli”* e **la contrattazione collettiva integrativa**, attivata autonomamente da ciascuna pubblica amministrazione, che si svolge *“sulle materie e nei limiti stabiliti dai contratti collettivi nazionali, tra i soggetti e con le procedure negoziali che questi ultimi prevedono.”*

La formulazione originaria del comma 3 dell'articolo 40, prima delle modifiche di cui al Decreto Lgs.150 del 2009, stabiliva che la contrattazione collettiva integrativa, che può avere ambito territoriale e riguardare più amministrazioni, dovesse attuarsi *“nel rispetto dei vincoli di bilancio risultanti dagli strumenti di programmazione annuale e pluriennale”*.

A chiusura del sistema si precisava altresì che *“Le pubbliche amministrazioni **non possono sottoscrivere in sede decentrata contratti collettivi integrativi in contrasto con vincoli risultanti***

¹⁰ L'art.40, comma 2 del Tupo dispone che, tramite appositi accordi tra l'ARAN e le Confederazioni rappresentative, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, sono definiti fino a un massimo di quattro comparti di contrattazione collettiva nazionale (nell'ambito dei quali possono essere costituite apposite sezioni contrattuali per specifiche professionalità), cui corrispondono non più di quattro separate aree per la dirigenza. Una apposita area o sezione contrattuale di un'area dirigenziale riguarda la dirigenza del ruolo sanitario del Servizio sanitario nazionale, per gli effetti di cui all'art. 15 del D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, e successive modificazioni. In data 13 luglio 2016 ARAN e OO.SS. hanno sottoscritto il CCNQ per la definizione dei comparti e delle aree di contrattazione collettiva nazionale, in base al quale i nuovi comparti sono:

- **funzioni centrali** (nel quale confluiscono i comparti Ministeri, Agenzie fiscali, Enti pubblici non economici ed altri enti);
- **funzioni Locali** (che corrisponde al comparto Regioni-autonomie locali);
- **istruzione e ricerca** (nel quale sono compresi i comparti Scuola, Accademie e conservatori, Università, Enti pubblici di ricerca ed altri enti);
- **Sanità**.

Le nuove aree dirigenziali sono:

- **area delle Funzioni centrali**, comprendente i dirigenti delle amministrazioni che confluiscono nel comparto Funzione centrali, cui si aggiungono i professionisti e i medici degli enti pubblici non economici;
- **area delle Funzioni locali**, nel quale trovano collocazione i dirigenti degli enti del comparto Funzioni locali; i dirigenti amministrativi, tecnici e professionali degli enti ed aziende del comparto Sanità; i segretari comunali e provinciali;
- **area dell'istruzione e della ricerca**, comprendente i dirigenti del comparto Istruzione e ricerca;
- **area della Sanità**, all'interno del quale sono collocati i dirigenti degli enti ed aziende del comparto Sanità, ad eccezione dei dirigenti amministrativi, tecnici e professionali.

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”.

L'articolato normativo, che era stato pensato in coerenza con il disegno della riforma “federalista” di cui alla Legge Costituzionale n. 3/2001 al fine di garantire il decentramento amministrativo e l'autonomia delle Regioni e agli Enti locali e che si basava su una fitta rete di controlli interni ed esterni, non ha però retto alle spinte degenerative che hanno ampliato a dismisura i costi del personale incidendo negativamente sulla tenuta delle finanze pubbliche.

Il legislatore è stato quindi costretto a intervenire e l'ha fatto introducendo, con l'art.17, comma 2 della Legge n.448/2001 (Legge finanziaria 2002), l'**art.40 bis** che prevedeva la **nullità** degli accordi integrativi in caso di riscontrata incompatibilità di questi ultimi con i vincoli di bilancio delle amministrazioni; successivamente il **D.L. 25/6/2008 n. 112** come convertito dalla L. n. 133 del 6 agosto 2008 ha modificato ulteriormente e incisivamente la materia riformando il procedimento di contrattazione collettiva contenuto nell'art.47 del Tupi.¹¹

Ciò nonostante, perdurando una situazione di persistente sfornamento della spesa pubblica, sanzionata più volte dai giudici contabili con particolare riferimento alla responsabilità erariale derivante dall'illegittima costituzione dei fondi destinati alla contrattazione integrativa e/o dalle illegittime modalità di erogazione degli stessi,¹² l'argomento è stato oggetto di ulteriori modifiche

¹¹ Il comma 6 dell'art.47 come modificato dall'art.67, comma 7 lett. a) del D.L. n. 112/2008 convertito dalla L. n. 133 del 6 agosto 2008 prevede, infatti, che:

6. In caso di certificazione non positiva della Corte dei Conti le parti contraenti non possono procedere alla sottoscrizione definitiva dell'ipotesi di accordo. Il Presidente dell'Aran, sentito il Comitato di settore ed il Presidente del Consiglio dei Ministri, provvede alla riapertura delle trattative ed alla sottoscrizione di una nuova ipotesi di accordo adeguando i costi contrattuali ai fini della certificazione. In seguito alla sottoscrizione della nuova ipotesi si riapre la procedura di certificazione prevista dai commi precedenti. Nel caso in cui la certificazione non positiva sia limitata a singole clausole contrattuali l'ipotesi può essere sottoscritta definitivamente ferma restando l'inefficacia delle clausole contrattuali non positivamente certificate”;

Il successivo comma 7, nel testo risultante dalle modifiche apportate dal D.L. 112/2008 convertito in L. 133/2008 anteriormente al D.lgs. 150/2009 che, all'art.59, ha sostituito l'intero articolato, prevedeva che “**La procedura di certificazione dei contratti collettivi deve concludersi entro quaranta giorni dalla sottoscrizione dell'ipotesi di accordo decorsi i quali i contratti sono efficaci**”.....**OMISSIS**.....e che “**In ogni caso i contratti per i quali non si sia conclusa la procedura di certificazione divengono efficaci trascorso il cinquantacinquesimo giorno dalla sottoscrizione dell'ipotesi di accordo**”.

¹² Cfr. Corte dei Conti - Sez. Giur. Trentino Alto Adige 12 febbraio 2007, n. 6; id. 4 aprile 2008, n. 2; id. Lombardia 8 luglio 2008, n. 457; id. Toscana 23 aprile 2009, n. 250; id. Sezioni Riunite delibera 17 dicembre 2009, n. 41 e id. Sez. Giur. Basilicata 13 maggio 2010, n. 123 in www.lexitalia.it con nota di A. SANTOPIETRO “*Gli ambiti della giurisdizione contabile in materia di danno da contrattazione decentrata*”. <http://docplayer.it/56404892-Commento-di-angela-santopietro-gli-ambiti-della-giurisdizione-contabile-in-materia-di-danno-da-contrattazione-decentrata.html>

Sulla responsabilità erariale dei funzionari pubblici che hanno sottoscritto contratti collettivi “nulli” per contrasto con le clausole del contratto collettivo nazionale, ovvero comunque fonti di danno patrimoniale per l'ente per avere elargito somme senza alcun ritorno in termini di utilità corrispettiva per l'amministrazione datrice di lavoro v. anche L.BUSICO, *La responsabilità erariale dei sindacati per i danni da contrattazione integrativa illegittima* in www.lexitalia.it che affronta, in particolare, il tema della responsabilità erariale delle delegazioni di parte sindacale nella stipula di contratti collettivi di questo genere <http://www.lisug.it/IMG/pdf/la-responsabilita-erariale-dei-sindacati.pdf> .

normative ad opera del Decreto Brunetta(D.lgs. n.150/2009):l'art.54 di tale decreto ha sostituito integralmente i primi tre commi dell'art.40, aggiungendo al testo i commi 3-bis, 3-ter, 3-quater, 3-quinquies, 3-sexies.

Ne deriva un quadro normativo in base al quale la contrattazione collettiva stabilisce le materie, i vincoli di tempo e i limiti della contrattazione collettiva decentrata che le pubbliche amministrazioni attivano autonomamente *“nel rispetto dell'art.7, comma 5¹³ e dei vincoli di bilancio risultanti dagli strumenti di programmazione annuale e pluriennale di ciascuna amministrazione”*.

Allo scopo di assicurare *“adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici, incentivando l'impegno e la qualità della performance”* si prevede che la contrattazione integrativa debba destinare *“al trattamento economico accessorio collegato alla performance individuale una quota prevalente del trattamento accessorio complessivo comunque denominato” (art.40 comma 3bis)* mentre il comma 3-quinquies sancisce che:

“Le pubbliche amministrazioni non possono in ogni caso sottoscrivere in sede decentrata contratti collettivi integrativi in contrasto con i vincoli e con i limiti risultanti dai contratti

La questione è insorta in relazione ad alcune pronunce della magistratura contabile, avallate in sede di giurisdizione ordinaria dalle SS.UU. della Corte di Cassazione, che hanno ritenuto di estendere la giurisdizione contabile anche a soggetti, che, pur essendo estranei all'amministrazione danneggiata, vi fossero incardinati a qualsiasi titolo e a qualsiasi titolo esercitassero in modo continuativo attività rette da regole proprie dell'azione amministrativa. Sul tema è intervenuta recentemente la Corte dei Conti, Sez. centrale di appello che con sentenza 17.05.2017, n.175 ha chiarito il ruolo dei rappresentanti sindacali componenti delle delegazioni trattanti precisando che *“i rappresentanti sindacali,OMISSIS..... non sono in rapporto di servizio con l'amministrazione quando esercitano la funzione sindacale e la delegazione di parte pubblica ben può - ed anzi deve - dirigere la contrattazione decentrata nei binari corretti delle normative, non potendo certamente sottostare a proposte avulse dal contesto normativo in materia o cedere a pressioni rivendicative di categoria”*. Dall'affermazione dell'insussistenza del rapporto di servizio con l'amministrazione danneggiata ne deriva l'impossibilità giuridica di estendere ai sindacati la responsabilità erariale che fa carico esclusivamente sui componenti di parte pubblica, sull'organo di governo che ha autorizzato la sottoscrizione del contratto “nullo”, e, da ultimo, sulle figure dirigenziali cui incombe l'obbligo di non dare applicazione ai contratti decentrati che violino le previsioni dei contratti collettivi nazionali.

Per ulteriori fattispecie di danno erariale riconducibili alla distribuzione c.d. “a pioggia” e cioè non collegata ad effettivi miglioramenti dell'efficacia ed efficienza dei servizi resi v. Corte dei conti, Sez. Giur. Campania 27 luglio 2017, n.313. Si segnala, inoltre, sulla questione della sottoscrizione di contratti decentrati stipulati in ritardo rispetto all'anno o agli anni successivi di riferimento Corte dei conti, Sez. Autonomie, deliberazione 28 settembre, n.2017, che rispondendo a un quesito posto dalla Conferenza delle Regioni, ha ritenuto non coerente con le norme giuscontabili e con i principi di sana gestione finanziaria l'erogazione del salario accessorio non correlata ad una programmazione basata su criteri predeterminati ex ante e misurabili ex post, criteri che devono essere definiti all' inizio e non alla fine della gestione finanziaria.

Per un'attenta e puntuale ricostruzione sistematica del rapporto tra la contrattazione collettiva nazionale e la contrattazione decentrata con particolare riguardo agli aspetti connessi alla “nullità” delle clausole del contratto decentrato per violazione dei limiti previsti dal contratto collettivo. cfr. P.COSMAI *“Riforma Madia:nuova ma non troppo la gerarchia delle fonti e la contrattazione collettiva del pubblico impiego”* in *Azienditalia* 7/2017, pag.396 e ss. <http://docplayer.it/57442763-Riforma-madia-nuova-ma-non-troppo-la-gerarchia-delle-fonti-e-la-contrattazione-collettiva-del-pubblico-impiego.html>

¹³ L'art.7, comma 5 del Tupi prevede che *“Le amministrazioni pubbliche non possono erogare trattamenti economici accessori che non corrispondano alle prestazioni effettivamente rese.”*

collettivi nazionali o che disciplinano materie non espressamente delegate a tale livello negoziale ovvero che comportano oneri non previsti negli strumenti di programmazione annuale e pluriennale di ciascuna amministrazione. Nei casi di violazione dei vincoli e dei limiti di competenza imposti dalla contrattazione nazionale o dalle norme di legge, le clausole sono nulle, non possono essere applicate e sono sostituite ai sensi degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile. In caso di accertato superamento di vincoli finanziari da parte delle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, del Dipartimento della funzione pubblica o del Ministero dell'economia e delle finanze è fatto altresì obbligo di recupero nell'ambito della sessione negoziale successiva".

Il Decreto Brunetta è intervenuto inoltre anche sul fronte dei controlli prevedendo (art.40 bis come sostituito dall'art. 55 comma 1 del D.Lgs. n. 150 del 27/10/2009) un sistema di verifica della compatibilità dei costi della contrattazione collettiva integrativa con i vincoli di bilancio e con quelli derivanti dall'applicazione delle norme di legge, ***“con particolare riferimento alle disposizioni inderogabili che incidono sulla misura e sulla corresponsione dei trattamenti accessori”***, sistema la cui attuazione è demandata agli organismi interni di controllo (collegio dei revisori dei conti, collegio sindacale, uffici centrali di bilancio o analoghi organi previsti dai rispettivi ordinamenti).

A chiusura il comma 7 del citato art.40 bis prescrive che la violazione delle disposizioni contenute nello stesso articolo comporta, oltre alle sanzioni previste dall'articolo 60, comma 2¹⁴, il divieto per le amministrazioni incorse nella violazione ***“di procedere a qualsiasi adeguamento delle risorse destinate alla contrattazione integrativa”***.

Il problema derivante dallo sfioramento dei vincoli finanziari da parte delle amministrazioni, in particolar modo degli enti locali, però non è stato risolto e, al fine di scongiurare azioni di recupero nei confronti dei singoli dipendenti per i quali il contratto collettivo assume efficacia *erga omnes* (v. art.2, comma 3 del Tupi), indipendentemente dall'iscrizione al sindacato stipulante, **l'art.4 del D.L.**

¹⁴ Art.60, comma 2 così recita:

“Le amministrazioni pubbliche presentano, entro il mese di maggio di ogni anno, alla Corte dei conti, e alla Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento della funzione pubblica, per il tramite del Dipartimento della ragioneria generale dello Stato ed inviandone copia alla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica, il conto annuale delle spese sostenute per il personale, rilevate secondo il modello di cui al comma 1. Il conto è accompagnato da una relazione, con cui le amministrazioni pubbliche espongono i risultati della gestione del personale, con riferimento agli obiettivi che, per ciascuna amministrazione, sono stabiliti dalle leggi, dai regolamenti e dagli atti di programmazione. La mancata presentazione del conto e della relativa relazione determina, per l'anno successivo a quello cui il conto si riferisce, l'applicazione delle misure di cui all'articolo 30, comma 11, della legge 5 agosto 1978, n. 468, e successive modificazioni ed integrazioni *(si tratta del mancato adempimento degli obblighi contabili previsti a carico della amministrazioni di cui allo stesso articolo che è sanzionata con il mancato versamento di fondi dello Stato N. d. r.)*. Le comunicazioni previste dal presente comma sono trasmesse, a cura del Ministero dell'economia e delle finanze, anche all'Unione delle province d'Italia (UPI), all'Associazione nazionale dei comuni italiani (ANCI) e all'Unione nazionale comuni, comunità, enti montani (UNICEM), per via telematica”.

6 marzo 2014, n.16 convertito nella Legge 2 marzo 2014, n. 68 recante “Misure conseguenti al mancato rispetto di vincoli finanziari posti alla contrattazione collettiva e all’utilizzo dei relativi fondi” (**c.d. “Decreto Salva Roma”**), ha prescritto agli enti responsabili della violazione dei vincoli finanziari imposti alla contrattazione collettiva integrativa di :

1. recuperare integralmente le somme indebitamente erogate, a valere sui fondi destinati alla contrattazione integrativa del personale dirigenziale e non dirigenziale, riassorbendole gradualmente con quote annuali e per un numero massimo di annualità corrispondente a quelle in cui si è verificato lo “sforamento”;
2. adottare “piani di riorganizzazione” con riduzioni della dotazione organica del personale dirigenziale e della spesa complessiva del personale non dirigenziale in misura, rispettivamente, non inferiore al 20% e al 10%;
3. trasmettere alla presidenza del Consiglio dei ministri, al Ministero dell’Economia e delle finanze, e al Ministero dell’Interno una relazione illustrativa e una relazione tecnico-finanziaria che rendano noto, con riferimento alla violazione dei vincoli finanziari, l’adozione dei piani di riorganizzazione e le specifiche misure per il contenimento della spesa di cui al punto 2;
4. compensare per le Regioni e gli enti locali che hanno rispettato il patto di stabilità, le somme da recuperare anche attraverso l’utilizzo di risparmi derivanti dall’adozione delle misure di razionalizzazione sopra indicate.

Infine, il comma 3 del citato art.4 ha stabilito che la nullità delle clausole contrattuali adottate in violazione dei vincoli finanziari prevista dall’art.40, comma 3 *quinquies* non trovi applicazione, con riferimento ai soli atti di utilizzo dei fondi adottati anteriormente ai termini di adeguamento previsti dall’articolo 65 del D.Lgs. 150/2009(cioè fino al 31 dicembre 2012), a condizione che le regioni e gli enti locali:

- abbiano rispettato il patto di stabilità interno;
- non abbiano superato i vincoli finanziari per la costituzione dei fondi (con conseguente assenza del riconoscimento giudiziale di responsabilità erariale);
- abbiano rispettato la vigente disciplina in materia di spese ed assunzione di personale;
- abbiano rispettato le disposizioni di cui all’articolo 9 del D.L. n. 78/2010 (che ha recato una serie di interventi volti al contenimento delle spese in materia di impiego pubblico).

Con la legge di stabilità 2016 (**Legge 28 dicembre 2015, n.208 “Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato”**), si è consentito alle Regioni e agli enti locali che avessero conseguito gli obiettivi di finanza pubblica di “*compensare le somme da recuperare di cui*

al primo periodo del comma 1 dell'articolo 4 del decreto-legge 6 marzo 2014, n. 16, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 maggio 2014, n. 68, anche attraverso l'utilizzo dei risparmi effettivamente derivanti dalle misure di razionalizzazione organizzativa adottate ai sensi del comma 221, certificati dall'organo di revisione, comprensivi di quelli derivanti dall'applicazione del comma 228”(art.1 comma 226).

Il Decreto Lgs. n.75/2017, fermo il principio secondo il quale la contrattazione collettiva integrativa ha l'obbligo di rispettare i vincoli di bilancio risultanti dalla programmazione annuale e pluriennale di ciascuna amministrazione, tiene conto dei vari interventi normativi che si sono succeduti sull'argomento **reformulando il comma 3quinqies dell'art.40, sesto periodo** come segue:

*“In caso di superamento di vincoli finanziari accertato da parte delle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, del Dipartimento della funzione pubblica o del Ministero dell'economia e delle finanze è fatto altresì **obbligo di recupero** nell'ambito della sessione negoziale successiva, con quote annuali e per un numero massimo di annualità corrispondente a quelle in cui si è verificato il superamento di tali vincoli. Al fine di non pregiudicare l'ordinata prosecuzione dell'attività amministrativa delle amministrazioni interessate, salvo che l'amministrazione non disponga la proroga dei piani di recupero ai sensi della legislazione vigente, **la quota del recupero non può eccedere il 25%** delle risorse destinate alla contrattazione **integrativa ed il numero di annualità di cui al periodo precedente**, previa certificazione degli organi di controllo di cui all'articolo 40-bis, comma 1, è **corrispondentemente incrementato**. **In alternativa** a quanto disposto dal periodo precedente, le regioni e gli enti locali possono prorogare il termine per procedere al recupero delle somme indebitamente erogate, per un periodo non superiore a cinque anni, a condizione che adottino o abbiano adottato le misure di contenimento della spesa di cui all'art. 4, comma 1, del decreto-legge 6 marzo 2014, n. 16, dimostrino l'effettivo conseguimento delle riduzioni di spesa derivanti dall'adozione di misure di razionalizzazione relative ad altri settori anche con riferimento a processi di soppressione e fusione di società, enti o agenzie strumentali. Le regioni e gli enti locali forniscono la dimostrazione di cui al periodo precedente con apposita relazione, corredata del parere dell'organo di revisione economico-finanziaria, allegata al conto consuntivo di ciascun anno in cui è effettuato il recupero.”*

All'art.40 vengono inoltre introdotti *ex novo* inoltre i **commi 4bis e 4 ter**.

Il primo (**comma 4 bis**) stabilisce l'obbligo per i contratti collettivi nazionali di lavoro di prevedere apposite clausole che impediscano incrementi della consistenza complessiva delle risorse destinate ai trattamenti economici accessori, nei casi in cui i dati sulle assenze rilevati a consuntivo,

evidenzino significativi scostamenti rispetto a dati medi annuali nazionali o di settore, anche in riferimento a determinati periodi in cui è necessario assicurare continuità nell'erogazione del servizio pubblico o, comunque, in continuità con le giornate festive o di riposo settimanale.¹⁵

Il secondo (**comma 4 ter**) affida alla contrattazione collettiva nazionale un'azione di riordino, razionalizzazione e semplificazione della disciplina in materia di dotazione e utilizzo dei fondi destinati alla contrattazione integrativa e ciò al fine di semplificarne la gestione e *“dì consentirne un utilizzo più funzionale ad obiettivi di valorizzazione degli apporti del personale, nonché di miglioramento della produttività e della qualità dei servizi.”*¹⁶

Riguardo al salario accessorio, si segnala che il Decreto Lgs. n.75/2017 ha eliminato dal testo dell'art.40 il comma 3-*quater* introdotto dal decreto Brunetta che attribuiva alla contrattazione collettiva nazionale la definizione delle modalità di **ripartizione delle risorse della contrattazione decentrata** sulla base di graduatorie di performance delle amministrazioni pubbliche elaborate annualmente dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (ex CIVIT) ed ha modificato il **comma 3-bis** che, rispetto alla formulazione precedente di cui al Decreto Brunetta, prevede che:

*“La contrattazione collettiva integrativa assicura adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici, incentivando l'impegno e la qualità della performance, destinandovi, per l'ottimale perseguimento degli obiettivi organizzativi ed individuali, una quota prevalente delle risorse finalizzate ai trattamenti economici accessori comunque denominati ai sensi dell'articolo 45, comma 3. La predetta quota è collegata alle risorse variabili determinate per l'anno di riferimento”.*¹⁷

¹⁵ La norma prende spunto dal punto 2 lett. c) dell'Intesa Governo - sindacati del 30 novembre 2016 secondo il quale *“le parti , per ciascun livello istituzionale e tenendo conto delle specificità di ciascuna amministrazione e dei macro-obiettivi da esse fissati per il miglioramento della qualità dei servizi per i cittadini, si impegnano ad individuare, con cadenza periodica, criteri e indicatori al fine di misurare l'efficacia delle prestazioni delle amministrazioni e la loro produttività collettiva con misure contrattuali che incentivino più elevati tassi medi di presenza”.* La traduzione dell'intesa nel testo di legge, però, non appare in linea con le indicazioni che si desumono dalla lettura dell'accordo e la norma, per come è stata scritta, appare di difficile gestione in considerazione del fatto che l'obbligo di non incrementare la consistenza complessiva delle risorse destinate ai trattamenti economici accessori non opera in modo selettivo.

¹⁶ Il punto 2 lett. b) dell'Intesa Governo - sindacati del 30 novembre 2016 impegna il Governo a modificare e semplificare l'attuale sistema di contrattazione di II livello al fine di consentire l'utilizzo pieno di strumenti e risorse in coerenza con gli obiettivi di miglioramento delle condizioni di lavoro e valorizzazione dell'apporto individuale dei dipendenti. Il nuovo comma 4 ter dell'art.40 va in questa direzione ma ignora i criteri della delega di cui all'art.17 lett. h) che prevede, tra l'altro, **la concentrazione delle sedi di contrattazione integrativa** da intendersi non nel senso della riduzione delle sedi negoziali ma nel senso di una ottimizzazione della contrattazione che potrebbe svolgersi a livello regionale o provinciale sulla base delle indicazioni di cui al CCNL.

¹⁷ In correlazione con quanto stabilito dall'art.40, comma 3 per la contrattazione decentrata , **l'art. 19 “Criteri per la differenziazione delle valutazioni”** del Decreto Lgs. n.150 del 2009 come modificato dall'art.13 del Decreto Lgs. n.74 del 25 maggio 2017 così recita:

“1. Il contratto collettivo nazionale, nell'ambito delle risorse destinate al trattamento economico accessorio collegato alla performance ai sensi dell'articolo 40, comma 3-bis del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, stabilisce la

La modifica del testo indica la volontà del legislatore di ancorare il salario accessorio alla performance organizzativa e non più a quella individuale con l'ulteriore specificazione che la quota prevalente delle risorse da destinare alla valorizzazione dei risultati va reperita nella parte variabile del fondo determinato per l'anno di riferimento.

Questo dovrebbe evitare il rischio che ai trattamenti correlati alla performance siano destinate anche le risorse che attualmente finanziano i trattamenti accessori di parte fissa e ricorrente.

Anche il testo dell'art.40 comma 3 *ter* che prevede il ricorso da parte dell'amministrazione all'atto unilaterale nel caso in cui non si raggiunga l'accordo per la stipulazione del contratto collettivo integrativo è stato modificato. In questo caso, il testo antecedente alle modifiche consentiva alle amministrazioni di provvedere, in via provvisoria, sulle materie oggetto del mancato accordo, fino alla successiva sottoscrizione "***Al fine di assicurare la continuità e il migliore svolgimento della funzione pubblica***".

Il testo attuale della norma prevede che "*qualora il protrarsi delle trattative determini un pregiudizio alla funzionalità dell'azione amministrativa, nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede fra le parti, l'amministrazione interessata può provvedere, in via provvisoria, sulle materie oggetto del mancato accordo fino alla successiva sottoscrizione e prosegue le trattative al fine di pervenire in tempi celeri alla conclusione dell'accordo*".¹⁸

quota delle risorse destinate a remunerare, rispettivamente, la performance organizzativa e quella individuale e fissa criteri idonei a garantire che alla significativa differenziazione dei giudizi di cui all'articolo 9, comma 1, lettera d) corrisponda un'effettiva diversificazione dei trattamenti economici correlati.

2. Per i dirigenti, il criterio di attribuzione dei premi di cui al comma 1 è applicato con riferimento alla retribuzione di risultato".

La norma supera in questo modo il sistema delle graduatorie di performance previsto dal testo originario del Decreto Brunetta che tante critiche aveva suscitato all'indomani della sua introduzione ma che non aveva avuto riscontri sul campo visto il blocco della contrattazione intervenuto con inizio dal 2010.

¹⁸ Il punto 1 lettera c) dell'Accordo Governo-sindacati del 30 novembre 2016, più volte citato, subordina l'adozione di un atto unilaterale motivato al caso in cui lo stallo delle trattative arrechi ***un pregiudizio economico*** all'azione amministrativa, fermo restando la competenza della fonte negoziale a stabilire la durata massima dell'atto. Il testo dell'art.40, comma 3 *ter*, invece, fa generico rinvio ***al pregiudizio alla funzionalità dell'azione amministrativa***.

Si ricorda a riguardo che la Commissione permanente Affari Costituzionali del Senato in sede di parere sullo schema del decreto legislativo (resoconto del 3 maggio 2017 n.481) si è così espressa: "*valuti il Governo l'opportunità di rivedere l'articolo 40, comma 3-ter, del decreto legislativo n. 165 del 2001, il quale costituisce un **evidente vulnus al principio della contrattazione**: il meccanismo previsto, infatti, viola la norma fondamentale sulla natura pattizia dei contratti, modificabili solo su accordo tra le parti ed è evidente che, per quanto si tratti della fattispecie dei rinnovi contrattuali, introdurre l'intervento autoritativo, ritornando al modello configurato dal D.P.R. n. 3 del 1957 e alla disciplina tipico dei residui casi di impiego pubblico non contrattualizzato, è una contraddizione in termini insostenibile sul piano giuridico. L'intervento autoritativo, la cui efficacia andrebbe comunque limitata nel tempo, dovrebbe essere circoscritto a disposizioni necessarie per garantire servizi essenziali, in quanto rispondente a esigenze di interesse pubblico e non di stretta regolamentazione del rapporto di lavoro*".

Il testo modificato appare comunque migliorativo rispetto al testo previgente che, in effetti, autorizzava l'adozione dell'atto unilaterale «al fine di assicurare la continuità e il migliore svolgimento della funzione pubblica», non per rimediare a un pregiudizio anche se si è giustamente osservato come la diversa formulazione della norma non modifica affatto la sostanza del problema (in tal senso v. L. OLIVERI, *Contratti decentrati unilaterali*, in *ITALIA OGGI* del

In seguito all'adozione dell'atto unilaterale, sottoposto al monitoraggio di un osservatorio a composizione paritetica istituito presso l'Aran, la trattativa deve proseguire per pervenire in tempi celeri alla conclusione dell'accordo. Spetta ai contratti collettivi nazionali la fissazione di una durata minima delle sessioni negoziali in sede decentrata.

L'osservatorio a composizione paritetica istituito presso l'ARAN, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, ha il compito di monitorare i casi e le modalità con cui ciascuna amministrazione adotta gli atti unilaterali e soprattutto di verificare che tali atti siano adeguatamente motivati per quanto riguarda la sussistenza del pregiudizio alla funzionalità dell'azione amministrativa.

Nel Decreto Lgs. n.75/2017 è stato inserito un apposito articolo dedicato al salario accessorio. Si tratta dell'**art.23** intitolato "**Salario accessorio e sperimentazione**" che detta disposizioni relative a questa componente fondamentale della retribuzione dei pubblici dipendenti.

In primo luogo, il comma 1 del citato articolo "**Al fine di perseguire la progressiva armonizzazione dei trattamenti economici accessori del personale delle amministrazioni**" "affida alla contrattazione collettiva nazionale il compito di operare, per ogni comparto o area di contrattazione, tenendo conto delle risorse a ciò destinate annualmente, "**la graduale convergenza dei trattamenti economici accessori dei dipendenti anche mediante la differenziata distribuzione, distintamente per il personale dirigenziale e non dirigenziale, delle risorse finanziarie destinate all'incremento dei fondi per la contrattazione integrativa di ciascuna amministrazione**".

Il comma 2 dell'art.23 prevede, inoltre, che a decorrere dal 1 gennaio 2017 l'ammontare complessivo delle risorse destinate annualmente al trattamento accessorio del personale, anche di livello dirigenziale, non deve superare l'importo determinato per il 2016.

Si abroga espressamente il **comma 236 della legge 208/2015**,¹⁹ che per i fondi accessori fissava il tetto nell'importo determinato allo stesso titolo nel 2015 e disponeva il taglio proporzionale alla diminuzione del personale in servizio tenendo conto delle capacità assunzionali; la decurtazione dei

2.06.2017 che giudica, inoltre, necessaria l'adozione dell'atto unilaterale al fine di evitare agli enti responsabilità amministrative e contabile degli enti derivanti dall'illegittima erogazione del salario accessorio.

¹⁹ Si riporta il testo dell'art. 1 comma 236 della Legge 28 dicembre 2015, n. 208, recante: «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2016)»:

"Nelle more dell'adozione dei decreti legislativi attuativi degli articoli 11 e 17 della legge 7 agosto 2015, n. 124, con particolare riferimento all'omogeneizzazione del trattamento economico fondamentale e accessorio della dirigenza, tenuto conto delle esigenze di finanza pubblica, a decorrere dal 1° gennaio 2016 l'ammontare complessivo delle risorse destinate annualmente al trattamento accessorio del personale, anche di livello dirigenziale, di ciascuna delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, non può superare il corrispondente importo determinato per l'anno 2015 ed è, comunque, automaticamente ridotto in misura proporzionale alla riduzione del personale in servizio, tenendo conto del personale assumibile ai sensi della normativa vigente".

fondi del salario accessorio, tra l'altro, operava a prescindere dal fatto che le assunzioni programmate si fossero o meno realizzate, come chiarito dalla Circolare 19/2017 della Ragioneria generale sul conto annuale²⁰.

La normativa introdotta con l'art.23 del Decreto Lgs. 75/2017 al comma 3 consente, poi, alle Regioni e agli enti locali, con esclusione degli enti del Servizio sanitario nazionale, fermo restando il limite delle risorse complessive previsto dal comma precedente come sopra illustrato, di *“destinare apposite risorse alla componente variabile dei fondi per il salario accessorio, anche per l'attivazione dei servizi o di processi di riorganizzazione e il relativo mantenimento, nel rispetto dei vincoli di bilancio e delle vigenti disposizioni in materia di vincoli della spesa di personale e in coerenza con la normativa contrattuale vigente per la medesima componente variabile”*.

L'art. 23, comma 4, introduce, infine, una misura sperimentale di durata triennale (**1° gennaio 2018 - 31 dicembre 2020**) il cui ambito di applicazione è limitato alle Regioni a statuto ordinario e alle Città Metropolitane in condizioni di virtuosità: queste amministrazioni, fermo restando il rispetto dei vincoli di finanza pubblica vigenti, possono incrementare l'ammontare delle risorse per la contrattazione integrativa destinate al personale, anche di livello dirigenziale, superando il tetto del fondo 2016, *“in misura non superiore a una percentuale della componente stabile dei fondi medesimi definita con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato su proposta del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, previo accordo in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo n. 281 del 1997 entro novanta giorni dalla entrata in vigore del presente provvedimento”*.

Gli enti che partecipano alla sperimentazione (Regioni a statuto ordinario e Città Metropolitane) in possesso dei requisiti indicati dall'emanando DPCM, potranno, inoltre, sempre sulla base di appositi DPCM, sostituire i vincoli di spesa alle assunzioni di personale con il ricorso al criterio della sostenibilità finanziaria valutata in base a criteri sperimentali che garantiscono l'assenza di aggravii per la finanza pubblica. Se la sperimentazione darà esiti positivi sarà estesa anche ai comuni ed agli enti del servizio sanitario nazionale; in caso contrario si adotteranno le necessarie misure correttive.

c) Il piano triennale dei fabbisogni e il reclutamento del personale (artt.6, 6 bis, 6 ter, 35 e 37 del Tupi)

²⁰ http://www.rgs.mef.gov.it/VERSIONE-I/CIRCOLARI/2017/Circolare_del_27_aprile_2017_n_19.html

L'art.4 del Decreto Lgs. n.75/2017 attua il criterio direttivo di cui all'art.17 comma 1, lettera *q*), della legge delega 124/2015 che prevede il progressivo superamento della dotazione organica come limite e parametro di riferimento per le assunzioni, anche al fine di facilitare i processi di mobilità, in coerenza con l'altro criterio direttivo contenuto nello stesso articolo alla lettera *m*) che prevede la definizione di obiettivi di contenimento delle assunzioni, differenziati in base agli effettivi fabbisogni.

Il citato articolo modifica l'art.6 del Tupa, intitolato precedentemente "*Organizzazione e disciplina degli uffici e dotazioni organiche*" e che ora è rubricato "*Organizzazione degli uffici e fabbisogni di personale*".

In sostanza la riformulazione dell'articolo compie un'inversione nella logica sin qui invalsa in tema di reclutamento del personale delle pubbliche amministrazioni: non si parte più dalla "dotazione organica" per definire il fabbisogno di personale ma si punta sul fabbisogno del personale per determinare la successiva "dotazione organica".

Per comprendere gli effetti innovativi delle modifiche introdotte, occorre avere riguardo al significato di "dotazione organica": seppure l'attuale normativa non ne dia una definizione puntuale, per ogni singola amministrazione essa è costituita dal complesso delle risorse umane stabili, "*quale somma delle diverse dotazioni organiche costituite (a loro volta) dalle articolazioni professionali coerenti con i diversi livelli di professionalità e responsabilità presenti nell'organizzazione stessa*".²¹

Nel testo precedente alla modifica, l'art.6 rubricato appunto "*Organizzazione e disciplina degli uffici e dotazioni organiche*" dettava, in estrema sintesi, le seguenti prescrizioni:

1. la consistenza e la variazione delle dotazioni organiche sono determinate in funzione delle finalità proprie di cui all'art.1 de Tupa (accrescere l'efficienza delle amministrazioni, ridurre il costo del lavoro pubblico, realizzare una migliore utilizzazione delle risorse umane), previa informazione delle organizzazioni sindacali rappresentative ove prevista nei contratti collettivi;
2. la ridefinizione degli uffici e delle dotazioni organiche deve essere effettuata periodicamente e comunque a scadenza triennale, nonché ove risulti necessario a seguito di riordino, fusione, trasformazione o trasferimento di funzioni;
3. le variazioni delle dotazioni organiche già determinate sono approvate dall'organo di vertice delle amministrazioni in coerenza con la programmazione triennale del fabbisogno di

²¹ Così è definita nelle Schede di lettura dello schema del decreto predisposte congiuntamente dai tecnici del Senato e della Camera dei deputati.

personale di cui all'articolo 39 della legge 27 dicembre 1997, n. 449, e successive modificazioni ed integrazioni,²² e con gli strumenti di programmazione economico-finanziaria pluriennale;

4. il documento di programmazione triennale del fabbisogno di personale ed i suoi aggiornamenti sono elaborati su proposta dei competenti dirigenti che individuano i profili professionali necessari allo svolgimento dei compiti istituzionali delle strutture cui sono preposti;
5. le amministrazioni pubbliche che non provvedono agli adempimenti di cui al presente articolo non possono assumere nuovo personale, compreso quello appartenente alle categorie protette.

Il sistema della “dotazione organica” così concepito è apparso uno strumento rigido incapace di rispondere alle esigenze di flessibilità e cambiamento provenienti dall’utenza, esigenze che presuppongono un apparato professionale preparato e qualificato in grado, cioè, di realizzare il passaggio da un modello di “amministrazione per atti” a quello di “amministrazione di risultato”.

Per operare il cambiamento, “*allo scopo di ottimizzare l’impiego delle risorse pubbliche disponibili e perseguire obiettivi di performance organizzativa, efficienza, economicità e qualità dei servizi ai cittadini*”, l’art.6 del Tupi si affida al **piano triennale dei fabbisogni** che ogni amministrazione è tenuta ad adottare in coerenza con la pianificazione pluriennale delle attività e della performance, nonché con le **linee di indirizzo** che dovranno essere emanate, nel rispetto degli equilibri finanziari, con decreti di natura non regolamentare adottati dal Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione di concerto con il Ministro dell’economia e delle finanze, ai sensi dell’articolo 6-ter, articolo inserito ex novo dall’art.4, comma 3 del Decreto Lgs. n.75/2017.

Il piano dovrà quindi curare “*l’ottimale distribuzione delle risorse umane attraverso la coordinata attuazione dei processi di mobilità e di reclutamento del personale, anche con riferimento alle unità di cui all’articolo 35, comma 2 (categorie protette N.d.r) e sarà accompagnato dall’indicazione delle risorse finanziarie destinate alla sua attuazione “nei limiti delle risorse quantificate sulla base della spesa per il personale in servizio e di quelle connesse alle facoltà assunzionali previste a legislazione vigente”*(art.6, comma 2).

Per dirla in parole più semplici, non sarà più possibile una volta che il meccanismo sarà entrato a regime, procedere alle assunzioni sulla base della semplice programmazione delle assunzioni da

²² L’art.39 della Legge n.449/1997 e s.m.e i. “*MISURE PER LA STABILIZZAZIONE DELLA FINANZA PUBBLICA*” prevede che al fine di assicurare le esigenze di funzionalità e di ottimizzare le risorse per il migliore funzionamento dei servizi compatibilmente con le disponibilità finanziarie e di bilancio, gli organi di vertice delle amministrazioni pubbliche sono tenuti alla programmazione triennale del fabbisogno di personale, comprensivo delle unità appartenenti alle categorie protette di cui alla L.68/1999, avendo come obiettivo la riduzione programmata delle spese per il personale.

effettuarsi tenendo ferma la “vecchia” dotazione organica: in pratica definita “a monte” l’organizzazione degli uffici si procederà all’adozione del piano triennale dei fabbisogni nel quale ciascuna amministrazione indicherà *“la consistenza della dotazione organica e la sua eventuale rimodulazione in base ai fabbisogni programmati e secondo le linee di indirizzo di cui all’articolo 6-ter, nell’ambito del potenziale limite finanziario massimo della medesima e di quanto previsto dall’articolo 2, comma 10-bis, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 135²³, garantendo la neutralità finanziaria della rimodulazione. Resta fermo che la copertura dei posti vacanti avviene nei limiti delle assunzioni consentite a legislazione vigente”* (art.6, comma 3).

In sostanza mentre a oggi i fabbisogni si costruiscono in funzione della dotazione organica, domani sarà la dotazione organica ad essere costruita a valle della pianificazione dei fabbisogni. La dotazione organica nei fatti coinciderà con la “fotografia” di tutto il personale al netto dei dipendenti che cessano dal servizio con l’aggiunta di quelli indicati dal piano dei fabbisogni²⁴.

Il meccanismo per com’è stato congegnato, dovrebbe risultare estremamente dinamico, dato che una volta adottato su base triennale, il piano dovrà poi essere verificato annualmente in relazione alle esigenze di ciascuna amministrazione: in questo senso, lo strumento in parola si avvicina al bilancio pluriennale degli Enti locali ex D.lgs. n.118 del 2011, che prevede un bilancio articolato su tre anni ma che è comunque approvato annualmente anche a modifica di quello già approvato.²⁵

Il nuovo comma 4 dell’art.6, infatti, prevede che il piano, adottato annualmente dall’organo di vertice, sia approvato annualmente con uno specifico **D.P.C.M. nelle amministrazioni statali, “anche per le finalità di cui all’articolo 35, comma 4”**: l’intenzione del legislatore è quindi quella

²³ L’art.2, comma 10 bis del D.L.95/2012 prevede per le amministrazioni pubbliche dello Stato che il numero degli uffici di livello dirigenziale generale e non generale non può essere incrementato se non con disposizione legislativa di rango primario.

²⁴ Cfr. a riguardo L.OLIVERI *“Personale: le nuove maglie strette del piano triennale dei fabbisogni”* in <http://luigioliveri.blogspot.it> secondo il quale *“Concretamente, la dotazione organica altro non sarà se non una fotografia del personale in servizio, anche se ogni anno si dovrà scattarla nuovamente, perché sul piano qualitativo e quantitativo qualche figura presente nell’immagine potrà modificarsi, sparire o aggiungersi”*. L’autore rileva inoltre incongruenze e criticità della nuova normativa, che nei fatti fa coincidere la dotazione organica con il personale in servizio, in rapporto alle disposizioni che attualmente disciplinano il reclutamento di personale di qualifica dirigenziale o di alta specializzazione negli enti locali (art.110, commi 1 e 2 del D.lgs. n.267/2000) e osserva che occorre un intervento normativo di coordinamento, vista l’incoerenza delle norme del D.lgs. n.267/2000 (Testo unico enti locali) con il sistema dei fabbisogni del nuovo Tupo.

²⁵ R. GUIZZARDI *“Come cambia il rapporto tra dotazione organica, fabbisogno triennale e assunzioni a seguito dell’entrata in vigore della riforma della P.A.”* in *Azienditalia*, 6/2017 reperibile su <http://www.segretariocomunalivighenzi.it> che pone il problema del coordinamento della nuova normativa del piano dei fabbisogni con le disposizioni (D.lgs.n.118/2011) che hanno introdotto il DUP (documento unico di programmazione degli enti locali): non è chiaro, infatti, come si concilino la struttura e le scadenze precise di approvazione del DUP con gli obblighi dettati dalla nuova normativa sul piano triennale dei fabbisogni del personale e sue variazioni annuali.

per cui, a regime, l'approvazione del piano sostituirà il sistema di cui all'art.35, comma 4, delle assunzioni – e, in particolare, il D.P.C.M. che autorizza le assunzioni.

Per le amministrazioni pubbliche l'adozione e l'approvazione del piano avvengono secondo le regole previste dalla disciplina dei propri ordinamenti. E' comunque assicurata la **preventiva informazione sindacale**, ove prevista nei contratti collettivi nazionali.

L'articolo 4, comma 1 lett. c) abroga inoltre il comma 4-bis dell'art.6 secondo il quale il **documento di programmazione triennale del fabbisogno di personale (ed i suoi aggiornamenti) sono elaborati su proposta dei competenti dirigenti, che individuano i profili professionali necessari allo svolgimento dei compiti istituzionali delle strutture cui sono preposti.**

La modifica appare coerente con il disegno del legislatore che, nel modificare con l'art.6, comma 1 lett. c) del Decreto, l'art.35, comma 4 del Tupa, fa intendere che il documento di programmazione triennale del personale sarà sostituito dal piano triennale dei fabbisogni del personale di cui all'art.6, comma 4.

Il testo dell'art.35, comma 4, primo periodo, antecedente alle modifiche era il seguente:

*“Le determinazioni relative all'avvio di procedure di reclutamento sono adottate da ciascuna amministrazione o ente sulla base **della programmazione triennale del fabbisogno di personale deliberata ai sensi dell'articolo 39 della legge 27 dicembre 1997, n. 449, e successive modificazioni ed integrazioni.**”*

Mentre il testo attuale è così modificato:

*“Le determinazioni relative all'avvio di procedure di reclutamento sono adottate da ciascuna amministrazione o ente sulla base **del piano triennale dei fabbisogni approvato ai sensi dell'articolo 6, comma 4.**”*

Vi è comunque un difetto di coordinamento normativo visto che, nonostante le modifiche sopra riportate, non sono state abrogate e/o modificate le norme che fanno riferimento alla programmazione triennale del personale e neppure si è pensato di modificare gli artt.16 e 17 del Tupa secondo cui, rispettivamente, i dirigenti degli uffici dirigenziali generali *“propongono le risorse e i profili professionali necessari allo svolgimento dei compiti dell'ufficio cui sono preposti **anche al fine dell'elaborazione del documento di programmazione triennale del fabbisogno di personale di cui all'art. 6, comma 4**”* mentre gli altri dirigenti *“**concorrono all'individuazione delle risorse e dei profili professionali necessari allo svolgimento dei compiti dell'ufficio cui sono preposti **anche al*****

fine dell'elaborazione del documento di programmazione triennale del fabbisogno di personale di cui all'art. 6, comma 4".

La nuova normativa in materia di piano dei fabbisogni dispone poi il divieto di assumere nuovo personale per le amministrazioni che non rispettino gli adempimenti in materia di piano dei fabbisogni con la sola eccezione del personale delle categorie protette diversamente da quanto previsto dal precedente testo dell'art.6, comma 6 del Tupa.

Quanto alle *linee di indirizzo* che dovranno essere adottate ai sensi del comma 1 del nuovo art.6 *ter*, esse dovranno servire ad orientare le amministrazioni pubbliche nella predisposizione del piano dei fabbisogni del personale, *"anche con riferimento ai fabbisogni prioritari o emergenti di nuove figure e competenze professionali"* (affermazione che, per la verità appare in evidente contrasto con la normativa in tema di stabilizzazione del personale precario dettata dall'art.20 del Decreto Lgs. 75/2017).

L'art. 6 *ter* prevede che le citate linee siano adottate per le Regioni , per gli enti del servizio sanitario e per gli enti locali, previa intesa in Conferenza unificata e siano definite anche in base alle informazioni rese disponibili dal sistema informativo del personale del Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato ex art.60 del Tupa.

Si prevede inoltre che, a tale scopo, le modalità di acquisizione dei dati del personale del Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato siano implementate per consentire l'acquisizione delle informazioni riguardanti le professioni e relative competenze professionali, nonché dei dati correlati ai fabbisogni (art.6 *ter* comma 4).

Tali informazioni (e relativi aggiornamenti annuali) inoltre devono essere rese tempestivamente disponibili da ciascuna amministrazione pubblica alla quale è fatto obbligo di comunicare il contenuto dei piani del fabbisogno del personale **entro trenta giorni dalla loro adozione**, pena il divieto di procedere alle assunzioni previste nei piani stessi(art.6 *ter* comma 5).

Qualora, sulla base del monitoraggio effettuato dal Ministero dell'economia e delle finanze, di intesa con il Dipartimento della funzione pubblica (attraverso il sistema informativo richiamato in precedenza), si rilevino - con riferimento alle amministrazioni dello Stato - incrementi di spesa correlati alle politiche assunzionali tali da compromettere gli obiettivi e gli equilibri di finanza pubblica, il Ministero per la semplificazione e la pubblica amministrazione con specifico decreto di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, adotta le necessarie misure correttive delle

richiamate linee di indirizzo. Analoghe misure correttive sono previste per le regioni, gli enti regionali, il sistema sanitario nazionale e gli enti locali(art.6 ter comma 6)²⁶.

L'approvazione del piano triennale dei fabbisogni del personale costituisce, come si è visto in precedenza con riferimento all'art.35, comma 4 del Tupa, il presupposto per l'avvio delle procedure di reclutamento del personale nelle pubbliche amministrazioni.

Il Decreto Lgs. n.75/2017 interviene anche su quest'aspetto introducendo alcune indicazioni (aggiuntive rispetto a quelle stabilite dalla legislazione vigente) dirette a conformare le procedure di reclutamento adottate da ciascuna amministrazione sulla base del citato piano triennale dei fabbisogni.

L'art.6 del Decreto, in attuazione dei criteri direttivi di cui all'art. 17, comma 1, lett. c) ed f), della legge delega 124/2015²⁷ modifica l'**art.35 "Reclutamento del personale"** del Tupa prevedendo:

- la facoltà per ciascuna amministrazione di limitare nel bando il numero di eventuali **idonei in misura non superiore al 20 per cento** dei posti messi a concorso, ferma restando la previsione (art. 400, c. 15, del D.Lgs. 297/1994) secondo cui la graduatoria di merito per il personale docente ed educativo sia composta da un numero di soggetti pari al massimo ai posti messi a concorso, maggiorati del 10 per cento(**art.35, comma 3, lett.e-bis**);

²⁶ La Commissione speciale del Consiglio di Stato nel citato parere n.916 del 21 aprile 2017 si è espressa sul punto criticamente dubitando della reale efficacia degli interventi correttivi delle linee di indirizzo effettuati ex post "non essendo chiaro se ed eventualmente con quali concrete modalità quelle misure correttive incidano o possano incidere anche sui rapporti di lavoro eventualmente già instaurati". La Commissione ha inoltre raccomandato al Ministero per la semplificazione e la pubblica amministrazione una "puntuale e rigorosa attività di monitoraggio" nell'ambito della quale dovrà verificarsi "anche la concreta ed effettiva capacità del piano del fabbisogno del personale di rispondere alle nuove esigenze delle pubbliche amministrative, senza che esso diventi, una volta svincolato l'assetto organizzativo delle stesse dai tradizionali profili professionali, mansioni e qualifiche, uno strumento di proliferazione del precariato pubblico, alla cui sostanziale eliminazione tende invece la legge delega".

²⁷ L'art.17,comma1, lett. c) della L.124/2015 delega il Governo allo "svolgimento dei concorsi, per tutte le amministrazioni pubbliche, in forma centralizzata o aggregata, con effettuazione delle prove in ambiti territoriali sufficientemente ampi da garantire adeguata partecipazione ed economicità dello svolgimento della procedura concorsuale, e con applicazione di criteri di valutazione uniformi, per assicurare omogeneità qualitativa e professionale in tutto il territorio nazionale per funzioni equivalenti" e alla "definizione di limiti assoluti e percentuali, in relazione al numero dei posti banditi, per gli idonei non vincitori".

Non pare invece attuata la parte della delega, contenuta nella stessa lettera c) riferita alla "revisione delle modalità di espletamento degli stessi (concorsi n.d.r), in particolare con la predisposizione di strumenti volti a garantire l'effettiva segretezza dei temi d'esame fino allo svolgimento delle relative prove, di misure di pubblicità sui temi di concorso e di forme di preselezione dei componenti delle commissioni; gestione dei concorsi per il reclutamento del personale degli enti locali a livello provinciale".

L'art.17, comma 1, lett. f) introduce il criterio della "valorizzazione del titolo di dottore di ricerca, in attuazione di quanto previsto dall'articolo 4, comma 7, della legge 3 luglio 1998, n. 210, e dall'articolo 17, comma 111, della legge 15 maggio 1997, n. 127, e successive modificazioni".

- la possibilità di richiedere, tra i requisiti previsti per specifici profili o livelli di inquadramento, il possesso del **titolo di dottore di ricerca**, che deve essere comunque valutato (ove pertinente) tra i titoli eventualmente rilevanti ai fini del concorso (**art.35, comma 3, lett. e-ter**)
- la possibilità che, fatto salvo quanto disposto dall'art.4, comma 3 quinquies del D.L. n.101/2013 convertito nella L.n.125/2013 che per le amministrazioni dello Stato (anche ad ordinamento autonomo), le agenzie e gli enti pubblici non economici, prevede che, dal 1° gennaio 2014, il reclutamento dei dirigenti e delle figure professionali comuni si svolga mediante concorsi pubblici unici, le restanti amministrazioni, *per lo svolgimento delle proprie procedure selettive*, si rivolgano al Dipartimento della funzione pubblica e si avvalgano della **Commissione per l'attuazione del Progetto di Riqualificazione delle Pubbliche Amministrazioni (RIPAM)** (fatte salve le competenze delle Commissioni esaminatrici) che, per tale finalità, avvale di personale messo a disposizione dall' Associazione Formez PA (**art.35, comma 5**);
- la elaborazione da parte del Dipartimento della Funzione Pubblica, anche avvalendosi dell'Associazione Formez PA e della Commissione RIPAM), di **linee guida di indirizzo amministrativo** sullo svolgimento delle prove concorsuali e sulla valutazione dei titoli *“ispirate alle migliori pratiche a livello nazionale e internazionale in materia di reclutamento del personale, nel rispetto della normativa, anche regolamentare, vigente in materia”* (**art.35, comma 5.2**).

In tema di procedure concorsuali e in attuazione del criterio di delega di cui all'articolo 17, comma 1, lettera e) della legge n. 124 del 2015, il quale prevede *“l'accertamento della conoscenza della lingua inglese e di altre lingue, quale requisito di partecipazione al concorso o titolo di merito valutabile dalle commissioni giudicatrici, secondo modalità definite dal bando anche in relazione ai posti da coprire”* si è proceduto a modificare (art.7 del Decreto Lgs. n.75/2017) l'**art.37 “Accertamento delle conoscenze informatiche e di lingue straniere nei concorsi pubblici”** del Tupa.

Il testo attuale dell'art.37, comma 1 del Tupa prescrive ora che i bandi di concorso per l'accesso alle pubbliche amministrazioni prevedano, oltre l'accertamento della conoscenza dell'uso delle apparecchiature e delle applicazioni informatiche più diffuse anche l'accertamento della **“conoscenza della lingua inglese, nonché, ove opportuno in relazione al profilo professionale richiesto, di altre lingue straniere”** (Il testo antecedente prevedeva l'accertamento di **almeno una lingua straniera**).

Si ricorda, infine che la Commissione speciale del Consiglio di Stato nel parere n. 916 dell'11 aprile 2017, nel rilevare che la delega in tema di procedure concorsuali per l'accesso al pubblico impiego

non è stata adeguatamente valorizzata e attuata dal Governo, auspicava *“l’introduzione di misure di incisiva semplificazione in tema di verifica dei titoli di partecipazione dei candidati, verifica che ben potrebbe essere compiuta dopo lo svolgimento delle prove scritte, soltanto nei confronti di coloro che abbiano effettivamente partecipato a tutte le prove scritte, consegnando i relativi elaborati, e da parte di un’apposita commissione diversa da quella esaminatrice in senso stretto.”*

Secondo il Consiglio di Stato l’introduzione di una misura di questo genere *“consentirebbe di ridurre drasticamente la durata delle procedure concorsuali, dando peraltro immediata attuazione anche al nuovo strumento operativo del piano del fabbisogno”*.

Il suggerimento, però, non è stato recepito dal Governo che, nella versione definitiva del Decreto, non ha ritenuto di accogliere questa osservazione rispondente alla logica della semplificazione e dell’economicità nello svolgimento delle procedure concorsuali come indicato nella legge delega.

d) Il lavoro flessibile (art.36 del Tupi)

L’art. 9 del Decreto Lgs. n.75 del 2017 modifica l’art.36 del Tupi, rubricato precedentemente *“Utilizzo di contratti di lavoro flessibile”* in attuazione del criterio di delega di cui all’art.17, comma 1, lett. o) della Legge n.124/2015 che prevede di disciplinare le forme di lavoro flessibile, *“con individuazione di limitate e tassative fattispecie, caratterizzate dalla compatibilità con la peculiarità del rapporto di lavoro pubblico, anche al fine di prevenire il precariato”* al fine di allineare la regolamentazione di queste forme di lavoro a quelle individuate nel Decreto Lgs. n.81/2015 **“Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell’articolo 1, comma 7, della legge 10 dicembre 2014, n. 183”** (c.d. Jobs act), attuativo della Legge delega n.183/2014.

Di fatto questo obiettivo non sembra sia stato raggiunto appieno poiché l’articolo individua sì le fattispecie di lavoro flessibile consentite alle pubbliche amministrazioni, ma rinvia poi genericamente alle forme contrattuali flessibili *“previste dal codice civile e dalle altre leggi sui rapporti di lavoro nell’impresa, nei limiti e con le modalità in cui se preveda l’applicazione nelle amministrazioni pubbliche”*: ne deriva una regolamentazione *“ibrida”* di queste tipologie contrattuali la cui disciplina è dettata congiuntamente dall’art.36 del Tupi e dalle disposizioni del Decreto Lgs. n.81/2015 per quanto compatibili con la specialità del rapporto di pubblico impiego, con le consuete e inevitabili complicazioni in punto di ricostruzione sistematica della materia²⁸.

²⁸ I tecnici del Servizio studi del Senato e della Camera hanno evidenziato che *“Appare opportuno chiarire a quali altre forme contrattuali flessibili, oltre a quelle espressamente citate....., la disposizione intenda fare riferimento”*;

Ma vediamo quali sono state le modifiche più rilevanti al testo dell'art.36 del Tupa:

- la rubrica dell'articolo diventa ***“Personale a tempo determinato o assunto con forme di lavoro flessibile”***;
- il testo dell'articolo resta immutato nel primo comma che sancisce il principio per cui le pubbliche amministrazioni fanno fronte al proprio fabbisogno ordinario assumendo ***“esclusivamente con contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato seguendo le procedure di reclutamento previste dall'articolo 35”***.
- il secondo comma dell'articolo definisce le tipologie di contratti flessibili cui la pubblica amministrazione può ricorrere ***“soltanto per comprovate esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale e nel rispetto delle condizioni e modalità di reclutamento stabilite dall'articolo 35”*** (procedure selettive o avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento ai sensi delle lettere a) e b) dello stesso articolo).

Le tipologie individuate sono le seguenti :

- a. contratto di lavoro subordinato a tempo determinato,
- b. contratti di formazione e lavoro²⁹;
- c. contratti di somministrazione di lavoro a tempo determinato³⁰;
- d. forme contrattuali flessibili *“previste dal codice civile e dalle altre leggi sui rapporti di lavoro nell'impresa, nei limiti e con le modalità in cui se preveda l'applicazione nelle amministrazioni pubbliche”*.

La nuova normativa non contempla altri specifici tipi contrattuali flessibili, quali, tra gli altri, il lavoro *part-time* ed il telelavoro, che comunque restano applicabili secondo la disciplina prevista per le singole fattispecie in parola, così come ugualmente utilizzabile dalle pubbliche

analogamente il Consiglio di Stato ha osservato che *“Manca, in particolare, una puntuale regolamentazione delle singole tipologie contrattuali utilizzabili dalla pubblica amministrazione per il soddisfacimento dei propri fabbisogni”*.

²⁹ Il testo trasmesso al Parlamento (Atto del Governo n. 393) non conteneva inizialmente nell'elenco dei contratti flessibili il contratto di formazione e lavoro che è stato aggiunto nel corso dell'iter parlamentare.

³⁰ Si ricorda che l'art.31, comma 4 del decreto Lgs. n.81/2015 prevede che : *“Fermo quanto disposto dall'articolo 36 del decreto legislativo n. 165 del 2001, la disciplina della somministrazione a tempo indeterminato non trova applicazione nei confronti delle pubbliche amministrazioni”*.

Analogamente l'art.13 del citato Decreto n.81 del 2015 stabilisce che le disposizioni della Sezione II **“LAVORO INTERMITTENTE”** (artt.13-18) del Capo II **“Lavoro a orario ridotto e flessibile”** non trovano applicazione ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

Si ricorda, infine, che le disposizioni degli artt. 48, 49 e 50, contenute nel Capo VI del decreto Lgs. n.81 del 2015, che disciplinavano il “lavoro accessorio” tramite l'utilizzo dei c.d. voucher, tipologia alla quale i committenti pubblici potevano ricorrere *“nel rispetto dei vincoli previsti dalla vigente disciplina in materia di contenimento delle spese di personale e, ove previsto, dal patto di stabilità interno”*(v. art.48, comma 4 del Decreto), sono state abrogate dall' art. 1, comma 1, **D.L. 17 marzo 2017, n. 25**, convertito dalla **Legge 20 aprile 2017, n. 49** ***“Disposizioni urgenti per l'abrogazione delle disposizioni in materia di lavoro accessorio nonché per la modifica delle disposizioni sulla responsabilità solidale in materia di appalti”***. L'abrogazione ha “disinnescato”la mina del referendum popolare indetto con D.P.R. 15 marzo 2017, dopo che la Corte Costituzionale ne aveva dichiarato l'ammissibilità con sentenza 11-27 gennaio 2017, n. 28 con nota di R. ROMBOLI in Il Foro italiano, 2017, num. 3, parte I, pag. 790.

amministrazioni sembra essere il contratto di apprendistato nella tipologia di apprendistato professionalizzante e di alta formazione e ricerca (artt. 44-45 del d.lgs. n. 81 del 2015).

L'attuale testo dell'art.36, comma 2 del Tupo conduce ad una riappropriazione della disciplina della materia da parte della fonte legislativa innovando il testo precedente che demandava alla contrattazione collettiva la disciplina dei contratti di lavoro a tempo determinato, dei contratti di formazione e lavoro, degli altri rapporti formativi e della somministrazione di lavoro ed il lavoro accessorio. Nello specifico, per la disciplina del contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e per il contratto di somministrazione di lavoro a tempo determinato il nuovo comma 2 dell'art.36 rinvia alla regolamentazione dettata in via generale dal D. Lgs. n.81/2015 con alcune deroghe ed eccezioni:

- ✓ nei contratti a tempo determinato (artt. 19 e ss. del Decreto Lgs. n.81/2015)il **diritto di precedenza** ³¹si applica al solo personale reclutato mediante avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento per le qualifiche e profili per i quali è richiesto il solo requisito della scuola dell'obbligo (ex art 35, c. 1, lett. b);
- ✓ nei contratti di somministrazione di lavoro a tempo determinato (artt. 30 e ss. del Decreto Lgs. n.81/2015) la disciplina richiamata si applica **fatta salva la disciplina ulteriore eventualmente prevista dai contratti collettivi nazionali di lavoro. In ogni caso non si può ricorrere a questa tipologia di contratti per l'esercizio di funzioni direttive e dirigenziali (art.36, comma 2, terz'ultimo periodo).**

Con l'obiettivo di combattere gli abusi nell'utilizzo di queste tipologie contrattuali si prevede positivamente (nuovo comma3 dell'art.36) che le amministrazioni redigano, previa informazione alle organizzazioni sindacali tramite invio all'Osservatorio paritetico incardinato presso l'ARAN, un analitico rapporto informativo sulle tipologie di lavoro flessibile utilizzate. Il rapporto deve essere redatto sulla base di apposite istruzioni fornite con direttiva del Ministro per la

³¹ L'art. 24 del richiamato D.Lgs. 81/2015 configura diverse ipotesi nelle quali al lavoratore si riconosce, a specifiche condizioni, un diritto di precedenza (che deve essere espressamente previsto nell'atto scritto con cui si stabilisce il termine al contratto) per le assunzioni a tempo indeterminato o determinato:

- salvo diversa disposizione dei contratti collettivi, il lavoratore a tempo determinato che (nell'esecuzione di uno o più contratti a tempo determinato presso la stessa azienda) ha prestato attività lavorativa per un periodo superiore a 6 mesi ha diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato effettuate dal datore di lavoro entro i successivi 12 mesi con riferimento alle mansioni già espletate (comma 1);

- il congedo di maternità usufruito dalla lavoratrice nell'esecuzione di un contratto a tempo determinato presso lo stesso datore di lavoro, concorre a determinare il periodo di attività lavorativa utile a conseguire il predetto diritto di precedenza. Alle medesime lavoratrici è altresì riconosciuto, alle stesse condizioni di cui al richiamato comma 1, il diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo determinato effettuate dal datore di lavoro entro i successivi 12 mesi, con riferimento alle mansioni già espletate (comma 2);

- il lavoratore assunto a tempo determinato per lo svolgimento di attività stagionali ha diritto di precedenza rispetto a nuove assunzioni a tempo determinato da parte dello stesso datore di lavoro per le medesime attività stagionali (comma 3).

semplificazione e la pubblica amministrazione e deve essere trasmesso entro il 31 gennaio di ciascun anno ai nuclei di valutazione, agli organismi indipendenti di valutazione e al Dipartimento della funzione pubblica che a sua volta redige una relazione annuale al Parlamento. Il quadro normativo dettato dall'art.36 del Tupa, dopo le modifiche di cui all'art.9 del decreto Lgs. n.75/2017, si completa con la conferma del comma 5 che dispone che in ogni caso, **la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni**³², con l'abrogazione dei commi 5-bis e 5-ter che contengono riferimenti a disposizioni abrogate dal più volte richiamato D.Lgs. 81/2015 e con la **nullità** dei contratti di lavoro (non più solo quelli a tempo determinato) posti in essere in violazione del nuovo articolo 36 del D.Lgs. 165/2001³³.

Infine, il nuovo comma 5-quinquies precisa che la disciplina del lavoro flessibile di cui all'art.36 del Tupa, fatto salvo il comma 5, (secondo cui, come si è visto, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato) non si applica al reclutamento del personale docente, educativo e amministrativo, tecnico e ausiliario (ATA), a tempo determinato presso le istituzioni scolastiche ed educative statali e degli enti locali, le istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica mentre per gli enti di ricerca pubblici, rimane fermo quanto stabilito dal Decreto legislativo n. 218 del 2016 "Semplificazione delle attività degli enti pubblici di ricerca ai sensi dell'articolo 13 della legge 7 agosto 2015, n. 124".

Il ricorso alle tipologie contrattuali flessibili resta comunque vietato nelle amministrazioni che procedono al riassorbimento dei precari attuando il piano triennale disciplinato all'art. 20 del decreto.

e) Il lavoro autonomo (art.7 del Tupa)

³² Ecco il testo integrale del comma 5 dell'art. 36 del Tupa:

"In ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione. Il lavoratore interessato ha diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative. Le amministrazioni hanno l'obbligo di recuperare le somme pagate a tale titolo nei confronti dei dirigenti responsabili, qualora la violazione sia dovuta a dolo o colpa grave. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente articolo sono responsabili anche ai sensi dell'articolo 21 del presente decreto. Di tali violazioni si terrà conto in sede di valutazione dell'operato del dirigente ai sensi dell'articolo 5 del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286".

³³ Art.36, comma 5-quater (le parole sostituite sono state barrate):

"I contratti di lavoro (~~a tempo determinato~~) posti in essere in violazione del presente articolo sono nulli e determinano responsabilità erariale. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente articolo sono, altresì, responsabili ai sensi dell'articolo 21. Al dirigente responsabile di irregolarità nell'utilizzo del lavoro flessibile non può essere erogata la retribuzione di risultato".

Il Decreto Lgs. n.75 del 2017, al fine di limitare il più possibile il ricorso a contratti di lavoro diversi da quello a tempo indeterminato, che dovrebbe costituire, se non l'unico, il principale canale di accesso alla pubblica amministrazione, interviene, oltre che sulla materia del lavoro flessibile, anche sul tema dei contratti di collaborazione e degli incarichi con contratto di lavoro autonomo disciplinati dall'art.7 del TUpi .

L'art.5 del Decreto introduce, infatti, alcune novità:

- dopo il comma 5 dell'art.7 è inserito il comma 5 bis secondo il quale (comma 1) ***“E' fatto divieto alle amministrazioni pubbliche di stipulare contratti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione siano organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro. I contratti posti in essere in violazione del presente comma sono nulli e determinano responsabilità erariale. I dirigenti che operano in violazione delle disposizioni del presente comma sono, altresì, responsabili ai sensi dell'articolo 21 e ad essi non può essere erogata la retribuzione di risultato”*****(N.B. Il divieto, a mente dell'art. 22, comma 8 si applica a decorrere dal 1 gennaio 2018)**;
- Si ribadisce (comma 1 ultimo periodo)che ***la disposizione di cui all'articolo 2, comma 1, del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81***, (che prevede, a far data dal 1° gennaio 2016, per i committenti privati la “conversione “ dei rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro in rapporti di lavoro subordinato)³⁴ ***non si applica alle pubbliche amministrazioni***;
- il comma 6 dell'art.7 viene modificato eliminando il riferimento ad incarichi ***“di natura occasionale o coordinata e continuativa”*** e stabilendo che ***“per specifiche esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio, le amministrazioni pubbliche possono***

³⁴ L'art.22, comma 9, lett. a) del Decreto Lgs. n. 75/2017 ha inoltre modificato il comma 2 dell'art.4 del Decreto Lgs. n. 81/2015 ; la lettera b) ha soppresso il secondo periodo dello stesso comma il cui testo attuale, dopo le modifiche, recita: ***“La disposizione di cui al comma 1 (e cioè la conversione dei rapporti di collaborazione in rapporti di lavoro subordinato N.d.r) non trova applicazione nei confronti delle pubbliche amministrazioni.”***

Il testo originario della norma era così formulato: ***“4. Fino al completo riordino della disciplina dell'utilizzo dei contratti di lavoro flessibile da parte delle pubbliche amministrazioni, la disposizione di cui al comma 1 non trova applicazione nei confronti delle medesime. Dal 1° gennaio 2017 è comunque fatto divieto alle pubbliche amministrazioni di stipulare i contratti di collaborazione di cui al comma 1”***.

In seguito l'art.1, comma 8 del D.L. n.244 del 2016 convertito in Legge L. 27 febbraio 2017, n. 19 ha posposto al **1 gennaio 2018** il termine di decorrenza del divieto per le pubbliche amministrazioni di stipulare contratti di collaborazione le cui modalità di esecuzione siano organizzate dal committente. Di fatto, quindi, il combinato disposto dell'art.7, nuovo comma 5 bis del TUpi e dell'art.22, comma 8 del Decreto Lgs. n. 75 del 2015 ha riproposto il **1 gennaio 2018** quale data di applicazione del divieto di utilizzare le collaborazioni coordinate e continuative per le pubbliche amministrazioni.

*conferire **esclusivamente** incarichi individuali, **con contratti di lavoro autonomo** ad esperti di particolare e comprovata specializzazione anche universitaria”.*

- a conferma dell'impossibilità di conferire contatti di collaborazione di natura occasionale o coordinata e continuativa (co.co.co.) mentre restano in vigore i presupposti del conferimento dell'incarico di cui alle lett. da a) a c) viene meno (lett. d))l'obbligo di determinare il **luogo della collaborazione**, in caso di conferimento di incarichi individuali con contratti di lavoro autonomo³⁵;
- si precisa che il ricorso ai contratti di collaborazione *“per lo svolgimento di funzioni ordinarie o l'utilizzo dei soggetti incaricati ai sensi del medesimo comma come lavoratori subordinati è causa di responsabilità amministrativa per il dirigente che ha stipulato i contratti;”*
- anche per queste tipologia di rapporti le pubbliche amministrazioni sono tenute agli obblighi informativi di cui all'articolo 36, comma 3, del Tupa; la violazione delle disposizioni di cui al comma 6 dell'art.7, **fermo restando il divieto di costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato**, comporta, ai sensi del richiamato art.36, comma 5 quater, **la nullità** dei contratti stipulati e determina responsabilità erariale, oltre che responsabilità ex art.21 del Tupa a carico dei dirigenti responsabili ai quali non potrà essere erogata l'indennità di risultato;
- viene fatta salva la disciplina speciale posta dall'art.14 del Decreto legislativo n. 218 del 2016 per gli **enti di ricerca** (comma 6 quinquies)³⁶.

³⁵ I presupposti di legittimità per l'affidamento degli incarichi in questione da parte delle pubbliche amministrazioni ai sensi del comma 6 dell'art.7 del Tupa come modificato dall'art5 del D.lgs. n.75/2017 sono i seguenti:

- a) l'oggetto della prestazione deve corrispondere alle competenze attribuite dall'ordinamento all'amministrazione conferente, ad obiettivi e progetti specifici e determinati e deve risultare coerente con le esigenze di funzionalità dell'amministrazione conferente;
- b) l'amministrazione deve avere preliminarmente accertato l'impossibilità oggettiva di utilizzare le risorse umane disponibili al suo interno;
- c) la prestazione deve essere di natura temporanea e altamente qualificata; non è ammesso il rinnovo; l'eventuale proroga dell'incarico originario è consentita, in via eccezionale, al solo fine di completare il progetto e per ritardi non imputabili al collaboratore, ferma restando la misura del compenso pattuito in sede di affidamento dell'incarico;
- d) devono essere preventivamente determinati durata, oggetto e compenso della collaborazione

³⁶ Si riporta il testo dell'articolo 14 del D.lgs.n.218/2016 rubricato *“Controlli della Corte dei conti”*

“1. Gli atti e i contratti, di cui all'articolo 7, comma 6, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, stipulati dagli Enti non sono soggetti al controllo previsto dall'articolo 3, comma 1 lett. f-bis) della legge 14 gennaio 1994, n. 20 e successive modificazioni.

2. La Corte dei conti esercita sugli Enti il controllo previsto dall'articolo 12 della legge 21 marzo 1958, n. 259.”

L'articolo, in sostanza, sottrae gli atti e i contratti, di cui all'articolo 7, comma 6, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (cioè gli atti di conferimenti di incarichi individuali, anche in forma di collaborazione occasionale o coordinata e continuativa) stipulati dagli enti di ricerca al controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti previsto in via generale dall'articolo 3, comma 1, lettera f-bis) della legge 14 gennaio 1994, n. 20.

f) Il licenziamento illegittimo (art.63 del Tupa)

L'art.21 del Decreto Lgs. n.75/2017 disciplina le conseguenze del licenziamento illegittimo dei pubblici dipendenti stabilendo che in questo caso trovi applicazione la **c.d. tutela reale**.

In questo modo il legislatore, intervenendo sul comma 2 dell'art.63 del Tupa, ha inteso porre la parola FINE alla dibattuta questione dell'applicabilità ai lavoratori del pubblico impiego dell'art.18 dello Statuto dei lavoratori (Legge 20 maggio 1970, n.300) come novellato dalla Legge 28 giugno 2012, n.92 (c.d. Legge Fornero).

Com'è noto, quest'ultima legge ha modificato il regime del licenziamento contenuto nello Statuto dei lavoratori **in senso restrittivo** stabilendo che in alcune ipotesi, la tutela risarcitoria prevale rispetto alla tutela reale (reintegra del lavoratore nel posto di lavoro) che il testo precedente dell'art.18 dello Statuto prevedeva sempre e comunque a seguito di sentenza del giudice che dichiarasse l'illegittimità del licenziamento stesso per mancanza di giusta causa o di giustificato motivo soggettivo (c.d. licenziamento disciplinare) o oggettivo (c.d. licenziamenti economici). Occorre adesso un breve cenno alla disciplina del licenziamento nel lavoro privato.

La Legge Fornero, infatti, contempla quattro diversi regimi di tutela del lavoratore

1. La tutela reale piena

La tutela reale piena si applica nei casi di **nullità del licenziamento** in quanto **discriminatorio** o intimato in **concomitanza col matrimonio** o in violazione dei divieti di licenziamento posti a **tutela e sostegno della maternità e della paternità** o ai casi in cui esso è riconducibile ad **altre ipotesi di nullità** previste dalla legge o è sorretto da un **motivo illecito determinante**.

La tutela reale piena si applica, poi, anche nei casi in cui il licenziamento è **inefficace perché intimato in forma orale**.

In tutti questi casi, la norma, che si estende anche ai dirigenti e che prescinde dal limite dimensionale dell'azienda, dispone che il giudice con la sentenza con la quale dichiara la nullità del licenziamento ordina al datore di lavoro la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, e lo condanna al risarcimento del danno da questi subito per il periodo che va dal licenziamento sino

alla effettiva reintegra e al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali per tutto tale periodo.

Il risarcimento, in particolare, è rappresentato da un'indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento al giorno della reintegra, in ogni caso **non inferiore alle cinque mensilità** e calcolata **deducendo** quando il lavoratore abbia eventualmente percepito nel medesimo periodo per lo svolgimento di altre attività lavorative (**aliunde perceptum**).

2. Tutela reale attenuata

Il secondo regime di tutela previsto dall'articolo 18 è quello della **tutela reale attenuata**.

Esso riguarda, innanzitutto, i casi di licenziamento per **giusta causa** o per **giustificato motivo soggettivo illegittimo** perché **il fatto contestato non sussiste o è punito** dal contratto collettivo di riferimento con una **sanzione conservativa**.

La tutela reale attenuata si applica poi anche nelle ipotesi in cui si accerti il difetto di giustificazione del licenziamento intimato, per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore e quelli in cui il licenziamento è stato intimato in violazione dell'articolo 2110, secondo comma, del codice civile e **può** essere applicata nei casi di licenziamento **per giustificato motivo oggettivo** (cioè quando le ragioni del licenziamento non dipendono dal comportamento del lavoratore ma dalla situazione economica o organizzativa dell'azienda) **illegittimo** in quanto **il fatto alla base è manifestamente infondato**.

La tutela reale attenuata comporta la reintegra del lavoratore nel posto di lavoro e il risarcimento del danno dallo stesso subito con versamento dei contributi previdenziali.

L'indennità risarcitoria è anche in questo caso commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegra, **dedotto** però **sia l'aliunde perceptum che** quanto il lavoratore avrebbe potuto percepire se si fosse dedicato diligentemente alla ricerca di un'occupazione (**aliunde percipiendum**).

Il risarcimento, in ogni caso, **non può superare le dodici mensilità** della retribuzione globale di fatto.

3. Tutela obbligatoria piena

Nei casi residuali in cui non ricorrono gli estremi della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo od oggettivo ad applicarsi è la **tutela obbligatoria piena**.

Questa previsione costituisce la vera novità della riforma: in questi casi, infatti, il giudice dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria **onnicomprensiva** determinata tra **un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità** dell'ultima retribuzione globale di fatto, calcolata tenendo conto dell'anzianità del lavoratore, del numero di dipendenti, delle dimensioni dell'attività economica e del comportamento e delle condizioni delle parti.

4. Tutela obbligatoria attenuata

L'ultima tutela prevista dall'articolo 18 è la cd. **tutela obbligatoria attenuata**.

Essa si applica alle ipotesi di illegittimità del licenziamento per **assenza di motivazione** o per **inosservanza degli obblighi procedurali** che la legge prevede per il licenziamento disciplinare o per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

In queste ipotesi, si prevede la condanna del datore di lavoro al pagamento in favore del lavoratore di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata, in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro, **tra un minimo di sei e un massimo di dodici mensilità** dell'ultima retribuzione globale di fatto.

A questo punto, esaminata la disciplina che regola l'istituto del licenziamento nel lavoro privato possiamo meglio affrontare la relativa problematica nel settore pubblico.

A fronte delle articolate previsioni sopracitate introdotte nel campo del lavoro privato,³⁷ la legge Fornero all'art. 1, comma 7, nel definire l'ambito di applicazione della nuova normativa ha stabilito che *«le disposizioni della presente legge, per quanto da esse non espressamente previsto, costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, in coerenza con quanto disposto dall'articolo 2, comma 2, del medesimo decreto legislativo»* mentre al successivo comma 8 ha aggiunto che *«al fine dell'applicazione del comma 7 il Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, individua e definisce, anche mediante iniziative normative, gli ambiti,*

³⁷ Ad oggi, con l'entrata in vigore del Decreto Lgs. n.23 del 2015 attuativo del c.d. Jobs Act (Legge 10 dicembre 2014, n. 183) che ha introdotto il contratto a tutele crescenti, la disciplina dell'art.18 dello Statuto dei lavoratori si applica solo ai **rapporti di lavoro instaurati prima del 7 marzo 2015**, ovviamente se sussistono i requisiti dimensionali previsti dalla legge. Per i lavoratori assunti successivamente alla data del 7 marzo 2015, si applica, invece, la tutela di cui al citato Decreto Lgs. n.23/2015.

le modalità e i tempi di armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche».

Tuttavia il decreto ministeriale che avrebbe dovuto coordinare la nuova disciplina con quella già in vigore per il settore pubblico non ha mai visto la luce e neppure si è pensato a modificare l'art. 51, comma 2 del Tupa che prevede l'estensione **automatica** al pubblico impiego delle norme dello Statuto dei lavoratori attraverso un rinvio "mobile" a tale normativa per come modificata e integrata nel tempo.³⁸

Il mancato coordinamento della normativa in materia ha determinato l'insorgere di contrasti in dottrina e in giurisprudenza, contrasti che si sono acuiti a seguito dell'entrata in vigore del contratto a tutele crescenti introdotto con c.d. Jobs Act (**Decreto Lgs. 4 marzo 2015, n. 23** "*Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183*").

In giurisprudenza si sono registrati due interventi di segno opposto: con la **sentenza n.24157 del 26 novembre 2015** della Sezione Lavoro, la Corte di Cassazione ha in un primo tempo stabilito la diretta applicabilità dell'art.18 della legge n.300 del 1970, come modificato dalla Legge Fornero; a pochi mesi di distanza la stessa Sezione Lavoro della Cassazione con **sentenza n.11868 del 6 giugno 2016**, ha mutato radicalmente opinione ritenendo che il rinvio operato dall'art.51, comma 2 del D.lgs. 165/2001, nella parte in cui prevede che alle pubbliche amministrazioni si applichi la l. n. 300 del 1970 e successive modifiche e integrazioni, è da intendersi come disposizione di rinvio che, seppur mobile, nasce limitata dalla scelta fondamentale compiuta dal legislatore nel momento in cui ha esteso il testo dell'art. 18 Stat. lav. anche agli enti con meno di quindici dipendenti, generalizzando l'obbligo di reintegrazione come strumento di tutela in caso di licenziamento illegittimo nel settore pubblico. In conclusione, l'art.18 nel testo novellato dalla legge Fornero si riferisce ad ipotesi di illegittimità del licenziamento pensate per il solo ambito privato e non estensibili al pubblico impiego. Ne deriva di conseguenza, che la tutela del dipendente pubblico, in caso di licenziamento in data successiva all'entrata in vigore della stessa l. n. 92 del 2012, resta quella prevista dall'art. 18 della l. n. 300 del 1970, nel testo anteriore alle modifiche di cui alla Legge Fornero e dunque la tutela reale (reintegra nel posto di lavoro).

La Corte ha inoltre rilevato come la formulazione dell'art.18 modificato dalla Legge Fornero si ponga in insanabile contrasto con le disposizioni dettate dal decreto legislativo n.150/2009 che ha

³⁸ Art.52, comma 2 del Decreto Lgs. n.165/2001 così recita: "*La legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni ed integrazioni, si applica alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti*".

stabilito per l'impiego pubblico contrattualizzato *“una **disciplina inderogabile**, tipizzando anche illeciti disciplinari ai quali deve necessariamente conseguire la sanzione del licenziamento”*. In relazione tanto, un'eventuale modulazione delle tutele nel pubblico impiego *“richiede da parte del legislatore una ponderazione di interessi diversa da quella compiuta per l'impiego privato”*, in quanto, come avvertito dalla Corte Costituzionale, *“mentre in quest'ultimo il potere di licenziamento del datore di lavoro è limitato allo scopo di tutelare il dipendente, nel settore pubblico il potere di risolvere il rapporto di lavoro, è circondato da garanzie e limiti che sono posti **non solo e non tanto nell'interesse del soggetto da rimuovere, ma anche e soprattutto a protezione di più generali interessi collettivi (Corte Cost. 24.10.2008 n.351)**. Viene, cioè, in rilievo non l'art.41, 1° e 2° comma della Costituzione, bensì l'art.97 della Carta fondamentale, che impone di assicurare il buon andamento e l'imparzialità della amministrazione pubblica.”*

Il legislatore ha quindi recepito le indicazioni derivanti dal mutato orientamento giurisprudenziale della Cassazione e nell'integrare il comma 2 dell'art.63 del TUpi ha previsto che:

“Il giudice, con la sentenza con la quale annulla o dichiara nullo il licenziamento, condanna l'amministrazione alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, e comunque in misura non superiore alle ventiquattro mensilità, dedotto quanto il lavoratore abbia percepito per lo svolgimento di altre attività lavorative. Il datore di lavoro è condannato, altresì, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali”.³⁹

³⁹ La relazione illustrativa dello schema di decreto precisa che la disposizione è volta a cristallizzare un principio di tutela reale sul quale la giurisprudenza è approdata a seguito del sovrapporsi di diverse previsioni normative succedutesi nel tempo e che essa è volta a dare attuazione criteri di delega di cui all'articolo 16, comma 2, lettere b) e c), i quali prevedono che il Governo si attenga (tra gli altri) ai seguenti principi: b) coordinamento formale e sostanziale del testo delle disposizioni legislative vigenti, apportando le modifiche strettamente necessarie per garantire la coerenza giuridica, logica e sistematica della normativa e per adeguare, aggiornare e semplificare il linguaggio normativo; c) risoluzione delle antinomie in base ai principi dell'ordinamento e alle discipline generali regolatrici della materia. A tale ultimo riguardo il dossier predisposto congiuntamente dal Servizio studi del Senato e dal Servizio studi della Camera ha dubitato della conformità di tale disposizione con i criteri della delega ed ha suggerito di valutare *“se l'introduzione di una nuova disciplina sulle conseguenze del licenziamento illegittimo, specifica per il settore pubblico, sia riconducibile alle finalità di cui alle lettere b) e c) dell'articolo 16, della legge-delega n.124/2015”*. Non è stato della stessa opinione il Consiglio di Stato che nel parere del 21 aprile 2017 ha affermato che, alla luce della ricostruzione dogmatica della materia di cui alle pronunce della Corte Costituzionale n. 351 del 2008 e della Corte di Cassazione n.11868/2016, *“può ritenersi che il legislatore delegato abbia inteso dare attuazione al principio di cui all'art. 16, comma 2, lett. b) e c) della legge n. 124 del 2015, il coordinamento formale e sostanziale della materia, risolvendo “le antinomie in base ai principi dell'ordinamento e delle discipline regolatrici”*.

E' stato, inoltre, introdotto nello stesso articolo 63 il comma 2 bis che, recependo le indicazioni del parere del Consiglio di Stato, prevede che il giudice, nell'annullare la sanzione per difetto di proporzionalità, può **rideterminare** la sanzione tra quelle previste dalle disposizioni normative o contrattuali vigenti, tenendo conto della gravità del comportamento del lavoratore e dello specifico interesse pubblico violato.

g) La responsabilità disciplinare (artt.55, 55 bis, 55 ter, 55 quater, 55 quinquies, 55 sexies)

Il Capo VII del decreto Lgs. n.75 del 2017 è dedicato alla "Responsabilità disciplinare" e contiene gli articoli da 12 a 17 diretti ad attuare il criterio di delega di cui all'articolo 17, comma 1, lettera s), della legge delega n.124 del 2015, che richiede la ***"introduzione di norme in materia di responsabilità disciplinare dei pubblici dipendenti finalizzate ad accelerare e rendere concreto e certo nei tempi di espletamento e di conclusione l'esercizio dell'azione disciplinare"***.

Occorre ricordare in proposito che la materia è stata recentemente "rivisitata" a seguito dei molteplici episodi di malcostume registrati a carico di dipendenti pubblici che hanno suscitato indignazione nell'opinione pubblica e hanno costretto il Governo a intervenire con celerità al fine di porvi rimedio con l'obiettivo di contrastare con più efficacia il fenomeno delle **false attestazioni in servizio**.

A tal fine il **Decreto legislativo 20 giugno 2016, n.116 del 2016**⁴⁰ in attuazione della medesima legge delega n. 124/2015, ha modificato l'**articolo 55-quater del decreto legislativo n.165/2001**, introducendovi cinque ulteriori commi (commi 1-bis, 3-bis, 3-ter, 3-quater e 3-quinquies).

I commi così introdotti hanno ridisegnato il procedimento nel caso di ***"falsa attestazione della presenza in servizio mediante l'alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente"*** (fattispecie già prevista dalla lett. a) del medesimo articolo 55 quater e punita con il licenziamento) precisandone meglio i confini e l'ambito di applicazione della fattispecie.

⁴⁰ Il Decreto Lgs. n. 116/2016 è stato "ritoccato" in alcuni punti dal Decreto legislativo n.118 del 20 luglio 2017. Quest'ultimo decreto, approvato per adeguare il testo del decreto 116 alla sentenza n.251/2016 della Corte Costituzionale, ha acquisito l'**intesa** in sede di Conferenza Stato-Regioni in data 16 marzo 2017 e ha modificato, ampliandoli, alcuni termini del procedimento per l'azione di responsabilità davanti alla Corte dei conti contenuti nel comma 3 quater dell'art.55 quater, articolo al quale è stato aggiunto l'ulteriore comma 3 sexies.

In particolare si è previsto che:

- ✓ costituisce falsa attestazione della presenza in servizio *“qualunque modalità fraudolenta posta in essere, anche avvalendosi di terzi, per fare risultare il dipendente in servizio o trarre in inganno l’amministrazione presso la quale il dipendente presta attività lavorativa circa il rispetto dell’orario di lavoro dello stesso”*(comma 1 bis);
- ✓ in caso di falsa attestazione della presenza in servizio *accertata in flagranza ovvero mediante strumenti di sorveglianza o di registrazione degli accessi o delle presenze*, il dipendente pubblico è soggetto alla sanzione della **sospensione cautelare**, senza stipendio, da adottarsi in via immediata e comunque entro 48 ore dall’avvenuta conoscenza del fatto e nei suoi confronti si attiva **un procedimento disciplinare accelerato** da concludersi entro 30 giorni davanti all’ufficio dei procedimenti disciplinari (commi 3 bis e 3 ter);
- ✓ l’azione disciplinare per falsa attestazione della presenza in servizio comporta l’avvio di una **azione di responsabilità per danni di immagine della P.A.**; la misura del risarcimento è rimessa alla valutazione equitativa del giudice *“anche in relazione alla rilevanza del fatto per i mezzi di informazione e comunque l’eventuale condanna non può essere inferiore a sei mensilità dell’ultimo stipendio in godimento”* (comma 3 quater);
- ✓ nei casi di falsa attestazione della presenza in servizio accertata in flagranza ovvero mediante strumenti di sorveglianza o di registrazione degli accessi o delle presenze, l’omessa attivazione del procedimento disciplinare e l’omessa adozione del provvedimento di sospensione cautelare, senza giustificato motivo, costituiscono per i dirigenti o per i responsabili dei servizi competenti, negli enti privi di dirigenti, **illecito disciplinare punibile con il licenziamento**, fatte salve eventuali responsabilità penali (comma 3 quinquies);
- ✓ i provvedimenti di sospensione cautelare, di avvio del procedimento disciplinare e quelli conclusivi dei procedimenti di cui all’art.55 quater sono comunicati all’Ispettorato per la funzione pubblica (comma 3 sexies).

Con il Decreto Lgs. n. 75 del 2017 si è inteso intervenire ad ampio raggio sulla responsabilità disciplinare apportando modifiche rilevanti sull’intero procedimento disciplinato dagli articoli da 55 a 55 sexies.

La prima novità da segnalare riguarda **l’art.55 bis** del Tupa che descrive le forme e i termini del procedimento disciplinare: a seguito delle correzioni operate al testo dell’articolo in questione, la procedura semplificata in precedenza riservata al dirigente responsabile della struttura e da questi condotta per l’irrogazione delle sanzioni disciplinari più lievi (dal rimprovero verbale alle sanzioni

comportanti la sospensione dal servizio con privazione della retribuzione sino al massimo di dieci giorni) viene abolita e l'intero procedimento, per le infrazioni punibili **con sanzione superiore a rimprovero verbale**,⁴¹ fa capo **all'ufficio per i procedimenti disciplinari** che ciascuna amministrazione deve individuare "secondo il proprio ordinamento e nell'ambito della propria organizzazione" attribuendone titolarità e responsabilità: a questo ufficio spetta provvedere immediatamente e comunque **non oltre trenta giorni** dalla segnalazione ricevuta dal responsabile della struttura cui il dipendente appartiene, alla contestazione scritta dell'addebito al dipendente competente, primo atto della procedura disciplinare che deve essere conclusa, con l'archiviazione o con l'irrogazione della sanzione **entro centoventi giorni** dalla contestazione dell'addebito.

Sul punto merita evidenziare che l'art.55 bis, comma 4, ultimo periodo, in precedenza prevedeva, a garanzia della durata certa del procedimento disciplinare, che *"la violazione dei termini [...] comporta, per l'amministrazione, la decadenza dall'azione disciplinare ovvero, per il dipendente, dall'esercizio del diritto di difesa."*⁴²

Il nuovo **comma 9 ter** dell'art.55 bis inserito dall'art.13 del Decreto Lgs. n.75 del 2017 ha, invece, operato una sorta di dequotazione dei vizi formali del procedimento in "analogia" e in applicazione del più generale principio di dequotazione di cui all'art. 21-*octies*, comma secondo, della l. n. 241 del 1990 stabilendo che:

"La violazione dei termini e delle disposizioni sul procedimento disciplinare previste dagli articoli da 55 a 55-quater, fatta salva l'eventuale responsabilità del dipendente cui essa sia imputabile, non determina la decadenza dall'azione disciplinare né l'invalidità degli atti e della sanzione irrogata, purché non risulti irrimediabilmente compromesso il diritto di difesa del dipendente, e le modalità di esercizio dell'azione disciplinare, anche in ragione della natura degli accertamenti svolti nel caso concreto, risultino comunque compatibili con il principio di tempestività. Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 55-quater, commi 3-bis e 3-ter, [cioè i casi della falsa attestazione della presenza in servizio sanzionati con il licenziamento N.d.r.] sono da considerarsi perentori il termine per la contestazione dell'addebito e il termine per la conclusione del procedimento".

La stesura originaria della norma eliminava ogni riferimento alla perentorietà dei termini del procedimento disciplinare, termini che, di fatto, si trasformavano da perentori in meramente

⁴¹ Per le infrazioni di minore gravità punibili con il rimprovero verbale, il procedimento disciplinare è di competenza del responsabile della struttura presso la quale il dipendente presta servizio (Art.55 bis, comma 1).

⁴² Si tratta dei termini a difesa previsti per l'instaurarsi del contraddittorio con il dipendente interessato che l'art. 55 bis fissa, oggi, in almeno **venti giorni** dalla contestazione di addebito al posto dei dieci giorni originariamente previsti.

ordinatori. L'attuale formulazione, introducendo al comma 9 ter un ulteriore periodo che indica come **perentori** i termini iniziale e finale della procedura, adegua, sul punto, il testo ai suggerimenti del Consiglio di Stato ma non si sottrae alle criticità rilevate dallo stesso organo che ha sottolineato come la disposizione, per quanto concerne la citata dequotazione dei vizi formali, *“risulta alquanto generica e, in quanto tale, fonte di dubbi e incertezze, oltre che di un presumibile, ampio contenzioso, con esiti incerti per l'amministrazione, essendo sostanzialmente rimessa all'esclusivo apprezzamento del giudice la valutazione in concreto dell'effetto viziante, con violazione del principio di tassatività delle fattispecie punitive e delle relative sanzioni”* (Cfr. **parere n. 916/2017**)⁴³.

Parimenti ha suscitato perplessità il nuovo **comma 9 bis**, anch'esso introdotto dall'art.13 del Decreto, che sancisce la **nullità** delle disposizioni di regolamento, delle clausole contrattuali o delle disposizioni interne, comunque qualificate, che *“prevedano per l'irrogazione di sanzioni disciplinari requisiti formali o procedurali ulteriori rispetto a quelli indicati nel presente articolo o che comunque aggravino il procedimento disciplinare”*.

Il Consiglio di Stato nel citato parere ha, infatti, osservato che *“un tale limite all'autonomia collettiva, seppure coerente con il disegno di semplificazione del procedimento sin qui descritto, appare eccessivamente severo nel suo essere tout court sanzionato con la nullità. Ciò, peraltro, non sembra trovare una chiara rispondenza neanche nei principi della legge delega”*.

Il decreto introduce, poi, altre nuove fattispecie di licenziamento disciplinare disposte all'articolo **55-quater** includendo:

- gravi o reiterate violazioni dei codici di comportamento (nuova lett. f-bis);

⁴³ Il Consiglio di Stato rileva tra l'altro, che *“non è possibile equiparare tout court il procedimento disciplinare al procedimento amministrativo, regolato dalla legge n. 241 del 1990, per invocare, a giustificazione della dequotazione dei vizi formali del procedimento disciplinate, il più generale principio di dequotazione di cui all'art. 21-octies, comma secondo, della citata l. n. 241 del 1990. Osta ad un simile parallelismo, per un verso, la considerazione che il procedimento disciplinare costituisce lo strumento non già per l'esercizio di un potere amministrativo in generale, bensì del potere disciplinare, che è una species del genus potere punitivo, ed è pertanto circondato da una serie di inderogabili esigenze di tutela della dignità e della libertà del dipendente e, per altro verso, la constatazione che quella previsione riguarda i soli provvedimenti a contenuto vincolato e non può pertanto essere estesa analogicamente ad un provvedimento, a tipico contenuto discrezionale, come quello irrogativo della sanzione disciplinare (anche a tacer del fatto che ciò darebbe luogo ad un'inammissibile analogia in malam partem, da escludere, dal punto di vista sistematico, proprio in ragione della natura punitiva/sanzionatoria del provvedimento disciplinare)”*. In termini analoghi si sono espressi i tecnici del Senato e della Camera dei deputati: nel Dossier redatto dai rispettivi Servizi studi si legge *“Quanto alla possibilità di “violare” le disposizioni del procedimento senza che ciò ne infici la validità degli atti, appare opportuno valutare se la discrezionalità dell'amministrazione non rischi di risultare eccessiva, trovando l'unico limite nella “irrimediabile compromissione del diritto di difesa” del dipendente”*. Da notare peraltro che nel citato Dossier si segnala anche l'incongruenza di ampliare il termine massimo di durata del procedimento (in precedenza fissato in 60 gg. poi divenuti 120 nella stesura finale) in relazione al principio della delega volto ad **accelerare** i tempi del procedimento disciplinare.

- il mancato esercizio o la decadenza dell'azione disciplinare dovuta all'omissione, **con dolo o colpa grave**, degli atti del procedimento disciplinare di cui all'articolo 55-sexies, comma 3(nuova lett. f-ter);
- la reiterata violazione di obblighi che abbia determinato l'irrogazione della sospensione dal servizio per un periodo superiore a un anno nell'arco di un biennio (nuova lett. f-quater);
- l'insufficiente rendimento confermato da una costante valutazione negativa della performance del dipendente reiterata per ciascun anno nell'arco dell'ultimo triennio (nuova lett. f-quinquies).

Inoltre, ai sensi dell'ultimo periodo del comma 3 dell'art.55 quater aggiunto dall'art.15 del decreto, nei casi in cui le condotte punibili con il licenziamento **siano accertate in flagranza, si applicano le previsioni dei commi da 3-bis a 3-quinquies**: il che sta a significare che la particolare disciplina dettata in caso di falsa attestazione della presenza in servizio accertata in flagranza o mediante strumenti di sorveglianza (sospensione cautelare e senza stipendio; procedimento disciplinare accelerato; azione di responsabilità per danni di immagine della P.A.; responsabilità dirigenziale) **viene estesa** a tutti i casi in cui le condotte punibili con il licenziamento vengano accertate in flagranza⁴⁴.

All'inasprimento delle sanzioni si accompagna un *"automatismo sanzionatorio"*, così qualificato dal Consiglio di Stato, in capo ai soggetti responsabili che emerge dal combinato disposto degli articoli 55, comma 1, ultimo periodo (aggiunto dall'art.12 del Decreto) e 55 sexies, comma 3 come sostituito dall'art.17 del Decreto stesso.

Infatti, l'aggiunta al primo comma dell'art.55 del Tupo **"Responsabilità, infrazioni e sanzioni, procedure conciliative"** del periodo che prevede *"La violazione dolosa o colposa delle suddette disposizioni (cioè le disposizioni dall'art.55 all'art.55 octies N.d.r) costituisce illecito disciplinare in capo ai dipendenti preposti alla loro applicazione"* ha introdotto **"una figura generale di illecito determinata dalla violazione delle disposizioni sul procedimento disciplinare da parte dei dipendenti preposti alla loro applicazione"** (v. il più volte citato parere del Consiglio di Stato n.916/2017) mentre il novellato comma 3 dell'art.55 sexies stabilisce che *"Il mancato esercizio o la decadenza dall'azione disciplinare, dovuti all'omissione o al ritardo, senza giustificato motivo, degli atti del procedimento disciplinare, inclusa la segnalazione di cui all'articolo 55-bis, comma 4,*

⁴⁴ E' appena il caso di richiamare l'attenzione sul fatto che, come evidenziato dai tecnici di Senato e Camera *"l'ipotesi di accertamento in flagranza non pare agevolmente riferibile, in concreto, a tutte le condotte cui la disposizione rinvia, ossia punibili con il licenziamento ai sensi dell'articolo 55-quater, comma 1 (ad esempio alle "falsità documentali o dichiarative", per l'accertamento delle quali appare necessario, in ogni caso, lo svolgimento di una qualche attività istruttoria; o "all'ingiustificato rifiuto del trasferimento disposto dall'amministrazione per esigenze di servizio)"*.

ovvero a valutazioni manifestamente irragionevoli di insussistenza dell'illecito in relazione a condotte aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare, comporta, per i soggetti responsabili, l'applicazione della sospensione dal servizio fino a un massimo di tre mesi, salva la maggiore sanzione del licenziamento prevista nei casi di cui all'articolo 55-quater, comma 1, lettera f-ter), e comma 3-quinquies”.

A giudizio del Consiglio di Stato la *“complessiva formulazione della fattispecie sembra introdurre invero una forma di responsabilità oggettiva che mal si concilia con l'elemento soggettivo che deve necessariamente connotare l'illecito, anche in relazione alla funzione non meramente repressiva, ma di preventiva responsabilizzazione nella consapevolezza della conseguente sanzione”.*

Inoltre, sempre a giudizio del supremo organo di giustizia amministrativa, la disposizione, che sottopone alla sanzione della sospensione dal servizio fino a un massimo di tre mesi sia i dirigenti sia i responsabili privi di qualifica dirigenziale (mentre nella precedente formulazione questi ultimi soggetti subivano la sospensione solo ove non fosse diversamente stabilito dal contratto collettivo) *“pare configurare un automatismo sanzionatorio a carico dei soggetti responsabili, senza graduarne responsabilità e colpevolezza nel cattivo esercizio dell'azione disciplinare”* e dunque necessita di *“una rivisitazione, anche per fugare i possibili rischi di incostituzionalità.”*

Il quadro delle modifiche alle sanzioni disciplinari si completa con l'art.16 del Decreto Lgs. 75 del 2017 che, alla luce dell'impegno a definire *“misure contrattuali che incentivino più elevati tassi di presenza”* concordato con l'Intesa del 30 novembre [vedi punto 2, lett. c)] e ferma restando la possibilità che la condotta rientri tra quelle punite con il licenziamento disciplinare ai sensi dell'articolo 55-quater, affida ai contratti collettivi nazionali il compito di individuare le condotte e fissare le corrispondenti sanzioni disciplinari *“con riferimento alle ipotesi di ripetute e ingiustificate assenze dal servizio dopo le giornate festive e di riposo settimanale, nonché con riferimento ai casi di ingiustificate assenze collettive in determinati periodi nei quali è necessario assicurare continuità nell'erogazione dei servizi all'utenza”* (ex art. 55 - *quinquies*, comma 3, come modificato).

Si segnala, infine, che il citato art.16 del Decreto ha modificato il comma 2 dell'art.55 *quinquies* relativo alle **false attestazioni o certificazioni**: ai sensi di tale disposizione, il lavoratore che attesta falsamente la propria presenza in servizio, mediante l'alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente, ovvero giustifica l'assenza dal servizio mediante una certificazione medica falsa o falsamente attestante uno stato di malattia, è assoggettato alle sanzioni

penali di cui al primo comma dell'articolo e, ferma restando la responsabilità penale e disciplinari in cui incorre, ha l'obbligo di risarcire il danno patrimoniale, pari al compenso corrisposto a titolo di retribuzione nei periodi per i quali sia accertata la mancata prestazione, nonché **il danno all'immagine subito dall'amministrazione**. Il testo attuale della norma modifica le ultime parole del comma 2 dell'articolo rinviando, per la quantificazione del danno d'immagine, all'art. 55 quater, comma 3 quater⁴⁵.

E' stato inoltre riformulato in maniera più chiara rispetto al testo precedente, il primo comma dell'art.55 sexies **“Responsabilità disciplinare per condotte pregiudizievoli per l'amministrazione e limitazione della responsabilità per l'esercizio dell'azione disciplinare”** che oggi così recita: *“La violazione di obblighi concernenti la prestazione lavorativa, che abbia determinato la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno, comporta **comunque**, nei confronti del dipendente responsabile, l'applicazione della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da **un minimo di tre giorni fino ad un massimo di tre mesi**, in proporzione all'entità del risarcimento, salvo che ricorrano i presupposti per l'applicazione di una più grave sanzione disciplinare.”*

Per quanto concerne i rapporti tra procedimento disciplinare e procedimento penale l'articolo 14 del Decreto modifica l'**articolo 55-ter** del Tupa prevedendo in primo luogo che il procedimento disciplinare sospeso possa essere riattivato qualora l'amministrazione giunga in possesso di elementi sufficienti per concludere il procedimento, anche sulla base di un **provvedimento giurisdizionale non definitivo**⁴⁶; inoltre, si dispone che al procedimento disciplinare ripreso o riaperto successivamente alla sentenza del giudice penale, si applicano i termini generali stabiliti per la conclusione del procedimento stesso dall'art. 55 bis, termini che decorrono nuovamente e integralmente⁴⁷.

⁴⁵ L'ultimo periodo del comma 3 quater dell'art.55 quater prevede che *“L'ammontare del danno risarcibile è rimesso alla valutazione equitativa del giudice anche in relazione alla rilevanza del fatto per i mezzi di informazione e comunque l'eventuale condanna non può essere inferiore a sei mensilità dell'ultimo stipendio in godimento, oltre interessi e spese di giustizia.”*

⁴⁶ Il parere del Consiglio di Stato segnalava in proposito che la possibilità di riattivare il procedimento disciplinare sospeso sulla base di un provvedimento giurisdizionale non definitivo *“potrebbe portare a riconoscere esplicitamente l'incidenza di un provvedimento giurisdizionale non definitivo sull'esito del procedimento disciplinare, con conseguente rischio di ulteriore incertezza in ipotesi di successivo giudicato penale difforme dalla sentenza non definitiva”* e dunque **“potrebbe porsi in contrasto con il principio della tendenziale ininfluenza, a fini disciplinari, di una sentenza penale non definitiva.”**

Si suggeriva, quindi, di *“riformulare la disposizione chiarendo espressamente che, in sede disciplinare: - non può derivare alcun effetto automatico in relazione a provvedimenti giurisdizionali non definitivi, - è invece consentita l'autonoma valutazione di ogni nuovo elemento di fatto emerso anche in provvedimenti di natura giurisdizionale, ancorché non definitivi.”* Purtroppo il suggerimento è stato disatteso.

⁴⁷ Il termine per la conclusione del procedimento ripreso o riaperto fissato in precedenza dall'art. 55 ter, comma 4, in 180 giorni, si è, dunque, attualmente ridotto a 120 giorni ex art.55 bis comma 4.

