

IANUS

Diritto e Finanza



Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 25 - giugno 2022

**PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE,
CODICE DI COMPORTAMENTO E RUOLO DEL
DIRIGENTE PUBBLICO QUALE DATORE DI
LAVORO: NOTE CRITICHE**

Franca Borgogelli

PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE, CODICE DI COMPORTAMENTO E RUOLO DEL DIRIGENTE PUBBLICO QUALE DATORE DI LAVORO: NOTE CRITICHE[°]

Franca Borgogelli

*Già Professoressa Ordinaria di Diritto del lavoro
Università degli Studi di Siena*

Oggetto della riflessione è l'impatto che le norme volte a prevenire e reprimere la corruzione nella pubblica amministrazione hanno sulla figura del dirigente pubblico a cui l'ordinamento attribuisce le capacità e i poteri del datore di lavoro privato nella direzione e nell'organizzazione dell'attività dei dipendenti. Vengono prese in esame in particolare le disposizioni relative al codice di comportamento in rapporto al sistema disciplinare, nel succedersi di numerose modifiche legislative che hanno condotto a configurare un quadro normativo caratterizzato da incoerenze e contraddizioni che inficiano la qualità dell'azione amministrativa. L'analisi critica è volta a individuare le modalità con cui specificità del lavoro pubblico e principi della contrattualizzazione e privatizzazione possono armonizzarsi secondo i dettati di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost.

The topic of the analysis is the impact that the legal provisions for the prevention and suppression of corruption in the public administration have on the position of the public manager, to whom the legal framework attributes the capabilities and powers of a private employer in the management and organisation of employees' activities. In particular, the provisions on the code of conduct are examined in relation to the disciplinary system, as a succession of numerous legislative revisions has led to a regulatory framework characterised by inconsistencies and contradictions that undermine the quality of administrative activity. The critical analysis is aimed at identifying the ways in which the peculiarities of public employment and the principles of contractualisation and privatisation can be harmonised in accordance with the principles of impartiality and good performance under Article 97 of the Constitution.

Sommario:

1. Il problema
2. Potere disciplinare e nuove regole sul Codice di comportamento
3. Le contraddizioni nel sistema e le soluzioni interpretative
4. Riflessioni in prospettiva

[°] Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

1. Il problema

Questa riflessione è volta a valutare l'impatto sulla figura del dirigente pubblico, a cui l'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni attribuisce in via esclusiva le capacità e i poteri del datore di lavoro privato¹, delle norme in materia di prevenzione della corruzione, concentrando l'attenzione sulla regolazione del codice di comportamento e sul sistema disciplinare nel suo complesso. Infatti, la figura di un dirigente la cui attività, svolta attraverso atti di natura privatistica e caratterizzata da autonomia nell'organizzazione e nella direzione del lavoro, deve essere orientata al raggiungimento degli obiettivi programmati e valutata in relazione ai risultati, difficilmente si concilia con la figura di un dirigente "controllore", in cui prevalgono le funzioni ispettive e sanzionatorie, quale emerge in seguito alle riforme legislative intervenute a partire dal 2009. Si tratta di un sistema di norme di fonti eterogenee, connotato da problemi di stratificazioni e sovrapposizioni, che 'sommangono' la dirigenza pubblica di compiti puntualmente definiti, ponendo l'accento sulla responsabilità disciplinare piuttosto che sulla responsabilità manageriale e di fatto marginalizzando quelle funzioni organizzative e gestionali che pure sono ritenute essenziali per assicurare che l'azione amministrativa si svolga secondo i prescritti canoni di efficienza, efficacia, economicità. Senza peraltro che risulti raggiunto l'obiettivo di contrastare la corruzione e garantire effettivamente l'imparzialità e il rispetto dei principi etici.

L'attribuzione alla dirigenza pubblica dei poteri del datore di lavoro privato ben rappresenta la finalità di assicurare una gestione flessibile ed efficiente del personale (e della micro-organizzazione degli uffici); quindi per tale via una migliore qualità dell'azione amministrativa e dei servizi resi ai cittadini dalle diverse pubbliche amministrazioni (d'ora innanzi PA). Si prefigura una dirigenza dotata di autonomia decisionale rispetto sia al potere politico, che definisce gli indirizzi e gli obiettivi, sia al potere sindacale, con cui si confronta nella sede negoziale; la sua attività è prioritariamente rivolta al raggiungimento degli obiettivi programmati. La relazione contrattuale posta alla base del modello - al quale la valutazione, a valle, dei risultati raggiunti garantisce la conformità rispetto al principio costituzionale del buon andamento² - definisce il potere datoriale di organizzare e gestire il personale alla luce dei principi introdotti dallo Statuto dei lavoratori, che si applicano, seppur con adattamenti, anche al lavoro pubblico. Le norme limitative dell'esercizio del potere del datore di lavoro contenute nello Statuto legittimano e confermano quel potere: quindi si estende al lavoro pubblico un sistema regolativo che dà poteri al dirigente-datore di lavoro, seppur con limiti a tutela dei diritti dei lavoratori.

¹ Così recita l'art.5, c.2, d.lgs. n.165/2001; la disposizione, già contenuta nel testo della riforma elaborato negli anni 90 del novecento, non ha subito modifiche sostanziali dai successivi interventi legislativi in materia di lavoro pubblico.

² Cfr. ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1993, 461 ss.

Questi caratteri propri dell'ordinamento del lavoro pubblico costruito dal legislatore degli anni 90 del novecento non sono mutati, nonostante il susseguirsi nel tempo di numerose modifiche legislative; così come resta a tutt'oggi immutato il «cuore della riforma»³, ovvero la qualificazione giuridica contrattuale del rapporto di lavoro pubblico, con il conseguente riferimento, quali fonti di disciplina del rapporto, da un lato alle leggi che regolano il lavoro privato, seppure con gli adattamenti resi necessari dai vincoli costituzionali, dall'altro alle disposizioni dei contratti collettivi.

Rispetto a questo paradigma, le modifiche legislative del sistema disciplinare intervenute a partire dal 2009 e le modifiche alle norme sul codice di comportamento contenute nella legge n.190/2012, *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*, si pongono in un rapporto problematico, poiché determinano incoerenze e contraddizioni nel modello. Infatti, ci si allontana nettamente dalla disciplina privatistica, e quindi si ridimensiona il principio di armonizzazione tra lavoro pubblico e lavoro privato fondato sulla fonte contrattuale, pur restando immutate le norme fondanti la contrattualizzazione/privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico.

Ne consegue, come si è già osservato, il delinearsi di un contrasto tra il rilievo attribuito alle esigenze d'innovazione organizzativa, gestionale, tecnologica per migliorare la produttività nel lavoro pubblico e garantire la qualità dei servizi, coniugando efficienza, efficacia ed economicità, e una normativa, che insiste in una logica fondata sui doveri e sulle sanzioni, in un'ottica di mera esecuzione formalistica e deresponsabilizzata, che sembra orientata al ripristino di un modello di pubblica amministrazione più tradizionale (e peraltro non risulta aver portato a esiti positivi sotto il profilo dell'effettività).

La regolazione attuale del codice di comportamento e del potere disciplinare si configura esemplare della difficoltà di applicare regole comuni al lavoro pubblico e privato per assicurare efficienza e flessibilità, adattandole alle peculiari differenze dei contesti; dunque come un aspetto paradigmatico delle difficoltà di coniugare imparzialità e buon andamento, specificità del lavoro pubblico e principi privatistici. Pertanto la verifica del se e del come sia possibile ricomporre le incoerenze e superare le contraddizioni, anche agendo sui piani dell'interpretazione e dell'implementazione delle disposizioni di legge, rappresenta un passaggio necessario per contribuire a raggiungere quell'obiettivo di efficienza ed efficacia del sistema regolativo delle pubbliche amministrazioni⁴ che appare ancora lontano dall'essere raggiunto, per quanto continuamente, da tutti i soggetti istituzionali coinvolti, 'invocato'.

La necessità di risolvere i gravi problemi che affliggono l'amministrazione pubblica è peraltro tornata ad essere di particolare attualità e urgenza nel momento in cui la ricostruzione del sistema economico e sociale dopo la pandemia causata dal Covid-19 è affidata al corretto utilizzo degli ingenti finanziamenti ottenuti dalla UE

³ Così D'ANTONA, *La neolingua del pubblico impiego riformato*, in *Lav. dir.*, 1996, 240.

⁴ Cfr. le finalità delle norme che disciplinano «l'organizzazione degli uffici e dei rapporti di lavoro e di impiego alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche» indicate nell'art.1, c.1, del d.lgs.165/2001.

grazie al NextGenerationEU, a condizioni che solo una amministrazione efficiente può essere in grado di rispettare.

Per tale analisi è necessario partire da una - seppur molto sintetica - ricostruzione diacronica del percorso legislativo di regolazione del sistema disciplinare.

2. Potere disciplinare e nuove regole sul Codice di comportamento

Nel modello regolativo del lavoro alle dipendenze delle PA che si delinea compiutamente alla fine degli anni 90 del '900, con le modifiche e le integrazioni introdotte dai decreti delegati del 1997-1998 al testo del d.lgs. n.29/1993, poi recepito nel d.lgs. n.165/2001⁵, la normativa sul sistema disciplinare si configurava in termini di sostanziale omogeneità con la normativa privatistica per quanto concerne le fonti e i profili sostanziali. La disciplina è costruita intorno al richiamo all'art. 2106 c.c. e all'art.7 dello Statuto dei lavoratori, differenziandosi solo nelle procedure per adeguarle al particolare contesto, peraltro ricalcando il paradigma statutario e legificando alcuni principi affermati dalla giurisprudenza nell'applicazione delle norme disciplinari del settore privato. Si lascia ampio spazio alle parti negoziali, per i profili sostanziali e procedurali.

È ben noto come quel modello regolativo - sia complessivamente considerato sia per il profilo del potere disciplinare - non abbia dato i risultati sperati e come nel decennio successivo al 1998 siano state rilevanti le difficoltà incontrate dai dirigenti nell'esercizio del potere datoriale, con riguardo sia all'organizzazione, sia alla gestione del personale. Difficoltà che connotano i rapporti dei dirigenti con la sfera politica, anche per le inadempienze e le inadeguatezze di questa nella comunicazione di indirizzi e obiettivi e per la regolazione insoddisfacente dell'attribuzione degli incarichi dirigenziali; e quelli con il sindacato, per le debolezze degli uni e i corporativismi dell'altro, che conducono anche a un esercizio lassista del potere disciplinare. Effetti negativi importanti conseguono altresì all'assenza di un sistema di valutazione efficace, sotto i due fondamentali profili: da un lato, con riguardo alla valutazione del merito per i riconoscimenti economici e di carriera al personale, dall'altro, per la valutazione della dirigenza come elemento di chiusura del modello

⁵ Quella che viene considerata la "seconda" riforma del lavoro pubblico - intervenuta, in attuazione della delega di cui all'art. 11, c. 4, l. n.59/1997 a modificare il testo del d.lgs. n.29/1993 emanato su delega della l.n.421/1992 - è da ritenere un «completamento» del percorso di contrattualizzazione e privatizzazione della disciplina del lavoro alle dipendenze delle PA, avviato con una fase esplicitamente «transitoria» e con interventi di modifica della previgente disciplina pubblicistica ancora parziali: così D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle "leggi Bassanini"*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1998, 35 ss., ora anche in D'ANTONA, *Opere*, a cura di CARUSO e SCIARRA, Giuffrè, 2000, vol. IV, cit. p.234). Il testo del d.lgs. n. 29 del 3 febbraio 1993 (corretto più volte nel medesimo anno), come modificato dai d.lgs. del 1997-98 e poi transitato con rettifiche formali nel d.lgs. n.165/2001, può dunque essere considerato come un unico primo modello regolativo. Ne è conferma l'espressa previsione della fine della fase transitoria con la stipula dei secondi contratti collettivi (per il triennio 1998-2001).

regolativo basato sulla funzionalizzazione all'interesse pubblico non dei singoli atti, ma dell'esito dell'attività dell'amministrazione⁶.

Si tratta peraltro di difetti e lacune che non vengono corretti: è totalmente assente l'opera di implementazione, di messa a punto in connessione con il processo di attuazione del paradigma regolativo. Nel 2009 si procede invece, con la legge delega n. 30 e il d.lgs. n. 150 (la c.d. riforma Brunetta), a un nuovo intervento che modifica incisivamente il sistema. Per quanto riguarda la regolazione del potere disciplinare - che viene ad assumere un rilievo centrale, anche nella comunicazione mediatica - si tratta di un cambiamento netto: dalla prospettazione di una osmosi tra settore pubblico e settore privato si passa a una regolazione legislativa i cui caratteri e contenuti conducono a una profonda differenziazione, seppure senza mettere formalmente in discussione l'attribuzione al dirigente pubblico dei poteri del datore di lavoro privato.

Con la riforma del 2009 ci si propone di ottenere con lo strumento della legge quei risultati che non sono stati raggiunti con l'attribuzione ai dirigenti delle prerogative datoriali privatistiche e al contratto collettivo di un ruolo primario come fonte regolativa⁷. Si sceglie dunque la via della rilegificazione, anche del procedimento, regolando puntualmente i poteri dei dirigenti e ponendo stretti limiti e confini alla autonomia collettiva⁸, tipizzando gli illeciti e configurando come obbligatorio l'esercizio del potere disciplinare. Inoltre si attribuiscono al sistema disciplinare finalità nuove - certamente diverse da quelle del settore privato e proprie di una relazione contrattuale - determinando rapporti problematici con il sistema di valutazione (oggetto anch'esso di una rilevante e puntuale disciplina nel d.lgs. n. 150/2009). In particolare suscitano perplessità, e si configurano di difficile applicazione, le configurazioni di illeciti e sanzioni che, facendo ambiguo riferimento al "rendimento", mescolano piani diversi: da un lato quello dei risultati, e dunque del sistema di valutazione; dall'altro quello della diligenza e quindi dell'inadempimento.

⁶ Per la nozione di funzionalizzazione il rinvio è a ORSI BATTAGLINI, op. cit.; per la sua configurazione quale fondamento della contrattualizzazione/privatizzazione della disciplina del lavoro pubblico cfr. altresì D'ANTONA, *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, 4, 35 ss.

⁷ Il ruolo primario del contratto collettivo come fonte regolativa caratterizza il paradigma della riforma completata nel 1997/98; si attribuisce alla contrattazione collettiva, intesa come «libertà negoziale e non come potere normativo» un rilievo centrale quale strumento «determinante di rinnovamento», esaltando al massimo il suo ruolo come «metodo principe della regolamentazione del lavoro pubblico» (così D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro*, cit., 257). Seguirà presto la fase della delusione: i gravi limiti nelle modalità di attuazione della riforma riguardano in modo significativo anche gli esiti della negoziazione collettiva, sia a livello di comparto sia a livello di singole amministrazioni. Per una ricostruzione sintetica dell'evoluzione del ruolo dell'autonomia collettiva, e i relativi riferimenti bibliografici, si rinvia a BORGOGELLI, *Sindacati e contrattazione collettiva nel lavoro pubblico: un percorso ondivago in Il sistema sindacale italiano. Un omaggio senese a Bruno Fiorai*, a cura di GAETA e PASSANITI, Napoli, 2021, 115 ss.

⁸ La nuova regolazione, in coerenza con il capovolgimento del rapporto legge-contratto nell'assetto delle fonti attuato dalla legge delega n.15/2009, limita l'intervento dell'autonomia collettiva negli spazi consentiti dalla norma di legge, di carattere imperativo (con il rinvio agli artt. 1339 e 1419 c.c.).

La questione dei rapporti tra adempimento contrattuale e *performance* è certamente importante, di rilievo sistemico, ma la sua regolazione non appare appropriata⁹.

La legislazione successiva al 2009 per quanto riguarda il sistema disciplinare si caratterizza per la continuità con la direzione impressa dalla Riforma Brunetta, in un percorso legislativo che si svolge senza mutamenti sostanziali nella linea di politica del diritto per tutto il decennio successivo, nonostante i risultati deludenti: le nuove disposizioni relative al codice di comportamento contenute nella l.n.190/2012 e le modifiche al sistema disciplinare e alle responsabilità dei dirigenti introdotte dalla Riforma Madia e confermate nella successiva legislatura¹⁰ accentuano la differenziazione rispetto alla normativa privatistica (e anche le contraddizioni interne al sistema). Si osserva in particolare come, benché il d.lgs.75/2017, modificando nuovamente il rapporto tra legge e contratto nell'assetto delle fonti, si connoti per il recupero del ruolo di fonte attribuito all'autonomia collettiva, nel sistema disciplinare si conferma il predominio della legge: a fronte di una normativa che allunga la lista delle tipizzazioni unilaterali di illeciti e sanzioni, non resta molto spazio alle scelte dell'autonomia collettiva. Si accentua altresì, e diviene sistematico, l'inserimento di finalità ultronee rispetto a quelle che connotano l'esercizio del potere disciplinare nella relazione contrattuale del settore privato: si ampliano le responsabilità e il debito contrattuale, da un lato riconducendo ai "doveri d'ufficio del funzionario pubblico" una serie eterogenea di prescrizioni collegate a principi etici, di integrità, imparzialità e trasparenza, e al contrasto all'illegalità e alla corruzione, dall'altro lato mescolando riferimenti alla diversa dimensione della produttività, della verifica della *performance* e dei risultati e quindi al profilo della valutazione.

⁹ I riferimenti bibliografici sono troppo numerosi per poter essere qui elencati; per una approfondita analisi critica e un quadro delle diverse opinioni si richiamano in particolare TULLINI, *L'inadempimento e la responsabilità disciplinare del dipendente pubblico: tra obblighi giuridici e vincoli deontologici*, in W.P. CSDLE "Massimo D'Antona.IT", n. 229, 2014; ZAPPALÀ, *La regolazione asintotica del licenziamento: ratio ed effetti della differenziazione tra lavoro pubblico e lavoro privato*, in W.P. CSDLE "Massimo D'Antona.IT, Collective Volumes n. 8, 2019, sul punto 305 ss. V. altresì: AVIO, *La performance come valutazione dell'adempimento nel rapporto alle dipendenze della P.A.*, Napoli, 2017, 63 ss.; BAVARO, *Note sul potere disciplinare nel lavoro pubblico fra aziendalismo e amministrativismo*, in RGL, 2018, I, 507 ss.

¹⁰ Cfr.: la l. n.190/2012 (sulla prevenzione e repressione della corruzione nelle PA), il d.lgs. n.116/2016 (sui licenziamenti disciplinari), il d.lgs. n. n.75/2017 (che modifica e integra il d.lgs. n.165/2001); la l.n.56/2019 (Interventi per la concretezza delle azioni delle PA e la prevenzione dell'assenteismo). Si aggiungano, per il collegato profilo della garanzia della trasparenza amministrativa: il d.lgs. n.33/2013 di riordino della disciplina sul diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle PA e il d.lgs. n.97/2016, correttivo della l. n.190/2012 e del d.lgs.33/2013, ai sensi della l.124/2015, art.7. Da ricordare anche la l.n.179/2017 sulle tutele per chi segnala gli illeciti (la figura del whistleblowing): per il suo commento in riferimento al codice di comportamento si rinvia, *ex multis*, ad AVIO, *La tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti nella l. 30 novembre 2017, n.179*, in ESPOSITO, LUCIANI, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L., *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2018, 311 ss. Più in generale, per una « rassegna degli ambiti tematici che vedono l'incrocio tra la normativa di contrasto alla corruzione e la disciplina del rapporto di lavoro dei dipendenti delle PA » cfr. D'ALESSIO, *La legislazione anticorruzione: l'impatto sui rapporti di lavoro pubblico*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2017, 99 (da cui la cit.) e ss.

Il sistema normativo che regola il potere disciplinare si caratterizza dunque attualmente per l'ampliamento, rispetto al passato, sia dell'intervento della fonte unilaterale sia del debito del lavoratore; in questo - problematico - quadro un ruolo centrale è ricoperto dalla nuova configurazione del codice di condotta delineata dalla legge n.190/2012 (con integrazioni negli anni successivi).

L'adozione di un codice di comportamento, da consegnare ai dipendenti delle PA nel momento della stipula del contratto individuale di lavoro, era stata già prevista dal d.lgs. n.29/1993, tuttavia con una disciplina che, nonostante le modifiche introdotte nel 1998 e poi 'trasferite' nell'art.54 del d.lgs. n. 165/2001¹¹, era rimasta caratterizzata da ambiguità e incertezze applicative¹². Sin dall'emanazione dei primi codici di comportamento nazionali¹³, pertanto, la dottrina si era posta numerosi interrogativi, rispondendo, con opinioni diverse, ai dubbi concernenti in particolare la natura e l'efficacia giuridica, ma anche i caratteri delle prescrizioni, con riguardo ai profili etici e ai rapporti con il codice disciplinare di competenza negoziale¹⁴.

La novella introdotta dall'art.1, c. 44. l. n. 190/2012 risolve molte delle ambiguità e incertezze interpretative della previgente disciplina e supera alcune delle sue debolezze sul piano dell'effettività dello strumento; ma, come qui si evidenzierà, determinando contraddizioni e incoerenze nel sistema del potere dirigenziale e della

¹¹ Per la ricostruzione dell'evoluzione della disciplina del codice di comportamento, introdotta con l'art.26 del d.lgs.546/1993, correttivo del d.lgs. 3 febbraio1993 n.29 in cui inserisce l'art.58bis, poi modificato dall'art.27, d.lgs.80/1998, v. da ultimo OLIVIERI, *Gli obblighi del pubblico dipendente e la rilevanza disciplinare del codice di comportamento in Il lavoro pubblico: dalla contrattualizzazione al governo Draghi*, a cura di BOSCATI, Rimini, 2021, 733 ss.

¹² «Era infatti accaduto che il legislatore, a dispetto del nome utilizzato, non aveva optato per un profilo esclusivamente etico, di orientamento, di questo strumento, scegliendo invece, almeno al principio, una strada diversa, non priva di ambiguità, che tentava di far convivere più generali principi di *customer orientation* - affiancando i codici alle carte dei servizi - con una rilevanza disciplinare "indiretta" della disciplina dettata»: così GARGIULO, *La prestazione lavorativa tra prescrizioni etiche e obblighi contrattuali. Fonti e contraddizioni nella delimitazione dell'area di debito del dipendente pubblico*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2014, 17 ss. Sul rilievo del profilo etico cfr. *ex multis*: MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*. Bologna, 2007; i saggi contenuti nel volume *Al servizio della Nazione*, a cura di MERLONI-CAVALLO PERIN, Milano, 2009.

¹³ Emanati il primo sulla base del decreto del Ministro della Funzione pubblica del 31 marzo 1994, l'altro con il d.p.c.m. del 28 novembre 2000.

¹⁴ Sulla disciplina previgente dei codici, oltre alle opere citate nelle note precedenti si richiamano, tra le numerose analisi di amministrativisti e giuslavoristi: CASSESE, *I codici di condotta*, in *Doc. giust.*, 1994, 7-8; MATTARELLA, *L'etica pubblica e i codici di condotta (riflessioni sul codice di comportamento dei dipendenti pubblici)*, in *Lav. dir.*, 1994, 534 ss. GRANDI, *Il "codice" di condotta dei dipendenti pubblici: alcune riflessioni a margine e VALLEBONA, Il codice di condotta dei dipendenti pubblici e i pericoli di una incontrollata ansia di moralizzazione*, in *Riv. giur. lav.* 1994, I, risp. 365 e 381 ss.; RUSCIANO, *Utenti senza garanti*, in *Lav. dir.*, 1996, 59 ss.; CARLONI, *Ruolo e natura dei c.d. "codici etici" delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 319 ss.; NUNIN, *Integrità e corruzione amministrativa. L'etica pubblica e il codice di comportamento dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, I, 326 ss. Sulle differenze tra codici etici e codici di comportamento in base alla disciplina previgente e attuale cfr.: MERLONI, *Codici di comportamento*, in *Libro dell'anno del Diritto 2014*, Roma, 2014, § 1; CARLONI, *I codici di comportamento "oltre" la responsabilità disciplinare*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2017, 164 ss. ed *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici.

responsabilità disciplinare (e non solo). Persistono le difformità nelle valutazioni della dottrina, in particolare tra amministrativisti e giuslavoristi¹⁵, anche rispetto alla nuova configurazione giuridica dei codici di comportamento, in conseguenza della «chiara indicazione legislativa di una loro valenza “disciplinare” (...). Un codice, dunque, in grado (ora) di svolgere non solo una funzione “preventiva”, di orientamento valoriale delle condotte, ma anche “repressiva”, assicurata dal fatto che il codice è ora direttamente assistito da sanzioni (non solo, ma in primo luogo) disciplinari»¹⁶.

Per quanto riguarda i rapporti con le norme relative alla responsabilità disciplinare contenute nei contratti collettivi, l'originaria versione dell'art. 54 d.lgs. n.165/2001 lasciava alla contrattazione collettiva il compito di definire la vincolatività, quali *obblighi* contrattuali disciplinarmente rilevanti, dei *doveri* fissati dal codice di comportamento, chiedendo un “coordinamento” dei principi del codice - da recepire in allegato ai contratti collettivi - con le previsioni negoziali in materia di responsabilità disciplinare. Ora invece il legislatore, nel nuovo testo dell'art.54, prescrive direttamente (c.3) che è fonte di responsabilità disciplinare la violazione dei *doveri* contenuti nel codice di comportamento (compresi quelli relativi all'attuazione del Piano di prevenzione della corruzione); il che vale con riferimento sia al codice nazionale, sia ai codici emanati a livello di singole PA per integrarne e adattarne le prescrizioni alle diverse specificità (art. 54, c. 5). Il d.lgs. n.75/2017 aggiunge poi che

¹⁵Per la vasta letteratura amministrativista e giuslavorista cfr. *ex multis*, per la prima: CARLONI, *Il nuovo Codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Istituzioni del federalismo*, 2013, 377 ss.; MATTARELLA, *Il nuovo codice di comportamento dei dipendenti pubblici*, *Nota a d.p.r. 16 aprile 2013, n. 62*, in *GDA*, 2013, 927 ss.; D'ALTERIO, *I codici di comportamento e la responsabilità disciplinare*, in *La legge anticorruzione*, a cura di MATTARELLA-PELISSERO, Torino, 2013, 211 ss.; MERLONI, *Codici di comportamento*, in *Libro dell'anno del Diritto 2014*, cit.; CARLONI, *I codici di comportamento “oltre” la responsabilità disciplinare*, cit., 158 ss. TENORE, *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, Giuffrè, Milano, 2017; CAVALLO PERIN, *Codice di comportamento e sistema disciplinare*, in CORPACI, DEL PUNTA, MONACO, *La riforma del lavoro pubblico*, Milano, 2018, 143 ss. Per la seconda: GARGIULO, *Il codice di comportamento dei dipendenti pubblici: atto terzo*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2012, 5, 751 ss.; ID., *La prestazione lavorativa tra prescrizioni etiche e obblighi contrattuali*, cit.; TULLINI, *L'inadempimento e la responsabilità disciplinare*, cit.; ZOLI, *L'esercizio del potere disciplinare nel settore pubblico riformato*, in *DLRI*, 2018, 689 ss.; BOSCATI, *La specialità del lavoro pubblico. Fonti legali e fonti contrattuali nella progressiva evoluzione del sistema normativo tra organizzazione e disciplina dei rapporti di lavoro*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2018, 3, 50 ss.; BARBIERI, *Note critiche sul licenziamento disciplinare nel lavoro pubblico dopo l'intervento legislativo del 2017*, in *DLRI*, 2019, 157 ss.; CARUSO, *Le riforme e il lavoro pubblico: la 'legge Madia' e oltre. Miti, retoriche, nostalgie e realtà nell' 'eterno ritorno' al allo statuto speciale del lavoratore pubblico e MILITELLO, Etica comportamentale, procedimento disciplinare e sanzioni. L' homo novus nel pubblico impiego?* in *W.P. CSDLE “Massimo D'Antona.IT, Collective Volumes* n. 8, 2019, 9 ss., 193 ss.; ZAPPALÀ, *La regolazione asintotica del licenziamento*, cit., 294 ss.; MAINARDI, *Questioni in merito al licenziamento disciplinare del dipendente e dirigente pubblico*, in *DLRI*, 2019, p. 170 ss.; BAVARO, *Note sul potere disciplinare*, cit.; VOZA, *Il riassetto del sistema disciplinare nel lavoro pubblico*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2018, 2 ss.; BORGOGELLI, *Sui poteri della dirigenza pubblica nella disciplina dei rapporti di lavoro: il nuovo modello regolativo*, in *Studi in onore di Tiziano Treu*, 2011, 1550 ss.; ID., *Le prerogative del datore di lavoro pubblico: l'eloquente caso delle sanzioni disciplinari*, in *Quad. Dir. lav. merc.*, n.10, 2021, 183 ss.; OLIVIERI, *Gli obblighi del pubblico dipendente*, cit., 733 ss.

¹⁶ Così CARLONI, *I codici di comportamento “oltre” la responsabilità disciplinare*, cit., 168.

le gravi o reiterate violazioni del codice di comportamento sono punite con il licenziamento (all'art. 54, c. 3, il d.lgs. n.75/2017 inserisce il rinvio all'art. 55 *quater*, c. 1, lett. f-*bis* d.lgs. n-165/2001).

Il rapporto dell'autonomia collettiva con la fonte unilaterale dunque si capovolge: alla fonte negoziale è consentito solo di specificare, integrare o aggiungere, istituendo un raccordo con l'apparato sanzionatorio per definire le conseguenze della violazione delle disposizioni del codice. Pertanto all'autonomia collettiva resta solo la competenza nell'individuazione delle sanzioni per ciò che non prescrive direttamente il legislatore, mentre al codice si attribuisce un ruolo centrale nell'individuazione dei *doveri* rilevanti per la responsabilità disciplinare.

Per quanto concerne le finalità del codice, il primo comma dell'art.54 indica quelle di «assicurare la qualità dei servizi, la prevenzione dei fenomeni di corruzione, il rispetto dei doveri di diligenza, lealtà, imparzialità e servizio esclusivo alla cura dell'interesse pubblico». I prescritti collegamenti con il Piano per la prevenzione della corruzione e la trasparenza e le connessioni con il Piano della *performance* determinano uno stretto legame tra la normativa sulla prevenzione della corruzione e quella sui rapporti di lavoro nel settore pubblico, ampliando l'area del debito contrattuale dei lavoratori.

Il codice nazionale è stato emanato con il d.P.R. n. 62 /2013¹⁷; sono poi seguiti i codici delle singole amministrazioni, a cui spetta di specificare la disciplina, integrandola e differenziandola in relazione alle proprie peculiarità¹⁸. I contenuti concreti del codice evidenziano la eterogeneità delle funzioni: si cerca di «tenere assieme efficienza organizzativa, qualità del servizio, prevenzione della corruzione; profili diversi la cui amalgama appare davvero complessa»¹⁹.

¹⁷ Secondo le nuove regole il Regolamento «recante il codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell'articolo 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165» è stato approvato con decreto del Presidente della Repubblica (d.P.R. 16 aprile 2013 n.62), previa deliberazione del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, previa intesa in sede di Conferenza unificata. Il campo di applicazione delle disposizioni del codice, che comprende anche i dirigenti, si estende, nei limiti della compatibilità, anche a tutti i collaboratori e consulenti delle PA, qualsiasi sia la tipologia di contratto o di incarico, e ai collaboratori a qualsiasi titolo di imprese fornitrici di beni e servizi (art.2, c.3). Viene peraltro criticamente segnalato (cfr. Merloni e Carloni, op. cit.), l'assenza di regole analoghe per il personale politico.

¹⁸ L'indubbia importanza dei codici delle singole amministrazioni - indicati come «forse la previsione più significativa frutto della riforma del 2012, perché conferisce allo strumento una flessibilità ed una capacità di adattamento ai diversi contesti che gli permette, almeno potenzialmente, di modularsi su dimensioni diverse» (CARLONI, *I codici di comportamento "oltre" la responsabilità disciplinare*, cit., 161, *amplius* 181 ss.) - non sembra essere stata colta dalle PA: anche se non mancano lodevoli eccezioni, sovente si è trattato di una mera riproduzione dei contenuti del codice nazionale, in un'ottica di formalistico adempimento. Per valutazioni sui potenziali ambiti di intervento, interessanti anche nella prospettiva di garantire effettività alle disposizioni in materia, cfr. OLIVIERI, *Gli obblighi del pubblico dipendente*, cit., 746 ss. V. altresì le indicazioni contenute in ANAC, *Linee guida in materia di Codici di comportamento delle amministrazioni pubbliche*, approvate con delibera n. 177 del 19 febbraio 2020.

¹⁹ Così GARGIULO, *La prestazione lavorativa tra prescrizioni etiche e obblighi contrattuali*, cit., 32. In merito alla cura del benessere organizzativo, che i dirigenti devono assicurare nella struttura a cui sono preposti ai sensi dell'art.13, c.5, del codice di comportamento di cui al d.P.R. n.62/2013, v. in particolare:

Da ultimo il d.l. 30 aprile 2022, n. 36, contenente *Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)* (convertito con modificazioni dalla l. 29 giugno 2022 n.79), all'art. 4, rubricato *Aggiornamento dei codici di comportamento e formazione in tema di etica pubblica*, ha inserito nel testo dell'art. 54 una sezione (c.1-bis) dedicata al corretto utilizzo delle tecnologie informatiche e dei mezzi di informazione e social media da parte dei dipendenti pubblici, al fine di tutelare l'immagine della P.A., disponendo per questo un aggiornamento del codice entro il 31 dicembre 2022. Si impone inoltre alle P.A. di prevedere lo svolgimento di un ciclo formativo obbligatorio sui temi dell'etica pubblica e sul comportamento etico, sia a seguito di assunzione, sia in ogni caso di passaggio a ruoli o a funzioni superiori, nonché di trasferimento del personale, le cui durata e intensità sono proporzionate al grado di responsabilità, nei limiti delle risorse finanziarie disponibili a legislazione vigente (così recita il nuovo testo del comma 7 dell'art. 54 d.lgs. 165/2001).

3. Le contraddizioni nel sistema e le soluzioni interpretative

Sugli aspetti problematici dell'attuale disciplina del codice di comportamento è necessario concentrare l'attenzione per gli effetti che ne derivano sulla configurazione del potere disciplinare, e più in generale sul ruolo del dirigente: come più volte sottolineato, si introducono infatti elementi che determinano contraddizioni e incidono negativamente sull'efficacia dell'azione amministrativa.

Un primo aspetto problematico concerne i compiti che il nuovo art. 54 del d.lgs. n.165/2001 e il d.P.R. n.62/2013 assegnano al codice: determinando una progressiva attribuzione al potere disciplinare di valenze che possono apparire estranee e comunque sono eccedenti la funzione punitiva dissuasiva tradizionale. Si chiede infatti da un lato di potenziare il livello di efficienza degli uffici, contrastare fenomeni di scarsa produttività e assenteismo, dall'altro di garantire onestà e lotta alla corruzione, dando rilievo prioritario al principio di imparzialità. Il sistema disciplinare finisce così con il configurarsi non più come reazione a una patologia nell'organizzazione del lavoro, ma come un elemento fisiologico dell'organizzazione amministrativa.

Un secondo aspetto problematico è relativo al rilievo delle fonti unilaterali rispetto alle fonti negoziali: l'autonomia collettiva, che nel paradigma originario dell'ordinamento del lavoro pubblico rivestiva il ruolo di protagonista della regolazione del sistema disciplinare, viene emarginata in un ruolo ancillare rispetto alla legge e ai regolamenti. La nuova configurazione dell'assetto delle fonti ha indotto una parte della dottrina a prospettare una qualificazione giuridica pubblicistica delle

NICOSIA, *Potere datoriale pubblico, lezione dello Statuto e management umanistico nello smart working post emergenziale*, in *Quad. dir. lav. merc.*, n.10, 2021, 259 ss.; EAD., *La ricerca della felicità: aspettative o diritto al benessere nel lavoro pubblico?* in *Variaz. temi dir. lav.*, 2022, n.1.

norme, o comunque una “ripubblicizzazione strisciante” del sistema regolativo disciplinare (v. *infra*). Ma l’espansione, progressivamente sempre più pervasiva e puntuale, del protagonismo legislativo incide in modo rilevante anche sulla figura del dirigente pubblico: assimilato formalmente al *manager*, viene di fatto ricondotto a un ruolo di mero esecutore. Il che determina una contraddizione, perché costruire e imporre per legge il comportamento manageriale significa, in realtà, non tanto obbligare i dirigenti a comportarsi secondo il modello privatistico, quanto riproporre il vecchio modello pubblicistico della mera obbedienza al comando della legge, togliendo loro ogni autonomia decisionale.

Si è detto che queste innovazioni, nel determinare una netta differenziazione nella regolazione del potere disciplinare rispetto al modello privatistico, conducono a mettere in discussione la qualificazione giuridica del sistema sanzionatorio nell’ordinamento del lavoro pubblico. Si ripropongono infatti le argomentazioni di una autorevole dottrina amministrativistica, la quale già a fronte della novella del 2009 aveva messo in discussione la privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico, riscontrando il ritorno a una “specialità pubblicistica” con riferimento sia alla generale disciplina delle fonti, sia alla nuova regolamentazione del sistema disciplinare²⁰. Con riguardo a questa, in particolare si erano avanzati dubbi «sulla correttezza dell’inclusione della responsabilità disciplinare nell’ordinamento civile, e non nell’organizzazione amministrativa», perché le nuove disposizioni in materia «descrivono, per i dipendenti pubblici, un quadro normativo assai diverso da quello della responsabilità disciplinare dei dipendenti privati»²¹. Con riferimento ai caratteri della nuova disciplina del codice di comportamento - emblematicamente rappresentati dal dato lessicale del riferimento ai “doveri” dei dipendenti, piuttosto che agli “obblighi” propri di una relazione contrattuale, e dai numerosi rinvii alle norme sull’anticorruzione e la trasparenza - viene confermata tale opinione. Si sottolinea l’importanza del ruolo del codice di comportamento quale strumento attraverso il

²⁰ Cfr. GARDINI, *L’autonomia della dirigenza nella (contro)riforma Brunetta*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2010, 586 ss.; MATTARELLA, *La responsabilità disciplinare*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 34 ss.; BATTINI, *Un vero datore di lavoro per il settore pubblico: politico o amministrativo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 479 ss. I riferimenti all’ordinamento del lavoro pubblico in chiave di “specialità pubblicistica” si confermano anche con riferimento alla riforma Madia: cfr. ad esempio BATTINI, *Le norme sul personale. Commento alla l. 7 agosto 2015, n.124*, in *Giorn. dir. amm.*, 645 ss.; CARLONI, *I codici di comportamento “oltre” la responsabilità disciplinare*, cit., 159.

²¹ Così MATTARELLA, *op. ult. cit.*, 37. Per l’analisi e i riferimenti bibliografici in ordine alla risposta dei giuslavoristi a tali rilievi basati sulla riforma del 2009, di cui qui non si può dar conto, si rinvia a BORGOGELLI, *Sulle nuove regole in materia di responsabilità disciplinare dei dipendenti e dei dirigenti pubblici*, in *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, a cura di GARDINI, Bologna, 2012, 229 ss.; per valutazioni critiche sull’intervento pervasivo della legge sul piano generale, *ex multis*, cfr.: GARILLI, BELLAVISTA, *Riregolazione legale e decontrattualizzazione: la neoibridazione normativa del lavoro nelle pubbliche amministrazioni* in *Lav. pubbl. amm.*, 2010, 1 ss.; PINTO, *Il lavoro pubblico nella transizione dall’autogoverno responsabile delle pp. aa. al rinnovato protagonismo della legge*, in IADICICCO, NUZZO, *Le riforme del diritto del lavoro. Politiche e tecniche normative*, in *Quad. Dir. lav. merc.*, 2016, 107 ss.; CARUSO, *Le riforme e il lavoro pubblico*, cit.; BOSCATI, *La percezione dell’eterno incompiuto nel processo riformatore del lavoro pubblico*, in *Variaz. temi dir.lav.*, 2020, 9 ss.

quale «possono entrare, tra le situazioni di doverosità assistite da sanzione disciplinare, quelle relative a questioni di interesse pubblico e non riconducibili in una dimensione essenzialmente sinallagmatica (...) a presidio di un'area di "specialità" del rapporto irriducibile nelle dinamiche negoziali e di scambio»²². Si 'rafforzano' dunque le letture pubblicistiche del sistema sanzionatorio: si ripropone la tesi per cui il procedimento disciplinare apparirebbe ora, come nella fase anteriore alla privatizzazione, espressione della pretesa punitiva dell'autorità, in una logica pubblicistica di perseguimento di interessi generali²³.

Si tratta di argomenti a cui i giuslavoristi²⁴ hanno replicato, sul piano generale, sottolineando come, nonostante la "rilegificazione", restino inalterati: la regolazione contrattuale dei rapporti di lavoro; il rinvio alle disposizioni del codice civile e alle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa; l'affermata corrispondenza dei poteri della dirigenza pubblica con i poteri del privato datore di lavoro; la competenza del giudice ordinario nelle controversie di lavoro²⁵. Si rileva altresì come i principi fondanti la regolazione del potere disciplinare nel settore privato non siano stati cancellati dai pur numerosi interventi di modifica delle norme in materia. Quel che rileva sopra tutto è la conferma del riferimento all'art. 2106 cod. civ., contenuto nel testo originario dell'art. 55, c. 2, d.lgs.165/2001. Questa disposizione, nell'attribuire al datore di lavoro la titolarità di uno specifico potere che gli consente, come ulteriore effetto legale tipico derivante dal contratto di lavoro, di irrogare direttamente le sanzioni al lavoratore inadempiente, ne individua anche gli elementi essenziali con riguardo sia ai presupposti sostanziali di esercizio (la violazione, *in primis* ma non solo, degli obblighi di diligenza, obbedienza, fedeltà di cui agli artt.2104 e 2105 c.c.), sia alla misura della sanzione (il vincolo della proporzionalità della sanzione all'infrazione). Pertanto il suo richiamo comporta la riconduzione del potere disciplinare del dirigente pubblico alla radice del potere disciplinare del datore di lavoro privato, confermandone la natura contrattuale, e indica anche i principi-guida per l'esercizio del potere. Su questa base è stato possibile ridimensionare l'impatto delle novità legislative sul piano dell'interpretazione dottrina e giurisprudenziale,

²² Così CARLONI, *I codici di comportamento "oltre" la responsabilità disciplinare*, cit., 172.

²³ Per queste opinioni cfr. la dottrina amministrativista citata *retro*, nota n. 15

²⁴ Per queste opinioni cfr. la dottrina giuslavorista citata *retro*, nota n. 15.

²⁵ L'art.67 del d.lgs. n.150/2009, che apre il Capo V che reca modifiche in materia di sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti delle PA, specificamente conferma «la devoluzione al giudice ordinario delle controversie relative al procedimento e alle sanzioni disciplinari, ai sensi dell'art.63, d.lgs. n.165/2001» (c.2). Per quanto concerne il rilievo di questa prescrizione rispetto alla questione della qualificazione giuridica del sistema disciplinare, si segnala, pur senza condividerla, l'opinione per cui una «eventuale rilegificazione integrale della responsabilità disciplinare» che porti alla «revisione, da molti auspicata, della scelta di affidare alla contrattazione collettiva una materia, quella disciplinare, così significativa, soprattutto quando è in gioco l'imparzialità nell'esercizio delle funzioni amministrative» - «non comporta di per sé un diverso assetto della giurisdizione, ben potendo il giudice ordinario continuare ad occuparsi delle controversie in materia disciplinare, anche se regolate per intero da fonte legislativa (o comunque unilaterale pubblicistica)». Così CARLONI, *I codici di comportamento "oltre" la responsabilità disciplinare*, cit., 171.

con argomenti esegetici che consentono di attenuare alcune criticità delle nuove disposizioni.

Ciò può dirsi ad esempio per la disposizione che prescrive l'applicazione «comunque» della sanzione del licenziamento alle infrazioni elencate nell'art. 55 *quater*, d.lgs. n.165/20001, a cui il d.lgs. n.75/2017 ha aggiunto le gravi violazioni del codice di comportamento. Se a una prima lettura la disposizione sembrerebbe prefigurare un'applicazione automatica, e senza margini di discrezionalità nella valutazione dei profili soggettivi della responsabilità, della più grave delle sanzioni, un'interpretazione più attenta porta a conclusioni diverse. Infatti, trattandosi di una «sanzione disciplinare», il licenziamento può essere comminato solo al termine del normale procedimento durante il quale deve «comunque» essere ponderata, ai sensi dell'art. 2106 c.c. e alla luce dei criteri interpretativi elaborati dalla giurisprudenza, la gravità del fatto sotto i profili soggettivo e oggettivo. Del resto la Corte costituzionale, più volte e in più occasioni, ha escluso la legittimità del licenziamento «automatico»²⁶.

La dottrina giuslavorista aveva ridimensionato sul piano interpretativo anche la regola (introdotta sempre dal d.lgs. n. 150/2009) che dispone di sanzionare i dirigenti che si rendano responsabili del mancato esercizio e della decadenza dell'azione disciplinare, per l'omissione o il ritardo, «senza giustificato motivo», degli atti del procedimento disciplinare o per valutazioni dell'insussistenza dell'illecito disciplinare «irragionevoli o manifestamente infondate in relazione a condotte aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare» (art. 55 *sexies*, c.3, d.lgs. n.165/2001). Benché appaia stridente il contrasto con la discrezionalità propria del *manager* privato, l'impatto di tale disposizione può essere ridotto valorizzando sul piano interpretativo il riferimento al giustificato motivo e al controllo sulla ragionevolezza delle decisioni assunte. Tuttavia, le novità sulle responsabilità dei dirigenti introdotte nella disciplina del codice di comportamento e dalla Riforma Madia hanno reso più difficile sostenere - in una valutazione sistematica - tale tesi; e le opinioni al riguardo appaiono difformi anche tra i giuslavoristi²⁷.

In merito alla questione centrale del rapporto legge-contratto collettivo delineato dalle novelle, l'ingerenza della legge, con carattere di inderogabilità, nella definizione del codice disciplinare e della procedura, per quanto assai pervasiva e incidente direttamente negli spazi del contratto collettivo, non può ritenersi per ciò stesso incompatibile con l'esercizio di un potere privato, perché anche nella normativa privatistica la legge assume un ruolo centrale, quale fonte del potere disciplinare e vincolo al suo esercizio, pur lasciando uno spazio molto importante all'autonomia collettiva.

²⁶ Al riguardo, anche per i riferimenti giurisprudenziali, cfr. la dottrina giuslavorista citata *retro* nota n. 15. Si è peraltro precisato che se una valutazione giudiziale in termini di proporzionalità è inevitabile, quando il legislatore ha tipizzato una determinata sanzione tale valutazione giudiziale deve essere tecnicamente mirata a verificare se l'infrazione è riconducibile alla fattispecie astratta prevista - anche in termini di gravità - ma non può ritenere eccessiva la sanzione *ex lege*.

²⁷ Ad esempio, per la sussistenza dell'obbligo v. ZOLI, *op. cit.*, p. 700, per la negazione BARBIERI, *Note critiche*, cit., p. 159. Per la riflessione sul «tentativo di oggettivizzazione della responsabilità» v. in particolare ZAPPALÀ, *op.cit.*, 303 ss.

Ciò può dirsi anche con riferimento all'intervento di una fonte unilaterale quale il codice di comportamento, se si considera il contenuto dell'art. 2106 e degli artt. 2104 e 2105 da questo richiamati, e il ruolo da tali disposizioni attribuito alle determinazioni datoriali. Per quanto concerne il rapporto tra la rilevanza disciplinare diretta del codice di comportamento affermata dall'art. 54 (che lascia solo la definizione delle sanzioni ai contratti collettivi) e il rinvio alla sede negoziale per la tipologia delle infrazioni e sanzioni di cui all'art. 55, c. 2, i problemi sono stati superati dall'intervento della contrattazione collettiva: nei rinnovi dei contratti per il triennio 2016-2018²⁸, e nei successivi siglati per il triennio 2019-2021, si richiamano, tra gli *obblighi* dei dipendenti, quelli contenuti nel codice di comportamento nazionale e in quelli delle singole P.A., riconducendo alla fonte contrattuale l'indicazione dei *doveri* ivi contemplati. Si aggiunga che, secondo il dettato della giurisprudenza, ai fini disciplinari i comportamenti vietati devono essere tipizzati e articolati; pertanto per la tipologia delle infrazioni come per le sanzioni la sede negoziale può garantire una armonizzazione tra norme autonome ed eteronome.

Si può dunque ricostruire sul piano interpretativo una coerenza nel sistema delle fonti tra legge, codice di comportamento, contratto collettivo, superando le discrasie create dal legislatore.

Anche ai rilievi critici circa la difficoltà/impossibilità di ricondurre al sinallagma contrattuale i *doveri* indicati nel codice di comportamento che si collegano ai valori deontologici del funzionario pubblico²⁹ si possono dare risposte: dalla lettura delle nozioni di diligenza e fedeltà di cui agli artt. 2104 e 2105 c.c. adeguata al contesto e dalle interpretazioni giurisprudenziali della nozione di giusta causa di licenziamento si possono trarre indicazioni utili per soluzioni interpretative che consentono di superare le discrasie³⁰.

Un altro profilo critico riguarda l'accentuarsi delle interferenze con il sistema della valutazione, che può, in assenza di adeguato coordinamento, determinare confusioni e ambiguità nell'intreccio tra inadempimenti, infrazioni e raggiungimento della qualità nei livelli di prestazione. Il legame assume un rilievo particolare per i dirigenti, per i quali sono molto più gravi le implicazioni dell'assenza di una definizione chiara dei confini tra la responsabilità disciplinare (espansa in modo assolutamente non compatibile con una figura manageriale) e la responsabilità dirigenziale (la verifica in ordine al raggiungimento degli obiettivi e al rispetto delle direttive). Pertanto i riferimenti contenuti nel codice di comportamento alla responsabilità manageriale e a

²⁸ I primi rinnovi, in seguito alla sentenza della Corte Cost. n. 178 del 2015, dopo il blocco della contrattazione collettiva disposto dal dl n.78/2010 (conv. l.122/2010).

²⁹ Cfr. ad esempio i rilievi di: CAVALLO PERIN-GAGLIARDI, *Status dell'impiegato pubblico, responsabilità disciplinare e interesse degli amministratori*, in *Dir. amm.* 2009, 53 ss.; CAVALLO PERIN, *Codice di comportamento e sistema disciplinare*, cit., *passim*; TENORE, *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, cit. Sul punto v. Carloni, op. ult. cit. ,172 ss.

³⁰ V. ad esempio la proposta interpretativa di GARGIULO, *La prestazione lavorativa tra prescrizioni etiche e obblighi contrattuali*, cit., 25 ss., ove indica «vincoli di sistema alla definizione unilaterale della diligenza nel pubblico impiego».

quella disciplinare dei dirigenti, senza chiarezza qualificatoria e coordinamento, possono determinare serie difficoltà sul piano applicativo.

4. Riflessioni in prospettiva

L'analisi svolta ha messo in evidenza come gli interventi legislativi che hanno condotto all'attuale configurazione della regolamentazione del potere datoriale e della responsabilità disciplinare abbiano allontanato il lavoro pubblico dal lavoro privato ed espanso l'area del «diritto privato differenziato»³¹. Tuttavia la conferma dei riferimenti alle norme fondanti dell'ordinamento privatistico e i rinvii alla negoziazione collettiva offrono argomenti per negare il ritorno da una «mera specializzazione delle regole del diritto del lavoro privato» a una «regolazione di diritto speciale pubblico della materia»³².

Si può dunque affermare che la disciplina del lavoro pubblico si muove sempre all'interno della cornice di un adattamento delle regole privatistiche alle specificità del contesto; e che se i profili di specialità vengono ampliati e modificati, ciò non incide sullo statuto giuridico, ovvero sulla 'radice' contrattuale e privatistica del rapporto di lavoro alle dipendenze delle P.A.

Tuttavia, sono numerosi gli argomenti che conducono a giudicare gli interventi riformatori non appropriati, sul piano della politica del diritto come su quello della tecnica regolativa. Il legislatore si affida alle 'virtù salvifiche' di una regolamentazione legislativa puntuale e pervasiva, con un approccio 'pedagogico-autoritario': poiché i dirigenti non hanno avuto la forza e la capacità di usare il potere loro attribuito, anziché ricercarne le cause - per correggere i difetti nel modello regolativo e ovviare alle carenze formative e culturali - ha preferito definire con precisione e imporre il comportamento da assumere. La povertà dei risultati conferma che le correzioni non erano quelle necessarie e adeguate: non basta normare puntigliosamente i comportamenti perché questi divengano virtuosi, e con regole che riducono autonomia e discrezionalità il dirigente pubblico non diventa più efficiente, ma si allontana dalla figura del *manager* accostandosi a quella del lavoratore subordinato. Soprattutto, si delinea una figura dirigenziale che non corrisponde al paradigma teorizzato: si determina infatti una contraddizione interna al modello regolativo, connotato come alternativo a quello pubblicistico proprio per la concezione dell'attività amministrativa «non in chiave formale-legalistica, bensì sostanziale aziendalistica» con la finalità di accentuare «la considerazione dell'attività organizzativa e di gestione del lavoro sotto il profilo della strumentalità al conseguimento di un risultato in termini di efficienza, efficacia, economicità»³³.

³¹ D'AURIA, *Il nuovo sistema delle fonti: legge e contratto collettivo, Stato e autonomie territoriali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 6.

³² Così invece GARDINI, *L'autonomia della dirigenza*, cit., 591.

³³ CORPACI, *Regime giuridico e fonti di disciplina dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, I, 473 e 477.

È dubbio che si possano recuperare sul piano interpretativo i caratteri sostanziali che dovrebbero connotare l'attività dirigenziale - in particolare l'autonomia, la discrezionalità organizzativa, la flessibilità - a fronte di un sistema la cui complessità può condizionare fino a paralizzare l'esercizio del potere datoriale. Il problema centrale non risiede infatti nella qualificazione giuridica delle norme, bensì nelle conseguenze sulla coerenza del sistema complessivo che discendono da una lettura dell'ordinamento del lavoro pubblico che nell'accentrare l'attenzione sul profilo dell'onestà e sulla lotta all'assenteismo, dando rilievo prioritario al principio di imparzialità, finisce con il trascurare il profilo dei risultati e della responsabilità, dunque il principio del buon andamento. Senza tuttavia raggiungere esiti soddisfacenti con riguardo all'efficacia delle norme in nessuno dei due profili, entrambi peraltro essenziali per superare le gravissime insufficienze dell'azione pubblica, che l'emergenza Covid ha evidenziato, e per assicurare una "ripresa" tramite l'attuazione del PNRR per l'utilizzo dei fondi del NewGenerationUe. Insufficienze nell'azione pubblica che restano irrisolte, nonostante i continui auspici e il reiterarsi degli interventi, prospettati ogni volta come risolutori, del legislatore: troppo spesso basati su un modello lontano dalle esigenze reali e inadeguato a cogliere con tempestività il succedersi delle innovazioni, attento soprattutto al controllo dei costi e fondato su valori proclamati solo formalmente, su interventi per la "semplificazione" e la "concretezza" che si trasformano in complicazioni e ideologismi. Il che ostacola una gestione efficiente sul piano della garanzia dei servizi, senza peraltro assicurare effettività al pur fondamentale obiettivo del contrasto alla corruzione.

Per quanto concerne l'oggetto specifico di questa riflessione, resta senza soluzione il problema centrale: l'estrema difficoltà di salvaguardare spazi di effettiva discrezionalità nell'esercizio del potere disciplinare per il dirigente, sommerso da molteplici regole, con sovrapposizioni tra diversi ambiti di poteri e di responsabilità, sovrabbondanza di contenuti, alcuni inutili e tralatici, e vincoli. E la prevalenza del profilo dell'inadempimento finisce con l'ostacolare il dirigente nell'adozione dei più adeguati criteri nell'assolvimento dei compiti organizzativi e gestionali, e quindi anche nel garantire l'operatività di un sistema di prevenzione della corruzione veramente efficace. Si determina una contraddizione che se non risolta produce inefficienza e inefficacia sia nell'azione della PA, sia nella capacità del sistema anticorruzione di svolgere la propria funzione preventiva. Con il rischio di una eterogenesi dei fini: che nel formalismo la corruzione e l'illegalità prosperino meglio.

Dall'analisi condotta si deduce quindi la necessità di intervenire affinché si possano superare le contraddizioni conciliando le esigenze di una P.A. attiva, o proattiva, anziché difensiva, e di una responsabilizzazione manageriale forte delle dirigenze pubbliche, modulata in ragione delle diverse PA, con la finalità di prevenire la corruzione, certamente anch'essa essenziale. Si ritiene che ciò sia possibile anche senza prospettare una ulteriore riforma radicale - un metodo che si è rivelato di scarsa efficacia se non quando controproducente - agendo sul piano dell'implementazione della disciplina vigente, con le necessarie semplificazioni e razionalizzazioni. E dunque che sia possibile orientare la riflessione verso un tale obiettivo, continuando a far perno sulle - immutate - basi normative della disciplina del lavoro pubblico che

pongono al centro il contratto individuale di lavoro subordinato, con le sue peculiarità rispetto alla generale disciplina codicistica dell'autonomia privata. Un potere che si caratterizza per lo stretto legame con l'organizzazione, strumento utilizzato dal datore di lavoro e da lui 'plasmato' per il raggiungimento delle sue finalità, definite dalla Costituzione nei termini indicati dall'art. 41 per il settore privato e dall'art. 97 per le PA³⁴.

Bisognerebbe però operare con un metodo opposto a quello adottato dal legislatore nell'ultimo decennio, che ha progressivamente accentuato le discrasie, invece di risolverle, impedendo la realizzazione dell'equilibrio funzionale necessario a garantire il buon andamento con l'inserimento, in un sistema fondato sullo schema contrattuale/privatistico, di elementi propri di un modello diverso, pubblicistico-unilaterale. Il legislatore ha distanziato il lavoro pubblico dal lavoro privato proprio nel momento in cui entrambi, e per certi aspetti insieme, dovrebbero riflettere sul modello di *governance* più adatto a gestire le radicali modifiche introdotte dall'innovazione tecnologica, cercando gli strumenti che consentano di raggiungere risultati utili. Bisognerebbe dunque intervenire non per approfondire le distanze tra pubblico e privato, in una sorta di contrapposizione tra adempimento e risultato, ma per verificare se non si possono proficuamente utilizzare le ipotesi interpretative che ricostruiscono la corrispettività nel contratto di lavoro pubblico ponendo in rilievo la sua funzione complessa che è anche organizzativa oltre che di scambio, nella quale assumono rilievo gli interessi tutelati dalla specifica organizzazione; o quelle per cui si delinea la costruzione di un nuovo paradigma collaborativo, comune al contratto nel pubblico e nel privato, sino a una visione innovativa che dà rilevanza ai valori etici e di sostenibilità nella relazione negoziale.

Non si può entrare nel merito delle diverse proposte interpretative³⁵: ci si limita a sottolineare l'importanza di riflessioni che nel modellare la nozione di adempimento con riferimento all'obbligazione contrattuale e al suo oggetto, nonché in relazione all'assetto organizzativo delle diverse P.A., offrono elementi importanti per ricostruire in termini nuovi la disciplina del lavoro pubblico pur restando nel prisma del contratto e delle regole privatistiche.

Ci si basa sul recupero della funzione organizzativa del contratto, che non è neutrale rispetto agli interessi delle parti: nel privato l'interesse sarà quello di realizzare profitto (pur con eccezioni quali le cooperative e il terzo settore), interesse

³⁴ Cfr. al riguardo in particolare L. ZOPPOLI, *Buon andamento della pubblica amministrazione e diritti e doveri dei lavoratori*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2019, 1 ss.

³⁵ Non potendo entrare nel merito di questo dibattito, per l'illustrazione e l'analisi critica delle diverse teorie si rinvia in particolare a: L. ZOPPOLI, *Buon andamento della pubblica amministrazione*, cit., § 5 e 6; ID., *Giustizia distributiva, giustizia commutativa e contratti di lavoro*, in *Dir. lav. merc.*, 2017, 292 ss.; BARBIERI, *Il sinallagma nei contratti di lavoro per le pubbliche amministrazioni: un percorso storico-critico*, Bari, 2018; CARUSO, *Le riforme e il lavoro pubblico*, cit. Su questi valori, anche nell'ottica di conciliazione vita-lavoro, cfr. altresì CALAFÀ, *Marginalità apparente: l'innovazione organizzativa nella p.a. alle soglie della XVIII legislatura*, in *RGL*, 2018, I, 473 ss. In una prospettiva più ampia cfr. CARUSO, DEL PUNTA, TREU *Manifesto per un diritto del lavoro sostenibile*, in *CSDLE "Massimo D'Antona"*, 20 maggio 2020, 76 ss.

che si ripercuote sull'organizzazione, nel pubblico saranno le finalità imposte dalla Costituzione e dalla legge - differenziate a seconda delle PA - che il soggetto datoriale deve perseguire attraverso la funzione organizzativa del contratto. Qui rileva un interesse pubblico, inteso non come interesse generale e finalistico, ma come interesse alla realizzazione delle specifiche azioni amministrative verso cui è orientata l'organizzazione in cui è inserita la prestazione di lavoro pubblico³⁶.

Il bilancio a oltre 10 anni dalla legge 190 e 30 anni dalla riforma del lavoro pubblico dimostrano che non ha dato buoni risultati né basarsi sulle virtù salvifiche del contratto collettivo e della mera esportazione delle norme privatistiche; ma neppure sulle virtù salvifiche della legge e sui puntuali adempimenti da questa prescritti. Occorre invece tornare a una logica di armonizzazione coerente per costruire un apparato normativo conforme a una visione dei criteri organizzativi e gestionali adeguata ai tempi - caratterizzati dai rilevanti cambiamenti indotti dalle radicali innovazioni tecnologiche e dalle nuove prospettazioni in ordine al tema della sostenibilità - e alle regole della buona amministrazione, per avere un lavoro pubblico che riconosca e valorizzi il merito al fine di garantire servizi pubblici efficienti rispondenti alle esigenze dei cittadini e dell'economia, contrastando nel contempo i comportamenti che favoriscono parzialità e corruzione.

³⁶ Cfr. L. ZOPPOLI, *Buon andamento della pubblica amministrazione*, 12 ss.