



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI CATANIA

DIPARTIMENTO SEMINARIO GIURIDICO

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO

(XXIV ciclo)

Dott.ssa ROSALIA CUCCIA

IL RAPPORTO DI LAVORO NEL SISTEMA SANITARIO ITALIANO ED IN QUELLO SPAGNOLO: UN'IPOTESI DI COMPARAZIONE

Coordinatore

Prof. Sebastiano Bruno Caruso

Tutor

Prof. ssa Gabriella Nicosia

a.a. 2011-2012

a mia figlia Livia

INDICE

INTRODUZIONE	6
---------------------	----------

CAPITOLO I

LA MATERIA “SANITÀ” NEI RISPETTIVI ASSETTI COSTITUZIONALI MULTILIVELLO

1. Il modello di ripartizione delle competenze in materia sanitaria nell’ordinamento italiano prima della riforma del Titolo V della Costituzione	11
1.1.....e dopo la riforma costituzionale del titolo V	16
1.1.1. La materia sanitaria rivisitata dalla giurisprudenza costituzionale	20
2. Il modello di ripartizione delle competenze in materia sanitaria nello Stato autonomico spagnolo	31
2.1. Un breve confronto tra competenza in materia di organizzazione sanitaria e rapporti di lavoro nell’ordinamento spagnolo	39

CAPITOLO II

IL LAVORO PUBBLICO PRIVATIZZATO TRA LE MODIFICHE DEL TITOLO V DELLA COSTITUZIONE ITALIANA E L’ULTIMA STAGIONE DI RIFORME

1. Titolo V della Costituzione ed articolazione tra diversi livelli di governo della potestà normativa in materia di lavoro: l’ordinamento civile quale non-materia	43
1.1. La competenza regionale in materia di rapporto di lavoro: alla ricerca di possibili spazi.	49
1.2. Il lavoro pubblico tra “l’ordinamento civile” e la potestà residuale delle Regioni	54
2. Lo Stato multilivello e l’ultima riforma del lavoro pubblico. Dai criteri ed i principi della legge delega n. 15 del 2009	64
2.1.all’attuazione del d.lgs. n. 150 del 2009 (c.d. decreto Brunetta)	70

CAPITOLO III

IL RAPPORTO DI LAVORO NEL SISTEMA SANITARIO REGIONALIZZATO TRA SPECIFICITA' E PROCESSO DI RIFORMA

1. La rilevanza del modello organizzativo sanitario regionalizzato nel d.lgs. n. 150 del 2009	79
2. Gli effetti dell'ultimo processo di riforma sulla contrattazione collettiva dei rapporti di lavoro nei sistemi sanitari regionalizzati	85
3. La dimensione del rapporto di lavoro: la specificità della dirigenza sanitaria secondo una visione pluralista della dirigenza pubblica	91
3.1. Il dirigente che "governa" l'azienda sanitaria: il direttore generale	96
3.2. La dirigenza sanitaria tra organizzazione aziendale e disciplina speciale	104
4. La dirigenza sanitaria nel continuo divenire del lavoro pubblico. Le novità rilevanti in materia di dirigenza pubblica introdotte dal d.lgs. n. 150 del 2009	118
4.1. Gli effetti della riforma sulla dirigenza sanitaria e sulla distribuzione dei poteri tra vertice aziendale e dirigenza sanitaria	125
4.2. Gli effetti della riforma sul sistema di conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali	132

CAPITOLO IV

IL RAPPORTO DI LAVORO PUBBLICO NELLO STATO AUTONOMICO SPAGNOLO

1. Il lavoro pubblico tra principi costituzionali sulla funzione pubblica e ripartizione di competenze tra Stato e Comunità Autonome. Brevi osservazioni preliminari	142
1.1. Configurazione costituzionale della función publica e relación estatutaria	145
1.2. La ripartizione di competenze tra lo Stato e le Comunità Autonome in materia di régimen statuario	153
1.3. La ripartizione di competenze tra lo Stato e le Comunità Autonome in materia di lavoro	159
2. La realtà del lavoro pubblico in Spagna: relación funcionarial e tendenza al dualismo	164
2.1. Il modello di impiego pubblico prefigurato dall'Estatuto Básico del empleado público	174
2.2. La dirigenza pubblica: un problema ancora aperto	182

CAPITOLO V
IL RAPPORTO DI LAVORO NEL SISTEMA SANITARIO
SPAGNOLO

1. Gli effetti della riforma del sistema sanitario spagnolo sui rapporti di lavoro	
Considerazioni generali	192
2. Il personale sanitario estatutario: un ibrido del lavoro pubblico spagnolo	194
2.1. L'identificazione della natura giuridica del personale estatutario: la soluzione proposta dalla Ley n. 55 del 2003 e l'emersione di un modello di riferimento unitario per il personale sanitario	201
3. La dirigenza nel sistema sanitario spagnolo: una dirigenza indefinita ed autonoma	212
3.1. La legislazione autonoma in materia di dirigenza nel servizio sanitario: breve esame della legge della Comunità di Castilla e León e della Comunità di Cantabria	221
3.2. La soluzione privatistica: il contratto di alta dirección	225
Conclusioni	235
Bibliografia	240

INTRODUZIONE

Il rapporto di lavoro nei sistemi sanitari nazionali non può non costituire oggetto di attenzione da parte dei giuslavoristi, configurandosi la sanità, alla luce di una mera prospettiva economica, quale settore produttivo *labour intensive*.

Inoltre, la riforma dei sistemi sanitari che, a decorrere dagli anni '90, ha coinvolto alcuni Stati dell'UE, in considerazione di una costante crescita della spesa sanitaria in rapporto al Pil¹, ha imposto l'adozione di modelli gestionali ed organizzativi nuovi che rendano compatibile la tutela del diritto alla salute con le logiche efficientistiche.²

Limitando lo sguardo, solo per adesso, al nostro ordinamento, la sanità, rispetto agli altri comparti della pubblica amministrazione, è stata antesignana di processi di privatizzazione delle strutture e degli strumenti del loro agire che configurano tale settore un *quid unicum* anche sotto l'aspetto dei rapporti di lavoro.

Costituendo precipuo obiettivo del presente lavoro un esame comparativo tra discipline ed istituti afferenti al rapporto di lavoro nei sistemi sanitari, non si può prescindere dall'individuare un servizio sanitario pubblico che possa dirsi "comparabile" con il nostro Sistema Sanitario Nazionale (SSN), sia sotto l'aspetto dei principi fondamentali ma anche della *government*, cioè degli attori istituzionali preposti alla

¹ Si veda, a tal proposito, *Towards high-performing health systems: the OECD health project. Summary Report* (2004) e *OECD Health Data 2012* contenente dati individualizzati sia per Spagna che Italia in www.oecd.org.

² Sulle trasformazioni che hanno coinvolto i sistemi sanitari, a decorrere dagli anni '90, si fa rinvio, a Balduzzi R. (a cura di), *Sistemi costituzionali, diritto alla salute e organizzazione sanitaria*, 2009, Bologna, Il Mulino; Vineis P. e Dirindin N., *In buona salute, Dieci argomenti per difendere la sanità pubblica*, 2004, Torino, Einaudi; Bindi R., *La riforma della sanità*, in *Aggiornamenti sociali*, 2003, 54, pag. 139 e ss. e, quale testo meno recente, Geddes M., *Rapporto sulla salute in Europa: salute e sistemi sanitari nell'Unione Europea* (a cura di), 1995, Roma, Ediesse.

funzione, nonché della *governance* e, quindi, delle loro dinamiche relazionali.

Tra i sistemi sanitari nazionali istituiti in ambito europeo, ad impronta universalistica ed ispirati al modello Beveridge- adottato, *in primis*, in Gran Bretagna già dal 1948- da contrapporre ai sistemi cc.dd. di assicurazioni sociali di origine bismarckiana (tra i quali, la Germania, la Francia), appare dotato di aspetti di comparabilità il sistema spagnolo (da adesso, SNS).

Sia in Italia che in Spagna, si è assistito, invero, ad un'evoluzione in senso federalista/regionalista³ dell'ordinamento politico-istituzionale anche se -come si intuirà nel corso della ricerca- con percorsi differenti.

In entrambi i Paesi, i sistemi sanitari affrontano, attualmente, due problemi fondamentali: quello della sostenibilità economica in considerazione della spesa crescente⁴ e quello dell'equilibrio tra decentramento dei servizi ed esigenza di eguale garanzia dei diritti, rimanendo in essi costante il dialogo tra tendenze federaliste e coerenza di sistema.

Tale assonanza è percepibile anche dal confronto tra le formule utilizzate dal legislatore spagnolo ed italiano per definire i rispettivi sistemi sanitari: il SNS, istituito con la ley n. 14 del 1986 (Ley General

³ Mi riferisco indistintamente ai due termini, consapevole che, pur essendo stata prospettata in dottrina, anche da parte di illustri costituzionalisti (in tal senso, D'Atena, tra gli altri suoi scritti, si veda, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in Quaderni Costituzionali, 1, 2003, pag. 15 e ss.), una tendenza "federalistica" nelle riforme istituzionali, non si possa, accomunare, *sic et simpliciter*, né l'Italia, né la Spagna, al modello di Stato federale nel senso tradizionale del termine, caratterizzato, limitandoci agli indicatori essenziali, dall'esistenza di una seconda Camera a natura federale, da una autonomia costituzionale e non solo legislativa degli Stati membri e traente origine storica dall'aggregazione di preesistenti Stati sovrani.

⁴ Il costante indebitamento degli enti del SSN dovrà fare i conti con i decreti attuativi del c.d. federalismo fiscale, mi riferisco, in particolare, al D.lgs. n. 68 del 2011 recante "Disposizioni in materia di autonomia di entrata delle regioni a statuto ordinario e delle province nonché di determinazione dei costi e dei fabbisogni standard nel settore sanitario". L'incidenza di un finanziamento fondato sui costi-standard, a parere di studiosi di diritto sanitario, quali Ettore Jorio, richiederebbe anche un riassetto del quadro legislativo del SSN. Si rinvia a quanto espresso nel corso dell'articolo di tale Autore "*Il federalismo fiscale esige la riforma quater della sanità*", in *Sanità pubblica e privata*, 6, 2010, pag. 15-28.

de la Sanidad, d'ora in poi LGS), è definito come “el conjunto de Servicios de Salud de la Administración del Estado y de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas” (art. 44, 2 comma LGS); mentre, secondo le previsioni contenute nell'art. 1 del d.lgs. n. 502 del 1992, come integrato dal d.lgs. n. 229 del 1999, il Servizio Sanitario Nazionale, in armonia con l'evoluzione federalista che, da poco, era stata avviata nel nostro ordinamento, è “il complesso delle funzioni e delle attività assistenziali dei servizi sanitari regionali e delle altre funzioni e attività svolte dagli enti e istituzioni di rilievo nazionale”, permanendo allo Stato le funzioni previste dal d.lgs. n. 112 del 1998.⁵

In entrambi i Paesi, come si trae conferma sia dalle norme di rango costituzionale che subcostituzionale, sono stati, poi, attuati processi devolutivi non solo delle competenze esecutive ma anche di quelle legislative in materia sanitaria, da controbilanciare, come già enunciato, con l'esigenza di *equal protection*, in ambito nazionale, di un diritto fondamentale quale quello alla salute.

Sarà, proprio, la ripartizione competenziale della materia “sanità”, tra potere centrale e Regioni/Comunità Autonome, a costituire, in via preliminare, oggetto di esame al fine di fornire una migliore comprensione, all'interno dei rispettivi assetti istituzionali, delle eventuali refluenze sul regime giuridico del personale del servizio sanitario.

L'analisi dei rapporti di lavoro nei sistemi sanitari nazionali e l'individuazione, nell'ambito del lavoro pubblico, di una loro fisionomia specifica, rappresentata, in particolare, nel caso italiano, dalla dirigenza

⁵ Il D.lgs. n.112 del 1998 rubricato “Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle Regioni ed agli enti locali in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997 n. 59” è stato adottato in esecuzione della c.d. prima legge Bassanini dalla quale ha preso l'avvio la stagione delle riforme istituzionali di stampo federalista o, meglio nota con l'espressione, di federalismo a Costituzione invariata.

sanitaria, non potrà, trattandosi di sistemi regionalizzati, prescindere anch'essa da valutazioni in merito all'articolazione, tra diversi livelli di governo, della potestà normativa in materia di lavoro, non potendo eludere, nel caso italiano, gli effetti prodotti sul Titolo V, parte seconda della Costituzione, dalla legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001.

Dissertando di lavoro pubblico, non potrà trascurarsi il processo riformatore, altrimenti noto come privatizzazione o contrattualizzazione del rapporto di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, avviato dal legislatore italiano con la delega legislativa contenuta nella legge n. 421 del 1992 (art. 2, 1 comma), snodatosi, nel corso di questo ventennio, sino a giungere all'ultima "riforma organica" espressa dalla legge delega n. 15 del 2009 e dal successivo d.lgs. n. 150 del 2009, già sottoposto a modifiche.

Dinamismo che, stando all'accordo sul lavoro pubblico del 4 maggio 2012, concluso tra il Ministro della Funzione Pubblica e della Semplificazione, le Regioni, gli enti locali e le organizzazioni sindacali, il cui contenuto prelude ad una legge delega, pare non avere tregua in quanto fortemente condizionato dall'esigenza di una pubblica amministrazione sempre più efficiente e tesa a garantire servizi di qualità ai cittadini.

In riferimento al sistema spagnolo, l'orientamento della ricerca sarà diretto, secondo criteri di parallelismo, considerando il modello di *empleo público*, innanzitutto, nell'ottica, sancita nella Carta Costituzionale del 1978, della distribuzione delle competenze tra potere centrale e Comunità Autonome che presenta, in ragione di un federalismo con tratti di originalità, una propria specifica fisionomia.

Un modello di lavoro pubblico, quello spagnolo, dalla cui eterogeneità deriva, sul versante della disciplina applicabile ai relativi

rapporti, una commistione tra diritto pubblico (o amministrativo) e diritto del lavoro che trova, ormai, un conferma nell' *Estatuto básico del Empleado Público*, approvato con la ley n. 7 del 2007, contenente, in atto, le norme fondamentali in materia di pubblico impiego, il cui contenuto prescrittivo è oggetto, in atto, di attuazione e sviluppo da parte delle diciassette Comunità Autonome.

Tra le categorie di lavoratori pubblici, il personale sanitario presenta non solo un regime giuridico peculiare, formalizzato nella ley n. 55 del 2003 di approvazione dell' *Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud* -che va, ormai, rivisitato alla luce della disciplina statutaria generale in materia di pubblico impiego di cui alla ley n. 7 del 2007- ma risente pienamente della eterogeneità del modello generale, accentuata dalla incerta natura attribuita al personale *estatutario*, assunto ad una sorta di *tertium genus* di rapporto di lavoro.

Non a caso, in tale ambito, la pluralità di rapporti di lavoro è giunta a sollevare il problema di un regime unico ed omogeneo per tutto il personale sanitario in funzione di una gestione più efficace del nuovo modello di organizzazione sanitaria, rappresentando, proprio il personale *estatutario* un probabile modello di riferimento unitario.

Non rappresenta un tema di facile approccio, infine, il tema della dirigenza in sanità, essendo proprio la dirigenza il *punctum dolens* del lavoro pubblico spagnolo ed essendo, ancora, in fase di emersione, nell'ordinamento spagnolo, una dirigenza professionalmente caratterizzata e, quindi, indipendente dal livello politico-istituzionale.

CAPITOLO I

La materia “sanità” nei rispettivi assetti costituzionali multilivello

1. Il modello di ripartizione delle competenze in materia sanitaria nell'ordinamento italiano prima della riforma del titolo V della Costituzione

Ai sensi del previgente art. 117 della Carta Costituzionale, la materia “assistenza sanitaria ed ospedaliera” afferiva alla competenza regionale concorrente, da esercitarsi nel rispetto “dei principi fondamentali stabiliti da leggi dello Stato “ e dell’ “interesse nazionale” (nonché delle altre regioni) con conseguente impedimento, a carico del legislatore nazionale, di produrre norme di dettaglio e, da parte del governo centrale, in armonia con il parallelismo canonizzato dall’ art. 118 Cost., di espletare qualsiasi funzione di natura amministrativa anche di indirizzo e coordinamento.

Il legislatore statale si sarebbe dovuto, quindi, limitare alla mera disciplina di principio mediante l’emanazione di norme “*ad hoc*”, successivamente definite leggi cornice⁶, la cui funzione ricognitiva e di interpretazione autentica delle norme fondamentali vigenti nelle materie oggetto di potestà concorrente lasciava perplessa la dottrina, in considerazione dei gravi problemi interpretativi che sarebbero derivati a causa di una loro eventuale incompletezza.⁷

⁶ Si tratta della previsione contenuta nell’art. 9 della legge n. 62 del 1953 (c.d. Legge Scelba) in conformità alla quale la potestà legislativa concorrente veniva subordinata alla previa emanazione, ai sensi della IX disposizione transitoria della Costituzione, di “leggi della Repubblica contenenti, singolarmente per ciascuna materia, i principi fondamentali cui deve attenersi la legislazione regionale”.

⁷ Sollevava dubbi circa le leggi-cornice Paladin L., in *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale*, in Foro amm., 1971, III, 3, pag. 40, ritenendo che non andassero intese quali norme- principio bensì quali norme dirette a “ridimensionare”, per ciascuna materia, il ruolo dello Stato e delle Regioni e a disciplinare la funzione di programmazione.

Al fine di evitare, in carenza di un previo intervento del legislatore statale, un potenziale blocco della potestà regionale, questa si sarebbe potuta esprimere attenendosi ai principi desumibili dalla legislazione vigente⁸, con piena fungibilità, pertanto, tra principi espressi e principi impliciti.⁹

Appare sterile sottilizzare in merito alla definizione della materia "assistenza sanitaria ed ospedaliera", sulla quale, più innanzi, verrà posta attenzione, limitandoci, in tale fase, ad evidenziare che proprio gli elenchi con cui le fonti costituzionali definivano gli ambiti di competenza regionale non poche critiche avevano suscitato da parte di insigni costituzionalisti dai quali venivano valutati alla stregua di una mera "pagina bianca", essendo le singole materie, in massima parte, prive di uno specifico contenuto prescrittivo, e, pertanto, bisognose di essere "definite" e "ridefinite" (o "riempite") da parte del legislatore statale.¹⁰

Anche se il sostanziale riconoscimento al legislatore statale di "una competenza sulla competenza" rischiava l'incompatibilità, alla luce di una visione garantistico- formale, con il dettato del (previgente) art. 117, I comma, ultimo alinea, che riservava l'ampliamento

⁸ Al momento di attuare l'ordinamento regionale, venne approvata la legge n. 281 del 1970, il cui art. 17 sostituì quanto prescritto dalla legge Scelba, disponendo che i principi fondamentali potessero dedursi dalle leggi vigenti. Confermerà la scelta compiuta dal legislatore anche l'art.1 della legge n. 131 del 2003 ("*Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001 n.3*"). In tal senso, come si vedrà più avanti, anche la sentenza della Corte Costituzionale n. 282/2002.

⁹ Secondo l'avviso espresso da D'Atena A., "*La difficile transizione. In tema di attuazione della riforma del titolo V*", Le Regioni, 2002, 2/3, pag. 315, la fungibilità tra principi impliciti ed espressi tipizzava il modello italiano di regionalismo, in confronto al federalismo tedesco nel quale, in assenza di leggi- cornice, i *lander* erano esonerati dal rispetto di principi deducibili dalla legislazione federale e, quindi, finivano per esercitare una competenza sostanzialmente esclusiva.

¹⁰ Si fa riferimento alle considerazioni del Paladin L., *op.cit.* pag. 39, dalle quali hanno tratto spunto costituzionalisti quali D'Atena A., (*op.ult. cit.*) o Bin R., "*Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale*" in Scritti in memoria di Livio Paladin, I, Napoli, Jovene, 2004, pag. 299 e ss.

dell'enumerazione delle competenze regionali espressamente ad una legge costituzionale.¹¹

Sia l'ambiguità delle materie che la trasformazione, assecondata dalla Corte Costituzionale¹², dell' "interesse nazionale", concepito dal Costituente quale limite di merito alla potestà legislativa regionale, in limite di legittimità, consentì al legislatore nazionale di ritagliarsi, a salvaguardia di interessi di carattere unitario, spazi in ambiti di competenza concorrente.¹³

In particolare, poi, nel settore sanitario, l'orientamento centralistico era suscitato dalla progressiva interpretazione estensiva del diritto alla salute, supportata sempre dalla giurisprudenza costituzionale, con conseguente riduzione degli spazi riservati ad una legislazione regionalisticamente differenziata.

D'altra parte, il coordinamento della finanza pubblica, in funzione del contenimento della spesa sanitaria, contribuiva al *trend*, consentendo la prescrizione di limiti e vincoli all'organizzazione dei servizi sanitari mediante disposizioni dal contenuto puntuale.¹⁴

Limitando lo sguardo alle leggi strutturali del settore, non pare, invero, sempre facilmente percepibile dalla lettura delle disposizioni contenute, sia nel d.lgs. n. 502 del 1992 (c.d. riforma *bis* della sanità,

¹¹ In tal senso, si rinvia a D'Atena A., *L'autonomia legislativa delle Regioni*, Roma, Bulzoni, 1974, pag. 115 e ss., e a Mangiameli S., *Le materie di competenza regionale*, Milano, Giuffrè, 1992, pag. 37 e ss.

¹² In merito Barbera A., *Regione ed interesse nazionale*, Milano, Giuffrè, 1973, 139 e ss. L'orientamento trovava già una piena conferma nella sentenza della Corte Costituzionale n. 37 del 1966. La Corte Costituzionale legittimerà, poi, in funzione di "risolto positivo" della tutela di interessi unitari, anche la funzione statale di indirizzo e coordinamento nelle materie oggetto di potestà concorrente (in tal senso la sentenza n. 39 del 1971).

¹³ Contra D'Atena A., in *op. ul.cit.*, pag. 121 e ss, il quale ritiene che la trasposizione del merito in legittimità, determinando l'estensione del sindacato della Corte Costituzionale, non pare conciliabile con la disciplina del (previgente) art. 127 u.c. Cost. che attribuisce il sindacato sul merito alle Camere.

¹⁴ Emblematica, in tal senso, la sentenza della Corte Costituzionale n. 245 del 1984 nella quale l'assistenza sanitaria ed ospedaliera viene etichettata quale materia non "... pienamente assimilabile agli altri settori di competenza regionale, sia per la particolare intensità dei limiti cui sono sottoposte in tal campo la legislazione e l'amministrazione delle regioni, sia per le peculiari forme e modalità di finanziamento.."

considerata la primarietà della legge n. 833 del 1978 istitutiva del SSN) che nel successivo d.lgs. n. 229 del 1999 (c.d. riforma *ter* della sanità o riforma Bindi), l'intento del legislatore a porre in essere solo una mera disciplina di principio, se intendiamo, con tale definizione, riferirci a prescrizioni dirette a fissare solo il "nucleo essenziale" dell'organizzazione sanitaria sul territorio nazionale.

Le articolate e puntuali disposizioni del d.lgs. n. 502 del 1992 e ss.mm., dedicate all'assetto delle aziende sanitarie (artt. 3 e ss.), rappresentano, in tal senso, un indicatore della capacità intrusiva del legislatore statale suscitata da una interpretazione ampiamente estensiva della nozione di "principio fondamentale" tale da non impedire una legislazione nazionale di dettaglio¹⁵.

Tale tendenza, come già sottolineato, è stata avvallata dalla giurisprudenza costituzionale che, nel settore sanitario, ha desistito da un orientamento diretto a rafforzare la regionalizzazione dello Stato, sino a giungere, in una sentenza resa in merito ad alcune disposizioni del d.lgs. n. 502 del 1992¹⁶, a definire di dettaglio solo quelle norme "che richiedono un'attività di materiale esecuzione o... precludono qualsiasi spazio per l'intervento della legge regionale", compiendo un'operazione salvifica delle norme statali impugnate.

Appaiono, pertanto, comprensibili le affermazioni di Gianfranco Mor¹⁷ dirette a definire, nel 1997, il potere legislativo regionale in

¹⁵ Entrambi i decreti legislativi sono, infatti, stati sottoposti, su iniziativa regionale, all'esame della Corte Costituzionale in quanto contenenti disposizioni dettagliate e, quindi, ritenute invasive della competenza riservata alla Regione. Si fa rinvio, tra le altre, alla sentenza n. 355 del 1993 (sulla quale v. nota succ.) ed, in riferimento al d.lgs. n. 229 del 1999, alla sentenza n. 510 del 2002, resa, peraltro, successivamente all'entrata in vigore della riforma del titolo V.

¹⁶ Si tratta della sentenza n. 355 del 1993 con la quale il giudice delle leggi dichiarava infondata la questione di legittimità costituzionale posta da diverse regioni in merito ad alcune disposizioni del D.lgs. n. 502 del 1992. In particolare, le considerazioni di diritto sinteticamente riportate erano dirette a supportare la legittimità dell'art. 4, 10 comma (disciplinante l'esercizio della libera professione intramuraria e la previsione di posti letto a pagamento).

¹⁷ G. Mor, *Il nuovo assetto organizzativo del SSN*, in *Sanità pubblica*, 1997, pag. 620 e ss.

materia sanitaria “morto per consunzione”, in quanto “tutto quanto è significativo viene deciso dal centro”, residuando alle regioni una mera potestà attuativa della legislazione statale cioè l’adozione di “norme sostanzialmente regolamentari “ in forma di legge.

Un orientamento centralistico che non trovava ancora ostacolo negli strumenti e meccanismi di interrelazione tra Stato e Regioni in quanto si trattava di rapporti non ancora pienamente uniformati al principio di leale collaborazione ed avendo il legislatore ordinario attribuito rilevanza al momento partecipativo solo alla fine degli anni ’90. Sarà, infatti, la prima legge Bassanini (art. 9 della legge n. 59 del 1997 e successivo d.lgs. n. 281 del 1997) ad istituzionalizzare un sistema di relazioni tra i due livelli di governo fondato su momenti concertativi, da esplicitarsi in sede di Conferenza Stato-Regioni, assunta ad “organo di governo”¹⁸ di un federalismo che trovava ancora espressione solo in ambito amministrativo (altrimenti noto, con il termine di federalismo a Costituzione invariata).

Sarà, infatti, un accordo concluso in sede di Conferenza Stato-Regioni l’ 8 agosto del 2001, cioè in una data antecedente alla riforma del Titolo V della Costituzione prodotta dalla legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001, a fornire l’*input* per la definizione dei livelli essenziali di assistenza sanitaria da garantire in tutto il territorio nazionale.

Una propensione centralistica non appariva, comunque, più coerente con l’evoluzione di un ordinamento che, ancor prima della modifica del titolo V, tendeva ad un potenziamento dell’autonomia delle regioni in materia sanitaria, tenute, a decorrere dagli anni novanta, a definire il proprio assetto istituzionale secondo regole nazionali miranti

¹⁸ In tal senso, Sciuillo G., “*Federalismo amministrativo*” pag. 14 in www.federalismi.it, n. 23/2004.

ad introdurre nel SSN metodi e tecniche di gestione mutate dall'impresa privata.

Il processo di regionalizzazione, contestuale all'aziendalizzazione del SSN, era stato, ormai, formalmente avviato con i decreti legislativi nn. 502 del 1992 e 517 del 1993, e condotto a compimento con la legge delega n. 419 del 1998 ed il successivo d.lgs. n. 229 del 1999¹⁹.

1.1.e dopo la riforma costituzionale del Titolo V

Per comprendere la ripartizione della potestà legislativa in materia sanitaria scaturita dalla riforma del titolo V, parte seconda della Costituzione, appaiono opportune alcune considerazioni preliminari.

L'art. 117 Cost. novellato riprende, innanzitutto, la tecnica dell'elencazione delle materie per attuare, secondo un modello di costituzionalismo federale di matrice tedesca,²⁰ il c.d. "rovesciamento" delle competenze, attribuendo specifici ambiti al legislatore nazionale (2 comma) anziché alle regioni, residuando a quest'ultime ogni materia non espressamente al primo attribuita, generandosi, quindi, una potestà regionale (c.d. residuale) di carattere esclusivo e di natura innominata (4 comma).

Si tratta di un riparto competenziale che appare sintonico con una visione tendenzialmente paritaria e non più verticistica dei rapporti tra

¹⁹ Appaiono sintomatiche di una tendenza ad un governo regionale del sistema sanitario le disposizioni, solo per citarne alcune, che attribuiscono alla regione il potere di nomina e revoca dei direttori generali delle aziende (art.3 bis); il potere di attribuire ai medesimi gli obiettivi e di effettuare la valutazione dei risultati conseguiti (art. 3 bis, 5 comma) come anche il potere di emanare indirizzi per la predisposizione dell'atto aziendale (art. 2 sexies). Si rammenta, inoltre, che l'art. 114 del d.lgs. n. 112 del 1998 (attuativo della legge n. 59 del 1997) aveva già provveduto a conferire alle regioni tutte le funzioni in materia di "salute umana e veterinaria", eccettuate alcune residue allo Stato (*v. infra*).

²⁰ Per una riconduzione della riforma del titolo V al federalismo tedesco, D'Atena, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in Quaderni Costituzionali,1,2003, pag. 15 e ss. e *Pedagogia spagnola e tedesca per le riforme italiane*, in L'osservatorio sulle Regioni", 2007, pag. 419 e ss.

Stato e Regioni, percepibile già nella disposizione di apertura del nuovo titolo V (art. 114, 1 comma Cost.)²¹ a conferma di un assetto istituzionale che viene riformato in senso fortemente regionalista.

L'inversione delle competenze, quale espressione di una nuova *governance* tra livello statale e livello regionale, viene stigmatizzata, peraltro, in una delle prime sentenze della Corte Costituzionale successive alla riforma (n.282 del 2002), nel cui considerando in diritto si sancisce che “al fine di verificare se la legge regionale impugnata rispetti i limiti della competenza regionale, si deve muovere non tanto dalla ricerca di uno specifico titolo costituzionale di legittimazione dell'intervento regionale, quanto, al contrario, dalla indagine sulla esistenza di riserve, esclusive o parziali, di competenze statali” .

La tecnica dell'elencazione è utilizzata anche per rifondare la c.d. competenza concorrente, cioè quella condivisa dai due legislatori, secondo un criterio di riparto verticale (art. 117, 3 comma), in conformità al quale viene “riservata” allo Stato la mera predisposizione dei principi fondamentali ed alla regione la vera e propria potestà legislativa in determinate materie.

La formulazione adottata dal nuovo art. 117, 3 comma, rispetto al dettato del previgente art. 117 che si riferiva ad una potestà regionale da esercitarsi “nei limiti dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato”, intende, quindi, prefigurare due distinti livelli di competenza, in quanto al legislatore statale spetta la determinazione di tali principi ed alla legislazione regionale la disciplina della materia.

²¹ L'articolo 114, 1 comma della Costituzione così dispone: “La Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato”. Occorre, comunque, non attribuire eccessiva enfasi alla formula utilizzata dal riformatore costituzionale (da qui, il termine “tendenziale” usato nel testo) in quanto diretta a garantire una pari dignità istituzionale a tali enti considerati quali elementi costitutivi dell'ordinamento repubblicano. Ciò non comporta un'identità tra di essi sul piano funzionale: solo lo Stato e le Regioni godono, infatti, di autonomia legislativa, e, solo allo Stato, a tutela dell'unità dell'ordinamento, permane il potere di sostituirsi agli altri enti nei casi indicati nell'art. 120 Cost.

Novità che il giudice delle leggi, già all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo titolo V, colse, sull'onda delle prime considerazioni poste dalla dottrina²², e che avrebbe dovuto porre fine a quell'indirizzo giurisprudenziale della Corte che consentiva, nelle materie di competenza concorrente, l'intervento dello Stato con norme di dettaglio anche se dotate di forza cedevole.

Afferisce alla competenza concorrente anche la nuova materia "tutela della salute", espressione che risente della sistematica rivisitazione degli ambiti di competenza Stato/Regione prodottasi a seguito della stagione di riforme di stampo federalista avviata con la legge n. 59 del 1997, avendo, in particolare, l'art. 114 del d.lgs. n. 112 del 1998, conferito alle regioni tutte le funzioni di natura amministrativa in tema di salute (sia essa umana che veterinaria), eccettuate quelle espressamente riservate allo Stato²³.

La formula "tutela della salute", rispetto alla formula "assistenza sanitaria e ospedaliera" riportata nel previgente art. 117, appare dotata di una forza maggiore²⁴ in quanto l'introduzione del termine "tutela" la pone in diretta connessione semantica con l'art. 32 Cost. ("La Repubblica tutela la salute..."), avendone il riformatore mutuato la formula di tipo teleologico-funzionale nella quale va ricondotta sia la

²² Si fa rinvio a D'Atena A., *La difficile transizione. In tema di attuazione della riforma del titolo V*, in *Le Regioni*, 2002, pag. 314 e ss. La sentenza della Corte Costituzionale alla quale, implicitamente, si fa riferimento è la n. 282 del 2002, già citata nel testo. In uno dei primi articoli successivi alla riforma, Tosi R., *La legge costituzionale n. 3 del 2001: note sparse in tema di potestà legislativa ed amministrativa*, in *Le Regioni*, 6, 2001, pag. 1233, disconosce, anche se con qualche contraddizione, il contenuto innovativo dell'art. 117, 3 comma.

²³ In merito, Benelli F. e Bin R., *Prevalenza e "rimaterializzazione delle materie": Scacco matto alle regioni*, in *Le Regioni*, 2009 pag. 1185 e ss. In particolare, gli Autori citati sostengono che tutte le materie comprese nell'elenco dell'art. 117, 3 comma "sono state riempite di significato" guardando al consolidamento delle competenze amministrative regionali operato dai cc.dd. decreti Bassanini.

²⁴ In tal senso, solo per citare alcuni Autori, Balduzzi R., *Titolo V e tutela della salute*, in Balduzzi R. e Di Gaspare G. (a cura di), *Sanità ed assistenza dopo la riforma del Titolo V*, Milano Giuffrè, 2002, pag. 11 e ss.; Paris D. *Il ruolo delle Regioni nell'organizzazione dei servizi sanitari e sociali a sei anni dalla riforma del Titolo V: ripartizione delle competenze e attuazione del principio di 2002, sussidiarietà*, in *Le Regioni*, 2007, 6, pag. 983 e ss. e Cuocolo L., *La tutela della salute tra neoregionalismo e federalismo*, 2005, Milano, Giuffrè, pag. 65.

dimensione individualistica, cioè inerente alla salute quale situazione soggettiva strutturalmente complessa cioè, diritto di libertà e, quale pretesa ad una prestazione, diritto di natura sociale, e sia la dimensione collettiva.

In tale prospettiva, l'espressione utilizzata nel nuovo art. 117, 3 comma Cost. assumerebbe il valore di un "vincolo di scopo" che pone in capo ai pubblici poteri la questione della doverosità delle prestazioni sanitarie, divenendo l'organizzazione "tout court" del servizio sanitario, aspetto imprescindibile della tutela del bene salute.²⁵

Nonostante l'orientamento assunto in sede dottrinale circa la riconducibilità dell'organizzazione sanitaria nell'alveo della nuova potestà concorrente²⁶, le prime pronunzie rese dalla Corte Costituzionale successivamente alla riforma del Titolo V, sollevano dubbi circa la sua possibile afferenza non alla materia "tutela della salute" bensì all'"organizzazione ed ordinamento di enti pubblici non statali", materia innominata oggetto della competenza regionale residuale di cui all'art. 117, 4 comma Cost.²⁷

Ed, in effetti, alla luce di una regionalizzazione del servizio sanitario, i tentennamenti iniziali del giudice costituzionale appaiono, comunque, degni di rilievo, rischiando, nel nuovo quadro dei rapporti

²⁵ Sul punto, Menichetti E., in "L'organizzazione sanitaria tra legislazione ordinaria, nuovo Titolo V della Costituzione e progetto di devoluzione" in www.federalismi.it.

²⁶ Sostengono l'afferenza dell'organizzazione sanitaria alla materia "tutela della salute", oltre agli autori già indicati alla nota n. 24, Morana D., *Le norme statali di dettaglio in materia sanitaria tra vecchio e nuovo titolo V: spunti dalla giurisprudenza costituzionale*, in *Rassegna Parlamentare* 3, 2010, pag. 707 e ss.; Belletti M., *Il difficile rapporto tra "tutela della salute" e "assistenza e organizzazione sanitaria"*. *Percorsi di una "prevalenza" che diviene "cedevole"* in *Le Regioni*, 6, 2006, pag. 1176 e ss.

²⁷ Si tratta della sentenza n. 510 del 2002 con la quale la Corte affrontò, per la prima volta, la questione definendo diversi ricorsi posti, su iniziativa di alcune regioni, avverso numerose disposizioni del D.lgs. n. 229 del 1999. La Corte, a fronte della mancata capacità invasiva delle norme statali impugnate, causa la carenza di norme di attuazione, e dell'intervenuta modifica del riparto di competenze in seguito alla riforma del titolo V, si limitò a dichiarare la sopravvenuta carenza di interesse, in quanto "le Regioni possono esercitare le attribuzioni, di cui si ritengono titolari, approvando una propria disciplina anche sostitutiva di quella statale..". Una dichiarazione che conduce l'interprete a ritenere in capo alle regioni una competenza esclusiva, di carattere residuale, in materia di organizzazione sanitaria secondo le previsioni contenute nell'art. 117, 4 comma Cost.

tra legge statale e legge regionale delineato dal rinnovato art. 117 Cost., l' "organizzazione sanitaria" di essere sottratta ad una potestà multilivello.

Gioca un ruolo essenziale, a tal fine, la lettura della "tutela della salute" effettuata dalla giurisprudenza costituzionale.

1.1.1 La materia sanitaria rivisitata dalla giurisprudenza costituzionale.

La difficile declinazione, nel nuovo assetto competenziale, dei rapporti tra "organizzazione sanitaria" e "tutela della salute" scaturisce da una tecnica di definizione delle materie compiuta dal riformatore costituzionale che presenta "fortissimi elementi di mobilità"²⁸, soprattutto se, come nel caso in esame, viene utilizzato un criterio teleologico e non un criterio oggettivo teso a delineare uno specifico ambito di incidenza della materia.

Dalla "pagina bianca" del Paladin²⁹, che consentiva al legislatore un'opera di completamento del (previgente) testo costituzionale mediante la definizione dei confini delle singole materie, si passa, nella nuova versione dell'art. 117 Cost., al fenomeno della "destrutturazione"³⁰ delle materie, cioè della creazione di materie-non materie, non essendo queste più concepite come un insieme di funzioni, comunque, definite o enucleabili in via interpretativa, bensì nella loro essenza di interessi da tutelare (si pensi, in tale ottica, alle altre

²⁸ L'espressione è mutuata dalle osservazioni contenute in D'Atena A., *Il riparto delle competenze legislative: una complessità da governare*, in "I cantieri del federalismo in Europa", 2008, Milano, Giuffrè, 2008, pag. 235 e ss.

²⁹ Paladin L. *op. cit.*, pag. 39.

³⁰ Ad uno "sfarinamento" o "destrutturazione" delle materie, quale fondamentale problema posto dal novellato art. 117 della Costituzione, convergente con la teoria delle "materie- non materie" del D'Atena A. (v. *ult.op.cit*), fa riferimento Bin R., *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale. Rileggendo Livio Paladin dopo la riforma del Titolo V*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, I, 2004, pag. 295 e ss.

competenze espresse in termini finalistici, quali la tutela dell'ambiente, della concorrenza, del risparmio ma medesima natura, come vedremo, possiede anche la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni di cui alla lettera *m* dell'art. 117, 2 comma).

In tale prospettiva, la definizione di una materia finalisticamente orientata, quale la tutela della salute, presenta rischi non irrilevanti in quanto suscettibile di entrare in concorrenza con materie afferenti a diversi regimi competenziali- come la già citata "organizzazione di enti non statali e non nazionali"-qualora queste perseguano medesimi interessi o interessi connessi che non rende, alla fine, più funzionale quel "separatismo duale"³¹ canonizzato dal Costituente.

Per fornire una soluzione nei casi nei quali la fattispecie normativa, posta al suo esame, incida contestualmente su più ambiti settoriali e non appaia "*ictu oculi*" individuabile la sua afferenza ad una specifica competenza statale o regionale, la Consulta ha fatto frequente uso dei criteri della prevalenza e della leale collaborazione.

Un caso esemplare, in tale ottica, è rappresentato dalla questione relativa all'eliminazione del principio di irreversibilità del rapporto esclusivo dei dirigenti sanitari ed alla sua incidenza sulla disciplina di conferimento degli incarichi di direzione di strutture sanitarie³², nel quale il giudice costituzionale, dopo aver ritenuto che le disposizioni incidessero, contestualmente, su una pluralità di materie, tra le quali, primariamente, l'"organizzazione di enti non statali e non nazionali"-appartenente, come rappresentato dalle regioni ricorrenti, alla loro

³¹Si fa rinvio a D'Atena A. , *op. ult. cit.*

³² La Corte Costituzionale con la sentenza n. 181 del 2006 affronta, come si specificherà più avanti nel testo, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 *septies*, 1 comma del decreto legge 29 marzo 2004 n.81, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 maggio 2004 n. 138. Con tale disposizione il legislatore statale ha eliminato il principio della irreversibilità, che caratterizzava il rapporto esclusivo dei dirigenti sanitari, modificando il comma 4 dell'art. 15 *quater* del decreto legislativo 30 dicembre 1992 n. 502, ed ha disposto che la non esclusività del rapporto di lavoro non preclude la direzione di strutture semplici e complesse.

competenza residuale ex art.117, 4 comma - attribuisce “con prevalenza” la disciplina statale contestata alla materia di competenza concorrente “tutela della salute”, riconosciuta di portata ben più ampia (sent. n. 181 del 2006).

Il giudice costituzionale, sostiene, a tal proposito, che il nucleo essenziale³³della disciplina in esame, cioè l’interesse finale perseguito dal legislatore, attenga, comunque, all’interesse “salute” e ritiene, di conseguenza, la prevalenza della competenza concorrente,³⁴ permanendo alla disciplina statale, ancora, il legittimo potere di introdursi in materia di organizzazione dei servizi sanitari.

Un criterio di prevalenza che deriva, ritornando alla già accennata questione della definizione delle materie, da una configurazione della “tutela della salute” non come vera e propria materia, bensì quale valore costituzionalmente protetto che, in quanto tale acquista natura trasversale ma che, a differenza delle materie dotate di trasversalità, di regola appartenenti alla competenza esclusiva statale, rientra nella competenza concorrente³⁵.

Nonostante una riforma costituzionale ispirata ad un regionalismo fortemente accentuato, la scelta del giudice costituzionale consente di operare, anche a fronte di una riconosciuta competenza

³³ In tal senso si rinvia a quanto espresso in seno al considerato in diritto della sentenza della Consulta n. 50 del 2005 (punto 5) nella parte in cui viene definita la prevalenza di una materia qualora appaia evidente l’appartenenza del nucleo essenziale di un complesso normativo a quella materia piuttosto che ad un’altra.

³⁴ La posizione assunta dalla Consulta, che, di fatto, sancisce la prevalenza di una competenza concorrente su una residuale esclusiva, è stata sottoposta ad osservazioni critiche da Belletti M. in *Il difficile rapporto tra “ tutela della salute” e “assistenza e organizzazione sanitaria”. Percorsi di una “prevalenza” che diviene “cedevole”*, in Giur.Cost., 2006, pag. 1176 e ss. L’A., tra l’altro, sostiene che il ragionamento della Corte potrebbe essere ribaltato in quanto l’organizzazione del servizio sanitario avrebbe rilevanza prodromica per un’ottimale tutela della salute e non viceversa.

³⁵ Natura trasversale viene, ad esempio attribuita dalla Consulta alla materia “ tutela dell’ambiente” che afferisce alla competenza esclusiva statale ex art. 117, 2 comma, lett. s. (sentenza n. 407 del 2002) come analoga natura viene attribuita, come si vedrà più avanti, alla “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale” ex art. 117, 2 comma, lett. m , anch’essa, quindi, materia di competenza esclusiva statale.

residuale/esclusiva regionale, uno sbilanciamento a favore dello Stato³⁶, intendendo privilegiare esigenze di unitarietà del sistema.³⁷

Pur seguendo un percorso diverso e più tortuoso, la Consulta finisce, in ultima analisi, per uniformarsi all'orientamento, prevalente in dottrina³⁸, che enfatizza una nozione di “tutela della salute” ben più ampia dell’ ”assistenza sanitaria ed ospedaliera” di cui al previgente art.117, costituendone l'organizzazione del servizio sanitario un aspetto ineliminabile.

Orientamento che diviene inequivocabile nella sentenza n. 371 del 2008 nella quale la Consulta espressamente riconosce che l'organizzazione sanitaria non può essere considerata quale materia a sé stante in quante “ parte integrante” della “tutela della salute” .

La prevalenza attribuita alla materia in esame ha manifestato una propria incidenza anche in riferimento a fattispecie normative disciplinanti il rapporto di lavoro del personale delle aziende sanitarie e che, stando al riparto di competenze legislative ed alla intervenuta contrattualizzazione del lavoro pubblico, dovrebbero, piuttosto, afferire alla materia “ordinamento civile”, di competenza esclusiva statale (art. 117, 2 comma lett.l).

In tal senso, appare ancora indicativa la pronuncia n. 181 del 2006, nella quale viene posta la questione di legittimità costituzionale in merito all'art. 2 *septies* del decreto legge n. 81 del 2004, convertito

³⁶ A parere di Benelli e Bin, in *op. cit.*, il criterio di “prevalenza” diviene il principale strumento che orienta la Corte nel suo tentativo di rafforzare le competenze dello Stato.

³⁷ Nell'eventualità nella quale non sia riscontrabile una prevalenza ma una mera concorrenza tra competenze, la Corte Costituzionale ha, invece, fatto uso del criterio c.d. “della leale collaborazione” tra Stato e Regione (v. *infra*) che “richiede la messa in opera di procedimenti nei quali tutte le istanze costituzionalmente rilevanti possano trovare rappresentazione” (in tal senso, sentenza n. 422 del 2002). Rispetto al criterio della prevalenza che si presta a privilegiare esigenze unitarie, il secondo tende a contemperare le esigenze unitarie con le spinte autonomistiche di enti che, ai sensi dell'art. 114, 1 comma, sono, parimenti allo Stato, costitutivi della Repubblica.

³⁸ Si fa rinvio agli Autori citati alla nota n. 24, specificando che non si tratta, comunque, di una elencazione esaustiva.

con legge n. 138 del 2004, che ha sostituito il comma 4 dell'art. 15 *quater* del d.lgs. n. 502 del 1992 e ss.mm., ed inciso, in tal modo, su un aspetto specifico del rapporto di lavoro dei dirigenti sanitari, quale l'esclusività, eliminandone la relativa irreversibilità, stabilendo, nel contempo, che l'opzione per la non esclusività non è preclusiva per la direzione di strutture semplici e complesse.

La disposizione in esame, indubbiamente, incide, come poc'anzi osservato, su una pluralità di materie, tra le quali, l'ordinamento civile, determinandosi una concorrenza di competenze, alla quale non viene data soluzione mediante la prevalenza della competenza esclusiva statale.

La Consulta ha, infatti, ricondotto l'ambito materiale delle disposizioni indicate alla "tutela della salute", ritenendo la stretta inerenza delle norme in esame con l'organizzazione del servizio sanitario regionale ed asserendo -osservazione degna di rilievo- che le prestazioni rese all'utenza siano "condizionate, sotto molteplici aspetti, dalla capacità, dalla professionalità e dall'impegno di tutti i sanitari addetti ai servizi e, segnatamente, di coloro che rivestono una posizione apicale" (analoghe considerazioni contiene la sentenza 50 del 2007).

In tal senso, la Corte ripercorre l'orientamento assunto, all'indomani dell'entrata in vigore della riforma del Titolo V, con la pronunzia n. 282 del 2002, nelle cui considerazioni di diritto, aveva escluso che ogni disciplina che "tenda a vincolare l'opera dei sanitari...rientri per ciò stesso nell'area dell'ordinamento civile riservata al legislatore statale".³⁹

³⁹ Nella sentenza n. 282 del 2002 la Consulta sembra fornire un'interpretazione della materia "ordinamento civile" non omnicomprensiva della disciplina del rapporto di lavoro, asserendo che "altro sono infatti i principi e i criteri di responsabilità, che indubbiamente appartengono a quell'area (cioè l'ordinamento civile), altro le regole concrete di condotta, la cui osservanza o la cui violazione

Anche se, in tale ipotesi, la questione di costituzionalità non riguardava una disciplina inerente al rapporto di lavoro dei sanitari bensì una norma regionale finalizzata a sospendere determinate terapie apparendo, quindi, più comprensibile che il “nucleo essenziale del complesso normativo”, criterio fondamentale- come evidenziato- per determinare la prevalenza di una competenza, appartenesse alla materia “tutela della salute”.

Medesima prevalenza è stata sancita dalla giurisprudenza costituzionale anche nelle ipotesi in cui al vaglio di costituzionalità, su iniziativa regionale, è stata sottoposta la legge n. 120 del 2007, contenente disposizioni in materia di attività libero professionale intramuraria, cioè una disciplina diretta a garantire l’effettività di un vero e proprio diritto per i dirigenti sanitari che abbiano optato per il rapporto di lavoro esclusivo, essendo ai medesimi preclusa altra forma di attività libero professionale (sentenza n. 371 del 2008).

La Corte Costituzionale, pur non attenendosi al criterio della prevalenza, ha teso, comunque, ad un’interpretazione estensiva dei “principi fondamentali” in tema di tutela della salute.

In un recente pronuncia, infatti, il giudice costituzionale ha sindacato la costituzionalità di una disposizione regionale in tema di accesso alla dirigenza sanitaria senza l’esperienza di un previo concorso pubblico, non solo perché contraria al principio espresso dall’art. 97, 3 comma Cost. ma anche alla regola generale desumibile dall’art. 15, 7 comma del d.lgs. n. 502 del 1992 e ss.mm., che prescrive come modalità di accesso per tale categoria professionale la pubblica selezione, definendo questa quale “principio fondamentale in materia di

possa assumere rilievo in sede di concreto accertamento della responsabilità ,, che possono essere disciplinate , salva l’incidenza di altri limiti , dal legislatore regionale”.

tutela della salute” ai sensi dell’art. 117, terzo comma (sentenza n. 68 del 2011)⁴⁰.

Ad analoga soluzione perviene la Consulta, in altra recente pronunzia, la n. 77 del 2011, resa in riferimento ad una legge regionale⁴¹ che consentiva la stipulazione di contratti a tempo determinato in contrasto con l’art.15 *octies* del d.lgs. n. 502 del 1992 (che li prescrive solo in funzione dell’attuazione di progetti finalizzati) attribuendo anche a tale norma statale valenza di principio fondamentale in materia di tutela della salute in quanto “disciplina le condizioni generali di applicabilità -nel settore sanitario- di un istituto (le assunzioni a termine) che ha una rilevanza del tutto particolare nell’ambito dell’impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni”

Benchè, in quest’ultima fattispecie, si discuta in merito alla costituzionalità di una norma che disciplina un contratto di diritto privato, nessuna rilevanza viene, quindi, data alla violazione di una potestà legislativa statale esclusiva in materia di “ordinamento civile”, definendo il giudice assorbita la censura formulata in riferimento all’art. 117, 2 comma lettera *l*.

La giurisprudenza costituzionale ha preferito optare, piuttosto, per una interpretazione estensiva della materia “tutela della salute” e dei principi fondamentali espressi dalla legislazione statale, nell’intento

40 Il giudizio di costituzionalità riguardava la legge 25 febbraio 2010 n. 4 della Regione Puglia il cui art. 13 stabiliva che «nel limite dei posti vacanti nella dotazione organica e nel rispetto della riduzione della spesa del personale imposto dalle norme vigenti, il personale già titolare di contratto ovvero di incarico a tempo indeterminato presso aziende o enti del servizio sanitario nazionale (SSN) e in servizio a tempo determinato al 31 dicembre 2009 presso un’azienda o ente del servizio sanitario della Regione Puglia è confermato nei ruoli di quest’ultima a tempo indeterminato previa presentazione, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, di apposita domanda di mobilità”.

41 All’esame della Corte era stata sottoposta la legge n. 3 del 22 gennaio del 2010 della Regione Molise il cui art. 19, 4 comma, consentiva la stipulazione di contratti di lavoro a tempo determinato anche per finalità diverse da quelle contemplate dalla norma statale cioè l’art. 15 *octies* del Dlgs. n. 502 del 1992, citato nel testo.

di garantire una tendenziale uniformità tra i vari sistemi sanitari regionali, anche sotto l'aspetto dei rapporti di lavoro instaurati dalle aziende di riferimento, individuando, anche in tale ambito, un profilo "qualificante il rapporto tra sanità ed utenti".⁴²

Un quadro esauriente, seppur sintetico, in merito alla ripartizione delle competenze tra Stato e Regione in materia sanitaria, secondo l'intendimento del giudice costituzionale, non può prescindere, dall'accennare agli effetti prodotti dalla competenza statale esclusiva, prevista dall'art. 117, 2 comma lett. *m*, concernente "la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale".

Si tratta -ed in tal senso concordano sia la giurisprudenza costituzionale che la dottrina⁴³- di una competenza anch'essa finalisticamente intesa, priva, quindi, di un oggetto specifico o, stando a quanto riportato in una delle prime sentenze nelle quali la Consulta⁴⁴ affronta la questione del riparto di competenze derivante dalla riforma del 2001, non di una "materia in senso stretto" bensì di un titolo che legittimerebbe il legislatore statale ad intervenire su materie diverse, anche attinenti alla competenza regionale, sia questa residuale o concorrente.⁴⁵

Un titolo di legittimazione che confermerebbe, pertanto, quella destrutturazione delle materie prodottasi con l'intervento della riforma costituzionale ma che, nel contempo, appare funzionale alla tutela di interessi nazionali la cui rilevanza, pur non fungendo più da limite di

⁴² In tal senso si esprimono le sentenze nn. 50 del 2007 e 371 del 2008, già citate nel testo.

⁴³ Si rinvia a D'Atena e Bin, *opere citate*, in note nn. 28 e 30.

⁴⁴ Si tratta della sentenza della Corte Costituzionale n. 282 del 2002, già menzionata.

⁴⁵ D'Atena A., *La Consulta parla...e la riforma del titolo V entra in vigore*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2002, pag. 2027 e ss. assimila tale competenza alla *Konkurrierende Gesetzgebung*, tipica del federalismo mittleuropeo, che consente al legislatore nazionale, mediante un effetto di vero e proprio "scacciamento", di intervenire in spazi riservati al legislatore locale.

merito della competenza regionale (come era stabilito nel previgente art. 127 Cost.), non può disconoscersi in considerazione di un carattere unitario dello Stato rilevabile dai principi fondamentali della Carta Costituzionale (art. 5)⁴⁶.

Ed è proprio in ragione di tale funzionalità che appare comprensibile la previsione, da parte del rinnovato art. 120, 2 comma Cost., di un intervento sostitutivo della Regione da parte del Governo centrale diretto ad accomunare la tutela dell'unità giuridica ed economica alla tutela dei livelli essenziali.

Ma la previsione di una competenza priva di un contenuto predeterminato rischia di rendere disponibile da parte del legislatore statale, ancora una volta, l'autonomia legislativa garantita costituzionalmente alle Regioni, incidendo trasversalmente su materie appartenenti alla potestà regionale e, primariamente, sulla competenza legislativa ed amministrativa in materia di tutela della salute di cui all' art. 117, 3 comma.

Al fine di evitare una sovrapposizione di competenze ed il conseguente intensificarsi di giudizi di legittimità costituzionale, il giudice delle leggi è ricorso, in tale ipotesi, al principio di leale collaborazione⁴⁷, prodotto della giurisprudenza costituzionale, in conformità al quale lo Stato, all'atto di intervenire in ambiti, quali i livelli di prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, idonei a

⁴⁶ Ad un' esigenza di tutela dell'interesse nazionale risponde, invero, anche la riserva a favore del legislatore nazionale a porre in essere i principi fondamentali, nelle materie di competenza concorrente elencate nell'art.117, 3 comma. Appare doveroso ricordare che nel disegno di legge costituzionale per la riforma del Titolo V, presentato dal Governo, nel corso dell'ottobre 2012, si assiste ad un recupero dell' "interesse nazionale" posto quale limite alla potestà legislativa esclusiva regionale in quanto, come si legge nella relazione illustrativa, "collante indispensabile di ogni ordinamento federale e regionalistico".

⁴⁷ Il principio di leale collaborazione, tra enti parimenti costitutivi della Repubblica ai sensi dell'art. 114,1 comma Cost., ha trovato una prima enunciazione, già all'indomani della riforma costituzionale del titolo V, con la sentenza n.422 del 2002, venendo, successivamente, confermato nella successiva sentenza n. 303 del 2003.

sconfinare in una pluralità di materie⁴⁸, adotterà la via del procedimento, coinvolgendo le Regioni in preventive intese o accordi, pena la incostituzionalità della norma statale adottata⁴⁹.

Tale competenza statale ha avuto, non a caso, una prima fondamentale attuazione proprio nella determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni assistenziali (LEA)⁵⁰, con i quali si è prodotto un *trade off* tra il decentramento dei servizi sanitari e le esigenze di *equal protection* del diritto alla salute, assicurando una coerenza all'intero sistema sanitario che deve essere salvaguardato, innanzitutto, nella sua identità di sistema nazionale.⁵¹

Inoltre, i Lea hanno contribuito a definire il “nucleo essenziale ed intangibile” del diritto alla salute, al quale fa riferimento la Consulta nel momento in cui, considerandone la complessità strutturale, distingue tale nucleo da quegli aspetti comprimibili in quanto soggetti a bilanciamento con “la possibilità reale ed obiettiva di disporre delle risorse necessarie” per la loro attuazione⁵².

⁴⁸ La Corte Costituzionale, nell'intento di evitare sconfinamenti sull'autonomia regionale, ha in più pronunzie (cfr., tra le altre, le sentenze nn.285 e 120 del 2005 e la n. 282 del 2002) affermato che “tale titolo di legittimazione legislativa non può essere invocato se non in relazione a specifiche prestazioni delle quali la normativa statale definisca il livello essenziale di erogazione, risultando, viceversa, del tutto improprio e inconferente il riferimento all'art.117, 2 comma lett.m, al fine di individuare il fondamento costituzionale della disciplina da parte dello Stato di interi settori materiali.

⁴⁹ D'Atena A., *Il riparto delle competenze legislative: una complessità da governare*, in I cantieri del federalismo in Europa, 2008, Giuffrè, pag. 242 e ss.

⁵⁰ La nozione di livelli essenziali aveva fatto la sua prima comparsa, prima della riforma del titolo V, proprio in ambito sanitario, riferendosi ad essi sia l'art. 1,4 comma, lett.b del Dlgs. n.502 del 1992 e, successivamente, l'art. 1,3 comma del medesimo decreto come modificato dal Dlgs. n.299 del 1999.

⁵¹ In particolare, i Lea sono stati definiti, per la prima volta, con D.P.C.M. del 29 novembre 2001, previo accordo Stato-Regioni dell'8 agosto 2001, avendone previsto la legge n. 405 del 2001 (art. 6), in attuazione del Dlgs. n. 502 del 1992 e ss.mm., la loro adozione mediante decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della salute di concerto con il Ministro delle finanze e dell'economia e previa intesa con la Conferenza permanente per i rapporti Stato- Regioni. Essendo sorti dubbi sulla legittimità del decreto in questione, stante la sua natura di atto non legislativo, l'art. 54 della legge 27 dicembre 2002 n. 289 (legge finanziaria 2003) ne ha recepito il contenuto, riportando le disposizioni ivi contenute nell'area della legge.

⁵² Fondamentali, ai fini della ricostruzione della complessità strutturale del diritto alla salute, appaiono, ancora oggi, le sentenze della Corte Costituzionale n. 455 del 1990 e n. 309 del 1999. In quest'ultima si sottolinea che “le esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del

Al di là di tale livello di prestazioni, il diritto alla salute si palesa, quindi, quale diritto finanziariamente condizionato.

Delineato il riparto di competenza tra livello statale e regionale, appare chiaro, limitandoci, sul momento, solo ad alcune sintetiche osservazioni, che la “regionalizzazione” della sanità sembrerebbe non avere assorbito anche la materia lavoristica, creandosi, nel settore, una divaricazione tra “organizzazione” e “disciplina del lavoro”, essendo la regolamentazione di tali rapporti rimessa a quel sistema di fonti che trova, attualmente, fondamento nell’art. 2, 2 e 3 comma del d.lgs. n. 165 del 2001 e ss.mm. -*corpus* normativo, ormai noto, quale testo unico sul pubblico impiego (T.U.P.I.)- nonché, per taluni fondamentali istituti, nel d.lgs. n. 502 del 1992 e successive modificazioni.

Anche se l’argomento sarà oggetto di attenzione nei successivi capitoli, appare opportuno, sin da adesso, porre in evidenza come proprio il d.lgs. n. 150 del 2009, prima riforma in tema di lavoro pubblico intervenuta dopo la novella costituzionale, abbia preso atto di una *governance* multilivello.

Si distinguono, infatti, in seno all’art. 74,1 e 2 comma⁵³, da un lato, disposizioni espressione della competenza esclusiva dello Stato in quanto attinenti ai rapporti di lavoro privatizzati, ricadenti nell’ambito della materia “ordinamento civile” e a principi di organizzazione valutati dal legislatore quali “livelli essenziali delle prestazioni” e, quindi vincolanti, nell’esercizio della propria autonomia organizzativa, tutti gli enti territoriali e, dall’altro, disposizioni contenenti “principi generali”,

diritto alla salute protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana”. All’ idea di “nucleo irriducibile” rinviano anche le pronunzie nn. 252 del 2001 e 509 del 2000.

⁵³ Le disposizioni contenute nell’art.74,1 e 2 comma del D.lgs. n.150 del 2009 hanno suscitato perplessità già nei primi commenti successivi alla riforma. Anche se l’argomento verrà successivamente ripreso, su tali aspetti si rinvia, sin da adesso, alle osservazioni contenute in Lovo, Verbaro, *Le norme transitorie e finali del d.lgs.n. 150/2009(artt. 73-74)*, in Tiraboschi-Verbaro (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico*, 2010, pag.. 613 e ss.

ai quali le regioni dovranno adeguarsi nell'esercizio della propria potestà concorrente e, quindi, anche all'atto di regolamentare il proprio sistema sanitario.

2. Il modello di ripartizione delle competenze in materia sanitaria nello Stato autonomico⁵⁴ spagnolo

Come già enunciato in premessa, il continuo dialogo tra tendenza al decentramento ed istanze di unitarietà pervade anche il sistema sanitario spagnolo, espressione di un ordinamento nel quale il diritto alla salute trova, analogamente a quello italiano, una consacrazione quale diritto⁵⁵ nella Carta Costituzionale e, specificatamente, nel suo art. 43 teso a sottolinearne, più che il contenuto di "libertà", il contenuto pretensivo valorizzando la "salute", innanzitutto, quale diritto di natura sociale⁵⁶.

In tale ordinamento, la ripartizione delle competenze, siano esse legislative che esecutive, tra lo Stato e le diciassette Comunità Autonome, non trova, differentemente dal modello italiano, un fondamento esclusivo nel testo costituzionale, in quanto in osservanza all'art. 147.2 lett. d) CE, è lo Statuto, quale norma istituzionale basilare,

⁵⁴ La formula "Stato autonomico o, Stato delle autonomie", benchè priva di uno specifico fondamento costituzionale, anche se implicitamente deducibile dalla lettura della Costituzione del 1978, identifica la struttura territoriale della Spagna caratterizzata da un elevato grado decentramento politico ed amministrativo a favore delle entità territoriali, denominate Comunità Autonome.

⁵⁵ Cfr. Cuocolo L., "La tutela della salute tra neoregionalismo e federalismo. Profili di diritto internazionale e comparato", 2005, Milano, Giuffrè, pag. 306 e ss. L'A. sottolinea circa la collocazione dell'art. 43 della Costituzione spagnola nel Capitolo III del Titolo I dedicato a "Principi basilari della politica sociale ed economica", invece che nel Cap. II del medesimo Titolo dedicato a "Diritti e libertà", in quanto suscettibile di far acquisire una forza dimezzata al diritto in esame, attribuendogli natura di principio.

⁵⁶ Si riporta, ai fini di una migliore comprensione del diritto alla salute quale diritto ad una prestazione, il contenuto dell'art. 43, 1 e 2 comma della Costituzione spagnola: "Si riconosce il diritto alla difesa della salute"(1 comma). "Spetta ai poteri pubblici organizzare la tutela della salute pubblica attraverso misure preventive, nonché le prestazioni e i servizi necessari. Al riguardo, la legge stabilirà i diritti e i doveri di tutti a questo riguardo."(2 comma).

ad individuare le competenze assunte da ciascuna Comunità Autonoma tra quelle poste a disposizione negli artt.148 e 149, fra le quali è compresa anche la materia “igiene e salute pubblica” (art.148,1. n. 21 CE).

L’assetto autonomistico spagnolo si regge, infatti, sul c.d. principio dispositivo in conformità al quale è rimessa all’iniziativa volontaristica dei singoli territori sia l’istituzione della Comunità che l’assunzione delle competenze “poste a disposizione” dal Costituente, configurandosi, pertanto, l’autonomia quale oggetto di un vero e proprio diritto⁵⁷, come, peraltro, formalmente sancito in seno all’art. 2 CE⁵⁸.

Un’acquisizione di autonomia prodottasi, quindi, in seguito ad un processo *bottom-up* che non si è realizzato, per espressa previsione costituzionale, in maniera contestuale, dovendo distinguere tra Comunità di “via rapida” e di “via lenta”⁵⁹, nel corso del quale si è, quindi, assistito

⁵⁷ La previsione di “un diritto all’autonomia” costituzionalmente riconosciuto (art.2 CE) rende il modello autonomico un modello “del tutto aperto” cioè un modello che consente una molteplicità di combinazioni nell’organizzazione territoriale del potere e, quindi, costituzionalmente flessibile. In tal senso, A.Scerbo in *Il richiamo al passato e il ritorno dell’identità nella nuova stagione statutaria in Italia e in Spagna. Considerazioni comparatistiche alla luce dell’evoluzione del decentramento politico-istituzionale*, in S.Gambino (a cura di), *Il federalismo in Italia e Spagna*, 2008, Milano, Giuffrè, pag. 515 e ss. ma anche Storini C., *La distribuzione territoriale delle competenze nello Stato autonomico spagnolo. La potestà legislativa ripartita e l’indeterminatezza delle norme basiche*, in S.Gambino (a cura di), *Stati nazionali e poteri locali: La distribuzione territoriale delle competenze*,1998, Rimini, Maggioli, pag. 775 e ss.

⁵⁸ Si riporta, di seguito, l’art. 2 della Costituzione spagnola: “La Costituzione si fonda sulla unità indissolubile della Nazione spagnola, patria comune e indivisibile di tutti gli spagnoli, riconosce e garantisce il *diritto all’autonomia delle nazionalità e delle regioni* che la compongono, nonché la solidarietà fra le medesime”.

⁵⁹ I termini “via lenta” e “via rapida”, comunemente usati nei testi di riferimento, stanno ad indicare le due forme di accesso all’autonomia, da attuarsi mediante complessi procedimenti, regolati, nel primo caso, dall’art. 143 CE, e, nel secondo caso, dall’art.151CE. In particolare, l’art. 143 prevede un accesso graduale all’autonomia, attribuendo alle CC.AA. le competenze minime indicate nell’art. 148, consentendo, solo dopo cinque anni, di acquisire il livello competenziale più elevato; l’art. 151 consente di accedere subito a tale livello con assunzione anche delle c.d.competenze “libere” ex art. 149, 3 CE, cioè le competenze non attribuite espressamente dalla Costituzione allo Stato. La procedura accelerata permise alle tre comunità storiche, i cui statuti erano già stati approvati con referendum popolare nel precedente assetto costituzionale (Catalogna, Paesi Baschi, Galizia) ed all’Andalusia di acquisire, sin dall’inizio, tutte le competenze poste a disposizione sia dagli artt. 148 che 149.3 e, quindi, la più ampia autonomia possibile. Un funzione fondamentale hanno, comunque svolto, i cc.dd. patti autonomici, conclusi tra forze politiche di maggioranza ed opposizione, ed, in

ad una devoluzione progressiva della funzione “sanità” (intesa, qui, in senso lato), giunta a conclusione solo nel 2002⁶⁰.

Il federalismo a carattere asimmetrico, diretta derivazione del principio dispositivo, ha, così, esplicitato i suoi effetti anche sulla regionalizzazione del sistema sanitario la cui evoluzione, avviata già all’indomani dell’entrata in vigore della Costituzione⁶¹, ha risentito anche della commistione con il sistema di previdenza sociale, cioè con un modello assistenziale ispirato a logiche mutualistiche- assicurative. Commistione alla quale, anche se solo formalmente, verrà posta fine, solo con la *ley General de Sanidad* del 25 aprile 1986 (LGS) con la quale si istituisce il *Sistema nacional de la salud*⁶², a ispirazione universalistica ed il cui finanziamento viene posto a carico della fiscalità generale (art. 46).

Il riparto delle competenze in materia sanitaria configurato dal Costituente spagnolo riconduce, a livello centrale, secondo le previsioni

particolare, quelli risalenti al 1992, con i quali si è posta fine alle rivendicazioni da parte delle CC.AA. di via lenta consentendo a queste di acquisire un livello di autonomia pari a quello delle altre comunità.

⁶⁰ Il processo è giunto a conclusione mediante i decreti reali di trasferimento adottati il 27 dicembre 2001 (dal n. 1471 al n. 1480) in attuazione dei quali è stato effettuato il trasferimento della rete dei servizi e delle funzioni assistenziali dall’INSALUD, facente capo allo Stato ad alcune CC.AA., ponendo fine, in tale settore, alla situazione di asimmetria tra comunità di “via rapida” (art. 151 CE) e “di via lenta” (art. 143 CE). Sul punto, Vida Fernández J., *Il sistema sanitario pubblico spagnolo: la legge 28 maggio 2003, n.16, di coesione e qualità del sistema nazionale di salute*, in *Sanità Pubblica e Privata*, 2004, pag. 965 e ss. Si rammenta che i Patti autonomici del 1992, finalizzati ad estendere il tetto competenziale alle comunità “di via lenta” equiparandole alle altre, non avevano, comunque, compreso la materia sanitaria.

⁶¹ Limitandoci a tracciare l’evoluzione subita dal modello sanitario spagnolo solo per grandi linee, può dirsi che il processo di decentramento sanitario ha avuto inizio nel corso degli anni 1979-1981, con il trasferimento ai Paesi Baschi ed alla Catalogna, alla Galizia, all’Andalusia delle funzioni di sanità pubblica e dei servizi assistenziali statali insistenti in quei territori, in conseguenza del quale l’assistenza sanitaria veniva gestita direttamente dalle CC.AAA. che avevano usufruito delle procedure di accesso rapido all’autonomia di cui all’art. 151 della CE, mentre per le restanti comunità, l’assistenza sanitaria faceva capo all’INSALUD (Istituto Nacional de Salud), istituito con reale decreto legge 16 novembre 1978 n. 36 presso il Ministero della Salute, con il compito di garantire, nei relativi ambiti territoriali, tale forma di assistenza in attesa dell’acquisizione della competenza per via statutaria e dei decreti trasferimento dei relativi servizi da parte delle singole comunità. Sul punto, si rinvia a J. Vida Fernández, *op.cit.*, pag. 970 e ss.

⁶² Il finanziamento dell’assistenza sanitaria mediante contribuzione a carico dei lavoratori verrà, invero, definitivamente soppresso solo con la legge n. 24 del 15 luglio 1997 di *consolidación y racionalización de la Seguridad social*.

contenute nell'art. 149,1.16 CE “le basi ed il coordinamento generale della sanità”.

In mancanza di criteri formali idonei ad individuare cosa debba intendersi per “basi”, la giurisprudenza costituzionale⁶³ ha teso ad attribuirvi significati elastici, ritenendo che il legislatore statale debba limitarsi a dettare “una regulación normativa uniforme en toda la Nación“ tesa ad assicurare, in funzione di un interesse generale superiore, “un común denominador normativo” alla sanità nazionale che non impedisca alle singole CCAA di esprimere una organizzazione sanitaria che sia espressione anche di un proprio indirizzo politico.

In particolare, la materia sanitaria, alla luce delle tipologie competenziali elaborate in sede dottrinale⁶⁴ con il supporto delle prime pronunzie rese dal Tribunale Costituzionale⁶⁵ - la cui funzione esegetica, anche in tale ordinamento, ha svolto un ruolo decisivo per demarcare gli spazi di potestà multilivello- viene, secondo una delimitazione a carattere verticale, funzionalmente condivisa tra Stato e Comunità Autonoma, acquisendo la qualità di competenza *compartida*.

⁶³ Si rinvia, in particolare, alle sentenze del Tribunale Costituzionale n.42 del 1983 e n.32 del 1983 con le quali sono stati risolti i conflitti di competenza sollevati dalla comunità basca e catalana avverso i decreti reali nn. 2824 e 2825 del 1981 in materia di coordinazione e pianificazione sanitaria. La nozione di “ norma basica” riportata in tali pronunzie ha trovato, peraltro, conferma anche in successive sentenze, tra le ultime, la sentenza n. 109 del 2003 resa in materia di sanità.

⁶⁴I testi e i manuali utilizzati quali riferimento ai fini della identificazione delle diverse tipologie di competenze sono i seguenti: Garcia Guerrero J.L. *Lo Stato autonomico, evoluzione e qualche conclusione dopo la prima riforma integrale di alcuni statuti*, in *Il federalismo in Italia e Spagna*, 2008, Milano, Giuffrè, pag. 293 e ss.; Balaguer Callejon, *Derecho Constitucional*, 1999, Madrid, Tecnos.; Fernandez Segado F., *El sistema constitucional espanol*, 1992, Madrid, Editorial Dikinson, 1992, pag. 915 e ss.; Civitas; Llamas Gutiérrez A., *La distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas*, 1994, Barcellona, Bosch; Munoz Machado, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, vol.I, 1984, Madrid

⁶⁵Si tratta, in particolare, delle sentenze STC n. 26 e 44 del 1982 e n. 25 del 1983. Limitandoci a considerazione di estrema sintesi, oltre ad una competenza esclusiva, cioè piena e monopolizzatrice di una determinata materia, si distingue una competenza condivisa che, come si specificherà nel testo è fondata sul binomio *bases-desarollo*. Quest'ultima tipologia competenziale non va confusa con la competenza concorrente, avente un significato ben diverso da quello in uso nel nostro ordinamento, riferita ad ipotesi nelle quali su una stessa materia concorrono più titoli competenziali in relazione di complementarietà (il Supremo Tribunale Costituzionale ritiene espressione di tale competenza, ad esempio, la materia della cultura di cui all'art. 149.2 CE).

A fronte di una centralizzazione della legislazione basica, alle singole CC.AA, una volta acquisita la materia tramite i rispettivi statuti, compete, quindi, la potestà di *desarrollo* cioè il suo concreto sviluppo, ampliamento⁶⁶, mediante l'uso sia dello strumento legislativo che regolamentare nonchè esprimere, in tale ambito, anche la potestà esecutiva (o amministrativa).

La competenza condivisa, fondata su un concetto di “base” indeterminato, diviene, nella *governance* multilivello spagnola, uno strumento flessibile idoneo ad adattarsi all'evoluzione delle relazioni Stato/CC.AA., conformemente ad un modello istituzionale che- come si avrà modo di osservare nei capitoli successivi- si caratterizza quale modello aperto, cioè in continuo divenire.

Secondo l'avviso espresso dal Tribunale Costituzionale, già nelle prime pronunzie espresse successivamente alla sua istituzione⁶⁷, le norme di base non appaiono riconducibili negli angusti limiti delle mere norme - principio, funzionalizzate a delimitare l'esercizio di una potestà legislativa, fornendo a questa un quadro di riferimento, in quanto idonee a disciplinare, anche se in maniera essenziale, un determinato ambito materiale.

L'analogia tra norme basiche e norme-principio è improponibile anche alla luce di un criterio meramente formalistico che rende ancor meno percorribile una comparazione con la potestà concorrente

⁶⁶ Secondo Balaguer Callejon in, *op. ult. cit.*, pag. 347, più che di normativa di ampliamento o sviluppo (*desarrollo*) si dovrebbe parlare di normativa complementare a quella statale, ponendo in evidenza come la potestà autonoma non possa ritenersi, in certo qual modo, in posizione di dipendenza dal potere statale, traendo diretto fondamento nella Costituzione e nello Statuto, costituendo, pertanto, un ambito indisponibile da parte del legislatore statale non limitabile ad un mero sviluppo di disposizioni da questi prodotte. Una complementarietà che assume, quindi, il significato di una “colegislazione” diretta a comprimere non solo l'autonomia politica autonoma ma anche la potestà normativa statale.

⁶⁷ Così nelle sentenze del Tribunale Costituzionale n. 32 del 1981 ed n. 1 del 1982.

prefigurata dal nostro Costituente nell'art. 117, 3 comma, in quanto l'inesistenza di criteri formali utili a definire le "basi" consente, secondo la giurisprudenza costituzionale⁶⁸, che queste siano ricavabili anche da norme di rango sub legislativo, assumendo, sotto tale aspetto, la competenza basica un carattere, a dir poco, camaleontico⁶⁹.

In analogia, invece, con i principi fondamentali che delimitano negativamente la competenza concorrente nel nostro ordinamento, avendone il Tribunale Costituzionale⁷⁰ accolto una nozione materiale, le norme basiche possono dedursi anche implicitamente dalla legislazione vigente, consentendosi, in tal modo, alle singole Comunità di esprimere la propria competenza in ambiti condivisi anche in mancanza di una previo formale intervento da parte del legislatore statale.

In materia sanitaria, la legislazione basica, in considerazione della sua funzione di "comune denominatore normativo", si presta a garantire anche quelle condizioni di uguaglianza sostanziale nella fruizione delle prestazioni da parte di tutti i cittadini, attribuite dall'art.149.1.1.CE⁷¹ alla competenza del livello centrale, che, in virtù del suo carattere innominato, assume, in parallelismo con la competenza prevista dall'art.

⁶⁸ Il Tribunale Costituzionale, pur avendo sancito un principio di preferenza per la fonte legale già nella sentenza n.1/1982, non ha escluso una norma basica a natura regolamentare ed anche degli atti di esecuzione di tale natura, in ipotesi nelle quali, per la tipologia della materia (ambito settoriale a carattere marcatamente tecnico), risultano "complemento necessario per il conseguimento della finalità alla quale mira la competenza statale" o "per situazioni di transitorietà nelle quali è necessario adeguare la legislazione precostituzionale a situazioni derivanti dal nuovo ordine costituzionale" (sentenze nn. 48 e 69 del 1988 e 141 del 1993). Conforme a tale orientamento Munoz Machado S., *op. cit.*, pag. 423 e ss.

⁶⁹ Cfr. Storini C., in *op. ult.cit.*, pag. 786.

⁷⁰ La non necessaria formalizzazione delle norme basiche trova conferma in diverse pronunzie del Tribunale Costituzionale, tra le quali, la n. 197/1996 (ma vedasi anche la n. 225 del 1993 e le nn. 69 e 80 del 1988).

⁷¹ L'art. 149, contenente l'elencazione di materie oggetto di competenza esclusiva statale o condivisa con il livello autonomico, attribuisce, al punto 1.1, alla competenza statale: "La disciplina delle condizioni fondamentali che garantiscano l'uguaglianza di tutti gli spagnoli nell'esercizio dei diritti e nell'adempimento dei doveri costituzionali".

117. 2 comma lett. *m* dalla nostra Carta Costituzionale, una valenza di trasversalità.⁷²

L'unitarietà del sistema non è, comunque, garantita solo dalla legislazione basica ma anche dall'altra competenza esclusiva statale prevista in seno all'art. 149,1.16 CE, cioè il “coordinamento generale della sanità” mediante il quale, ripercorrendo le considerazioni della giurisprudenza del supremo giudice costituzionale, si rende possibile “un'azione congiunta delle autorità statali e delle comunità nell'esercizio delle loro rispettive competenze, al fine di ottenere la integrazione...nella globalità del sistema sanitario...” (sentenza STC n. 43 del 1983), presupponendo e rafforzando, contestualmente, l'idea di una sanità decentrata.⁷³

L'assetto territoriale delle competenze, definito dal Costituente, è stato, successivamente, concretizzato dalla LGS, vera e propria legge “basica”, nella quale viene prospettata, in attesa del progressivo trasferimento delle funzioni alle CC.AA., la istituzione di un sistema nazionale sanitario quale “insieme dei servizi sanitari dell'amministrazione dello Stato e dei servizi sanitari delle Comunità Autonome” (art.44.2), alle quali spetteranno, oltre che funzioni amministrative, anche tutte le funzioni legislative non attribuite allo Stato.

Autonomia che va, quindi, espressa, una volta entrata in vigore la LGS, secondo i principi basici ivi esplicitati (art. 49) essendo le singole

⁷² Si vedano in tal senso le osservazioni in materia di competenza basica contenute in Griglio E., *Unità e decentramento nella tutela del diritto alla salute in Spagna*, in Balduzzi R. (a cura di), *Sistemi costituzionali, diritto alla salute, e organizzazione sanitaria*, 2009, Il Mulino, Bologna, pag. 247 e ss.

⁷³ La LGS, definendo le competenze statali, vi comprende anche “l'alta vigilanza” (art.43), da non intendersi come attività di controllo e di ispezione, considerata l'assenza di una relazione gerarchica o vertistica tra Stato e CC.AA. Secondo le previsioni dell'art. 76 della legge n. 16 del 2003, di coesione e qualità (*v.infra*), l'alta vigilanza si concretizza, piuttosto, in un'attività di supervisione del funzionamento dell'intero sistema e, primariamente, di verifica dell'adempimento delle competenze statali ed autonome in materia sanitaria.

Comunità tenute, primariamente, all'istituzione delle cc.dd. Aree della salute⁷⁴, strutture organizzative-amministrative che, conformemente ad una concezione integrale⁷⁵ del sistema, sono dirette ad erogare tutte quelle prestazioni attinenti alla salute, sia nella sua dimensione collettiva che individuale, prima afferenti ad entità pubbliche diverse (locali o intracomunitarie) e, adesso, affidate alla responsabilità delle singole Comunità.

Il sistema introdotto dalla LGS è stato, successivamente, perfezionato dalla *ley de cohesion y calidad* del 28 maggio 2003 n. 16, finalizzata a promuovere i principi di equità, uguaglianza e qualità, ai quali devono uniformarsi i servizi sanitari delle singole Comunità Autonome, istituendo e potenziando, a tal fine, ed in ossequio ai poteri statali di coordinamento costituzionalmente fondati, organismi di raccordo tra Stato e CC.AA⁷⁶.

Principi che, unitamente alla universalità, oltre a rivestire una valenza giuridica, vanno, ormai, assumendo, nell'ambito di tutti i sistemi sanitari moderni, una vera e propria dimensione "etica"⁷⁷.

Dall'esame della complessa evoluzione subita dal modello "sanità" nell'ordinamento spagnolo si intuisce che il percorso seguito

⁷⁴ L'Area di salute, che costituisce la struttura territoriale fondamentale, diretta ad erogare sia le prestazioni di medicina di base che specialistiche (art.56 LGS), comprendenti anche quelle effettuate in ambito ospedaliero, si articola al suo interno in Zone basiche di salute (art. 62) e Centri di salute (art. 63), strutture di riferimento, quest'ultime, per la medicina di base.

⁷⁵ Landa Zapirain J.P. in, *La organizaciòn de la sanidad publica ante la jurisprudencia constitucional una reflexiòn sobre este modelo de reparto competencial entre Estado y Comunidades Autònomas*, in *Revista de derecho social*, 1999,6, pag. 127, ritiene che il sistema configurato dalla LEGSA sia "integrador" di tutte le istituzioni operanti nell'ambito sanitario pubblico ed "integral" cioè comprensivo del complesso delle prestazioni attinenti alla salute, sia nella dimensione collettiva che individuale.

⁷⁶ La legge n. 16 del 2003, di coesione e qualità del sistema di salute, ha rivalutato il Consiglio Interterritoriale del Sistema Nazionale Sanitario, già istituito dalla LGS, elevandolo ad organo permanente di coordinazione e cooperazione tra i vari servizi di salute e tra questi e l'amministrazione statale al fine di garantire, quale obiettivo istituzionale, una equa soddisfazione dei diritti di salute in tutto il territorio nazionale e, quindi, una coerenza di sistema (artt. 69-75).

⁷⁷ In tal senso, Vineis P. e Dirindin N., *op. cit.*, pag. 31 e ss.

presenta elementi di diversità rispetto a quello che si è concretizzato nel nostro ordinamento in quanto, anche prima dell'introduzione di una nozione di sistema sanitario nazionale, le singole Comunità, accedendo alle relative competenze in materia, avevano provveduto all'istituzione di propri servizi che, una volta entrata in vigore la LGS di istituzione di un sistema sanitario nazionale, dovevano essere adeguati per integrarsi al suo interno, conformandosi ai principi ivi contenuti.

Il sistema nazionale scaturisce, quindi, da un processo di aggregazione di servizi sanitari regionali preesistenti in sede autonomistica, a fronte di una regionalizzazione che, nel contesto italiano, è, piuttosto, il risultato di riforme, attuate nel corso degli anni '90, dirette a regionalizzare un servizio primariamente concepito dal legislatore quale "nazionale".

2.1 Un breve confronto tra competenza in materia di organizzazione sanitaria e rapporti di lavoro nel sistema spagnolo.

Ma che effetti ha prodotto una siffatta evoluzione del sistema sui rapporti di lavoro del personale? La risposta non può prescindere, stante l'assetto istituzionale autonomistico, dalla ripartizione delle competenze tra i due livelli di governo in materia di lavoro pubblico.

In particolare, la nostra attenzione dovrà essere rivolta all'art. 149 CE che, nell'individuare le materie attribuite al legislatore statale, siano esse espressione di una potestà legislativa piena o basica, comprende, al suo interno, anche la determinazione delle "basi del regime statutario dei funzionari pubblici" (art.149.1.18), rimettendo, quindi, all'autonomia legislativa della singola Comunità autonoma il compito di svilupparne il

contenuto nel rispettivo ambito territoriale, secondo il binomio *bases-desarollo*.

Il rapporto di lavoro nel sistema sanitario, limitandoci, sul momento, come già effettuato in merito all'ordinamento italiano, solo ad alcune brevi considerazioni, appare espressione di una competenza parallela a quella inerente all'organizzazione del medesimo che induce a ritenere una connessione tra i due ambiti.

Connessione che, nel nostro ordinamento, appare in crisi in quanto la "privatizzazione" ha ricondotto il lavoro pubblico nell'ambito della materia "ordinamento civile" e, quindi, come già osservato, alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, al cui interno secondo l'esegesi del giudice costituzionale, confluisce "la disciplina intersoggettiva di qualsiasi rapporto di lavoro"⁷⁸.

Di contro, l'assetto organizzativo è riservato a ciascun livello di amministrazione, e, quindi, alla competenza esclusiva dello Stato per "l'ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali" ai sensi dell'art. 117, 2 comma lett. g Cost.; alla potestà residuale delle Regioni ex art. 117, 4 comma Cost. ed alla potestà statutaria e regolamentare degli enti locali, in virtù degli artt. 114, 2 comma e 117, 6 comma Cost., per quanto concerne i rispettivi ambiti organizzativi.

Ma un sistema sanitario, quale quello spagnolo, prodottosi in virtù di una integrazione di differenti servizi sanitari non poteva non fare emergere le peculiarità tipiche di assetti organizzativi nei quali coesistevano funzioni espletate dallo Stato, da enti locali e dalle

⁷⁸ Il riferimento è tratto dalla pronuncia della Corte Costituzionale n. 50 del 2005, emessa in esito al giudizio avverso la legge delega n. 30 del 2003 ed il successivo dlgs. n. 276 del 2003 in tema di riforma del mercato del lavoro (c.d. legge Biagi), con la quale molte delle censure di costituzionalità sollevate da alcune Regioni sono state rigettate ritenendo il giudice costituzionale che le norme statali impugnate concernessero la disciplina regolatrice del rapporto contrattuale di lavoro e, quindi, un ambito di competenza esclusiva.

Comunità Autonome, e nei quali prestavano servizio lavoratori con regimi giuridici diversi cioè, di pubblico impiego (*funcionarial*), di lavoro privato (*laboral*) o sottoposti ad un regime speciale c.d. *estatutario*, quale il personale in attività presso le istituzioni sanitarie della sicurezza sociale (Seguridad Social), la cui disciplina risaliva a statuti precostituzionali.

La *ley General de Sanidad* n.14 del 25 aprile 1986 (LGS), di istituzione del *Sistema nacional de salud*, ha, invero, preso atto, nelle disposizioni concernenti il personale (artt.84-87), delle diversità di regime esistenti nel settore, rinviando, nel contempo, ad un *estatuto marco*, quale norma basica funzionalizzata alla disciplina degli aspetti essenziali del rapporto di lavoro del personale sanitario *estatutario* (dall'assunzione, alla classificazione, ai diritti, doveri, alle sanzioni disciplinari alle incompatibilità, al sistema retributivo per limitarci ad una esemplificazione), rinviando alle singole Comunità il compito di ampliare e sviluppare il suo contenuto.

La previsione di un sistema nazionale non ha, quindi, contestualmente, prodotto un regime unico ed omogeneo per tutto il personale del settore, scelta che sarebbe stata coerente⁷⁹, avendo il legislatore teso ad integrare tutte le istituzioni operanti nel settore.

Una diversità che ha trovato conferma, come si avrà modo di osservare nel corso del lavoro, nella successiva evoluzione legislativa, avendo la legge n. 55 del 16 dicembre 2003, contenente l'*estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud* introdotto una normativa basica specifica e differenziata solo per il personale sanitario *estatutario* che, come si evince dalla lettura della relazione prelusiva al testo normativo (parte II), si adatti “alle specifiche caratteristiche

⁷⁹ Esigenza che era manifestata da Landa Zapirain J.P. in *La reforma de la sanidad pública y del regime jurídico de su personal*, 1999, Madrid, Consejo Económico y Social, pag. 147 e ss.

dell'esercizio delle professioni sanitarie...così come alle peculiarità organizzative del Sistema Sanitario Nazionale..”, adeguandosi, nel contempo, al modello di Stato Autonomico.

CAPITOLO II

Il rapporto di lavoro nel sistema italiano alla luce della riforma del titolo V della Costituzione e nell'ottica della riforma del lavoro pubblico

1. Titolo V della Costituzione ed articolazione tra diversi livelli di governo della potestà normativa in materia di lavoro: l'ordinamento civile quale non-materia.

Come già anticipato, la regionalizzazione della sanità non si è estesa anche ai relativi rapporti di lavoro subendo, anche tale settore, gli effetti di quella discrasia tra organizzazione ed assetto del personale prodottasi in esito alla convergenza tra il processo di privatizzazione del pubblico impiego, avviato con la legge delega n. 421 del 1992 ed il successivo d.lgs. n. 29 del 1993 ed ancora in fase di evoluzione, e la riforma costituzionale del 2001 che ha inciso sul Titolo V della Carta Costituzionale.

Il rapporto di lavoro pubblico afferirebbe, di conseguenza, alla materia "ordinamento civile"⁸⁰ oggetto, secondo il riparto di competenze delineatosi nel nuovo art. 117 Cost., di potestà legislativa esclusiva (art. 117, 2 comma lett. l), locuzione, comunque, già nota nella fase pre-riforma⁸¹, venendo con essa identificato, stando all'interpretazione

⁸⁰ L'ascrivibilità del rapporto di lavoro tra pubblico dipendente ed amministrazione di appartenenza alla materia "ordinamento civile" trova conferma anche in pronunzie del giudice costituzionale di recente emanazione tra le quali: la n.77 del 2011 (già citata per le implicazioni con la materia sanitaria) e la n. 151 del 2010.

⁸¹ Il termine "ordinamento civile" era già noto prima della novella del 2001, essendo stato utilizzato nel progetto di riforma della Carta Costituzionale (art.58) predisposto dalla Commissione Parlamentare istituita con legge costituzionale n. 1 del 1997. Il giudice costituzionale, nella sentenza n. 352 del 6 novembre 2001, resa immediatamente prima dell'entrata in vigore della riforma del 2001(v.infra), in assonanza alla formula inserita nel nuovo art.117, utilizza, per la prima volta, l'espressione "ordinamento" riferendola al diritto privato quale ambito di esclusiva competenza del legislatore statale.

sostenuta dalla dottrina maggioritaria⁸², il diritto privato *tout court*, assunto, sin dalle prime pronunzie della giurisprudenza costituzionale, a limite implicito posto all'autonomia regionale⁸³.

Inserito nel nuovo testo costituzionale, anche l'“ordinamento civile”, non meno delle materie oggetto di esame nel corso della prima parte, ha risentito delle criticità manifestate dalla tecnica legislativa adottata per la loro formulazione che le ha rese non sempre individuabili secondo criteri oggettivi- contenutistici.

Ed, invero, l' “ordinamento civile” non è definibile quale materia *strictu sensu* configurandosi, piuttosto, quale titolo che legittima il legislatore statale, all'atto di regolamentare i rapporti interprivati, non includibili in un settore specifico ma incidenti su una pluralità di settori⁸⁴, ad inserirsi trasversalmente in ambiti di competenza concorrente od esclusiva regionale al fine di garantire una uniformità di trattamento⁸⁵, dovuta non solo in ragione del principio di eguaglianza ma

⁸² La riconduzione dell'ordinamento civile al diritto privato è sostenuta, per citare solo alcuni Autori, fra i civilisti: Alpa G., *Il limite del diritto privato alla potestà normativa regionale*, in *Contratto e Impresa*, 2002, pag.597e ss.;Schlesinger P., *L'ordinamento civile*, in *L'ordinamento civile nel nuovo sistema delle fonti legislative*,2003,Milano, Giuffrè, pag. 27 e ss.; Roppo V., *Diritto privato regionale*, in *Rivista di diritto privato*, 2003, 1, pag.11 e ss.; fra i costituzionalisti: Bartole S., *Regioni ed ordinamento civile: il punto di vista del costituzionalista*, in *L'ordinamento civile nel nuovo sistema delle fonti legislative*, 2003, Milano, Giuffrè, pag.71 e ss.; Lamarque E., *Osservazioni preliminari sulla materia "ordinamento civile", di esclusiva competenza statale*, in *Le Regioni*,2001, 6, pag. 1343 e ss.; Luciani M., *Regioni e diritto del lavoro.Note preliminari*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2002, 1, pag. 57 e ss.

⁸³ Il limite generale del diritto privato posto al legislatore regionale è percepibile in una delle prime sentenze della Corte Costituzionale, la n. 7 del 1956, con la quale si escludeva la potestà regionale dalla regolazione dei rapporti interprivati (si trattava, in tal caso, di una legge della Regione Sardegna in materia di affitti di fondi rustici) ritenendosi, nel considerato in diritto, che “poiché non è da dubitare che il decentramento regionale è in funzione del soddisfacimento di interessi pubblici, le finalità che la Regione deve perseguire qualificano la competenza legislativa attribuitole, la quale deve limitarsi alla disciplina della materia... per quanto attiene a detti interessi”.

⁸⁴ Esprime molto chiaramente tale posizione Falcon G., *Modello e transizione nel nuovo Titolo V*, in *Le Regioni*,2001, 6, pag. 1247 e ss., considerando che “quando si riserva allo Stato ...”l'ordinamento civile...” non si separa semplicemente e quasi orizzontalmente una materia dall'altra ma si individuano specifici ed essenziali fasci di rapporti, soggetti alla sola potestà statale”(pag. 1251).

⁸⁵ La Corte Costituzionale non ha manifestato, nel corso della sua attività, un orientamento sempre lineare in merito al c.d. limite di diritto privato. In una prima fase, pur escludendo, in linea di principio, una ingerenza del legislatore regionale dal settore, ne ha ammesso l'intervento in considerazione della eccezionalità delle situazioni locali ed in presenza di transitori e preminenti interessi pubblici (tra le altre, sentenza n.6 del 1958); in una seconda fase, coincidente con l'avvio

anche a salvaguardia dell'unità dell'ordinamento giuridico (art. 5 Cost.)⁸⁶.

L' "immaterialità" dell' ordinamento civile, cioè la sua identità di materia-non materia, trova conferma in una sentenza della Consulta emessa proprio alla vigilia dell'entrata in vigore della legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001, nella quale viene, espressamente, identificato quale "limite che attraversa le competenze legislative regionali"⁸⁷ (sentenza n. n. 352 del 6 novembre 2001).

A fronte di un ordinamento civile con il quale si attua la formalizzazione del limite generale di diritto privato, già implicito nel quadro istituzionale precedente alla novella del 2001, e tralasciando la

delle Regioni a Statuto ordinario, tale esclusione diviene assoluta (nella sentenza n. 154 del 1972 il diritto privato acquisisce la valenza di "materia a sé stante" preclusa, al pari di altre materie, al legislatore regionale); una terza fase, cronologicamente risalente agli anni '90, nella quale si creano opportunità per delle aperture, collegando il limite all'esigenza "che sia assicurata, in tutto il territorio nazionale, una uniformità di disciplina e di trattamento riguardo ai rapporti intercorrenti tra i soggetti privati i quali attendono allo svolgimento delle libertà giuridicamente garantite e sono dunque legati al correlativo requisito del godimento di tali libertà in condizioni di formale eguaglianza ai sensi degli artt. 2 e 3 Cost." (in tal senso, la sentenza n.307 del 1996) consentendo, di conseguenza, spazi alla potestà regionale in quanto non siano violati tali principi. Per una esauriente ricostruzione dell'evoluzione compiuta dalla Corte Costituzionale, si rinvia a Roppo V., *op.cit.*, pag. 18 e ss, o Luciani M., *op.cit.*, pag. 70 e ss.

⁸⁶ Al principio di unità la Consulta ha fatto rinvio, nel corso dei primi anni di attività, quando nella sentenza n. 6 del 1958 ha sottolineato che "...anche se l'art. 5 della Cost..... si riferisce precipuamente all'unità politica, non può negarsi che tale unità postuli o renda opportuna l'unicità del regime giuridico, giacché l'unità politica potrebbe venire turbata quando l'attività privata dei cittadini ed i rapporti tra di loro fossero regolati da norme giuridiche differenti da luogo a luogo". Una interpretazione interessante della connessione tra "ordinamento civile" ed unità dell'ordinamento, intesa nel senso di unità della società civile, è stata effettuata da Bartole in *op.cit.*, pag. 82 e ss., che conferisce alla competenza statale in materia un significato che " trascende la distribuzione dei poteri tra centro e periferia e lascia intravedere ...l'esistenza di un largo spazio ove la società civile si rileva come una comunità unita e coesa, retta da comuni principi e assoggettata a discipline uniformi". In tal senso l'aggettivo "civile" non va riferito ad un settore specifico del diritto bensì all'idea di *civitas*, cioè di comunità che convive sotto comuni valori e principi. Egesi che, come si evince dalla lettura complessiva dell'articolo, risente dell'influenza del principio di sussidiarietà orizzontale che costituisce una delle novità introdotte dalla novella costituzionale del 2001.

⁸⁷ La trasversalità della materia "ordinamento civile" viene posta in evidenza già nelle prime osservazioni espresse dalla dottrina all'indomani dell'entrata in vigore della riforma del 2001. Tra i primi articoli in tal senso, Lamarque E., *op.cit.*, (pag. 1350 e ss.), la quale sostiene la valenza complementare di tale materia con i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, essendo la prima "chiamata ad operare a tutela dell'uguaglianza nel godimento dei diritti ogni qual volta la seconda non è abilitata ad intervenire e cioè al di fuori del campo delle prestazioni dei pubblici poteri" (pag. 1351).

questione in merito ad una più o meno acquisita autonomia del diritto del lavoro dal diritto privato, pur sostenuta da alcuni studiosi⁸⁸, occorre chiedersi se la regolamentazione del rapporto contrattuale di lavoro possa in esso esaurirsi, stante la presenza nell'art. 117 Cost. di altre materie connesse alla disciplina lavoristica ma attribuite alla potestà concorrente regionale, tra le quali, *in primis*, la “tutela e sicurezza del lavoro”⁸⁹.

Invero, l'espressione “ordinamento civile” utilizzata dal legislatore costituzionale e da questi distinta, all'interno dell'art. 117, 2 comma lettera *l*, dal settore del diritto processuale (al quale rinviano la giurisdizione, le norme processuali e la giustizia amministrativa ivi citate) oltre che dal settore del diritto penale, rimanderebbe al complesso delle relazioni negoziali instaurate tra soggetti privati ed espressione della loro autonomia giuridica.

Dovendo, di conseguenza, ricondurre alla potestà esclusiva statale la disciplina del contratto e del rapporto di lavoro, quale espressione di autonomia individuale, nonché il diritto sindacale in quanto manifestazione di autonomia collettiva, e, quindi, il nucleo essenziale della materia lavoristica o, espresso in altre parole, il diritto del lavoro secondo l'accezione più classica del termine⁹⁰.

⁸⁸ Sul tema della specialità del diritto del lavoro e del suo affrancamento dal diritto privato, si rinvia a Del Punta R., *Il diritto del lavoro fra due secoli: dal protocollo Giugni al Decreto Biagi*, in *Il diritto del lavoro nell'Italia Repubblicana*, di Ichino P. (a cura di), Giuffrè, 2008, pag. 350 e ss.

⁸⁹ Nel testo del nuovo art. 117 Cost. si evidenziano, comunque, altre materie che, oltre alla “tutela e sicurezza del lavoro”, rilevano all'attenzione del giuslavorista. Per quanto riguarda la competenza esclusiva del legislatore statale si evidenzia, oltre all'ordinamento civile e penale, la previdenza sociale, la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale nonché, indirettamente, l'immigrazione, la perequazione delle risorse finanziarie e la tutela della concorrenza. Per quanto riguarda le materie di competenza concorrente, oltre alla tutela e sicurezza del lavoro, rilevano la previdenza complementare ed integrativa nonché la disciplina delle professioni.

⁹⁰ L'afferenza del diritto del lavoro all'ordinamento civile, nei limiti descritti nel testo, ha trovato ampio supporto da parte della dottrina formatasi già nei primi anni successivi alla riforma costituzionale. In tal senso, e solo per indicare alcuni scritti risalenti a tale periodo, si rinvia Zoppoli L., *La riforma del titolo V della Costituzione e la regolazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni: come ricomporre i “pezzi” di un difficile puzzle?*, in *LPA*, 2002, suppl.n. 1, pag.149

Una tendenza centralistica del diritto del lavoro che troverebbe una sua ragion d'essere già nei principi fondamentali del nostro assetto costituzionale, assurgendo il lavoro a valore primario della Repubblica (si pensi, in particolare, agli artt. 1, 3 e 4 del testo costituzionale) nonché nelle disposizioni contenute nella Parte I, Titolo III (dedicata ai “rapporti economici”) dirette ad attribuire rilevanza costituzionale a diritti fondamentali del lavoratore, sia nella sua dimensione di soggetto-persona (artt. 35 e ss.) che nella sua dimensione di soggetto collettivo (artt. 39 e 40).

Una differenziazione territoriale del rapporto di lavoro non sarebbe, peraltro, compatibile anche con altri valori costituzionalmente rilevanti. Si pensi, ad esempio, alla incidenza negativa che trattamenti normativi regionalisticamente diversificati produrrebbero sulla concorrenza- la cui tutela afferisce alla potestà esclusiva statale (*ex art. 117, 2 comma lettera e*)- tra imprese localizzate in diverse parti del territorio nazionale, nonché alle politiche di *dumping* sociale alle quali verrebbero indotte le Regioni economicamente più svantaggiate. Ma non appare, neppure, trascurabile l' incompatibilità tra una localizzazione del rapporto di lavoro e la mobilità territoriale dei lavoratori e delle imprese, salvaguardata dal disposto dell'art. 120 Cost. che vieta alle singole Regioni di adottare provvedimenti idonei a condizionare e limitare l'esercizio del diritto del lavoro in qualunque parte del territorio nazionale.

e ss; Carinci F., *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, in ADL, 2003, pag.17e ss.; Bellavista A., *Ordinamento civile, diritto del lavoro e regionalismo*, in Diritto del mercato del lavoro, 2003, 3, pag.501 e ss.; Persiani M., *Devolution e diritto del lavoro*, in RLG, 2002,1, pag. 19 e ss. Fra la categoria dei civilisti manifesta perplessità circa la riconducibilità a tale materia del rapporto di lavoro, Schlesinger P., *op.cit.*, pag. 30 e ss. a parere del quale la riserva alla legislazione statale della disciplina dei rapporti interprivati va “assicurata al *civis*, al cittadino, al soggetto titolare di situazioni giuridiche protette in modo indifferenziato sull'intero piano nazionale”, quali i rapporti di famiglia, le successioni, le obbligazioni, i contratti, ma non il diritto del lavoro.

Il fondamento costituzionale di una disciplina lavoristica territorialmente uniforme è stato anche rinvenuto all'interno del medesimo art. 117 ed, in particolare, nella lettera *m*, ritenendo che il diritto del lavoro espliciti, quale funzione primaria, quella di garantire i livelli essenziali delle prestazioni dei diritti sociali e civili su tutto il territorio nazionale.⁹¹

Si tende a privilegiare, in tal senso, una teoria funzionale della materia lavoristica che, elevando le situazioni giuridiche soggettive dei lavoratori, siano esse di carattere individuale e collettivo, al rango di “diritti civili e sociali”⁹² della persona, mira, innanzitutto, a salvaguardare la dimensione statale del diritto del lavoro ritenendola, in ultima analisi, la più adatta a garantire, in un prossimo futuro, una omogeneità di trattamento del lavoratore nella dimensione comunitaria⁹³.

La prospettiva funzionale della potestà legislativa statale in materia di rapporti di lavoro sembrerebbe, poi, essere stata confutata dalla prima riforma in materia di lavoro pubblico, intervenuta successivamente alla modifica del titolo V, mediante l'adozione del d.lgs.n. 150 del 2009 (c.d. riforma Brunetta) il quale, come già

⁹¹ Il riferimento è alla teoria espressa dal Rusciano M., nell'articolo *Il diritto del lavoro nel federalismo*, in LD, 2001, pag. 494 e ss. ad avviso del quale spetterà alle Regioni, nell'esercizio della materia “tutela e sicurezza del lavoro”, afferente alla potestà concorrente, “la disciplina di quelle forme di tutela geograficamente differenziabili“. Il federalismo acquisirebbe, quindi, la funzione di riequilibrare, mediante misure di tutela differenziate, inique diseguaglianze tra aree geografiche (pag. 496 e 497).

⁹² L'assimilazione dei diritti derivanti dal rapporto di lavoro ai “diritti civili e sociali”, ai quali fa riferimento il nuovo art. 117, 2 comma lett. *m*, trova sostegno nella interpretazione fornita in merito a tale disposizione da Luciani M., *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni* in *Politica del diritto*, 2002, 3, pag.345 e ss. il quale, stante l'estensione del livello delle prestazioni anche ai diritti civili genericamente intesi, siano questi derivanti da fonte costituzionale o legislativa, ritiene che il termine “prestazioni” -più consono ad un diritto di natura sociale- assuma, in tale ipotesi, il precipuo significato di “garanzia”. Ancor prima dell'entrata in vigore della riforma costituzionale, Del Punta R., *Tutela e sicurezza del lavoro*, in *Lavoro e Diritto*,2001,3, pag. 435, propende già per una accezione evoluta di “diritto sociale” in quanto non più contrapposto ad “una prestazione” di natura pubblica ma idoneo ad assumere rilevanza anche nei rapporti interprivati.

⁹³ Anche Persiani M., *op.cit.*, pag.29, sostiene, a conferma di una dimensione nazionale del diritto del lavoro, la rilevanza della disciplina comunitaria in quanto tesa ad “armonizzare, se non ad uniformare, le legislazioni nazionali del lavoro e, quindi, postula che queste regolino fenomeni omogenei”.

sottolineato, ha dovuto “fare i conti” con i nuovi assetti autonomistici ed una *governance* multilivello.

Ed, invero, la norma finale e transitoria del decreto (art.74), indicando gli articoli espressione della potestà esclusiva ex art. 117, lettera *m*, non sembra rinviare, anche in carenza di specificazioni in tal senso, alle disposizioni del testo concernenti aspetti del rapporto di lavoro (fonti, apparato sanzionatorio, trattamento economico, poteri dirigenziali, contrattazione collettiva ect.)- alle quali è, piuttosto, adeguato il riferimento, ivi contenuto, alla lettera *l*- bensì alla trasparenza della *performance*, espressamente qualificata quale livello essenziale (art.11, 1 comma); alla qualità dei servizi pubblici ed alla tutela degli utenti (art.28); alle disposizioni sulla costituzione della CIVIT e dell'OIV, organismi che presiedono alla funzione di valutazione della *performance* (art. 30, che rinvia agli artt. 13 e 14), e, quindi, agli *standards* prestazionali ai quali devono adeguarsi tutte le amministrazioni, ormai orientate al raggiungimento di risultati in funzione e a garanzia delle aspettative dei cittadini o di altri *stakeholdres*.

1.1. La competenza regionale in materia di rapporto di lavoro: alla ricerca di possibili spazi.

Una visione meramente “centralistica” del diritto del lavoro non appare pienamente compatibile con le tensioni federaliste espresse dalla riforma del Titolo V della Carta Costituzionale, non potendo la materia “lavoro” esaurirsi integralmente nell’ambito dell’ordinamento civile, essendo stata attribuita, come già anticipato, alla potestà regionale concorrente anche “la tutela e la sicurezza del lavoro”, una formula, che

analogamente ad altre utilizzate nella redazione del nuovo art. 117, impegna l'interprete ad uno sforzo esegetico.

Dovendo definire i contorni della materia va, innanzitutto, evitata una enfaticizzazione del termine "tutela"⁹⁴ suscettibile di trasferire l'intero rapporto di lavoro, da disciplinare nel rispetto solo dei principi fondamentali, nell'ambito della potestà regionale, in considerazione di un regime giuridico tradizionalmente concepito con finalità garantiste o al fine di colmare la intrinseca debolezza di una parte contrattuale o in funzione di una relazione che coinvolge il lavoratore anche nella sua dimensione più strettamente "personale".

Si tratta di una soluzione federalista che, oltre a non suscitare particolare consenso in ambito dottrinale⁹⁵, rischia di stimolare, in un assetto regionalistico caratterizzato da forti divari socio-economici, una concorrenza tra politiche del lavoro con esiti fortemente negativi, assecondando, come già anticipato, fenomeni di *dumping* sociale tesi ad assottigliare i livelli di tutela del lavoro⁹⁶ ed, in ultima analisi, di porre in crisi il federalismo di natura cooperativa che ha ispirato la riforma istituzionale e che impedisce alle singole Regioni di esercitare le proprie competenze in danno delle altre.

Il confine tra ordinamento civile e tutela e sicurezza del lavoro potrebbe, anche, essere delineato secondo una prospettiva "dualista", cioè mirante ad una netta separazione delle competenze tra i due livelli,

⁹⁴ Le difficoltà di attribuire un contenuto definito all'espressione "tutela" è resa ancora più evidente considerando che la tutela e la sicurezza del lavoratore costituiscono, ai sensi dell'art. 2087 c.c., obbligo contrattuale del datore di lavoro e, quindi, ambiti riconducibili alla materia "ordinamento civile". Non minore ambiguità è contenuta, comunque, nel termine "sicurezza" che nell'ordinamento sovranazionale è posto in endiadi con la salute negli ambienti di lavoro (si pensi, in tal senso, alla Direttiva Quadro n. 89/391).

⁹⁵ Per le critiche ad una interpretazione in senso "ultrafederalista", Zoppoli L., *op.cit.*, pag.152-153.

⁹⁶ Il rischio di un *dumping sociale* è stato frequentemente suscitato in ambito dottrinale. Tra gli altri, Pallini M., *La modifica del titolo V della Costituzione: quale federalismo per il diritto del lavoro?*, in Riv. Giur. Lav., 2002,1,pag.35 e ss.e, ID, *Art. 117della Costituzione*,in Amoroso ed altri, *Il diritto del lavoro* (a cura di), Giuffrè, Milano,2009, 1, pag. 526 e ss. e Persiani M., *op.cit.*,pag. 23 e ss.

attribuendo -analogamente a quanto effettuato in riferimento ad altre materie elencate nell'art. 117, 3 comma Cost.- alla tutela del lavoro un contenuto alla luce di quelle competenze, di natura amministrativa, decentrate alle Regioni in attuazione del processo di federalismo meramente amministrativo avviato con la legge delega n. 59 del 1997⁹⁷. La potestà regionale in materia verrebbe, quindi, limitata alle funzioni di regolamentazione del mercato del lavoro, di collocamento e di politiche attive del lavoro, complessivamente note con la locuzione “diritto amministrativo del lavoro”⁹⁸, una formula che appare, comunque, sorpassata considerato che le prestazioni “esterne” al rapporto di lavoro, alla luce della costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale (art 118 Cost.), non si configurano più come ambito esclusivo di pubblici poteri.

Al fine di definire le competenze multilivello in materia, anche una prospettiva “dualista” non appare, ad ogni modo, risolutiva in quanto la disciplina del mercato del lavoro e la regolamentazione del contratto, in virtù delle recenti dinamiche evolutive, si presentano ambiti fortemente interconnessi⁹⁹ ma anche perchè l'ipotizzata esclusione della potestà regionale dal rapporto di lavoro non appare congruente con un assetto istituzionale che, secondo l'intento del riformatore costituzionale, mira a potenziare l'autonomia regionale¹⁰⁰.

⁹⁷ Le competenze in materia di mercato del lavoro sono state trasferite con il dlgs. n. 469 del 1997 rubricato “Conferimento alle regioni e agli enti locali di funzioni e compiti in materia di mercato del lavoro, a norma dell'art.1 della legge 15 marzo 1997 n. 59”. Per una tecnica di ricostruzione del contenuto delle materie di potestà concorrente sia rinvia a Benelli-Bin, *op.cit.*

⁹⁸ Definizione utilizzata al fine di dare conferma ad una ripartizione “dualistica”, e quindi di netta separazione, tra competenze statali e regionali in materia di lavoro, attribuendo alle prime la dimensione civilistica ed alle seconde la dimensione pubblicistica. In tal senso documento CNEL del 24 gennaio 2002 “*La riforma del titolo V della Costituzione*” (pag. n.15).

⁹⁹ In tal senso, Treu, *op.cit.*, pag. 42 e ss. ma anche in Benedetti A.M., *Lavoro privato, lavoro pubblico e “ordinamento civile”*: quali spazi per le Regioni?, in LPA, 2010, 1, pag. 125 e ss.

¹⁰⁰ Particolari critiche sono state sollevate a tale soluzione, ritenuta “minimalista”, da Caruso B., *Il diritto del lavoro nel tempo della sussidiarietà (le competenze territoriali nella governance multilivello)* in Arg. Dir. Lav., 2004, pag. 801 e ss. L'A., nel corso delle osservazioni contenute nell'articolo, sostiene che l'esclusione aprioristica della potestà regionale dal rapporto di lavoro

Invero, il problema di una *governance* multilivello in materia di lavoro va ricondotto più a monte, risentendo di un criterio di ripartizione della potestà normativa che, come evidenziato in seno al primo capitolo in tema di sanità, presenta criticità in quanto non tutti gli ambiti, i settori elencati in seno all'art. 117 e, tra questi, anche l'ordinamento civile e la tutela e sicurezza del lavoro, appaiono concepiti quali "contenitori" di funzioni ben definibili essendo, configurati, piuttosto, in termini di obiettivi da conseguire e di interessi da tutelare.

In una prospettiva siffatta, si aprono alternative a criteri di ripartizione meno rigidi e suscettibili di coinvolgere, nella disciplina del rapporto di lavoro, ambedue i livelli di governo, in una logica cooperativa.

Appaiono, pertanto, percorribili, in tale ottica, le soluzioni tese ad attribuire allo Stato, detentore della materia "ordinamento civile", la definizione di tutte le regole dirette a garantire, nello svolgimento del rapporto contrattuale, il bilanciamento degli interessi fondamentali delle parti, nel rispetto di quei principi fondamentali e di quei valori costituzionali che, come già esaminato, solo una dimensione nazionale del diritto del contratto di lavoro è in grado di tutelare.

In conformità a tale opzione, al livello centrale andrebbe rimessa la definizione delle "linee ordinarie della disciplina dei rapporti di lavoro"¹⁰¹, spettando, quindi, allo Stato la definizione delle tipologie

rinneghi la rilevanza che le Regioni, soggetti in posizione paritaria con lo Stato (art. 114 Cost.), hanno acquisito nell'ordinamento integrato sovranazionale e che la temuta regolazione "al ribasso" va rivisitata alla luce di una logica non più concorrenziale ma cooperativa, conformemente ad "una visione della sussidiarietà in cui la concorrenza si coniuga con la cooperazione, in una cornice di principi...che vincolano sia gli Stati, sia le Regioni.." (pag. 843).

¹⁰¹ In tal senso, Zoppoli L., *op.cit.*, pag. 156 e ss. ma anche Treu, *op.cit.*, pag. 45; *contra*, Bellavista A, *op.cit.*, pag. 512 e ss. Caruso B., in *op.ult.cit.*, effettua una personale rilettura della formula "ordinamento civile" alla luce del principio di sussidiarietà, intendendola non in funzione di una restrizione delle competenze regionali in materia di lavoro bensì un meccanismo che consente l'intervento dello Stato (ente sussidiario) quando occorre garantire principi fondamentali (tra i quali, l'eguaglianza sostanziale, la non discriminazione, la garanzia dei livelli essenziali, l'unità giuridica ed

contrattuali, degli elementi accidentali del rapporto, delle vicende che determinano la sospensione e l'interruzione della relazione lavorativa, nonché la garanzia di livelli essenziali in riferimento a diritti sociali e civili del lavoratore, da intendersi, alla luce di una interpretazione evolutiva, non più contrapposti a prestazioni di pubblici poteri (es. retribuzione, orario di lavoro, trattamento di malattia, ferie, ect.).

Al di fuori della potestà statale, così rivisitata, afferirebbe al livello regionale la disciplina dei profili esuberanti le “garanzie essenziali”¹⁰², oltre a tutte le misure riconducibili alla tutela e sicurezza del lavoro di cui all'art. 117, 3 comma.

Si assiste, pertanto, ad una rilettura dell'espressione ordinamento civile che ne esalta, più che l'ipotetico contenuto, il ruolo di “limite generale di diritto privato” che assicura, in tutto il territorio nazionale, una uniformità di trattamento nei rapporti interprivati a tutela non solo del principio di eguaglianza sostanziale ma anche dell'unità giuridica ed economica dell'ordinamento giuridico (art. 5 Cost.)¹⁰³.

Una lettura che non pare trovare spazio nell'atteggiamento assunto dalla Corte Costituzionale che tende, come confermato anche in recenti pronunzie¹⁰⁴, ad attrarre la regolamentazione del contratto di lavoro

economica), non sussistendo preclusione in materia per l'ente regionale (ente sussidiato) “se non quando il concreto esercizio delle competenze entri in conflitto con i suindicati principi”(pag.864).

¹⁰² Treu T., *op.cit.*, pag. 45, al momento di definire gli spazi residuali lasciati in materia alla competenza del legislatore regionale, rinvia a quei “contenuti di carattere strumentale e accessorio” della disciplina che possono differenziarsi, secondo le esigenze del territorio, senza pregiudicare il valore dell'unità dell'ordinamento. L'A. restringe, poi, la materia “sicurezza del lavoro” all'ambito della tutela dell'ambiente lavorativo e della salute del lavoratore.

¹⁰³ Cfr. Schlesinger P., *op.cit.*, ad avviso del quale “l'eguaglianza- o meglio la ragionevolezza- impone di evitare sempre trattamenti discriminatori, ma può convivere con competenze esclusivamente statali o con competenze pure regionali, che quindi consentono differenziazioni normative *ratione loci*”

¹⁰⁴ Il riferimento è alla sentenza della Corte Costituzionale n.151 del 2010, già citata, con la quale è stata dichiarata la illegittimità costituzionale di una legge della Regione Valle D'Aosta disciplinante il controllo dell'assenza per malattia dei propri dipendenti in quanto lesiva della competenza “ordinamento civile” riservata allo Stato. La Consulta ha consentito, solo eccezionalmente aperture ad interventi del legislatore regionale nella regolamentazione dei rapporti di lavoro. Si veda, in tal senso, la sentenza n. 178 del 2010 con la quale viene dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale avverso una legge della Regione Veneto in materia di gestione stragiudiziale del

nell'ambito dell'ordinamento civile, e, quindi, nella potestà del legislatore statale, nonostante, alla vigilia dell'entrata in vigore della legge costituzionale n. 3 del 2001, sembrasse non concepire una visione meramente centralistica in materia, avendo prospettato¹⁰⁵, seppur timidamente, una disciplina dei rapporti privatistici suscettibile di “un qualche adattamento” regionalistico in nome di “un criterio di ragionevolezza” teso a soddisfare il principio di eguaglianza, che non può che essere intesa, in tal caso, nel senso di eguaglianza sostanziale.

1.2. Il lavoro pubblico tra l' "ordinamento civile" e la potestà residuale delle Regioni in materia di organizzazione

La riconduzione della disciplina del rapporto di lavoro pubblico nell'ambito della potestà esclusiva statale, prodottasi in virtù della convergenza tra il processo riformatore avviato all'indomani della legge delega n. 421 del 1992 e la novella del titolo V della Costituzione, ha posto definitivamente in crisi, come già evidenziato nel corso del primo capitolo, la confusione storicamente perpetrata tra organizzazione e rapporto di lavoro per effetto della quale il dipendente pubblico era divenuto, in virtù della teoria del c.d. rapporto organico, un elemento indistinto dall'apparato organizzativo, giungendo ad immedesimarsi con la pubblica amministrazione-datrice di lavoro¹⁰⁶.

contenzioso sanitario sollevata in riferimento, tra l'altro, alla violazione dell'art. 117, 2 comma, lettera l, in tema di “giurisdizione e norme processuali” e di “ordinamento civile”, sostenendo il giudice costituzionale la non condivisibilità di tali eccezioni

¹⁰⁵ Si tratta della sentenza Corte Costituzionale n. 352 del 2001 già citata nel testo.

¹⁰⁶ In merito, Rusciano M., *Il pubblico impiego in Italia*, Il Mulino, 1978, pag. 313 e ss., il quale pone in evidenza come il profilo “lavoristico” del rapporto non acquisisca alcuna rilevanza nell'ambito dell'ordinamento generale, ma, essendo considerato “elemento integrativo dell'organizzazione burocratica, rileva soltanto sul piano dello speciale ordinamento amministrativo. Ne consegue che la “la immedesimazione organica” ha determinato una significativa compenetrazione fra la disciplina dell'organizzazione amministrativa- alla quale si riconduce *tout court* l'organizzazione del lavoro- e la disciplina del rapporto di lavoro (contrassegnata da un mero stato giuridico): nel senso che il secondo viene totalmente attratto nell'orbita della prima”.

Tale commistione tra organizzazione e disciplina del lavoro è stata espressione di una ideologia “panpubblicistica”¹⁰⁷ ispirata ad una interpretazione dell’art. 97 Cost. tesa a funzionalizzare ai principi del buon andamento e della imparzialità, ivi espressi, non solo l’organizzazione degli uffici -al quale, unicamente, si rivolgeva il Costituente- ma anche i rapporti di lavoro (in quanto espressione della prima) sottoposti anch’essi ad un regime pubblicistico e, quindi, regolati dalla legge, e, nel rispetto della previsione costituzionale della riserva, da fonti secondari, nonché, individualmente gestiti, mediante provvedimenti amministrativi, cioè atti espressione di potestà autoritativa della p.a.

Benchè fossero state sollevate, da tempo, perplessità¹⁰⁸, si è dovuta attendere una rivisitazione dell’art. 97, suscitata da un’autorevole dottrina¹⁰⁹ tesa ad escludere che, con la riserva (relativa) di legge, il

¹⁰⁷Tale ideologia, il cui fondamento normativo risaliva alla riforma De Stefani del 1923 e all’attribuzione, con regi decreti del 1924, delle controversie del lavoro pubblico alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, suscitava da tempo contestazioni tra esponenti della dottrina. In tal senso, non solo Rusciano M., *op.cit.*, pag. 206, ma anche Giannini M.S., *Impiego pubblico (teoria e storia)*, in Enciclopedia del diritto, 1970, il quale disconosceva che gli atti dell’amministrazione- datore di lavoro potessero intendersi quali esplicazioni di “un momento autoritativo del pubblico potere, finalizzato alla cura di un interesse pubblico”, curando, in tale ipotesi, l’amministrazione, invece, un interesse “proprio” cioè “ad avere un servizio personale”, e, quindi, un interesse a carattere strumentale (pag. 303). Il medesimo A., più avanti (*Diritto Amministrativo*, 1993, pag. 386 e ss.) definirà tali atti, equiparati dalla norma a provvedimenti, “una forzatura della realtà sostanziale” in quanto non compongono interessi pubblici e privati, essendo, piuttosto, diretti a realizzare “interessi organizzativi e non interessi della collettività”.

¹⁰⁸ In merito, si rinvia alla nota precedente.

¹⁰⁹ Si fa riferimento alla tesi espressa da Orsi Battaglini A., *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d’impiego con enti pubblici*, in GDLRI, 1993, pag. 460 e ss., ad avviso del quale la previsione costituzionale, pur richiedendo un minimo di disciplina legislativa, non implica che la restante area sia di esclusiva appartenenza delle fonti secondarie a conferma di un indefettibile nesso tra conseguimento dei fini di buon andamento ed imparzialità e natura pubblicistica delle fonti. Piuttosto, ripercorrendo le argomentazioni dell’A, il Costituente avrebbe lasciato “al legislatore una ampia libertà in ordine alla definizione delle fonti sub legislative regolatrici dell’organizzazione amministrativa e del rapporto di lavoro con gli enti pubblici” non implicando, i vincoli di scopo prefigurati dalla riserva costituzionale ex art. 97, una necessaria ed integrale funzionalizzazione del potere di organizzazione delle pp.aa. e del rapporto di lavoro (pagg. 465 e 471). La tesi ottenne il consenso da parte di D’Antona M., *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni*, in ADL, 1997, pag. 35 e ss., il quale, all’atto di individuare i fattori della “pubblicizzazione” dei rapporti di lavoro con le pp.aa., rinvia ad una confusione del potere organizzativo (incidente sui dipendenti), di per sé non autoritativo, con la potestà pubblica (incidente sui privati) ed all’applicazione del “paradigma della funzionalizzazione” agli atti organizzativi di ogni tipo. Fattori determinati da una lettura dell’art. 97 Cost. “che ha dedotto

Costituente, pur richiedendo un minimo di regolazione legislativa, avesse inteso porre un vincolo esteso anche alle fonti sublegislative in materia di organizzazione degli enti pubblici e dei relativi rapporti di lavoro, essendo, piuttosto, rimessa alla discrezionalità delle scelte politiche l'opzione tra regime pubblicistico e regime privatistico-negoziiale.

La scelta di privatizzare il rapporto di pubblico impiego ed, a seguito della seconda fase di privatizzazione, anche l'organizzazione "bassa" o "microrganizzazione", non esclude la loro coerenza e strumentalità con i canoni dell'imparzialità e del buon andamento (ormai decodificato in termini di efficacia, efficienza o, più latamente, stando alle tendenze dell'ultimo processo riformatore, di produttività) non rendendoli, in sostanza, "liberi nel fine".

La finalizzazione all'interesse pubblico, inerente non più ai singoli atti ma all'attività complessiva, emergerà "a monte", cioè nella fase di indirizzo da parte degli organi di governo ai dirigenti, detentori dell'organizzazione e della gestione del personale, e "a valle", cioè nella fase di valutazione dell'attività gestionale svolta e dei relativi risultati conseguiti¹¹⁰.

La intervenuta distinzione tra il regime del rapporto di lavoro ed il regime dell'organizzazione intesa, ormai, nel senso di "macro-organizzazione", ha trovato un supporto nei primi interventi espressi dalla Consulta in merito all'originaria formulazione del d.lgs. n. 29 del 1993¹¹¹. Il giudice costituzionale ha sostenuto la compatibilità

dalla riserva di legge un regime pubblicistico dell'attività organizzativa globalmente intesa" (pag. 38 e 39).

¹¹⁰ Su questo aspetto, D'Antona M., *op.ult.cit.*, pag. 36, a parere del quale "l'emergere dell'interesse pubblico si ha normalmente a monte o a valle", rinviando, in tale ultima ipotesi, a procedimenti di controllo sui risultati dell'attività ed, implicitamente, al circuito autonomia/valutazione/responsabilità che caratterizza la figura dirigenziale.

¹¹¹ La Corte Costituzionale, con le sentenze n. 313 del 1996 e n. 309 del 1997, interviene a difendere la riforma in senso privatistico del lavoro pubblico, nel primo caso nei confronti dell'eccezione di

costituzionale della scelta privatistica con i principi indicati nell'art. 97 Cost. venendo questi salvaguardati da “un equilibrato dosaggio di fonti regolatrici” diretto ad affidare l'organizzazione “nel suo nucleo essenziale ...alla massima sintesi politica espressa dalla legge nonché alla potestà amministrativa” ed il rapporto di lavoro alla disciplina civilistica “per tutti quegli aspetti che non sono connessi al momento esclusivamente pubblico dell'azione amministrativa” (sentenza n. 309 del 1997).

Tra le righe delle considerazioni di diritto della Corte è già percepibile che non tutta l'organizzazione è necessariamente rimessa alla fonte legislativa (o a fonti regolamentari o ad atti unilaterali) ma solo il suo “nucleo essenziale”, divenendo la pronuncia prelusiva alla successiva distinzione tra “macrorganizzazione”, in regime pubblicistico, e “microrganizzazione”, espressione, invece, di un potere privatistico, che si produrrà a seguito della seconda stagione della privatizzazione (risalente agli anni '97 e '98) e che ha trovato conferma anche nell'ultimo intervento riformatore in materia di lavoro pubblico ad opera del d.lgs. n. 150 del 2009.

Sul processo evolutivo della demarcazione del lavoro pubblico dall'assetto organizzativo, ha inciso, come già sottolineato, il nuovo

costituzionalità sollevata in riferimento all'art. 97 Cost. a causa del differente regime giuridico tra dirigenti generali, esclusi dalla riforma, ed altri dirigenti; nel secondo caso, per la asserita incostituzionalità, in riferimento sempre all'art. 97 Cost., di una scelta legislativa che parifica il rapporto di pubblico impiego, funzionalizzato all'interesse pubblico, con il lavoro subordinato rispondente a logiche di mercato). Benchè nel testo (v. *infra*) si rinvii alla sentenza 309 del 1997 nella cui motivazione il giudice costituzionale rinvia ad un “nucleo essenziale dell'organizzazione rimesso alla disciplina pubblicistica”, prefigurando la successiva evoluzione tra micro e macro-organizzazione, nel corso delle argomentazioni contenute nella sentenza n.313 del 1996, il giudice costituzionale aveva già evidenziato come la scelta tra regime pubblicistico e privatistico fosse rimessa alla discrezionalità del legislatore potendo le prescrizioni contenute nell'art. 97 Cost. attuarsi “riservando alla legge una serie di profili ordinamentali...sì che risultano sottratti alla contrattazione tutti quegli aspetti in cui il rapporto di ufficio implica lo svolgimento di compiti che partecipano del momento organizzativo” (4.1.1); concludendo, poi, che l'imparzialità, la cui violazione era eccepita dal giudice remittente, non debba essere garantita necessariamente mediante un regime pubblicistico del lavoro, potendo trovare attuazione “ in un equilibrato dosaggio di fonti regolatrici” (4.1.2).

riparto di competenze tra Stato e Regione delineato dalla riforma costituzionale del 2001¹¹².

Ed, invero, una interpretazione sistematica del nuovo art. 117 della Costituzione, nella parte in cui (secondo comma lettera g) viene attribuita alla potestà statale esclusiva l'“ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali”, con quanto disposto dal 4 comma circa una potestà residuale della Regione su “ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato”, riconduce a tale livello di governo, quale competenza innominata, la disciplina dell'ordinamento e dell'organizzazione degli enti non statali, quindi, primariamente l'ordinamento della regione e degli enti regionali.

Si assiste, pertanto, ad un passaggio da una competenza concorrente, quale quella prevista dal previgente art.117 in materia di “ordinamento degli uffici e degli enti amministrativi dipendenti dalla Regione”, alla quale afferiva, secondo l'avviso espresso dalla giurisprudenza costituzionale¹¹³, anche la disciplina del rapporto di lavoro delle relative risorse umane e, come tale, vincolata al rispetto dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato, dell'interesse

¹¹² Le osservazioni contenute nel testo si limitano alla potestà regionale in materia di organizzazione ma la dicotomia tra rapporto di lavoro ed assetto organizzativo interessa, in seguito alla riforma del titolo V, anche gli altri enti territoriali spettando a ciascun livello di governo la determinazione della propria organizzazione mediante gli atti normativi a disposizione, cioè regolamenti e statuti. Si rinvia, in tal senso, all'art. 117, 6 comma Cost. che rimette ai Comuni, alle Province ed alle Città metropolitane la “potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite” ed all'art. 114, 2 comma Cost. che ne garantisce un'autonomia statutaria.

¹¹³ La confluenza della disciplina dello stato giuridico ed economico del personale nella materia “ordinamento degli uffici e degli enti amministrativi dipendenti dalla Regione”, prevista dal previgente art. 117, primo comma, trovava conferma già nelle pronunzie emesse dalla Consulta nella fase di avvio dell'ordinamento regionale (in tal senso, le sentenze nn. 40 e 147 del 1972) nelle quali la regolamentazione del rapporto di lavoro veniva considerata direttamente strumentale all'organizzazione degli uffici regionali. Il giudice costituzionale confermerà tale orientamento anche nella pronunzia emessa su ricorsi delle Regioni Veneto e Lombardia avverso il sistema di contrattazione collettiva introdotto con il dlgs. n.29 del 1993 in quanto riconosciuto lesivo delle competenze regionali in materia di disciplina dei rapporti di impiego del personale alle loro dipendenze ricondotte al previgente art. 117 (sentenza n. 359 del 1993). Di una interpretazione consolidata in tal senso parla anche Zoppoli L., “*Applicabilità della riforma del lavoro pubblico alle Regioni e riforma costituzionale*”, in *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di Carinci F. e Zoppoli L., 2004, pag. 54 e ss.

nazionale oltre che delle altre Regioni, ad una potestà regionale in materia a carattere esclusivo e piena.

Una potestà legislativa regionale che, analogamente a quella esercitata dallo Stato in riferimento alla propria organizzazione ed a quella degli enti non statali, è tenuta, in ragione di un assetto di rapporti non più a carattere verticistico bensì paritario (art. 117, 1 comma Cost.), solo al rispetto dei precetti costituzionali, così come dei principi di derivazione costituzionale, quali, primariamente, quelli espressi negli artt. 97 e 98 (buon andamento, imparzialità, accesso mediante pubblico concorso) e quelli inerenti all'esercizio delle pubbliche funzioni (deducibili dagli artt. 28, 51 e 54)¹¹⁴, nonché a mantenersi entro i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario ed internazionale¹¹⁵.

Alla luce della nuova competenza regionale in materia di organizzazione, sorgono più che fondati dubbi sulla perdurante vigenza dell'art. 1, 3 comma del d.lgs. n. 165 del 30 marzo 2001 (T.U.P.I.), di qualche mese antecedente alla riforma costituzionale, che diretto a definire l' "ambito di applicazione" del medesimo decreto, attribuisce alle disposizioni in esso contenute il valore di "principi fondamentali ai sensi dell'art. 117 della Costituzione" per le Regioni a statuto ordinario e (anche se limitatamente ai principi contenuti nelle varie leggi deleghe

¹¹⁴ A parere di Trojsi A., *Le Regioni nella disciplina e nella gestione del lavoro pubblico*, in *Ideologia e Tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, di Zoppoli L. (a cura di), 2009, pag. 83 e ss., l'attuale potestà residuale non può, comunque, definirsi assoluta, dovendo esprimersi non solo nel rispetto dei principi costituzionali, in particolare quelli posti in materia di pubblica amministrazione contenuti negli artt. 97 e 98, ma anche in conformità ai "principi generali di organizzazione pubblica" deducibili dal complesso della legislazione statale, e validi per tutte le amministrazioni, a salvaguardia di un ordinamento che, nonostante l'evoluzione subita in senso autonomistico, deve conservare una unità giuridica (art. 5 e 120 Cost.).

¹¹⁵ Tra le più recenti sentenze della Consulta che confermano l'attribuzione alla Regione, in virtù della c.d. "clausola di residualità", di una potestà piena in materia di organizzazione, si evidenzia la n.7 del 2011 con la quale si rigetta la questione di costituzionalità, sollevata dal Governo, in merito a norme regionali che prevedevano il ricorso a contratti a tempo determinato per far fronte a specifiche esigenze in quanto, secondo le motivazioni espresse dal giudice costituzionale, si collocano "nella materia dell'organizzazione degli uffici regionali, attribuita dall'art.117,4 comma Cost. alla competenza residuale della Regione".

che ne hanno preceduto l'adozione) il valore di “norme economiche e sociali” per le Regioni a statuto speciale¹¹⁶.

Divenendo il T.U.P.I., di conseguenza, un contenitore di principi non più idonei a vincolare le scelte del legislatore in materia di organizzazione e suscettibili di essere da questo derogati.

Così come, in conseguenza del nuovo riparto di competenze delineatosi successivamente alla riforma, dovrebbe ritenersi, ormai, superato l'art. 27 del medesimo decreto contenente “criteri di adeguamento per le pubbliche amministrazioni non statali”, nella parte in cui vincola le Regioni a statuto ordinario ad adeguare i propri ordinamenti ai principi contenuti nel Capo II del Titolo II, dedicato alla dirigenza.¹¹⁷

Anche se, a fronte di una sopravvenuta inefficacia dell'art. 27, va considerato che, in ragione dell'intreccio tra assetto organizzativo e

¹¹⁶ In seguito alla convergenza tra riforma del titolo V della Costituzione e processo di privatizzazione, si sarebbe realizzata una sostanziale parificazione tra Regioni a statuto ordinario e Regioni a statuto speciale in materia di lavoro pubblico benché alcuni statuti speciali, tra i quali quello della Regione Sicilia, prevedano una competenza legislativa primaria in materia di “ordinamento degli uffici e degli enti regionali” e di “stato giuridico ed economico degli impiegati e funzionari della Regione” (vedasi, in tal senso, l'art. 14, 1 comma lett. *p* e *q* dello statuto siciliano, ma analoghe disposizioni sono previste dagli statuti delle altre quattro regioni a statuto speciale). Tale parificazione troverebbe conferma anche nelle pronunzie della Consulta, tra le ultime, la sentenza n. 151 del 2010 con la quale viene dichiarata la illegittimità costituzionale della legge n. 5 del 2009 della Regione Valle D'Aosta nella parte in cui, disciplinando il controllo sulle malattie dei propri dipendenti, incide su diritti del rapporto di lavoro pubblico, risultando invasiva della potestà legislativa statale esclusiva in materia di “ordinamento civile”. In merito, Loy G., *Le competenze delle regioni a statuto speciale in materia di lavoro alla luce della modifica del titolo V della Costituzione italiana*, in Di Stasi A. (a cura di), *Diritto del lavoro e federalismo*, 2004, pag. 19 e ss. Per quanto concerne la potestà in materia ordinamentale, le regioni a statuto speciale non sono più vincolate al rispetto delle “norme fondamentali di riforma economico-sociale” stante il dettato dell'art. 10 della l.cost. n. 3 del 2001 in conformità al quale le più ampie “forme di autonomia” previste per le regioni a statuto ordinario dall'art. 117 si estendono a quelle a statuto speciale.

¹¹⁷ Per una sopravvenuta inefficacia dell'art. 27 propende Merloni F., *Principi generali comuni alla dirigenza dello Stato e delle amministrazioni regionali e locali*, in L'amministrazione come professione di D'Alessio G. (a cura di), 2008, Il Mulino, pag. 213; Bellavista A., *Federalismo e lavoro pubblico regionale*, in www.di.elle.it ed anche Zoppoli L., *op.ult.cit.*, pag. 65 e ss., il quale, invero, compie un tentativo di garantirne la vigenza, ritenendo percorribile un'interpretazione della disposizione in termini di delega alla potestà regolamentare regionale al fine di disciplinare le materie contenute nel Capo II, tra cui la dirigenza, considerato che l'art. 117, 6 comma consente allo Stato di delegare la potestà regolamentare nelle materie di legislazione esclusiva. Anche se l'A., correttamente, pone in rilievo che la delega essendo troppo generica, consentirebbe alla Regione di invadere spazi riservati al legislatore statale ed alla contrattazione.

rapporto di lavoro, del quale il lavoro dirigenziale assume una valenza paradigmatica, non si assisterebbe ad una totale compressione dell'autonomia regionale in materia, non essendo, comunque, sottraibili alla potestà regionale residuale i profili del rapporto più strettamente connessi all'assetto organizzativo.

Ed, invero, non è definibile, nonostante l'intervenuta differenza di regime, una netta linea di demarcazione tra il rapporto di lavoro e l'organizzazione, permanendo il primo nell'ambito della disciplina civilistica -come è leggibile nelle pronunzie della Consulta poc'anzi citate- solo "per tutti quegli aspetti che non sono connessi al momento esclusivamente pubblico dell'azione amministrativa" (sentenze n. 313 del 1996 e n. 309 del 1997).

La disciplina del lavoro e la disciplina dell'organizzazione a rilevanza pubblicistica, ambiti suscettibili di afferire a diversi livelli di governo e rimessi ad assetti regolativi di fonti distinte (la prima codice civile, legge e contrattazione; la seconda legge, altri atti normativi e atti amministrativi) presentano, quindi, ancora elementi di commistione.

Limitandoci, solo ad alcuni esempi, tra gli aspetti dell'organizzazione che incidono indirettamente sul contratto di lavoro ma che assumono rilevanza pubblicistica, possono essere considerati gli atti di determinazione delle dotazioni organiche; le procedure concorsuali e le selezioni per l'accesso al posto di lavoro e, più in generale, i criteri per il conferimento degli incarichi dirigenziali, il regime delle incompatibilità, nonché, più a monte, i rapporti tra politica ed amministrazione¹¹⁸ e, quindi, la definizione dei poteri dirigenziali.

¹¹⁸ Si rammenta che l'articolo 27 del d.lgs. n. 165 del 2001 vincola le Regioni ad adeguare i propri ordinamenti ai principi contenuti nell'art. 4 del medesimo decreto che, sostanzialmente, prescrive la separazione tra gli organi di governo, ai quali competono le funzioni di indirizzo politico-amministrativo ed i dirigenti, ai quali spetta l'attività gestionale. Si tratta di un principio corollario dei canoni costituzionali di imparzialità e di buon andamento della p.a ex art. 97 e 98 Cost., pertanto,

Non solo i confini tra le due aree non appaiono sempre tracciabili con certezza ma la individuazione dei profili privatistici, riservati alla potestà statale, ed i profili attinenti alla dimensione organizzativa, espressione dell'autonomia regionale costituzionalmente riconosciuta, si configurano mobili in quanto rimessi alla valutazione meramente politica del legislatore statale¹¹⁹.

Nel senso che le scelte, sia in ordine alle tipologie¹²⁰ che agli aspetti o profili del rapporto di pubblico impiego da "privatizzare" sono espressione della potestà statale in materia di ordinamento civile: al dilatarsi dei profili privatistici si ridurranno, pertanto, gli ambiti afferenti alla potestà regionale residuale in materia di organizzazione.

Effetto che potrebbe apparire "paradossale"¹²¹, soprattutto se valutato alla luce di un assetto istituzionale riformato in senso fortemente regionalista, essendo attribuita all'autonomia legislativa regionale una potestà piena (o esclusiva) in materia di "ordinamento ed organizzazione", sottoposta, peraltro, solo a vincoli molto stringenti (v. *supra*), ma che finisce, in tal modo, per essere compressa da parte del legislatore statale.

Effetto che, sottoposto ad una più attenta analisi, appare non altro che una espressione del c.d. "limite del diritto privato" (v. *supra*) posto all'autonomia regionale, suscettibile di percorrere trasversalmente

sotto tale aspetto, non dovrebbero sorgere dubbi sulla sua vincolatività nei confronti della potestà regionale residuale in materia di "organizzazione ed ordinamento". Pallini M., *Sulle tristi sorti del principio di distinzione tra politica ed amministrazione nella disciplina della dirigenza pubblica*, in QDLRI, 2008, 31, pag. 118, sostiene che tale principio continua a vincolare i legislatori regionali se non per il "come", certamente per il "fine" da perseguire nell'organizzazione dei propri uffici.

¹¹⁹ Cfr. Trojsi A., *Il riparto di competenza legislativa tra Stato e Regioni in materia di impiego pubblico regionale*, in Le Regioni, 6, 2009, pag. 1213.

¹²⁰ Si rammenta che, sin dalla prima fase del processo di privatizzazione, il legislatore ha sottratto a tale processo alcune categorie di dipendenti pubblici che permangono, sino ad oggi, in regime di diritto pubblico (art. 2 del d.lgs. n. 29 del 1993, oggi art. 3 del dlgs. n. 165 del 2001).

¹²¹ In tal senso, Salomone R., *Titolo V della Costituzione e lavoro pubblico privatizzato: i primi orientamenti della Consulta*, in LPA, 2004, II, pag. 1147 e ss., a parere del quale si sarebbe aperto un *vulnus* nella rigidità delle norme costituzionali. Sulla base delle medesime considerazioni, parla di "anomalia" De Angelis L., *Federalismo e rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in Foro it., 2003, 2, V, pag. 31 e ss.

le competenze regionali, siano esse concorrenti che esclusive, e che emerge una volta che il pubblico impiego transita dal regime pubblicistico al regime privatistico, smarcandosi dalla potestà regionale in materia di organizzazione ed ordinamento degli uffici.

Indipendentemente dalle criticità evidenziate, la distinzione tra ambito del contratto di lavoro ed ambito dell'organizzazione, una volta ridisegnate le rispettive competenze legislative nel nuovo art. 117 Cost., non può, ormai, essere ignorata dal legislatore statale ogni qualvolta intervenga ad innovare la materia del lavoro pubblico.

Anche se va, infine, considerato che la potestà residuale regionale in materia di organizzazione è oggetto di frequenti invasioni da parte del legislatore statale a causa di interventi normativi che, posti in funzione del contenimento della spesa pubblica complessiva, sono espressione della potestà, anch'essa, di natura trasversale, in materia di armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica (art.117, 3 comma) la quale, in considerazione della natura concorrente, dovrebbe limitarsi a mere norme-principio.

Ma, in funzione del governo della spesa pubblica, il legislatore statale ha, in realtà, teso a fissare obiettivi ed indicare fini da conseguire, idonei ad incidere sulle scelte che il governo regionale adotterà in ordine ai propri assetti organizzativi ed, in particolare, ad influenzare la gestione e la spesa per il proprio personale, incursioni suscettibili di non incorrere nel vizio di incostituzionalità, secondo l'intendimento della Consulta, qualora mirino solo alla fissazione di tali obiettivi, consentendo all'ente regionale discrezionalità sul "come" e, quindi, sugli strumenti ed sulle modalità da adottare per la loro attuazione¹²².

¹²² Si pensi, in tal senso, alle leggi finanziarie con le quali vengono fissate alle pubbliche amministrazioni condizioni e limiti per l'assunzione di personale e per il *turn over*. In osservanza ad un regionalismo di natura cooperativa, il giudice costituzionale ha posto, quale parametro di

Nel riparto di competenze riscritto dal nuovo Titolo V della Costituzione, la capacità di invasione della potestà statale nello spazio dell'organizzazione regionale ha trovato un'altra ragion d'essere nel titolo, ad elevato contenuto trasversale, dei livelli essenziali dei diritti civili e sociali da garantire su tutto il territorio nazionale, che consentono, al legislatore statale di inserirsi anche in ambiti rimessi alla competenza regionale piena.

In tal senso, come già sottolineato, rilevano le disposizioni contenute nel decreto Brunetta (art. 74, 1 comma del d.lgs. n. 150 del 2009) che emergono quali principi di organizzazione vincolanti, ai sensi dell'art. 117, 2 comma lett. *m*, tutte le pubbliche amministrazioni (assume tale valenza, ad esempio, la trasparenza delle pp.aa.).

2. Lo Stato multilivello e l'ultima riforma del lavoro pubblico. Dai criteri ed i principi della legge delega n. 15 del 2009...

La bipartizione organizzazione/rapporto di lavoro non è stata subito recepita dal legislatore se si considera che la legge n. 145 del 2002 (c.d. legge Frattini)¹²³, con la quale sono state introdotte, anche se limitatamente al lavoro dirigenziale, le prime modifiche al d.lgs n. 165 del 2001, ambito nel quale raggiunge maggiore intensità l'intreccio tra organizzazione e rapporto di lavoro, pur emanata a distanza ravvicinata dall'intervenuto mutamento del quadro costituzionale, non pare

costituzionalità dei vincoli dettati dallo Stato alle Regioni con finalità di coordinamento della finanza pubblica, anche il loro preventivo coinvolgimento in una procedura a carattere partecipativo (sentenza n. 390 del 2004). Su questi aspetti Mastinu E.M., *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni regionali nel Titolo V della Costituzione*, in RGL,2007, pag. 371 e ss.

¹²³ La legge n.145 del 15 luglio 2002 conteneva disposizioni per il ripristino della dirigenza statale e per favorire lo scambio di esperienze e l'interazione tra il pubblico ed il privato.

prenderne atto. Lasciando, di conseguenza, all'incertezza dell'interprete la soluzione circa l'afferenza delle novità così introdotte alla sfera del mero contratto di lavoro o a quella ordinamentale e, in quest'ultima ipotesi, non produttive di effetti vincolanti nei confronti delle regioni¹²⁴.

Appaiono, in tale prospettiva, significative, invece, le previsioni contenute nella legge delega n.15 del 2009 “finalizzata all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e all'efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni”, successivamente, attuate con il d.lgs. n.150 del 2009 (sul versante mediatico, meglio noto quale riforma “Brunetta” dal nome del Ministro per la Pubblica Amministrazione e l'Innovazione che l'ha sostenuta), con la quale, si è aperta una nuova stagione della privatizzazione del lavoro pubblico, considerata la natura “organica” della riforma¹²⁵, secondo la definizione

¹²⁴ Sul punto, si veda Zoppoli L., *La (piccola) “controriforma” della dirigenza nelle amministrazioni pubbliche non statali: prime riflessioni critiche*, in LPA, 2002,6,pag. 911e ss., il quale effettua una ricognizione degli aspetti della legge n. 145 del 2002 che, secondo un criterio di “prevalenza”, andavano ricondotti alla dimensione organizzativa. Per limitarci solo ad alcuni esempi: le modifiche introdotte nel testo dell'art. 19 del T.U.P.I. circa le modalità e la forma del conferimento dell'incarico dirigenziale e l'individuazione di limiti per il conferimento di incarichi a dirigenti esterni; l'inserimento nell'art. 17 del T.U.P.I. del comma 1bis in merito alla delegazione di poteri dirigenziali o le modifiche, inserite nell'art. 21del T.U.P.I. in tema di responsabilità dirigenziale .

¹²⁵ Il processo di privatizzazione del pubblico impiego si è concretizzato in un susseguirsi di interventi normativi che, sino ad oggi, non può neppure definirsi concluso, considerato che anche il decreto Brunetta ha già subito un intervento correttivo con il d.lgs. n. 141 dell'1.8 2011 ed avendo le manovre finanziarie di luglio ed agosto del 2011 dettato nuove norme in materia di lavoro pubblico, accreditando l'idea che la materia si configuri come un “cantiere aperto”. In tal senso, Bellavista A., in *Il decreto correttivo della riforma Brunetta e il “cantiere aperto” del lavoro pubblico*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2011, 12, pag. 1185 e ss. Per grandi linee, all'interno di tale processo, si individuano, una prima fase, risalente al periodo 1992-1993, culminata nella redazione del d.lgs. n. 29 del 1993 alla quale va attribuito il merito di aver traghettato il lavoro pubblico nell'ambito della disciplina del codice civile e di una regolamentazione fondata su contratti individuali e collettivi; una successiva fase, c.d. “seconda privatizzazione”, che trae origine dal processo di decentramento attivato dalla prima delle leggi Bassanini (la n. 59 del 1997) e che si è espressa attraverso i decreti legislativi n. 396 del 1997 e nn. 80 e 387 del 1998, le cui modifiche ed integrazioni più rilevanti apportate al d.lgs. n. 29 del 1993, appaiono la privatizzazione della “micro-organizzazione” e la estensione della contrattualizzazione alla dirigenza generale. Il d.lgs. n. 29 del 1993 con le successive modifiche è, poi, confluito nell'attuale d.lgs. n. 165 del 2001, considerato una sorta di testo unico del lavoro pubblico, esposto anch'esso, a successivi interventi, tra i quali, il più rilevante è rappresentato dalla legge n. 145 del 2002 in tema di rapporto dirigenziale. Con la legge delega n. 15 del 2009 ed il d.lgs. n. 15 del 2009, può ritenersi aperta una nuova fase di riforme del d.lgs. n. 165 del 2001, concepita all'interno di un progetto di riforma complessivo della pubblica amministrazione, particolarmente sostenuto dal Ministro della Funzione Pubblica, la cui natura di “organicità”, come esplicitato nel testo, è espressamente dichiarata dal legislatore.

contenuta nell'art.1 del medesimo decreto che ne delinea l'oggetto e le finalità.

Consapevole della dinamica relazionale Stato-Regioni scaturita dalla modifica del Titolo V della Costituzione, il legislatore prende atto che un intervento riformatore di largo respiro, ispirato ad una ideologia meritocratica in funzione di una migliore utilizzazione delle risorse umane, non possa non incidere su ambiti di potestà multilivello, riguardando non solo il rapporto di lavoro ma anche il funzionamento delle pubbliche amministrazioni.

Una prospettiva regionalistica non appariva più eludibile, considerato, anche, che il riformatore, intervenendo sull'assetto delle fonti regolative, mediante una disposizione della legge delega, dagli effetti immediati e non rinviati al successivo decreto attuativo, "rilegifica" il lavoro pubblico, invertendo il rapporto di forza legge/contratto stabilito dall' art. 2 del d.lgs.n.165 del 2001. La contrattazione collettiva viene, infatti, espropriata della capacità di disapplicare le norme di legge in materia qualora non sia dalle medesime autorizzata ("solo qualora ciò sia espressamente previsto dalla legge" prescrive il rinnovato art. 2, 2 comma, secondo periodo), passandosi dalla regola della derogabilità generale da parte della fonte contrattuale, salvo esplicito divieto, alla regola della inderogabilità della fonte unilaterale, salvo esplicito consenso¹²⁶.

¹²⁶ Si riporta, per un miglior raffronto, il testo del previgente art. 2, 2 comma, secondo periodo, del d.lgs. n. 165 del 2001: "Eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata non sono ulteriormente applicabili, salvo che la legge disponga espressamente in senso contrario" ed il testo modificato dal decreto "Brunetta": "Eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano discipline dei rapporti di lavoropossono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata, non sono ulteriormente applicabili, solo qualora ciò sia espressamente previsto dalla legge". A sancire la compressione della fonte contrattuale a fronte di un rafforzamento della fonte unilaterale, interviene anche la dichiarata natura di norme imperative del d.lgs. n. 165 del 2001 (art. 2, 2 comma, primo periodo) e la prevista

Una “ricentralizzazione” normativa del rapporto di lavoro rischiava, invero, di incidere “*ex se*” sulla potestà residuale regionale ex art. 117, 4 comma Cost. qualora la rilegificazione avesse assunto il significato di “ripubblicizzazione”, con conseguente riconduzione della disciplina del lavoro nella dimensione organizzativa¹²⁷.

Opzione che appariva, in fondo, smentita dalla “*mission*” che si era posto il delegante, cioè “la convergenza degli assetti regolativi del lavoro pubblico con quello del lavoro privato” (art.2, 1 comma) o dai principi e criteri dal medesimo espressi in merito alla contrattazione collettiva che preludevano ad una sua riforma “in coerenza con il settore privato” (art. 3, 2 comma lettera *h*). E, nel contempo, non si palesava compatibile con la previsione contenuta nell’art. 3,1comma della medesima delega, che rimetteva gli ambiti di disciplina non “contrattualizzati” alla legge ma anche ad atti organizzativi ed all’autonoma determinazione dei dirigenti che esercitano i poteri del datore di lavoro pubblico (in tal senso si esprime l’ art. 6, 2 comma) il quale, secondo le prescrizioni contenute nel previgente art. 5, 2 comma

sostituzione automatica delle clausole contrattuali contrarie a norme imperative secondo il disposto dell’art. 1339 e 1419 c.c.(art. 2, comma 3-bis).

¹²⁷ La riappropriazione da parte della fonte legislativa del lavoro pubblico è stata intesa, in sede dottrinale, non in funzione di una “re-amministrativizzazione” della disciplina del rapporto bensì di una sua sottrazione alla contrattazione alla quale vanno riservati alcuni ambiti (la delega già attribuisce, quale ambito esclusivo, “la determinazione dei diritti e delle obbligazioni”). La legge, gli atti organizzativi adottati dall’amministrazione in sua attuazione, le determinazioni dirigenziali, alle quali si riferisce il legislatore delegante, all’atto di individuare una nuova ripartizione tra fonte unilaterale e fonte contrattuale (art.3,1comma), non perdono, pertanto, la loro natura di norme e di atti di natura privatistica. In tal senso, Caruso B., *Gli esiti regolativi della “riforma Brunetta”(come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni)*, LPA, 2/2010, pag. 235 e ss. il quale sostiene che più di una rilegificazione si dovrebbe parlare di una “rifocalizzazione intorno alla legge” che pone fine “alla stagione del pan contrattualismo”(pag. 268), frutto della seconda privatizzazione. Tra gli altri, Zoppoli L., *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*, in *Ideologia e Tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, 2009, pag. 24, ad avviso del quale “la vera questione non è quella giuridico-formale (pubblico o privato) bensì quella di rendere quanto più possibile unilaterale il potere di regolare e gestire il lavoro pubblico” ma anche Bellavista A. e Garilli A., *Riregolazione legale e de contrattualizzazione: la neoibridazione normativa del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, LPA, 1/2010, pag. 1 e ss. sostengono che il nuovo assetto regolativo sia sintomatico di “una sorta di fiducia nella legge e di completa sfiducia nella capacità della contrattazione collettiva di garantire gli interessi pubblici coinvolti nella gestione del personale” nonché, Talamo V., *Pubblico e privato nella legge delega per la riforma del lavoro pubblico*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” 90-2009, pag. 7, in www.lex.unict.it.

del d.lgs. n. 165 del 2001 (e confermate dalle modifiche successivamente intervenute), opera bensì “con le capacità e i poteri del privato datore di lavoro” e non mediante atti amministrativi.

Una prospettiva federalistica è percepibile nelle prime direttive contenute nella delega, e, specificatamente, nell’ art. 2, 4 comma che onera il legislatore delegato ad individuare le disposizioni che dovrebbero assumere immediata efficacia vincolante nei confronti delle Regioni in quanto “rientranti nella competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell’art. 117, secondo comma, della Costituzione”. Norma nella quale sono comprese materie connesse con il tema della riforma, quali l’ordinamento civile ed i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, considerata, in quest’ultima ipotesi, la rilevanza che assume, tra le finalità perseguite dalla riforma, la istituzione di un sistema di valutazione delle strutture e del personale diretto a garantire all’utenza servizi conformi a determinati *standards* qualitativi (si rinvia, a tal fine, ai criteri espressi in seno alla delega dall’art. 4, 1 e 2 comma lett.a).

Al decreto attuativo, l’art. 2, 4 comma della legge delega pone, altresì, quale criterio direttivo, la individuazione delle disposizioni contenenti i “principi generali dell’ordinamento giuridico” ai quali devono adeguarsi le regioni (e gli enti locali) nell’esercizio della propria autonomia normativa: formula che, stando al riparto di competenze costituzionalmente sancito, rinvierebbe ad aree di competenza concorrente, tra le quali, *in primis*, “il coordinamento della finanza pubblica”, suscettibile, come sottolineato, di invasione nei profili pubblicistici del lavoro, cioè quelli interconnessi ancora con l’assetto organizzativo.

Il rispetto del riparto di competenze tra Stato e Regioni, non ha, nel quadro complessivo della riforma, acquisito, però, la medesima valenza di altri suoi aspetti significativi, considerato che alla Conferenza Unificata (cioè, Stato/Regioni e Stato/ città/autonomie locali), alla cui previa intesa è stata condizionata l'adozione delle disposizioni che costituiscono l'ossatura del futuro decreto (quali il nuovo assetto regolativo legge/contratto; i sistemi di valutazione; la valorizzazione del merito e la dirigenza) è stato, al riguardo, richiesto solo un mero parere¹²⁸, privo, in quanto tale, di efficacia vincolante.

La relazione tra le potestà multilivello è stata, quindi, sottratta ad una scelta "concertata" che si sarebbe profilata proficua considerato che la Consulta, proprio in ipotesi di concorrenza di competenze, usa richiamare gli attori istituzionali all'osservanza del principio di leale collaborazione ed al necessario esperimento, in una logica di regionalismo cooperativo, di un previo procedimento che coinvolga gli enti territoriali interessati.

A parte le criticità procedurali, la prospettiva federalistica non si estende al di là delle direttive indicate nell'art. 2, 4 comma della legge n. 15 del 2009, avvertendosi, alla luce di un esame complessivo del testo normativo, sul piano del rapporto di lavoro, la volontà di omologare il regime del personale alle dipendenze delle pp.aa., intendimento, peraltro, semplificato dall'implicito consenso, fornito dal delegante

¹²⁸ Il legislatore delegante, in ragione dell'incidenza della riforma sul lavoro pubblico e su aspetti strutturali ed organizzativi delle pp.aa., aveva richiesto la previa intesa, come esplicitato nell'art.2, 2 comma della legge n. 15 del 2009, in riferimento all'attuazione delle disposizioni concernenti: il nuovo assetto regolativo tra legge e contratto sulla disciplina del lavoro pubblico (art. 3, 2 comma lett.a) nonché la valutazione delle strutture e del personale, la valorizzazione del merito e la dirigenza pubblica (artt. 4,5,6). Prescrivendo per le restanti disposizioni, e, quindi, anche per la questione, in sé primaria, dell'afferenza delle disposizioni alle competenze di Stato e Regioni, il previo parere. Tale incongruenza era stata rilevata, all'indomani della legge delega, da Carinci F., *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla l.n.133/2008 alla l.d. n.15/2009* in W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" 88-2009 in www.lex.unict.it (pag.16) e da Salomone R., *La terza riforma del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, LPA,2009, I, pag. 5.

nell'art. 3, 1 comma e 2, comma lett.a, alla sottrazione, a favore dello strumento legislativo, di spazi alla contrattazione collettiva, alla quale devono essere solo riservate alcune materie (quali, primariamente, i diritti e le obbligazioni strettamente inerenti al rapporto di lavoro).

Sul versante organizzativo, il riformatore, nell'intento di introdurre *standards* qualitativi a garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali, rischia di introdurre elementi di uniformità poco coerenti, non solo con un pluralismo amministrativo nel quale le singole entità sono contrassegnate da specificità strutturali ed organizzative¹²⁹(si pensi, ad esempio, alla previsione delle strutture e dei processi di valutazione della *performance*), ma anche di incidere su autonomie costituzionalmente fondate.

2.1. ...alla loro attuazione nel d.lgs.n. 150 del 2009 (c.d. decreto Brunetta).

La prospettiva regionalistica, pur nei limiti evidenziati, è stata pienamente recepita dal legislatore delegato? Sono state onorate le direttive circa l'individuazione analitica di disposizioni espressione di potestà esclusive statali ai sensi dell' art.117,2 comma, e, come tali, direttamente vincolanti il livello regionale? Sono state predisposte norme "di principio" alle quali le autonomie regionali sono solo tenute ad adeguarsi?

¹²⁹ Per Garilli e Bellavista, *op.ult.cit.*,pag. 12 ess, le norme riguardanti la valutazione della performance (titolo II) come anche quelle contenute nel titolo III (su merito e premi) risentono di una confusione tra disciplina dell'organizzazione e la disciplina del rapporto di lavoro. Profilano anche dubbi di costituzionalità sull'obbligo posto dall'art. 16, 2 e 3 comma del d.lgs. n. 150 del 2009, a carico delle regioni, del SSN e degli enti locali, di adeguare i propri ordinamenti ad alcune disposizioni contenute nel titolo II trattandosi di norme attinenti all'organizzazione di tali enti (e quindi riferibili alla potestà residuale ex art. 117, 4 comma) ed anche nell'eventualità in cui venissero interpretate quali norme espressione dei principi ex art. 97 Cost. presentano, comunque, un contenuto di dettaglio e procedurale.

In tale prospettiva, il decreto legislativo n. 150 del 2009 contiene, oltre a disposizioni dedicate agli enti territoriali ai quali accomuna il Servizio Sanitario Nazionale (in particolare, gli artt.16 e 31), una disposizione, l'articolo 74, che, pur inserita tra le "norme finali e transitorie", è destinata ad espletare una funzione cardine, costituendo, sostanzialmente, l'attuazione dei criteri direttivi contenuti nell'art. 2, 4 comma della legge delega¹³⁰.

L'art. 74 effettua una ricognizione, infatti, degli articoli della riforma espressione delle potestà esclusive statali ai sensi dell'art. 117, 2 comma lett. *l* ed *m* della Costituzione (1 comma) e degli articoli racchiudenti i principi generali dell'ordinamento ai quali dovranno adeguarsi le regioni e gli enti locali, negli ambiti di rispettiva competenza (2 comma), limitando, però, tale complessiva attività di ricognizione solo ad alcune disposizioni.

Quindi, nonostante i criteri della delega ed i suggerimenti espressi, nel corso dell'iter procedurale, in sede dottrinale¹³¹, il decreto attuativo, composto da un numero non indifferente di articoli (per un complessivo numero di 74), non ha proceduto ad una ricostruzione puntuale delle disposizioni direttamente applicabili agli enti territoriali in quanto attinenti ai profili privatistici del rapporto di lavoro (ex art. 117, 2 comma lett. *l* Cost.) e quelle che concernenti, invece, l'"organizzazione", ambito che, anche se interferente con il rapporto di

¹³⁰ Il confronto tra il testo approvato dal Consiglio dei Ministri l'8 maggio 2009 e quello emendato dalla Conferenza Unificata, nel corso delle trattative alle quali si è posto fine con l'intesa raggiunta il 29 luglio 2009 (in Dossier "L'approvazione del decreto legislativo Brunetta di riforma della P.A." C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" in www.lex.unict.it) conferma che si deve all'intervento di quest'ultima l'inserimento di disposizioni rivolte specificamente "agli enti territoriali ed al Servizio Sanitario Nazionale", come anche, in seno alle "norme finali e transitorie", la specificazione delle disposizioni espressione di competenza esclusiva o di attuazione dell'art. 97 Cost., nonché l'inserimento di un articolo circa l'applicabilità della riforma nei confronti delle regioni a statuto speciale (art. 74, 5 comma).

¹³¹ Si rinvia in merito a Talamo V., *o.ult.cit.*, pag. 10.

lavoro, afferisce alla potestà regionale residuale (art. 117, 4 comma Cost.).

Non solo, nello scenario complessivo del decreto attuativo, l'art.74 assurge, nella sua valenza di norma finale, a tentativo di adattare “*in extremis*” una disciplina, che, nelle temute prospettive già rilevabili nella legge delega, è pervasa da un intento “centralistico”¹³², ad un assetto regolativo multilivello mediante una ricognizione, peraltro, limitata solo ad alcune disposizioni del decreto, lasciando allo sforzo interpretativo il compito di accertare, nelle residue fattispecie, l'effettivo “ambito di applicazione” (in tal senso è, poi, rubricata la norma)¹³³.

¹³²Rilievi critici in tal senso sono stati espressi in dottrina da Caruso B., *op.ult.cit.*, pag. 235 e ss., il quale sottolinea che l'intento politico della riforma, connotata da una forte impronta “dirigista e centralizzatrice” e realizzata mediante “strumenti che non si limitano a “regolare” ma a “costringere”, in ragione del sistema delle autonomie costituzionalmente protette “non si è potuto trasferire *de plano*: da cui l'effetto ossimorico di una legge che vuole regolare coercitivamente dal centro ed al contempo vuole (o deve) rispettare i centri di produzione autonoma delle regole” (pag.242); anche se con formula più sintetica, Caruso accusava la riforma di ispirarsi ad un disegno centralistico anche in, *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (Il ridisegno della governance nella p.a.italiana)* W.P. C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona” n.104/2010 in www.lex.unict.it; inoltre, Ricci G., *L'applicazione della riforma Brunetta negli enti territoriali e nelle autonomie funzionali*, in LPA, 2010, 507 e ss., a parere del quale il testo definitivo va considerato “un modello di disciplina amorfo” in cui “il legislatore delegato ha..finito per concedere alle autonomie territoriali più di quanto avrebbe voluto concedere” (pag.509); e, anche se in maniera meno esplicita, medesime critiche alla riforma. quale disciplina uniforme che si vuole imporre dall'alto a tutte le pp.aa., solleva D'Auria G., *Il nuovo sistema delle fonti: legge e contratto collettivo, Stato e autonomie territoriali*, in GDA, 1/2010 pag. 5 e ss.

¹³³ Si rammenta che, benchè il d.lgs. n. 150 del 2001 sia composto da ben 74 articoli, l'art. 74, 1 e 2 comma effettua una ricognizione, al fine di definirne l'ambito di applicabilità, limitata a non più di 32 articoli. I rinvii a singole disposizioni del decreto, contenuti in seno all'art. 74, non sono, poi, privi di aporie, basti considerare, limitandoci ad una mera esemplificazione, che entrambi i commi non contengono riferimenti all'art. 10 della riforma dedicato a “piano della *performance* e relazione della *performance*” benchè il successivo art. 13, al 6 comma lett. c, preveda, fra le competenze della CIVIT, anche la verifica, a campione, dei relativi documenti predisposti dagli enti territoriali. Così come non viene fatta menzione, nella norma finale, agli artt. 12,13 e 14 del decreto, dedicati ai soggetti fondamentali del processo di misurazione e valutazione suddetto, nel tentativo, probabilmente, di garantire l'autonomia organizzativa degli enti territoriali, rinviando, però, il primo comma dell'art.74 (in funzione di determinazione di livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, 2 comma lett.m) all'art. 30 che riguarda sia la CIVIT che l'Organismo indipendente di valutazione (OIV). Entità che vanno, quindi, intese quali espressione di quei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili ex art. 117, 2 comma lett.m. Ciò trova una conferma in quelle disposizioni contenute nel Titolo II del d.lgs. n. 150 del 2009 che esprimono una interrelazione tra misurazione e valutazione della performance e “qualità dei servizi offerti dalle amministrazioni pubbliche” o connettono il sistema di valutazione con il soddisfacimento dell'interesse del destinatario dei servizi (art. 3, 1 e 4 comma), o con la soddisfazione finale dei bisogni della collettività (art. 8, 1 comma lett.a).

Sforzo nel quale, una volta costituita, è stata coinvolta anche la Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT), la cui funzione, secondo le indicazioni dell'art. 13 del decreto, è diretta ad indirizzare e coordinare i sistemi di valutazione della *performance* dei quali dovranno dotarsi le singole pp.aa. L'attività deliberativa della CIVIT ha, invero, costituito uno strumento, seppur imperfetto, per delimitare l'ambito di applicazione della riforma agli enti territoriali ed al SSN¹³⁴, anche se nei limiti delle disposizioni contenute nel Titolo II e III, dedicati, rispettivamente, alla valutazione della *performance* delle strutture e del personale ed alla valorizzazione del merito, cioè ad aree particolarmente delicate in quanto suscettibili di incidere anche sugli assetti organizzativi delle pp.aa.

In considerazione dell'assetto multilivello delle potestà legislative, elementi di complessità presenta, in particolare, l'esegesi del secondo comma dell'art. 74 nella parte in cui viene posto, agli enti territoriali e del SSN, un vincolo di adeguamento ad una serie di norme del decreto (in buona parte già indicate negli art. 16 e 31¹³⁵), poste in attuazione dell'art. 97 della Costituzione e qualificate quali "principi generali dell'ordinamento"¹³⁶.

¹³⁴ In merito all'applicabilità delle disposizioni contenute nei Titoli II e III della riforma "Brunetta" agli enti territoriali ed alle amministrazioni del SSN, la Civit ha teso a dimostrare particolari cautele dirette a garantire l'autonomia ad essi costituzionalmente riconosciuta. Tra le altre, con delibera n. 6 del 2011, ha precisato, che in caso di mancato adeguamento da parte degli enti in esame entro il termine del 31.12.2010 ai principi richiamati nell'art. 16, 2 comma e nell'art.31, 1 comma del medesimo decreto, vanno ad essi applicate "non tutte le disposizioni del Titolo II e del Titolo III, ma soltanto gli articoli e i commi ivi richiamati".Escludendo, pertanto, che all'inerzia delle amministrazioni consegua un'applicazione più ampia di quella prevista dal legislatore a regime.

¹³⁵ L'art. 31 del d.lgs. n. 150 del 2009 ha subito recentemente modifiche in virtù dell'art. 3 del c.d. decreto correttivo della riforma Brunetta (d.lgs. n. 141 dell'1.8.2011) che ha esteso agli enti territoriali e del SSN il tetto, riferito al numero di dipendenti e dirigenti previsto dall'art. 19, 6 comma, al di là del quale occorre applicare il sistema delle fasce di merito ai fini della distribuzione del trattamento accessorio collegato alla *performance*.

¹³⁶ L'art. 74, 2 comma del d.lgs. n. 150 del 2009 attribuisce il valore di norme di diretta attuazione dell'art. 97, 2 comma Cost. alle disposizioni riguardanti: la misurazione, la valutazione e la trasparenza della *performance* (artt. 3, 4, 5, 2 comma, art. 7, 9 e 15, 1 comma); la valorizzazione del

Benchè il rinvio all'art. 97 della Costituzione potrebbe spiegarsi in ragione dell'art. 117,1 comma che vincola la potestà regionale al rispetto dei principi costituzionali, non si comprende il rinvio ai "principi generali dell'ordinamento" che non andrebbe, quindi, inteso secondo una interpretazione letterale stante la loro "estraneità" alla ripartizione tra potestà normative statali e regionali¹³⁷, alla quale si addice, piuttosto, la nozione di "principi fondamentali dell'ordinamento" che funge da limite negativo, peraltro, all'esercizio della potestà concorrente di cui al 3 comma dell'art. 117 Cost.

Dovendosi, però, fornire una interpretazione costituzionalmente orientata, non può tale richiamo che intendersi riferito ai principi che il legislatore statale può emanare in funzione di garanzia dell'uniformità dell'ordinamento amministrativo essendo legittimato in tal senso dall'art. 5 Cost., nonché dal richiamo ad una "unità giuridica" contenuto nella nuova formulazione dell' art. 120 Cost., ma, non può, contestualmente, non osservarsi che le norme riportate nel secondo comma dell'art. 74 presentano un contenuto di dettaglio e, sotto tale aspetto, i rilievi critici non paiono pienamente superabili.¹³⁸

merito e gli strumenti di incentivazione della *performance* (art. 17, 2 comma ed art. 18); le progressioni verticali di carriera (artt. 24, 1 e 2 comma, art. 62, 1 e 1 bis comma); le progressioni economiche orizzontali (art. 23, 1 e 2 comma); l'assegnazione degli incarichi e la responsabilità (art.25); l'accesso ai percorsi di alta formazione (art. 27, 1 comma).

¹³⁷ Cfr. D'Auria G., *op.ult.cit.*, pag. 10, ma anche a Trojsi, *L'impiego regionale: fonti e spazi di competenza legislativa delle Regioni*, in *Le istituzioni del federalismo*, 5-6/2009, pag. 856.

¹³⁸ A titolo meramente esemplificativo, si rinvia al contenuto degli artt.7 e 9, tendenti a disciplinare le strutture organizzative preposte alla valutazione, fornendo per il loro operato criteri abbastanza stringenti. Si profilano dubbi di costituzionalità poi, sulle cc.dd. clausole di cedevolezza inserite negli artt. 16, 3 comma e 31, 4 comma dirette a porre alle regioni, al SSN ed agli enti territoriali un termine per l'adeguamento ai principi ivi indicati, decorso il quale, andrebbero applicati le disposizioni del decreto. In tal modo si apre la strada per vincolare la potestà residuale in materia di organizzazione che, si ricorda, è una potestà piena. In merito si rinvia a Salomone R., *Ambito di applicazione del decreto. Disposizioni per Regioni, autonomie locali, amministrazioni del SSN ed altre amministrazioni*, in *La terza riforma del lavoro pubblico* (a cura di Carinci F. e Mainardi F.), 2011, pag. 27 e ss. a parere del quale il contenuto dettagliato delle norme alle quali rinvia il secondo comma dell'art. 74, attribuendo ad esse la valenza di norme-principio, esprimerebbe l'intenzione da parte del legislatore di proteggere la riforma "sul fronte finanziario" trattandosi di istituti diretti ad incentivare la produttività della p.a.(si pensi alla misurazione, valutazione e trasparenza della *performance* di cui agli artt. 3,4, 5, 2 comma, 7, 9 e 15, 2 comma) e funzionalizzati, quindi, al contenimento della spesa.

Il valore di dettaglio delle norme richiamate potrebbe, allora, far ritenere che il legislatore non abbia tentato un compromesso tra coerenze di sistema e spazi garantiti costituzionalmente all'autonomia regionale bensì vincolare il legislatore regionale al rispetto di scelte preconfezionate dal governo esprimendo, quindi, un intento centralista.

Come già evidenziato, la riforma Brunetta ha inciso, mediante modifiche, integrazioni e sostituzioni, anche su alcune norme del d.lgs. n.165 del 2001, non tutte esplicitate, secondo il criterio di delega ex art. 2, 4 comma, nell'elencazione contenuta in seno all'art. 74, il quale fa, prevalentemente, rinvio ad alcune disposizioni in tema di contrattazione collettiva (si tratta degli artt. 54,57,61,62,comma1) o al dettagliatissimo apparato sanzionatorio (artt. 68,69,73 commi 1e3), aree che, comunque, afferiscono alla materia "ordinamento civile".

Nonostante la figura dirigenziale costituisca, nel disegno complessivo della riforma, uno strumento cruciale per la realizzazione degli obiettivi esplicitati dal legislatore delegante¹³⁹, con conseguente intensificazione delle sue prerogative ed un rafforzamento della sua autonomia, sia nei rapporti con l'organo di indirizzo politico che della controparte sindacale, a fronte di una sua accentuata responsabilità, l'art. 74 nulla specifica circa l' "ambito di applicazione" delle relative

¹³⁹ Rivelatore della centralità della figura dirigenziale in funzione del conseguimento degli obiettivi di fondo della riforma appare l'art. 6, 1 comma della legge n. 15 del 2009, dalla lettura del quale si evince una connessione tra modifica della disciplina della dirigenza pubblica ed il "miglioramento della qualità delle prestazioni", la realizzazione di "adeguati livelli di produttività" ed il "riconoscimento di meriti e demeriti". Su una effettiva acquisizione di autonomia da parte del dirigente in esito al decreto attuativo si sollevano dubbi derivanti, peraltro, dalla previsione, sempre nel medesimo art. 6 della legge delega e, successivamente riportata nell'art. 37 del d.lgs. n. 150 del 2009, di una regolazione del rapporto tra organi di vertice e dirigenti titolari di incarichi apicali diretta a garantire " la piena e coerente attuazione dell'indirizzo politico" che farebbe presumere una maggiore incidenza da parte dell'organo politico sull'operato del dirigente apicale. In merito, Mezzacapo, *Dirigenza pubblica e tecniche di tutela*, 2010, pag. 37 e 254. L'autonomia dirigenziale appare, ormai, posta a rischio dall'art. 9, 32 comma della legge n. 122 del 2010(c.d. "manovra Tremonti") che scinde la conferma dell'incarico dalla valutazione e dalle garanzie procedurali prescritte dall'art. 19 del d.lgs. n. 165 del 2001 post- riforma Brunetta.

disposizioni (si tratta degli artt. 37-47, mentre sono citati gli artt.34 e 36 riferibili, comunque, alle prerogative dirigenziali).

Permanendo, in tal modo, aperto il problema della perdurante o meno vigenza dell'art. 27 del d.lgs. n. 165 del 2001 (v. *supra*) in conformità al quale le Regioni, in materia di dirigenza, sarebbero tenute solo ad adeguare i propri ordinamenti ai principi ricavabili dal Titolo II-Capo II del 165 (dedicato, appunto, alla dirigenza), trattandosi, ormai, di una previsione che non appare più conforme al riparto di competenze in materia di rapporto di lavoro e di organizzazione derivante dalla modifica del Titolo V della Costituzione.

Una chiarificazione che, benché auspicata¹⁴⁰, non è intervenuta, ma che sarebbe stata opportuna, considerata la interconnessione del rapporto di lavoro dirigenziale con l'assetto organizzativo-istituzionale delle singole amministrazioni in quanto, come è stato osservato, “regolare il lavoro del dirigente significa in qualche modo delimitarne ruolo e poteri, con immediati riflessi sull'organizzazione che il dirigente concorre a guidare”¹⁴¹.

Una carenza che ha già manifestato i primi effetti sul piano della conflittualità Stato/Regione, essendo stata chiamata la Consulta¹⁴²a

¹⁴⁰ In merito, Salomone R., “*Il lavoro pubblico regionale e locale nella riforma Brunetta*”, in LPA, 2009, 12, pag. 1 e ss. ma vedasi anche Trojsi A., in *oo.pp.uu.cc.*, la quale, nell'affrontare il problema della influenza della riforma sulle autonomie regionali, sottolinea la mancata abrogazione esplicita dell'art. 27 del d.lgs. n.165 del 2001, ormai inapplicabile alle Regioni presupponendo una competenza concorrente non più prevista nell'attuale art.117 Cost.

¹⁴¹ La frase è mutuata da Zoppoli L., *La (piccola) "controriforma" della dirigenza nelle amministrazioni pubbliche non statali: prime riflessioni critiche*, LPA, 2002,6, pag. 921

¹⁴² Si tratta della sentenza della Corte Costituzionale n. 324 del 2010, commentata da Bolognino D., *Problemi di applicabilità dell'art. 19, comma 6 e 6bis, alle regioni ed agli enti locali in uno Stato multilivello*, in LPA, 2011, I, pag. 144 e ss. ed in merito alla questione non ancora giunta a decisione, Gardini G., *L'autonomia della dirigenza nella (contro) riforma Brunetta*, LPA, 2010, 3/4, pag. 600 e ss. La Consulta ha rigettato le varie eccezioni sollevate, tra le quali il contrasto con la potestà residuale in materia di organizzazione ex art. 117, 4 comma, ritenendo che le norme impugnate non riguardino né procedure concorsuali pubblicistiche per l'accesso al pubblico impiego né scelte discrezionali sulla modalità di costituzione di quel rapporto, limitandosi a regolamentare (per quanto riguarda requisiti, durata ed altro) il contratto che l'ente conclude con il soggetto esterno al quale conferisce l'incarico. Definendo, pertanto, l'art. 19, 6 comma e 6 bis espressione della competenza statale in materia di ordinamento civile.

pronunziarsi in merito all'applicabilità, anche a livello regionale, di quelle disposizioni dirette a disincentivare il fenomeno degli incarichi dirigenziali esterni che ha connotato, nel corso dell'ultimo decennio, le amministrazioni italiane¹⁴³, creando una dirigenza "fidelizzata" e, quindi, idonea a porre in crisi il principio di distinzione tra vertice politico ed attività gestionale, ed, in ultima analisi, l'autonomia della figura dirigenziale, il cui rafforzamento- come già evidenziato- costituisce uno degli obiettivi prefigurati dal riformatore (art. 1, 2 comma del d.lgs. n. 150 del 2009).

All'attenzione del giudice delle leggi è stato posto, infatti, l'art. 19 del 165, come modificato ed integrato dall'art. 40 del decreto Brunetta, nella parte in cui, ai commi 6 e 6 *bis*, pone le condizioni ed i limiti, in termini di percentuale, per il conferimento di incarichi dirigenziali a soggetti esterni, estendendoli anche alle Regioni in virtù del richiamo contenuto al comma 6 *ter*, ritenuto, a parere delle ricorrenti, lesivo, tra l'altro, della potestà residuale ex art. 117, 4 comma, inerendo alle modalità di accesso all'impiego pubblico regionale, ambito rimesso alle scelte autonomistiche in materia di organizzazione di uffici.

La pronuncia di infondatezza alla quale è giunto il giudice costituzionale, che appare, invero, discutibile in quanto tesa a ricondurre la fattispecie posta al suo esame negli angusti limiti di una "stipulazione di un contratto di diritto privato" tra l'amministrazione ed il soggetto al quale viene conferito l'incarico, è sintomatica della permanente ed attuale difficoltà, nonostante il consistente e recente intervento

¹⁴³ C.f.r. Salomone R., "Il lavoro pubblico regionale e locale nella riforma Brunetta", in LPA, 2009, 12, pag. 1 e ss., nel corso della ricostruzione sull'evoluzione subita dall'amministrazione italiana vengono evidenziati gli effetti del condizionamento della politica sui rapporti di lavoro all'interno delle pp.aa. rilevando, tra le conseguenze, un progressivo "svuotamento dei criteri di professionalità" nella scelta della classe dirigente determinato dalla vigenza di norme che, prive di vincoli stringenti, consentono all'organo di indirizzo politico margini di manovra per cooptarla dall'esterno.

riformatore, a porre una linea di demarcazione tra la disciplina del rapporto di lavoro (privatistica) e la disciplina dell'organizzazione, rimessa ancora a fonti pubblicistiche (anche se ormai solo nei limiti della macro-organizzazione).

Nel contempo, l'opzione ermeneutica prescelta dalla Consulta avvalla, pur nel quadro costituzionale di uno Stato multilivello, un intento ancora centralistico del legislatore nazionale.

CAPITOLO TERZO

Il rapporto di lavoro nel sistema sanitario regionalizzato tra specificità e processo di riforma

1. La rilevanza del modello organizzativo sanitario regionalizzato nel d.lgs. n. 150 del 2009.

Nel corso del precedente capitolo, si è posta l'attenzione sulle disposizioni di ispirazione federalista contenute in seno al d.lgs. n. 150 del 2009, all'interno del quale, oltre all'art. 74, che assolve un funzione cardine, nel tentativo di definire, nel disegno complessivo della riforma, gli ambiti riservati a potestà esclusive e potestà multilivello, e che, rivolgendosi alle Regioni, affianca ad esse gli enti del SSN, vanno considerati gli artt. 16 e 31. All'atto di individuare alcune disposizioni di diretta applicazione o oggetto di un obbligo di adeguamento da parte degli enti territoriali, gli articoli 16 e 31 del decreto, rispettivamente, per quanto concerne il processo di misurazione e valutazione della performance ed il sistema di incentivi e premi, si riferiscono alle Regioni "anche per quanto concerne i propri enti e le amministrazioni del Servizio Sanitario Nazionale".

Il legislatore statale opera, quindi, un'assimilazione Regioni/sanità che appare, *prima facie*, il prodotto dell'evoluzione in senso regionalistico del sistema sanitario (sulla quale si rinvia al Cap. I) che, già emersa nel contesto del d.lgs. n. 502 del 1992, subisce, sull'onda del principio di sussidiarietà, un'accelerazione nella stagione del c.d. federalismo "a Costituzione invariata" traente linfa dalla legge n. 59 del 1997, e viene definitivamente consacrata nel decreto legislativo n. 229 del 1999 (art.2), più noto quale riforma Bindi, dal nome del dell'allora Ministro della Sanità.

Un' equiparazione suscettibile di sollevare perplessità in quanto, come già avvertito in ambito dottrinale¹⁴⁴, concerne enti e rapporti di lavoro che non presentano elementi di affinità, e che, non a caso, già all'indomani dell'approvazione del decreto attuativo, ha sollevato contestazioni da parte della classe medica, risorsa umana strategica del settore sanitario e -come deducibile dai, già citati, interventi normativi degli anni '90- punto nevralgico di qualsiasi sua riforma strutturale, che accusava la riforma di presentarsi quale "schema rigido e burocratico che non tiene conto della specificità del Servizio Sanitario Nazionale, irriggimentato, alla faccia del federalismo, in una gabbia normativa come tutto il pubblico impiego"¹⁴⁵.

Invero, una scelta, che, da un lato, assimila la sanità, nelle sue istituzioni territoriali, ad altri enti regionali ma che, dall'altro, opportunamente le distingue, non potendo le aziende sanitarie, alle quali, primariamente, si rivolge il decreto Brunetta mediante la formula "amministrazioni del Servizio sanitario nazionale"¹⁴⁶, essere equiparate, in ragione della specificità della loro natura giuridica, agli enti "propri" (art.16,1 comma e 31,1 comma) della Regione, cioè agli enti, che

¹⁴⁴ Cfr. Ricci G., *L'applicazione della riforma Brunetta negli enti territoriali e nelle autonomie funzionali*, in LPA, 2010, 3/4, pagg. 509 e ss., il quale solleva forti dubbi sulla percorribilità di una simile scelta, paventando la necessità di modelli contrattuali comunque differenziati.

¹⁴⁵ Si tratta delle dichiarazione espressa dal Coordinamento della Cosmed (la Confederazione che rappresenta i medici e i dirigenti del Ssn) e dalla segreteria nazionale dell'Anao Assomed (Associazione medici dirigenti) ed apparsa sia su Panorama della Sanità n. 39 del 19.10.2009 che su Il Sole 24 ore Sanità n. 39 del 20/26 ottobre 2009.

¹⁴⁶ Nel corso del presente lavoro l'attenzione sarà rivolta solo alle aziende sanitarie di cui all'art. 3 e ss. del d.lgs. n. 502 del 1992 e ss.mm. (ivi comprendendo le aziende ospedaliere, le cui differenze con le aziende sanitarie locali non appaiono rilevanti ai fini della presente ricerca, ma escludendo le aziende ospedaliero-universitarie). Non si farà riferimento, quindi, ad enti che, pur operando all'interno del SSN e le cui attività assistenziali sono state oggetto di trasferimento alle regioni in conformità alle prescrizioni dell'art. 122 comma del d.lgs. n.112 del 1998, godono di una disciplina specifica, quali, gli istituti di ricovero e cura a carattere scientifico di cui al d.lgs n. 288 del 2003 o gli istituti zooprofilattici sperimentali, per limitarci ai casi più eclatanti. Si tratta di enti i cui rapporti di lavoro, comunque, sono confluiti, ai fini della contrattazione collettiva, nel medesimo comparto, cioè quello del personale del SSN (art. 2 e 10 del CCNQ del 1.6.2007) ed accomunati da medesime aree separate di contrattazione per la dirigenza (art. 2 del CCNQ del 1.2.2008). Ma, come si avrà modo di sottolineare più avanti, sui comparti di contrattazione e sulle aree separate per la dirigenza ha ormai inciso il decreto Brunetta mediante le modifiche apportate all'art. 40 del d.lgs. n. 165 del 2001(v.*infra*).

soggetti ai suoi poteri di indirizzo, controllo e nomina, sono ad essa collegati da un rapporto di strumentalità¹⁴⁷.

In tal senso, il progetto organico di riforma avviato e concluso nel 2009 prende atto delle novità introdotte dalla riforma Bindi che, nel configurare, mediante l'introduzione nell'art. 3 del d.lgs. n. 502 del 1992 del 1 comma bis, le unità sanitarie locali quali "aziende con personalità giuridica pubblica e autonomia imprenditoriale", non si limita a definirle quali meri enti strumentali della Regione¹⁴⁸, come espressamente sancito, invece, nella primigenia versione della disposizione (non ancora aggiornata dal successivo d.lgs. n. 517 del 1993).

Alle aziende sanitarie non sono state, invero, attribuite, le tipiche autonomie di natura istituzionale delle quali usufruiscono, di regola, le altre entità di diritto pubblico, quali, limitandoci ad una mera esemplificazione, l'autonomia organizzativa, amministrativa, patrimoniale, contabile, di bilancio, bensì, un'un'autonomia imprenditoriale che trova la sua primaria espressione in un'organizzazione ed un funzionamento rimessi ad un atto aziendale che, nonostante la sua valenza di atto di macro-organizzazione, ha natura

¹⁴⁷ Per una definizione di ente "strumentale" si rinvia a Cerulli Irelli V., *Lineamenti di diritto amministrativo*, 2011, Torino, Giappichelli, pag. 114 e ss., a parere del quale un ente siffatto è caratterizzato da una posizione di dipendenza rispetto all'ente territoriale il cui indicatore fondamentale è rappresentato dall'identità dell'interesse pubblico perseguito da entrambi, cui derivano a favore dell'ente territoriale, poteri di programmazione dell'azione dell'ente dipendente, di vigilanza sul suo operato e di approvazione degli atti di maggiore rilevanza da questi adottati.

¹⁴⁸ Sulla natura giuridica delle aziende sanitarie la giurisprudenza non è stata sempre univoca. A fronte del Tar Toscana che, con sentenza n. 5101 del 17.9. 2003, esclude, alla luce degli ultimi interventi normativi in materia, la natura di enti strumentali delle aziende sanitarie, si pone il Consiglio di Stato Sez. V che oscilla tra il sostenerne tale natura (sentenze n. 5836 del 2005 e n.4306 del 27.4.2003) ed il sancirne (con sentenze n. 809 del 2002 e n. 2609 del 2001), la qualifica di enti pubblici economici, categoria peraltro obsoleta a seguito della trasformazione della maggior parte di essi in società per azioni (es.:Enel, Eni, Ina, Iri). Ma, benché l'azienda sanitaria sia tenuta a conseguire un risultato economico, dovendo soddisfare la domanda di prestazioni sanitarie con il minor costo possibile nel rispetto del vincolo di bilancio, non persegue, differentemente dall'e.p.e, quale fine istituzionale, uno scopo di lucro. La Corte Costituzionale assimila le aziende sanitarie agli enti strumentali della regione sia nella sentenza n. 104 del 2007, con la quale interviene in un caso di *spoils system* in sanità, che nella sentenza n. 220 del 2003, in virtù di alcune caratteristiche che appaiono in tal senso inequivocabili, venendo esse costituite con legge regionale, sottoposte al loro controllo (invero, limitato solo a determinati atti), alla loro vigilanza nonché al loro potere di indirizzo ed essendo il loro organo di vertice nominato anche dalla Regione.

di diritto privato (art. 3, 1 comma *bis* del d.lgs. n. 502 del 1992 e ss.mm.)¹⁴⁹.

Un'autonomia che, indubbiamente, non si riferisce al prodotto che è già predefinito, dovendo l'azienda soddisfare la domanda sanitaria garantendo i livelli essenziali di assistenza, ma che attiene all'organizzazione dei fattori produttivi ed, in particolare, alle modalità di organizzazione dei poteri gestionali da parte del direttore generale il quale, pur essendone l'unico detentore, può, secondo una logica imprenditoriale, disporne, deconcentrarli, mediante le scelte canonizzate nell'atto aziendale, organizzando autonomamente l'azienda¹⁵⁰(nel rispetto solo di direttive generali regionali)¹⁵¹.

Nel contempo, l'atto aziendale è lo strumento mediante il quale il direttore generale, sulla base dei bisogni dell'utenza insediata nel

¹⁴⁹ L'art. 3, comma 1 *bis* del d.lgs. n. 502 del 1992 e ss.mm. recita testualmente: "In funzione del perseguimento dei loro fini istituzionali, le unità sanitarie locali si costituiscono in aziende con personalità giuridica pubblica e autonomia imprenditoriale; la loro organizzazione e funzionamento sono disciplinati con atto aziendale di diritto privato...". La eccezionale natura privatistica degli atti di macro-organizzazione delle aziende sanitarie, in quanto espressione dell'autonomia imprenditoriale ad esse riconosciuta dall'art. 3, comma 1 *bis* del d.lgs. n. 502 del 1992 e ss.mm., è stata confermata anche in sede giurisprudenziale spettando la giurisdizione in ordine a tali atti al giudice ordinario. In tal senso, tra le altre, T.A.R. Sicilia, Sez. II Ct, n. 2269 del 2011 e n. 3855 del 2010; Cass. Sez. Un. ord.n. 2031 del 2008 e Cass. Sez. Un. n. 17461 del 2006.

¹⁵⁰ C.f.r. Pioggia A., *Direzione e dirigenza nelle aziende sanitarie. Una analisi della distribuzione del potere decisionale alla luce degli atti aziendali*, in *Sanità Pubblica e privata*, 2008,3,pag. 5 e ss.

¹⁵¹ In conformità all'art. 3, comma 1 *bis* del d.lgs. n. 502 del 1992 e ss.mm., come modificato dall'art. 1 del d.lgs. n. 168 del 2000, la regione non è più vincolata a predisporre "principi e criteri direttivi" (le cc.dd. linee guida) per l'adozione dell'atto aziendale mediante lo strumento legislativo. Si tratta di una scelta rispettosa dell'autonomia regionale ma che consente, da un lato, alla regione di esprimersi anche mediante disposizioni di dettaglio e, quindi, limitanti l'autonomia delle singole aziende, dall'altro, in considerazione della minore vincolatività giuridica, consentirebbe al Direttore Generale della singola azienda scelte sul modello organizzativo e funzionale da adottare maggiormente flessibili e creative. Ma, ad processo di differenziazione regionale dei servizi sanitari non si è accompagnato, come sarebbe stato auspicabile in considerazione di una potestà di autorganizzazione che si esprime con un atto di diritto privato ed è espressione di autonomia imprenditoriale, un vero processo di differenziazione aziendale in quanto la funzione di indirizzo può essere, anche, discrezionalmente utilizzata dalla regione come elemento uniformizzante o meno dei relativi assetti organizzativi. In tal modo, si trae conferma che il rapporto di strumentalità regione/azienda sanitaria, come già evidenziato, è atipico in quanto diversamente configurabile in funzione di un potere di indirizzo che può consentire assetti organizzativi e funzionali non omogenei, permanendo quali indicatori fondamentali di tale rapporto: l'identità del fine istituzionale da perseguire (cioè la tutela della salute) ed i vincoli esterni derivanti dalle leggi regionali di organizzazione dei servizi sanitari e dai poteri di programmazione, vigilanza e nomina regionali. Cfr. Ponti B., *Flessibilità organizzativa ed efficienza delle Aziende Sanitarie.Un'analisi della relazione tra atto aziendale e linee guida regionali*, in *Sanità Pubblica e Privata*, 6/2008, pag. 5 e ss...

territorio di riferimento, traccia le linee fondamentali per quanti/qualificare l'offerta complessiva del servizio.

Ma l'azienda sanitaria, erogando servizi sanitari (o acquistandoli sul mercato) per conto della regione, che è investita della titolarità della funzione amministrativa "tutela della salute", oltre che della relativa potestà legislativa in materia, finisce per dividerne il medesimo interesse istituzionale, venendo il suo operato vincolato al raggiungimento di obiettivi derivanti dalla programmazione regionale e sottoposto, anche se limitatamente agli atti di maggiore rilevanza, alla sua vigilanza, a conferma, pur nella sua configurazione *sui generis* che non la rende confrontabile con gli altri enti regionali, di un innegabile ruolo strumentale con la Regione¹⁵².

Emblematico appare, in tal senso, il dettato dell'art. 3, 1 comma del d.lgs. 502 del 1992, introdotto dalla riforma Bindi, nel quale le Regioni vengono identificate quali entità che assicurano "attraverso le

¹⁵² In dottrina, *contra* su una relazione strumentale con la Regione, Ferrara R., *L'ordinamento della sanità*, 2007, Torino, Giappichelli, pag. 166 e ss., ad avviso del quale la possibilità per l'azienda sanitaria di servirsi di moduli e strumenti che sono propri delle imprese smentisce un rapporto che la riduca a terminale operativo della regione; assume in merito una posizione un po' ambigua, Jorio E., *Diritto sanitario*, 2006, Milano Giuffè, pag. 139 e ss., il quale, pur tentando di assimilare l'azienda sanitaria ad un'impresa privata in quanto "lo scopo istituzionale/aziendale" viene perseguito con gli strumenti e con l'organizzazione liberamente individuati con l'atto aziendale dall'imprenditore/Direttore generale (nel rispetto, ricordiamo, delle direttive regionali), ne ammette, poi, implicitamente, la natura strumentale, in virtù del riconoscimento normativo di una personalità giuridica di diritto pubblico che la "vede costretta ad un ruolo strumentale ..rispetto alla Regione" nel garantire i LEA; in maniera esplicita sulla configurazione giuridica quale ente strumentale, nonostante l'abrogazione di tale qualificazione, una parte considerevole della dottrina, *ex plurimis* : Cilione G., *Diritto sanitario*, 2005, Bologna, Maggioli, pag. 176, ad avviso del quale è fondata su un collegamento finalistico con l'ente regionale; evidenzia, nonostante l'autonomia imprenditoriale, gli ambiti di influenza esercitati dall'ente regionale nei confronti dell'azienda in esame, Casalini D., *La qualificazione giuridica soggettiva e l'autonomia imprenditoriale delle aziende sanitarie*, in Pioggia A, Civitarese, Matteucci S., Dugato M., Racca G.M.(a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario: un primo bilancio*, 2008, Milano, Angeli, pag. 299 e ss; si colloca su analoghe posizioni, Rinaldi F., *L'incerta natura giuridica dell'azienda sanitaria locale*, in *Giur. merito*, 2007, 7/8, pag. 1922 e ss. Una relazione siffatta con la Regione è rilevabile, ad esempio, nell'ultima legge di riordino del servizio sanitario emanata dalla Regione Sicilia (legge n. 5 del 2009) che riserva all'ente territoriale, oltre all'attività di programmazione (art. 2), poteri di vigilanza e di controllo su determinati atti (art.16) nonché la nomina del direttore generale, l'assegnazione a questi di obiettivi da raggiungere nella gestione aziendale e la valutazione della sua attività fondata sul binomio risultati/obiettivi (artt.16-20).

unità sanitarie locali” (o avvalendosi delle aziende ospedaliere) i livelli essenziali di assistenza.

Un rapporto di strumentalità che trova un’ ulteriore conferma nelle disposizioni introdotte, in attuazione della legge delega sul federalismo fiscale (legge n. 42 del 2009), dal d.lgs. n.68 del 2011 in materia di finanziamento del servizio sanitario fondato sul nuovo criterio costi/fabbisogni *standard*¹⁵³, tendente ad intensificare la responsabilità sulle risorse utilizzate in tale ambito da parte del vertice politico regionale, esposto, ormai, alla sanzione della non ricandidabilità.

In tale prospettiva va, quindi, letta l’assimilazione e, nel contempo, la distinzione effettuata dal legislatore tra le aziende sanitarie, modello organizzativo “atipico”, neppure raffrontabile con altre aziende pubbliche¹⁵⁴, e gli enti regionali, presente non solo negli articoli sovracitati del d.lgs. n. 150 del 2009 ma anche in tutte le altre disposizioni che nel *corpus* del testo vi fanno formale riferimento.

2.Gli effetti dell’ultimo processo di riforma sulla contrattazione collettiva dei rapporti di lavoro nei sistemi sanitari regionalizzati.

Dovendo soffermarci, nel corso del capitolo, sulla specificità che, nell’ambito della dirigenza pubblica, presenta la dirigenza

¹⁵³ A decorrere dal 2013, il finanziamento della spesa sanitaria regionale, secondo le previsioni contenute negli artt. 25-32 del dlgs. n.68 del 2011, sarà fondato sul criterio dei costi *standard* valutati in relazione a fabbisogni *standard*, che consentirà di rendere omogenei sul territorio nazionale i valori produttivi del servizio, contenendone i prezzi, e, nel contempo, di valutare gli scostamenti dai costi reali, e, quindi, di monitorare lo stato di efficienza del servizio. Sul tema, Jorio E., *Un primo esame del d.lgs. n. 69/2011 sul federalismo regionale e il finanziamento della sanità*, in *Sanità pubblica e privata*, 2011, 5, pag. 24 e ss.

¹⁵⁴ Il confronto potrebbe essere effettuato con le aziende speciali di cui all’art. 114 del d.lgs. n. 267 del 2000 (T.U. delle leggi sull’ordinamento degli enti locali) ma la mancanza di un consiglio di amministrazione e l’affidamento di tutti i poteri di gestione al direttore generale, attribuiscono all’azienda sanitaria un assetto organizzativo con esse non comparabile. Pieri M., *Le aziende sanitarie*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, 2009, Cedam, pag. 37 e ss. la qualifica quale modello atipico di azienda, non raffrontabile con altre forme di aziende, siano anche le aziende speciali.

sanitaria, e sulle influenze più rilevanti che su questa ha esercitato l'ultimo processo di riforma del lavoro pubblico, limiteremo, per il momento, la nostra attenzione, prima di intraprendere l'esame del rapporto di lavoro dirigenziale, alle novità rilevabili sul procedimento di contrattazione collettiva, ed, in particolare, sul mutamento dei soggetti della contrattazione collettiva.

Novità già, invero, annunciate in seno al Piano industriale della pubblica amministrazione, presentato, nel corso del maggio 2008, dall'allora Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, e prelusivo alla riforma, essendo stato, in tal sede, espresso l'intendimento, poi inserito tra i criteri direttivi della legge delega (art. 3), di potenziare il potere di rappresentanza delle regioni -ambito nel quale, come già osservato, vanno incluse le amministrazioni sanitarie- da concepire, ormai, anche in vista di un federalismo fiscale che impone la "corrispondenza tra autonomia impositiva ed autonomia di gestione delle risorse umane e strumentali da parte del settore pubblico"¹⁵⁵.

In attuazione dei propositi previamente manifestati ed, infine, confluiti nella legge delega, il decreto attuativo, dovendo ridefinire la struttura e le competenze dei Comitati di settore¹⁵⁶, ha provveduto, riducendone il numero da sei a tre, alla costituzione di un comitato di settore¹⁵⁷ che, emanazione della Conferenza delle Regioni, rappresenti, quale centro unitario di interessi, le Regioni, gli enti regionali e le

¹⁵⁵ Si tratta di uno dei principi e criteri direttivi enunciati nell'art. 2 (lett. *ii*) della legge delega n. 42 del 2009 (contenente la delega al Governo in materia di federalismo fiscale in attuazione dell'art. 119 della Costituzione).

¹⁵⁶ In tal senso le previsioni contenute nell'art. 3, 2 comma lett. *h* della legge n. 15 del 2009.

¹⁵⁷ In particolare, l'art. 56 del d.lgs. n. 150 del 2009, modificando l'art. 41 del d.lgs. n. 165 del 2001, ha ridotto da sei a tre i comitati di settori, individuandone due per le autonomie costituzionalmente riconosciute: il primo, per le autonomie regionali nel quale confluisce la sanità ed, un secondo, per gli enti locali, camere di commercio e segretari comunali e provinciali; un terzo comitato di settore comprende "tutte le altre amministrazioni" ed è impersonato dal Presidente del Consiglio che agisce tramite il Ministro per la pubblica amministrazione ed il Ministro dell'economia.

amministrazioni del SSN (art. 47, 2 comma del d.lgs. n. 165 del 2001 nella versione modificata).

Nella qualità di istanza rappresentativa di una pluralità di amministrazioni fra loro diversificate, spetterà al Comitato di settore, mediante l'esercizio del potere di indirizzo, definire, prima dell'avvio della contrattazione, gli obiettivi della missione negoziale svolta dall'Aran¹⁵⁸ -vero e proprio rappresentante negoziale- intervenendo, una volta conclusa la procedura negoziale, ad esprimere il proprio parere sull'ipotesi d'accordo¹⁵⁹, controllando la conformità dell'attività contrattuale agli indirizzi forniti.

A conferma della non assimilabilità delle amministrazioni territoriali con quelle del SSN e a salvaguardia delle specificità organizzative delle aziende sanitarie, il nuovo art. 41, 2 comma del T.U.P.I. prevede la partecipazione al neo costituito Comitato di settore di un rappresentante del Governo designato dal Ministro della Salute “per le competenze delle amministrazioni del Servizio Sanitario”, evitando, in tal modo, il rischio che, trattandosi di un organismo da

¹⁵⁸ Il previsto potenziamento delle regioni nella fase di contrattazione avrebbe dovuto comportare una maggiore spazio di tali enti nell'Aran, organo di rappresentanza tecnica, il quale permane di minimo rilievo dovendo, secondo le previsioni dell'art. 46, 7 comma, la Conferenza delle Regioni limitarsi a designare uno dei quattro componenti dell'organo di indirizzo e controllo chiamato a coordinare la strategia negoziale e a vigilare sul rispetto, nella fase delle trattative, degli atti di indirizzo.

¹⁵⁹ Si rammenta che, nonostante il previsto potenziamento delle autonomie nella contrattazione collettiva, il nuovo art. 47, 2 comma del d.lgs. n. 165 del 2001, come modificato dall'art. 59 della riforma Brunetta, ha prescritto la previa sottoposizione degli atti di indirizzo, già espressi dai due comitati di settore rappresentativi delle loro istanze, alla previa valutazione governativa, anche se da espletarsi entro un breve termine perentorio e limitatamente alla compatibilità con le linee di politica economica e finanziaria nazionale. Ed in esito della fase di negoziazione, la sottoposizione al medesimo controllo dell'ipotesi d'accordo, anche se per un periodo transitorio, cioè sino all'entrata in vigore dei decreti attuativi del federalismo fiscale (4 comma). Soluzioni che tradiscono il manifestato intento federalistico contenuto in seno alla legge delega in funzione dell'attuazione di un controllo centralizzato della spesa pubblica considerato, peraltro, che, a monte della attivazione della procedura contrattuale, il Governo si è riservato di definire le risorse per gli incrementi retributivi da destinare ai rinnovi contrattuali delle amministrazioni regionali, degli enti del SSN e degli enti locali “previa consultazione con le rappresentanze istituzionali del sistema delle autonomie” (art. 48, 2 comma del d.lgs. n. 165 del 2001, nella nuova versione) nonostante il contrasto con la Conferenza Unificata (sul quale si accenna nelle premesse del decreto) che reclamava la previa concertazione in merito, giustificando tale accentramento come misura di coordinamento della finanza pubblica.

costituirsi nell'ambito della Conferenza delle Regioni, si limiti a rappresentare solo le istanze delle autonomie regionali.

Il particolare trattamento garantito alle istanze rappresentative delle amministrazioni sanitarie è percepibile anche dal raffronto con lo spazio riservato, dal 3 comma del medesimo art. 41, alle istanze provenienti da “tutte le altre pubbliche amministrazioni”, prima concretizzate in specifici comitati di settore ed adesso confluite, secondo una visione centralizzatrice della contrattazione collettiva, in un Comitato di settore impersonato dal Presidente del Consiglio dai Ministri¹⁶⁰.

A fronte della perdita della loro capacità rappresentativa nell'ambito di un comitato di settore, tali istanze possono essere “sentite” solo nella fase precedente alla predisposizione degli indirizzi, escludendosi, pertanto, una loro attiva partecipazione nella fase nella quale concretamente le direttive si formulano, rendendo, di conseguenza, meno efficace la tutela delle specificità dei loro assetti ordinamentali.

Alla ridefinizione dei comitati di settore è corrisposto nell'intento di snellire la procedura negoziale ma con l'effetto distorsivo, come già notato, di centralizzarla- il ridimensionamento dei comparti contrattuali (non più di quattro) e la contrazione delle aree dirigenziali (non più di quattro), secondo le indicazioni contenute nella nuova versione dell'art. 40 del d.lgs. n. 165 del 2001, mediante il quale vengono “legificate” alcune previsioni dell' Intesa stipulata il 30.4.2009, ai fini dell'applicazione, nell'ambito del settore pubblico, dell'Accordo

¹⁶⁰ Sulla effettiva capacità da parte di un simile comitato di settore di esprimere effettivamente “ le istanze associative e rappresentative” di tutte le pp.aa. i dubbi non appaiono infondati né le forme di interpello previste a favore di alcune amministrazioni dall'art.41 appaiono idonee a produrre una predisposizione condivisa del programma negoziale. In tal senso, Bellavista A., *La contrattazione collettiva nazionale e integrativa* in NLCC 2011, 5, pag. 1300 e ss. e Delfino M., *Comitati di settore e rappresentanza negoziale delle amministrazioni pubbliche*, in *Ideologia e Tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, 2009, ESI, pag. 191 e ss.

quadro sulla riforma degli assetti contrattuali del 22.2.2009, non essendo stati entrambi sottoscritti da tutte le Confederazioni sindacali¹⁶¹.

Una soluzione che, pur nell'intento di semplificare le procedure di rinnovo delle contrattazioni, alla quale contribuisce anche la prevista coincidenza in termini temporali tra parte normativa ed economica dei contratti, oltre a ridurre gli spazi di intervento da parte del sindacato, diviene presagio di una omologazione futura della disciplina dei rapporti di lavoro pubblico, alla quale potrà avviarsi solo mediante testi contrattuali la cui predisposizione, nell'intento di dare spazio alle "diversità", nell'eventualità di una loro emersione, sarà più complessa.

Rischio del quale lo stesso legislatore appare, in fondo, consapevole avendo previsto, proprio in riferimento alla specificità della dirigenza del ruolo sanitario, una apposita sezione contrattuale all'interno di una delle costituite aree dirigenziali¹⁶², che trova un diretto fondamento -come si evince dall'esplicito rinvio effettuato dall'art. 40, 2 comma- in quell'articolo 15 del d.lgs. n. 502 del 1992 e ss. mm. che, come si avrà modo di osservare più avanti, attribuisce sostanzialmente a tale dirigenza, in particolare a quella medica, uno "status" giuridico *ad hoc*.

In atto, pur essendo stato emanato in data 30.6.2011, in attuazione delle previsioni contenute nel riformato art. 41, 5 comma del d.lgs. n. 165 del 2001, da parte dei Comitati di settore, collegialmente, l'atto di indirizzo-quadro all'ARAN per la determinazione dei comparti

¹⁶¹ La CGIL, la quale non aveva condiviso l'accordo confederale del 22.1.2009, non è stata neppure convocata alla riunione del 30.4.2009 nel corso della quale è stata sottoscritta l'intesa tra il Ministro della Pubblica Amministrazione e la CISL, UIL ed i sindacati autonomi del pubblico impiego.

¹⁶² Si prefigura, quindi, una sezione nella quale confluirà l'attuale area della dirigenza medico-veterinaria e l'area della dirigenza sanitaria non medica, attualmente parte dell'area della dirigenza s.p.t.a. La dirigenza tecnica, professionale ed amministrativa, stando alla prevista riduzione dei comparti e delle aree dirigenziali, dovrebbe, quindi, confluire nell'area delle regioni.

e delle aree di contrattazione¹⁶³, la procedura negoziale per la definizione del nuovo CCNQ (valida per il triennio 2010-2012) non è stata ancora definita¹⁶⁴, anche se dalla lettura degli indirizzi così espressi, si presagisce- in conformità, peraltro, ad un intento già percepibile nelle disposizioni della riforma - la istituzione di un comparto e di un'area di contrattazione unica per il personale delle regioni, relativi enti dipendenti e sanità, nella quale dovrà, in virtù del vincolo posto dal legislatore, operare la specifica sezione per la dirigenza sanitaria¹⁶⁵.

Ma, in conseguenza di una impostazione tendenzialmente centralistica della riforma, più volte posta in evidenza nel corso dell'analisi, si assiste, o meglio, si assisterà, una volta che la contrattazione nazionale prefigurata andrà a regime, ad una improbabile assimilazione tra modelli eterogenei di amministrazione in considerazione della tipologia di funzioni ad esse riconducibili, essendo la regione preposta, essenzialmente, a compiti di regolazione, di pianificazione/ programmazione e di vigilanza, a fronte dell' azienda

¹⁶³ Il Governo aveva assunto l' impegno di adottare l'atto di indirizzo-quadro già nell'atto di intesa, firmato il 4.2.2011, per la regolazione del regime transitorio derivante dal blocco del rinnovo dei contratti collettivi nazionali di lavoro nel pubblico impiego (v. nota successiva).

¹⁶⁴ Il rallentamento della procedura negoziale potrebbe essere l'effetto riflesso del blocco dei rinnovi contrattuali prodottosi a seguito di manovre finanziarie susseguitesi nel corso degli anni 2010-2011 e dirette anche al contenimento del costo del lavoro pubblico. In particolare, in virtù dell'art. 9, 17 comma della legge n. 122 del 2010 è stato disposto non darsi luogo, "senza possibilità di recupero, alle procedure contrattuali e negoziali relative al triennio 2010-2012" e, successivamente, l'art. 16, 1 comma lettera b) della legge n. 111 del 2011, ha previsto, anche se mediante rinvio ad un successivo regolamento, "la proroga sino al 31.12.2014" del blocco già adottato. Dalla lettura delle disposizioni il blocco in questione dovrebbe riguardare solo gli istituti di carattere economico e non estendersi, comunque, a quelli normativi. In tal senso, si rinvia alle considerazioni di Alaimo A., *La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e "blocchi" dalla "riforma Brunetta" alla "manovra finanziaria" 2010*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" 2010/107 in www.lex.unict.it (pag.11) e di Zoppoli L., *Contratti collettivi e circuiti della rappresentanza. La riforma Brunetta due anni dopo*, in *Diritto, Lavori, Mercati*, 2011, I, pag. 29.

¹⁶⁵ In data 11 aprile 2011, governo e sindacati hanno sottoscritto un protocollo d'intesa per la definizione di un percorso tecnico operativo diretto ad attuare il nuovo modello negoziale prevedendo la stipulazione dell'accordo per l'individuazione dei nuovi comparti di contrattazione entro il dicembre 2011. Sino ad oggi, tale accordo non è stato concluso. In data 4 maggio 2012, nel corso di una nuova intesa tra Governo e parti sindacali, prelusiva a futuri interventi normativi in materia di pubblico impiego, è stata riaffermata la volontà di rafforzare i poteri di rappresentanza delle Regioni nelle procedure di contrattazione collettiva, corresponsabilizzandole nella definizione delle risorse destinate ai rinnovi contrattuali e tenendo conto, ai fini della definizione dei comparti e delle aree, delle competenze regionali.

sanitaria che si configura quale tipico ente di produzione ed erogazione di servizi essenziali alla collettività. Servizi che vengono garantiti mediante prestazioni ad elevato contenuto professionale, scaturendo a carico della dirigenza sanitaria specifiche responsabilità di natura contrattuale nei confronti dell'utenza derivanti dal "contatto sociale" medico/paziente¹⁶⁶, ed il cui agire pubblico è suscettibile di essere orientato, più che in altre amministrazioni, secondo un paradigma personalistico¹⁶⁷, cioè orientato alla persona che trova una implicita conferma proprio in quelle disposizioni della riforma Brunetta che inducono le amministrazioni a dotarsi di strumenti di valutazione della *performance*, individuale ed organizzativa, che tengano conto del soddisfacimento del destinatario del servizio (art. 3, 4 comma del d.lgs. n. 150 del 2009).

3. La dimensione del rapporto di lavoro: la specificità della dirigenza sanitaria secondo una visione pluralista della dirigenza pubblica.

¹⁶⁶ La natura contrattuale della responsabilità professionale del dirigente medico per fatto dannoso nei confronti dell'utente, non fondata su un preesistente contratto ma sul contatto sociale (con le relative conseguenze in termini di onere della prova, di prescrizione dell'azione e di grado della colpa), risale alla sentenza della Corte di Cassazione Sez. III n. 589 del 1999. Ad avviso della Suprema Corte, il medico, in quanto appartenente ad una professione regolamentata, è tenuto a determinati obblighi di comportamento nei confronti dell'utente che sulla sua professionalità ha fatto affidamento entrando con il medesimo "in contatto", concretizzando, quindi, la loro violazione una responsabilità di natura contrattuale. Si tratta di un orientamento che ha trovato, successivamente, conferma nelle Sezioni Unite (n. 577 del 2008) nonché in pronunzie recenti, tra le ultime, Cass. Sez. III. n. 1538 del 2010.

¹⁶⁷ Effettua una rilettura dei rapporti di lavoro dirigenziali secondo un paradigma personalistico rilevabile dai principi costituzionali non solo derivanti dagli articoli 97 e 98 della Carta Costituzionale ma, soprattutto, dall'art. 28 (sulla diretta responsabilità dei dirigenti pubblici) e dall'art. 54 (dovere di adempiere le funzioni pubbliche con disciplina ed onore), ritenuti veri e propri indicatori di una amministrazione tesa a soddisfare i bisogni della collettività, Nicosia G., *Il poliformismo delle dirigenze pubbliche e la "buona" amministrazione*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" 2008/81 in www.lex.unict.it pag. 37 e ss. ed, *amplius, Dirigenze responsabili e responsabilità dirigenziali pubbliche*, 2011, Giappichelli, pag. 40 e ss. Si rileva che proprio il settore sanitario, sin dalle riforme degli anni 1992-1993, è apparso particolarmente sensibile ad una logica di *customer satisfaction* dovendo, tra le attività istituzionali, ricomprendere anche la verifica della qualità e della quantità delle prestazioni erogate al cui sviluppo devono ritenersi funzionali i modelli organizzativi, i flussi informativi dei soggetti erogatori nonché gli istituti normativi regolanti il rapporto di lavoro, venendo attribuiti specifici poteri di vigilanza in materia all'ente regionale (art. 10 del d.lgs. n. 502 del 1992 e ss.mm.)...

Fattore peculiare del modello organizzativo di tipo aziendalistico, adottato dal legislatore per i soggetti istituzionali del servizio sanitario operanti sul territorio regionale, è il ruolo svolto, al suo interno, dalla dirigenza alla quale, sin dall'avvio del processo di riforma sul lavoro pubblico, è stata dedicata, una disciplina *ad hoc*, o, come altrimenti definito¹⁶⁸, un vero e proprio statuto giuridico, una specificità della quale il legislatore, come è stato sottolineato, ha ulteriormente preso atto, anche nel corso dell'ultima fase della riforma che ha condotto ad una drastica riduzione dei comparti e delle aree di contrattazione. (modif. se invertito ordine..)

Dopotutto, un'idea monista di dirigenza pubblica¹⁶⁹ non appare più consona ad un pluralismo amministrativo che implica assetti organizzativi e funzionali non omologabili ed, in posizione di snodo tra vertici istituzionali ed apparati, dirigenze settorialmente tipizzate, le quali, in amministrazioni preposte all'erogazione di servizi essenziali, assurgono, ormai, secondo i *desiderata* espressi già nella legge delega n. 15 del 2009, e concretizzati nel successivo decreto attuativo¹⁷⁰, a veri e propri "garanti" della qualità delle prestazioni rese alla collettività e dell'organizzazione del lavoro¹⁷¹.

¹⁶⁸Definiscono la disciplina specifica della dirigenza sanitaria quale statuto, Tullini P., *La dirigenza sanitaria. Amministrativisti e lavoratori a confronto* (a cura di Bottari C. e Tullini P.), 2004, Bologna, Maggioli, pagg. 118-119 e Ferrara R., *op.cit.*, pag. 178 e ss.

¹⁶⁹ Il superamento di un modello unico di dirigenza viene confermato da Carinci F. e Mainardi S. (a cura di), *La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni. Dal modello unico ministeriale ai modelli caratterizzanti le diverse amministrazioni*, 2005, Milano, Giuffrè, LXIII; Carinci F., *Il lento tramonto del modello unico ministeriale dalla "dirigenza" alle "dirigenze"* in LPA, 2004, pag. 844 e ss.; Nicosia G., *ult.op.cit.*, pag. 8 e ss. e Zoli C., *La dirigenza pubblica tra autonomie e responsabilità: L'attribuzione degli incarichi*, in LPA, 2005, pag. 286.

¹⁷⁰ Il progressivo miglioramento della qualità dei servizi è una delle finalità perseguite dalle modifiche apportate alla disciplina della dirigenza pubblica secondo i propositi contenuti nella legge delega n.15 del 2009 (art.6) e, come successivamente, ribadito nell'art.37 del decreto attuativo posto proprio all'inizio del Capo II del Titolo IV dedicato alla dirigenza pubblica.

¹⁷¹ Si rammenta che con l'avvio dell'aziendalizzazione in sanità era stata già avvertita l'esigenza di garantire la qualità delle prestazioni e dei servizi mediante sistemi di verifica al cui sviluppo dovevano essere funzionali anche "gli istituti normativi regolanti il rapporto di lavoro" (art. 10 del dl.gs. n. 502 del 1992). Alla luce di tale previsione andrebbe letta l'istituzione da parte del CCNL

Si attribuisce, così, alla figura dirigenziale, una funzione della quale proprio il dirigente sanitario era stato antesignano in considerazione del contenuto prescrittivo dell'art. 15, 3 comma del d.lgs. n. 502 del 1992, riformulato dalla riforma Bindi nel 1999, che, nell'enucleare i tratti distintivi di tale dirigenza, punta il dito su un'attività che non può prescindere da un efficace utilizzo delle risorse e dalla qualità ed appropriatezza delle prestazioni, elevati a parametri del momento valutativo.

In considerazione di un'interrelazione tra modello organizzativo prescelto ed atteggiarsi della dirigenza è comprensibile come il dirigente sanitario non possa non risentire, innanzitutto, di una aziendalizzazione in cui tutti i poteri gestionali sono stati riservati al direttore generale (*ex art. 3, 6 comma del d.lgs. n. 502 del 1992 e ss.mm.*), il quale, mediante l'atto aziendale, che, come già sottolineato, è espressione di autonomia privata¹⁷², dispone della loro distribuzione ed allocazione alle altre figure dirigenziali, ad alcune delle quali il legislatore ha, peraltro, attribuito, in relazione all'incarico rivestito, un "minimo" di poteri gestionali¹⁷³.

In tale prospettiva, il direttore generale, organo rappresentativo di un ente dotato di personalità giuridica pubblica, può operare, come già evidenziato, ponendo in essere scelte imprenditoriali, quindi, flessibili e

dell'Area della Dirigenza Medica e Veterinaria dell'8 giugno del 2000 (art. 52) di un fondo per la retribuzione di risultato relativo al miglioramento dei servizi resi dal personale medico e veterinario.

¹⁷² L'atto aziendale appare, quindi, in tutta la sua singolarità se si considera che, nonostante si tratti di un atto di diritto privato, finisce per disciplinare anche quelle competenze dirigenziali, soprattutto quelle afferenti al direttore generale, che possono essere espressione di funzioni pubblicistiche. Sul punto, Rampulla-Tronconi, *L'atto aziendale di organizzazione delle aziende sanitarie*, in Ragiusan, 2002, 219, p.21.

¹⁷³ Il riferimento è diretto all'art. 15, 6 comma del d.lgs. n. 502 del 1992 e ss.mm. in materia di dirigenti con incarico di direzione di struttura complessa ai quali "sono attribuite funzioni di direzione e organizzazione della struttura da attuarsi ...anche mediante direttive a tutto il personale operante nella stessa e l'adozione delle relative decisioni ...per il corretto espletamento del servizio" nonché all'art 15 bis, 1 comma del medesimo decreto che prevede a favore dei dirigenti investiti della direzione delle strutture fondamentali dell'assetto aziendale di poteri che non possono, anche in mancanza di esplicita previsione, non essere di natura gestionale.

periodicamente revisionabili, che non riguardano il “cosa” produrre, già predeterminato dal legislatore *ex art. 3, 1 comma del d.lgs. n. 502 del 1992*, bensì il “come”, cioè la combinazione dei fattori produttivi in funzione del conseguimento del fine istituzionale/aziendale..

Considerato che tutti i medici e gli altri professionisti della sanità¹⁷⁴, in rapporto di lavoro con il SSN assumono, all’atto dell’assunzione *ipso iure* la qualifica dirigenziale, la proiezione di un siffatto assetto è una classe dirigenziale pletrica rispetto agli altri ambiti contrattuali, nella quale le funzioni gestionali si combinano in maniera variabile con mansioni ad elevato contenuto professionale, o ipotesi più frequente, assumono rispetto ad esse carattere di recessività, o, possono essere del tutto assenti.

Limitandoci a definire, in tale fase, solo per grandi linee, gli elementi tipizzanti della categoria, si potrebbe definirla una classe idonea ad esprimere anche un dirigente, se così può dirsi, “poco dirigenziale”, ma molto professionalizzato al quale tale qualifica viene attribuita secondo un’accezione, da alcuni, definita “convenzionale”¹⁷⁵, potendo prescindere dalle specifiche ed individuali funzioni ad esso affidate all’interno dell’assetto organizzativo: più che altro il prodotto di una scelta politica.

¹⁷⁴ Fra i professionisti sanitari che prestano attività lavorativa all’interno del SSN con la qualifica dirigenziale vanno compresi, oltre ai medici (e gli odontoiatri) anche i veterinari, afferenti, sino ad oggi, all’area contrattuale della dirigenza medica e veterinaria, nonché i farmacisti, i biologi, i chimici, i fisici e gli psicologi, afferenti sino ad oggi, all’area della dirigenza sanitaria non medica, amministrativa, tecnica e professionale nella quale va compresa anche la dirigenza per le professioni sanitarie infermieristiche, tecniche, della riabilitazione, della prevenzione e della professione di ostetrica istituita con la legge n. 251 del 2000. I dirigenti della sanità confluiscono nelle aree III e IV definite dal CCNQ dell’1.8.2008 per il quadriennio 2006-2009.

¹⁷⁵ L’idea di una dirigenza a carattere “convenzionale” viene proposta da Marinelli F.- Sgarbi L. *Aree III e I. Dirigenza della Sanità*, in *La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni. Dal modello unico ministeriale ai modelli caratterizzanti le diverse amministrazioni*, 2005, Milano, Giuffrè, pag. 605.

Si può concordare, quindi, pur apparendo un *nonsense*, con chi asserisce che, nel settore sanitario, la disciplina della dirigenza abbia, innanzitutto, esplicitato una funzione creatrice della stessa dirigenza¹⁷⁶.

Creazione che trova i propri presupposti nella legge delega n. 421 del 1992, dalla quale ha preso avvio la stagione della c.d. prima privatizzazione del lavoro pubblico, il cui art. 1, 1 comma lett. *q*) affidava al legislatore delegato il compito di individuare, all'interno del processo di razionalizzazione del SSN, “i livelli dirigenziali secondo criteri di efficienza”, a conferma di un parametro che esigeva, innanzitutto, l'ottimale utilizzo della risorsa fondamentale, trainante del settore, rappresentata dal professionista sanitario.

Il d.lgs. n. 502 del 1992, ampiamente rimaneggiato dal d.lgs. n. 229 del 1999, ed il d.lgs. n. 29 del 1993, che confluirà, infine, nel d.lgs. n. 165 del 2001, pur possedendo una matrice comune, plasmano dirigenze non perfettamente omologabili. Anche se il legislatore ha sempre tentato un coordinamento tra le due discipline mediante le indicazioni prescrittive contenute nell'art.15, 2 comma del d.lgs. n.502 del 1992, sia nella precedente versione¹⁷⁷ che nell'attuale, il quale rinvia espressamente al d.lgs. n. 29 del 1993 e ss.mm., intesa quale fonte primaria di regolamentazione della dirigenza sanitaria “salvo quanto previsto dal presente decreto”, dando vita ad una combinazione che, come si vedrà, costringe l'interprete ad un'opera di adattamento alla dirigenza sanitaria del processo evolutivo della dirigenza pubblica¹⁷⁸.

¹⁷⁶ In tal senso Sgroi M, *La dirigenza del Servizio Sanitario Nazionale*, in Carinci F. Zoppoli L. (diretto da) *Il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Commentario, 2004, Torino, Utet, II, pag. 1011.

¹⁷⁷ Prima dell'entrata in vigore della riforma Bindi, cioè del d.lgs. n. 229 del 1999, il d.lgs. n. 502 del 1992 aveva già subito interventi modificativi da parte del d.lgs. n. 517 del 1993 e del d.l. n. 583 del 1996 (contenente disposizioni urgenti in materia sanitaria) convertito, con modificazioni, con la legge n. 583 del 1996.

¹⁷⁸ ¹⁷⁸Non sorgono, invece, particolari dubbi in merito all'estensibilità della disciplina generale, e delle sue successive evoluzioni, alla dirigenza afferente al ruolo professionale, tecnico, amministrativo del SSN anche se la contrattazione collettiva, ha teso, nei limiti della compatibilità, a

Né ha svolto un particolare ruolo, ai fini di un collegamento tra disciplina generale e disciplina speciale, l'art. 26 del d.lgs. n. 29 del 1993, oggi del d.lgs. n. 165 del 2001, contenente “Norme per la dirigenza del Servizio Sanitario Nazionale” che, nonostante la rubrica, si riferisce, sostanzialmente, alla dirigenza appartenente al ruolo professionale, tecnico ed amministrativo ed il cui contenuto, nell'attuale versione, presenta evidenti discrasie¹⁷⁹ che lo marginalizzano ulteriormente.

La specificità della dirigenza sanitaria non è valutabile solo sul versante prestazionale, connotato da elevata professionalità, né sul piano della dinamica interna dei rapporti vertice-dirigenza *sui generis*, derivante dal modello organizzativo nel quale si proietta la categoria, né è rilevabile da un sistema di incarichi nel quale convivono, in uno strano *mix*, la funzione professionale e gestionale, ma attiene alla dimensione ontologica.

Nel dirigente sanitario non è, infatti, rilevabile quella struttura duale che rende il dirigente sia un datore di lavoro pubblico, assumendo sotto tale aspetto una veste manageriale che ha ricevuto piena conferma

parificare le due aree dirigenziali. Peraltro, si rammenta che l'esercizio dei poteri e delle funzioni dirigenziali di tale ruolo, analogamente a quanto si verifica per i sanitari, risente delle scelte imprenditoriali compiute con l'atto aziendale dal direttore generale quale “responsabile della gestione complessiva” (art. 3, *Iquater* ed art. 15 *bis* del d.lgs. n. 502 del 1992 e ss.mm.)

¹⁷⁸Non sorgono, invece, particolari dubbi in merito all'estensibilità della disciplina generale, e delle sue successive evoluzioni, alla dirigenza afferente al ruolo professionale, tecnico, amministrativo del SSN anche se la contrattazione collettiva, ha teso, nei limiti della compatibilità, a parificare le due aree dirigenziali cioè sanitaria e non. Peraltro, si rammenta che l'esercizio dei poteri e delle funzioni dirigenziali di tale ruolo, analogamente a quanto si verifica per i sanitari, risente delle scelte imprenditoriali compiute con l'atto aziendale dal direttore generale quale “responsabile della gestione complessiva” (art. 3, *Iquater* ed art. 15 *bis* del d.lgs. n. 502 del 1992 e ss.mm.).

¹⁷⁹ Il secondo comma dell'art.26 del d.lgs. n. 165 del 2001 presenta delle inesattezza e, quindi, si raccorda malamente con il testo contenuto nel d.lgs. n. 502 del 1992, già modificato all'epoca dalla riforma Bindi del 1999, in quanto si riferisce ad incarichi dirigenziali da assegnarsi in relazione a strutture organizzative che troverebbero un fondamento in leggi regionali e non in un atto aziendale come sancito dall'art. 3 del 502 ed ad una corrispondenza di funzioni con una dirigenza di secondo livello sanitario non più esistente stante la sopravvenuta unificazione dei livelli.

nella nuova versione dell' art. 5, 2 comma del d.lgs. n. 165 del 2001¹⁸⁰e, nel contempo, un lavoratore subordinato, il cui rapporto trova una regolamentazione in fonti legali e contrattuali .

Ma, proprio sul piano ontologico, la peculiarità è rilevabile ancora più a monte, cioè nell'assenza in capo al dirigente sanitario di quel ruolo di snodo o interfaccia tra il vertice istituzionale al quale compete la funzione di indirizzo politico, che, nel caso in esame, va individuato, sulla base della posizione assunta dall'azienda nel contesto del servizio sanitario, nel governo regionale, e l'apparato/amministrazione: interfaccia che ha reso la condizione esistenziale del dirigente paragonabile, secondo una figura, di mitologica memoria, adottata dalla dottrina giuslavoristica, al *Giano bifronte*¹⁸¹.

3.1. Il dirigente che “governa” l'azienda sanitaria: il direttore generale.

La linea di confine tra funzione di indirizzo politico-amministrativo, da un lato, ed attuazione e gestione, dall'altro, è, infatti, garantita nelle aziende sanitarie dalla figura del direttore generale, essendo tenute anch'esse, al pari delle altre amministrazioni, ad adeguarsi al principio di separazione tra politica ed amministrazione, in osservanza al disposto dell'art. 4 del d.lgs. n. 165 del 2001, ed del rinvio

¹⁸⁰ Ai sensi dell'art. 5, 2 comma, come sostituito dall'art. 34, 1 comma, lettera a) del D.lgs. n. 150 del 2009, “ le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità ed i poteri del privato datore di lavoro....Rientrano, in particolare, nell'esercizio dei poteri dirigenziali le misure inerenti la gestione delle risorse umane ..., nonché la direzione, l'organizzazione del lavoro negli ambiti degli uffici”

¹⁸¹ La raffigurazione del dirigente pubblico quale “Giano bifronte” trova conferma sia in Caruso B, *op.cit.* , pag. 11 che in Carinci F., *Una riforma conclusa. Fra norma scritta e prassi applicativa*, in Carinci F. Zoppoli L. (diretto da) *Il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Commentario, 2004, Torino, Utet, I, pag. LV, ed in Nicosia G., Nicosia G., *Il poliformismo delle dirigenze pubbliche e la “buona” amministrazione*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona” 2008/81 in www.lex.unict.it, pag. 5.

contenuto nell'art. 27 del medesimo decreto. Una separazione che affonda le proprie radici nel sistema costituzionale¹⁸² in quanto posta a presidio di un'azione amministrativa da svolgersi nel rispetto dei parametri dell'imparzialità e della buona amministrazione (art. 97 Cost.) e, quindi, da parte di un dirigente che sia non al servizio degli interessi dell'attore politico, espressione della maggioranza, ma che operi a tutela dell'interesse generale (art. 98 Cost.).

Un principio al quale non si sottraggono neppure quelle amministrazioni, come le aziende sanitarie, il cui organo di vertice non può ritenersi, nonostante il rapporto diretto con il governo regionale, espressione di rappresentanza politica (*ex art. 4, 4 comma del 165*).

Una distinzione che si realizza nella dinamica dei rapporti tra governo regionale e *top manager*, e, secondo una formulazione di derivazione giuspubblicista, si dispiega, non sul piano delle relazioni interorganiche, come nelle organizzazioni pubbliche che incorporano

¹⁸² Il principio di distinzione tra politica ed amministrazione, esplicitato dal legislatore per la prima volta nella legge n.142 del 1990 (art. 51, 2 comma), trova fondamento nel sistema costituzionale come percepibile anche nelle pronunzie con le quali la Consulta ha dichiarato l'illegittimità dello *spoils system* nei confronti del direttore generale di aziende sanitarie (n. 104 del 2007 e n. 34 del 2010, per le quali si rinvia anche alle note successive) essendo posto a garanzia dell'art.97 Cost., sotto il profilo dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, e dell'art. 98 ("i pubblici impiegati sono al servizio della Nazione) che finalizza tale azione alla tutela di interessi generali e non di parte. In particolare, nella sentenza n.104 del 2007, ripercorrendo le motivazioni contenute in precedenti pronunzie (sentenze nn.333 del 1993 e 453 del 1990)" la Corte ha affermato che gli artt. 97 e 98 sono corollari dell'imparzialità, in cui si esprime la distinzione tra politica ed amministrazione, tra l'azione di governo-normalmente legata alle impostazioni di una parte politica, espressione delle forze di maggioranza-e l'azione dell'amministrazione che "nell'attuazione dell'indirizzo politico della maggioranza, è vincolata invece ad agire senza distinzioni di parti politiche, al fine di perseguimento delle finalità pubbliche obbiettivate dall'ordinamento. E, in questa prospettiva, si spiega come"il concorso pubblico, quale meccanismo di selezione tecnica e neutrale dei più capaci, resti il metodo migliore per la provvista di organi chiamati a esercitare le proprie funzioni in condizioni di imparzialità ed al servizio esclusivo della Nazione". In dottrina Bassanini F., *I principi costituzionali e il quadro istituzionale: distinzione fra politica e amministrazione, autonomia e responsabilità della dirigenza*, in L'amministrazione come professione di D'Alessio G.(a cura di), 2008, Bologna, Il Mulino, pag. 42 e ss., riconduce la separazione tra politica ed amministrazione anche ai diritti fondamentali sanciti dalla Carta Costituzionale sia negli artt.2,3,4 che nella parte I ("Diritti e doveri dei cittadini"), fungendo l'amministrazione e le istituzioni da strumenti che garantiscono la soddisfazione dei diritti dei cittadini che vengono esposti a rischio qualora il dirigente operi al servizio ed a tutela di interessi del ceto politico non coincidenti con l'interesse generale (e, quindi, anche dei singoli).

l'organo politico, ma, all'esterno, sul piano delle relazioni intersoggettive.

Appare chiaro, quindi, che il prodotto finale del modello di aziendalizzazione perseguito dagli interventi legislativi susseguitisi nel corso degli anni novanta, nel quale la direzione generale è detentrica, almeno in astratto, di tutti i poteri gestionali, è una classe dirigenziale in posizione di estraneità rispetto al referente politico, e la cui attività, a differenza delle altre amministrazioni, acquisisce rilevanza esterna in relazione all'assetto organizzativo-funzionale consacrato nell'atto aziendale (v. *infra*), eccettuata la responsabilità per le prestazioni rese all'utenza.

Nel modello aziendalistico, il direttore generale, punto nevralgico, invece, dei rapporti tra governo regionale e singola amministrazione sanitaria, rappresenta l'emersione di un governo di tipo tecnocratico, ed, invero, la sua nomina, rientrando nella sfera di determinazione dell'autorità politica¹⁸³, e per la quale il legislatore ha espressamente escluso una valutazione comparativa¹⁸⁴, non può prescindere dal possesso di specifici requisiti tecnici¹⁸⁵, in ragione della

¹⁸³ Il direttore generale viene nominato dalla Regione secondo le prescrizioni contenute nell'art. 3 e 3 *bis* del rinnovato d.lgs. n. 502 del 1992 che, in merito, non contiene ulteriori indicazioni, rimettendosi, quindi, alle scelte del legislatore regionale, che ha teso ad attribuire tale compito al massimo organo di rappresentanza politica, cioè al Presidente della Regione, previa eventuale deliberazione della Giunta, selezionandolo, in alcuni casi, da una preventiva lista di idonei all'incarico.

¹⁸⁴ Si fa riferimento all'articolo 3, comma 6 del d.lgs. n.502 del 1992 e ss.mm. con il quale il legislatore si adegua all'orientamento già espresso dalla giurisprudenza amministrativa (di tale avviso Cons. Stato, Sez. IV, n.1139 del 1998) in merito alla nomina del direttore generale delle aziende sanitarie, ritenuta una scelta di natura fiduciaria nella quale la valutazione deve limitarsi alla idoneità del prescelto, fondata sulle capacità professionali e sui requisiti tecnici posseduti, all'espletamento dell'incarico non estendendosi ad una comparazione con gli altri candidati.

¹⁸⁵ I requisiti ai quali "esclusivamente" deve far riferimento l'autorità regionale sono individuati in seno all'art. 1, 1 comma della legge n. 590 del 1994, di conversione del decreto legge n.512 del 1994, ed, in verità, non appaiono particolarmente selettivi in quanto limitati al possesso di un diploma di laurea aspecifico e ad un'esperienza almeno quinquennale di direzione tecnica o amministrativa in strutture pubbliche o private, in posizione dirigenziale e caratterizzata da autonomia gestionale purchè acquisita nei dieci anni precedenti la pubblicazione dell'avviso; il requisito specifico di managerialità in campo sanitario, al cui possesso vincola il legislatore, è comprovato dall'attestazione della frequenza di specifico corso, da attivarsi su iniziativa regionale, che il direttore generale è

funzione accentuatamente manageriale, fondata primariamente sulla corretta ed economica gestione delle risorse, mediante valutazioni comparative dei costi, dei rendimenti e dei risultati (art. 3, 6 comma, secondo periodo del d.lgs. n. 502 del 1992).

Inoltre, nonostante l'incontestabile posizione di "apicalità"¹⁸⁶ che, all'interno dell'ente, occupa il direttore generale e l'afferenza del suo incarico all'area della fiduciarietà¹⁸⁷, questa non assume una natura "politica" in senso stretto¹⁸⁸, essendo estranea alla scelta una valutazione in merito all'assonanza (o fedeltà) politica con l'organo dal quale il nominando riceve l'investitura, non chiedendosi al medesimo, infatti, alcuna condivisione o partecipazione all'indirizzo politico, bensì la sua concreta attuazione in osservanza a direttive poste dal vertice politico-istituzionale.

La nomina del direttore generale dovrà, quindi, vertere sia sulla specifica competenza tecnico-professionale posseduta, che sulla sua idoneità ad attuare il programma di governo in materia sanitaria,

onerato a produrre, se non già in possesso, entro diciotto mesi dalla nomina in osservanza alle previsioni dell'art. 3 *bis*.

¹⁸⁶ La Corte Costituzionale, con la pronuncia n. 233 del 2006, ha sostenuto la legittimità dello *spoils system* dei soggetti preposti ad organi di vertice dell'amministrazione, c.d. dirigenti apicali, includendo, tra questi, anche i direttori di aziende sanitarie.

¹⁸⁷ La natura fiduciaria dell'incarico di direttore generale trova una espressa conferma nelle direttive contenute nella legge delega n. 419 del 1998, prelusiva alla riforma Bindi (art. 2,1 comma, lett. *u*.) e nelle pronunzie della Corte Costituzionale in tema di sistemi di *spoils system* introdotti dal legislatore regionale ed inerenti anche a tale figura dirigenziale cioè sia nella sentenza n. 233 del 2006 che nelle successive nn. 104 del 2007 e 34 del 2010. In dottrina, Ceresetti G., *Spoil system in ambito sanitario tra fiduciarietà ed imparzialità*, in FA, Cons.St., 2009, pag. 1661, ma anche Merloni F., *Gli incarichi dirigenziali nelle ASL tra fiduciarietà politica e competenze professionali*, in Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario (a cura di Pioggia, Dugato, Racca, Civitarese Matteucci), 2008, Milano, Angeli, pag. 109.

¹⁸⁸ La fiduciarietà politica in senso stretto, fondata su una consonanza politica con l'organo dal quale si riceve l'investitura, va circoscritta ad un limitato numero di figure "apicali" e di diretta collaborazione con l'organo politico le quali dovrebbero essere estranee, in virtù del principio di imparzialità, ad attività di natura gestionale-amministrativa (es. il segretario generale del ministro di cui all'art. 19, 3 comma del 165 o altre figure assegnate al suo *staff*). In tali ipotesi, l'atto di nomina non richiede né la determinazione di preventivi criteri di scelta né una particolare procedimentalizzazione. In merito, D'Alessio G., *La dirigenza: imparzialità amministrativa e rapporto di fiducia con il datore di lavoro*, LPA, 2007, pag.359 e D'Auria, *Ancora su nomine fiduciarie dei dirigenti pubblici e garanzie contro lo "spoils system"*, FI, 2010, I, pag. 2281 e ss.

emergendo, quindi, una fiduciarietà, se così può definirsi, tecnico-politica o professionale¹⁸⁹.

Senza dimenticare che proprio la Corte Costituzionale, nel corso delle sentenze n. 104 del 2007 (considerato in diritto n.2.6) e n. 34 del 2010 (considerato in diritto n. 5), riferendosi al direttore generale di aziende sanitarie, lo ha identificato quale “figura tecnico-professionale”.

Una soluzione che appare, peraltro, sintonica con l’intenzione del legislatore di investire sulla figura del direttore generale per realizzare un’opera di affrancamento dai condizionamenti della politica della quale avevano invece sofferto, nella fase antecedente all’aziendalizzazione, le precedenti strutture operative della sanità operanti sui singoli territori regionali, cioè le unità sanitarie locali, e che trova una conferma nel regime di incompatibilità, ineleggibilità e innominabilità, previsto dall’art. 3, commi 9 ed 11 del d.lgs. n. 502 del 1992 e ss.mm., mirante a salvaguardare la gestione meramente professionale del *top manager* da commistioni con gli organismi di natura politica.

A tale atto di nomina, la cui natura pubblicistica trova credito sia in dottrina che in certa giurisprudenza¹⁹⁰, ma che potrebbe apparire ormai in crisi in considerazione di una natura privatistica degli incarichi di funzioni dirigenziali, consacrata dalla Corte di Cassazione¹⁹¹, accede

¹⁸⁹ Ad un incarico ad elevato contenuto tecnico-professionale, rinvia Merloni F., *Spoils System: il timore dell’overruling impedisce alla Corte di far chiarezza*, in *Le Regioni*, 2010, 5, pag.1138.

¹⁹⁰ Le controversie in materia di nomina del *manager* sanitario, a differenza di quelle inerenti al rapporto contrattuale successivamente concluso, sono state ritenute dal giudice amministrativo oggetto di propria giurisdizione in considerazione della valenza provvedimento di tale atto, espressione di una scelta ampiamente discrezionale in ordine all’organizzazione di enti, a fronte della quale sorgono, come posizioni tutelabili, solo interessi legittimi (in tal senso le considerazioni riportate nell’ordinanza del Cons Stato, Sez. IV, n. 5836 del 2005). Sulla natura pubblicistica dell’atto di nomina concorda anche Merloni F., *op.cit.*, pag. 112 che lo ritiene atto conclusivo di una procedura ad evidenza pubblica tra più aspiranti in possesso di determinati requisiti, preceduta da una pubblicazione sulla gazzetta ufficiale (ex art.1 della legge n. 590 del 1994) Attribuiscono all’atto di nomina la natura di alta amministrazione regionale in quanto diretta espressione dei poteri di indirizzo amministrativo, Genesin, *Problematiche vecchie e nuove a proposito di dirigenza sanitaria*, 2004, Sanità pubblica, pag. 55 e Ceresetti, *op.cit.*, pag. 1661.

¹⁹¹ La controversa natura degli atti di conferimento degli incarichi dirigenziali avrebbe trovato una soluzione nella sentenza della Corte di Cassazione n. 5659 del 2004 che ne ha affermato la natura

un contratto che, differentemente da quello che lega il dirigente pubblico alla p.a., è stipulato in osservanza alle norme del titolo terzo del libro quinto del codice civile, assumendo, pertanto, natura di contratto di lavoro autonomo¹⁹², e, specificatamente, di un contratto d'opera intellettuale, ma con aspetti difficilmente concilianti con l'essenza di un simile rapporto, quali la esclusività ed un corrispettivo parametrato ai trattamenti retributivi, previsti dalla contrattazione collettiva, per i dirigenti ricoprenti gli incarichi di maggior peso economico.

Una volta nominato e concluso il contratto, la relazione tra il *manager* dell'azienda ed il vertice politico è ispirata, come per qualsiasi dirigente pubblico, al paradigma autonomia/verifica dei risultati e responsabilità, essendo il direttore generale tenuto all'attuazione di obiettivi fissati dalla programmazione regionale, e sottoposto, decorsi i primi diciotto mesi dall'investitura, ad una fase di valutazione, in esito alla quale verrà o meno riconfermato nell'incarico.

privatistica, riconfermandola, successivamente, con pronuncia n. 18857 del 2010. Il problema si è posto per gli incarichi di maggiore rilevanza conferiti ai sensi dell'art. 19, 3 e 4 comma del d.lgs. n. 165 del 2001, mediante d.p.r. e d.p.c.m, potendo annoverare in tale categoria, per analogia, la nomina del direttore generale. In merito, Mezzacapo D., *Dirigenza pubblica e tecniche di tutela*, 2010, Napoli, Jovene, pag. 98 e ss. il quale sostiene, alla luce delle novità introdotte dall'art. 1, comma 1 *bis* della legge n. 241 del 1990, in conformità al quale le pp.aa. agiscono mediante atti diritto privato, che la forma che "riveste" l'atto non incide sul regime giuridico del medesimo se non è espressione di poteri autoritativi. Ma sia la giurisprudenza amministrativa che l'afferenza all'alta amministrazione regionale della nomina in questione appaiono, invero, in controtendenza con la sostenibilità della nomina del direttore generale quale atto di natura privatistica.

¹⁹² La funzione dirigenziale del *manager* sanitario solleva dubbi circa la sua compatibilità con un rapporto di lavoro che dovrebbe garantire ampi margini di autonomia nell'espletare la prestazione professionale, a meno che non si consideri il contratto "la versione privatistica" del provvedimento di nomina divenendo l'incarico la vera e propria causa del contratto di prestazione d'opera intellettuale. Sul punto, Ferrara R., *op.cit.*, pag. 184. Soluzione che renderebbe superabili i rilievi sollevati da Tullini P, *Il rapporto di lavoro dei dirigenti dell'Azienda sanitaria (primi orientamenti della giurisprudenza del lavoro)*, in *Studium Juris*, 2001, 9, pag. 1021 che attribuisce al rinvio all'art. 2222 e ss. del codice civile, contenuto nell'art. 3 *bis* del d.lgs. n. 502 del 1992, un valore meramente "formale e descrittivo", riconoscendo al direttore generale ed ai rapporti da questi intrattenuti con la Regione, sul piano funzionale, esclusivamente le caratteristiche del rapporto dirigenziale pubblico. Si rammenta che il rapporto di lavoro del direttore amministrativo e del direttore sanitario che coadiuvano il d.g., assumendo la direzione, rispettivamente, dei servizi amministrativi e dei servizi sanitari, è, parimenti un contratto di prestazione d'opera anche se controparte contrattuale non è in tal caso la Regione bensì il medesimo *manager* il quale effettua una scelta che, anche se non può prescindere da determinati requisiti, ha natura strettamente fiduciaria (incontestabilmente si tratta di una fiducia in senso tecnica) venendo il relativo incarico a subire le vicende risolutive di quello del direttore generale.

Ma avendo il legislatore previsto per il contratto di lavoro del direttore generale cause risolutive¹⁹³ suscettibili, anche per la genericità di alcune formule utilizzate (basti citare, “i gravi motivi” o la “violazione del principio del buon andamento”), di creare un *vulnus* alla stabilità della funzione dirigenziale, subentra, di nuovo, il rischio che il direttore generale, nell’attività gestionale, venga condizionato dal gradimento al politico di turno, a dispetto di quel principio di separazione tra politica ed amministrazione al quale devono conformarsi le aziende sanitarie quali pubbliche amministrazioni pubbliche.

Ed, invero, in una realtà in cui si fatica a tenere a freno la capacità di tracimazione del ceto politico, la figura del direttore generale si è trovata, nel corso degli ultimi anni, esposta ai tentativi da parte di alcuni legislatori regionali di introdurre sistemi di *spoils systems* implicanti una sua decadenza automatica e, sostanzialmente, un recesso *ad nutum* dal relativo contratto, al mutamento del governo regionale.

Innanzi a tali tentativi si è assistito a plurimi interventi da parte della Consulta¹⁹⁴, diretti ad impedire una cessazione anticipata

¹⁹³ L’art. 3 *bis* del d.lgs. n. 502 del 1992, al settimo comma, stabilisce che “quando ricorrono gravi motivi o la gestione presenti una situazione di grave disavanzo o in caso di violazione di leggi o del principio di buon andamento e di imparzialità dell’amministrazione, la Regione risolve il contratto dichiarando la decadenza del direttore generale e provvede alla sua sostituzione..”.

¹⁹⁴ Una prima fondamentale presa di posizione avverso i tentativi di rendere politicamente fedele il direttore generale al governo regionale è stata assunta dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 104 del 2007 con la quale il giudice si è espresso in merito alla legittimità costituzionale di alcune leggi della Regione Lazio (l.r. n. 9 del 2005 e legge statutaria n. 1 del 2004) che prevedevano la decadenza automatica, tra gli altri, dei direttori generali in occasione del rinnovo del Consiglio regionale, introducendo, di fatto, una forma di *spoils system*. La sentenza ha ricevuto consenso, soprattutto, alla luce della precedente posizione assunta dalla Consulta (sent. n. 233 del 2006), *ex plurimis*, Nicosia G., *Le opinioni della Corte Costituzionale su spoils system fiducia e imparzialità negli incarichi di funzione dirigenziale: il caso Speciale è davvero speciale?*, in LPA, 2007, pag. 497 e ss. Ma sulla medesima questione la Consulta è stata costretta a pronunziarsi nuovamente, ribadendo la propria posizione (sentenza n.351 del 2008), avendo la Regione Lazio tentato di ovviare alle conseguenze derivanti dalla citata pronunzia garantendo al dirigente dichiarato decaduto, in base alla disposizione dichiarata illegittima costituzionalmente, un indennizzo in luogo della reintegrazione, reintroducendo sostanzialmente il meccanismo dello *spoils system* anche se di natura onerosa. Più di recente, la Corte Costituzionale, con sentenza n. 34 del 2010, ha dichiarato l’incostituzionalità, sempre in relazione agli artt. 97 e 98 Cost., di una legge della Regione Calabria (l.r. n. 12 del 2005),

dall'incarico di direttore generale se non assistita dalla garanzia della “procedimentalizzazione”¹⁹⁵ o di un giusto procedimento, ad esito del quale fornire una motivazione della revoca, e se non preceduta da una valutazione oggettiva dei risultati ottenuti, vero e proprio caposaldo dell'autonomia del dirigente e momento di rilevanza della relativa responsabilità.

Condizioni, che oltre a fungere da barriera di protezione alla separazione tra livello politico ed attività gestionale, salvaguardano i principi fondamentali dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, da intendersi, quest'ultimo, secondo l'interpretazione fornita dal giudice costituzionale, non solo nei termini consueti di efficienza e di efficacia dell'azione ma anche nel senso di continuità dell'azione amministrativa posta in crisi da inutili avvicendamenti nella titolarità dell'ufficio¹⁹⁶.

Un intervento del giudice costituzionale che conferma, ulteriormente, l'estraneità del *management* sanitario all'influenza della politica, dovendo questi garantire, “quale funzionario neutrale”¹⁹⁷, cioè

richiamandosi, quasi a voler sancire la continuità del proprio orientamento, a quanto sostenuto sin dalla pronunzia n. 233 del 2006 circa l'applicabilità del meccanismo di *spoils system* ai cc.dd. dirigenti “apicali” che siano nominati sulla base di “valutazioni personali coerenti con l'indirizzo politico regionale” in quanto funzionari che “collaborano direttamente al processo di formazione dell'indirizzo politico”, escludendo, però in tal caso, i *managers* delle aziende sanitarie ai quali spetta, invece, il compito di perseguire gli obiettivi nei quali si concretizza tale indirizzo.

¹⁹⁵ Nicosia G., *ult.op.cit.*, pag.510, opta per tale termine al fine di prendere le distanze da formule che richiamano attività a connotazione pubblicistica, trattandosi, invece, nel caso della valutazione dei risultati, di una attività nella quale si esplica, distinta in più fasi, una funzione datoriale. Si rammenta che la Corte Costituzionale, nel considerato in diritto della sentenza n. 104 del 2007 (punto n.2.9), richiamando la necessità del giusto procedimento, rinvia alla legge n. 241 del 1990 e ss.mm. in materia di procedimento amministrativo, mostrando implicitamente di propendere per la natura pubblicistica del potere di revoca dell'incarico dirigenziale nonostante le posizioni già assunte in merito dalla Corte di Cassazione a partire dalla sentenza n. 5659 del 2004.

¹⁹⁶ In tal senso le già citate sentenze n. 104 del 2007 e n. 34 del 2010.

¹⁹⁷ Merloni F., *Spoils system: il timore dell'overruling impedisce alla Corte di far chiarezza*, in *Le Regioni*, 2010, pag. 1142, opera una rilettura particolarmente acuta della sentenza n. 34 del 2010 asserendo la non coincidenza del termine “neutrale” con il termine “imparziale” in quanto il direttore generale pur tenuto ad agire, quale funzionario pubblico, nel rispetto del principio di imparzialità, non può, in virtù del rapporto fiduciario con la Regione nel quale acquisisce rilevanza anche la sua idoneità ad attuare l'indirizzo politico, essere considerato soggetto neutrale a differenza del mero dirigente professionale.

al servizio esclusivo della Nazione (*ex art.98 Cost.*) l'attuazione delle direttive, dei programmi e degli obiettivi nei quali si concretizza l'indirizzo politico del governo regionale, rimanendo a questo estraneo.

In tale prospettiva, cioè di una fiduciarità nella quale dovrebbe prevalere l'aspetto tecnico-professionale rispetto a quello politico, vanno lette le recentissime modifiche apportate, in materia di nomina del direttore generale, all'art. 3 *bis* d.lgs. n. 502 del 1992 dal c.d. decreto legge Balduzzi, dal nome dell'attuale Ministro della Salute, convertito in legge n. 189 dell'8 novembre 2012.

L'art. 4 del legge n. 189 del 2012 rende, infatti, obbligatoria la sua individuazione, tra gli iscritti ad un elenco regionale di idonei (non necessariamente della Regione che provvede alla nomina), da parte di una commissione costituita in prevalenza da esperti indicati da istituzioni scientifiche indipendenti dalla Regione, prevedendo, nel contempo, criteri di nomina tendenzialmente più selettivi rispetto a quelli definiti dalla previgente disposizione, specificando che l'esperienza dirigenziale minima di cinque anni deve essere maturata necessariamente nelle strutture sanitarie.

3.2. La dirigenza sanitaria tra organizzazione aziendale e disciplina speciale

Se la qualità dirigenziale appare- pur nelle evidenti peculiarità che la regolamentazione del rapporto di lavoro presenta- incontestabile per il vertice aziendale, per i medici ed gli altri professionisti sanitari, trova la sua ragion d'essere, il motivo della loro "creazione" quali dirigenti, nell'elevata dimensione professionale delle scelte operative dai medesimi compiute in piena autonomia, e per le quali, indipendentemente dagli incarichi funzionali espletati, il singolo

sanitario risponde, oltre che in virtù delle responsabilità tipiche del lavoratore pubblico (*in primis* dirigenziale, ma anche amministrativa, penale, civile, disciplinare) anche di una responsabilità di natura esclusivamente professionale.

Una valenza tecnico-professionale delle funzioni dirigenziali espletate che trova conferma nel regime giuridico dell'esclusività che consente al sanitario di esprimersi, ed all'azienda di utilizzarlo, quale libero professionista all'interno dell'azienda¹⁹⁸ e nella previsione di requisiti, ai fini dell'accesso, quali la specializzazione nella specifica disciplina e l'iscrizione in un albo professionale¹⁹⁹.

Una dimensione lavorativa che ha reso determinante la posizione dei sanitari all'interno dell'azienda nella quale, però, si rischia, in conseguenza di un accentramento dei poteri di gestione in capo al direttore generale (..da intendersi, come si vedrà, solo astrattamente..) comunque, una loro esclusione dalle scelte manageriali, alla quale il legislatore ha, comunque, ovviato prevedendo la loro partecipazione ad organismi collegiali. In particolare, al consiglio dei sanitari, dotato di funzioni consultive in materia di attività a valenza tecnico-sanitaria, (*ex* art. 3, 12 comma del d.lgs. n.502 del 1992), la cui componente prevalente è quella medica ed al collegio di direzione, a composizione multiprofessionale, che in virtù delle novità introdotte dalla legge n.

¹⁹⁸ L'art. 15 *quinquies* del d.lgs. n. 502 del 1992, al primo comma, definisce il rapporto di lavoro esclusivo dei dirigenti sanitari quale rapporto che comporta la loro totale disponibilità nei confronti dell'azienda non solo in riferimento allo svolgimento delle funzioni dirigenziali rivestite ma anche "nell'ambito ...della competenza professionale posseduta", prevedendo, al secondo comma, le varie esplicazioni, all'interno del rapporto di lavoro, dell'esercizio dell'attività libero professionale, che è fonte di proventi sia per il lavoratore che per la struttura, ed, al fine di un corretto equilibrio tra attività istituzionale ed attività libero professionale, si sancisce al terzo comma, che tale attività non può, comunque, comportare "per ciascun dipendente, un volume di prestazioni superiore a quella assicurato per i compiti istituzionali."

¹⁹⁹ L'art. 15, 3 comma del d.lgs. n. 502 del 1992, nella versione precedente alla riforma Bindi, condizionava l'accesso al primo livello della dirigenza sanitaria al possesso del diploma di specializzazione nella disciplina. I requisiti sono stati comunque, successivamente, esplicitati nel d.p.r. n. 483 del 1997, contenente la normativa concorsuale per la dirigenza medica al quale ormai rinvia il testo vigente del citato art.15.

del 2012 (art.4), è stato elevato, non diversamente dal direttore generale (e dal collegio sindacale) ad organo dell'azienda, al fine di supportare la direzione nel governo delle attività cliniche, nell'attività di programmazione e nell'organizzazione dei servizi per l'attuazione dell'attività libero-professionale.

La specificità dei medici e degli altri professionisti sanitari, quali dirigenti, appare ancora più evidente se considerata alla luce dell'ultimo intervento riformatore che ha investito sulla centralità della figura dirigenziale e dei suoi poteri, ha teso, rimaneggiando il contenuto prescrittivo dell'art. 5, 2 comma del d.lgs. n. 165 del 2001, ad accentuarne le competenze datoriali, quali “la gestione delle risorse umane”, la “direzione” ed “organizzazione del lavoro”. Poteri datoriali non rilevabili in un dirigente sanitario al quale, per le funzioni espletate, potrebbe non venir mai assegnata alcuna risorsa, assumendo questi, piuttosto, una “sorta” di corresponsabilità nell'attività gestionale, speculare all'autonomia professionale garantita all'atto dell'assunzione (ex art. 15, 4 comma) e che appare *ex se* atipica in quanto scissa da un incarico di natura strutturale²⁰⁰.

Da tale angolazione, potrebbe, forse, apparire fondata l'idea - avvallata in alcuni ambiti dottrinali- di una specialità che acquisirebbe tratti di “separatezza”, rendendo la disciplina della dirigenza medica e sanitaria una sorta di statuto dotato non solo di una propria autonomia ma “probabilmente autosufficiente”²⁰¹e, come tale, impermeabile nei

²⁰⁰ Si rammenta che all'interno dell'assetto aziendale, come configurato dal d.lgs. n. 502 del 1992 e ss.mm., deve intendersi come struttura “l'articolazione organizzativa per la quale è prevista dall'atto aziendale....responsabilità di gestione di risorse umane, tecniche o finanziarie” (art. 15 *quinquies* 4 comma).

²⁰¹ Di tale avviso Tullini P., *La dirigenza sanitaria. Amministrativisti e lavoristi a confronto* (a cura di Bottari C. e Tullini P.), Maggioli, 2004, pagg. 118-119. Per una disciplina della dirigenza sanitaria chiusa alle influenze della disciplina sulla dirigenza pubblica anche Gardini G., *Riordino della dirigenza pubblica e riflessi sulla dirigenza sanitaria*, in ID., pag. 87. Ha sostenuto apertamente la specialità della disciplina statale sulla dirigenza sanitaria ed una sua prevalenza sulla disciplina generale ai sensi dell'art. 15 delle disposizioni preliminari del codice civile, Zoppoli, *La*

confronti della successiva evoluzione normativa in materia di pubblico impiego.

Uno statuto che introduce un sistema di incarichi dirigenziali, operando una distinzione tra incarichi di natura professionale e di natura gestionale idonea ad acquisire, proprio in tale aree, un particolare significato²⁰², considerato che nel settore sanitario la dirigenza, rispetto agli altri settori, presenta aspetti ipertrofici in quanto tutti i medici ed i professionisti sanitari sono, all'atto dell'assunzione, dirigenti, rischiando il personale della sanità, secondo una definizione dall'indubbio tratto ironico ma dal contenuto realistico, di divenire un vero e proprio "esercito di generali"²⁰³.

In considerazione del particolare valore che assume, in tale settore, la distinzione tra tali incarichi, le parti contrattuali, nei contratti collettivi siglati il 17 ottobre 2008²⁰⁴ per l'area della dirigenza medico-

(piccola)"controriforma" della dirigenza nelle amministrazioni pubbliche non statali: prime riflessioni critiche, in LPA,2003,pag. 926.

²⁰² Il sistema degli incarichi, che trova, tuttora, i suoi fondamentali punti di riferimento nei contratti collettivi dell'8 giugno 2000 (quadriennio normativo 1998-2001) delle due, ma ancora per poco secondo le previsioni della riforma Brunetta, aree contrattuali della dirigenza sanitaria, penalizza, con evidenti risvolti non solo sul piano remunerativo, gli incarichi di alta specializzazione, di consulenza, studio, ricerca, ispettive, di verifica e controllo, a favore di quelli strutturali (struttura semplice e struttura complessa). Solleva obiezioni in merito ad una siffatta posizione di inferiorità ed auspica una distinzione tra due carriere parallele delle quali, una a carattere gestionale, ed una, a carattere professionale, con attribuzione per l'elevato livello professionale conseguito, e posto al servizio dell'azienda, di un peso economico non inferiore rispetto a quello inerente ad una struttura, anche complessa, Marra F., *La contrattazione collettiva di lavoro nelle aziende sanitarie: evoluzione normativa recente*, in Ragiusan, 2010,309-310, pag. 239; ma il problema travalica l'ambito del settore sanitario essendo stato sollevato in merito alla posizione di "minorità e residualità" degli incarichi non di direzione previsti nel d.lgs. n. 165 del 2001 (art. 19, 10 comma), tra gli altri, D'Alessio G., *La disciplina della dirigenza pubblica: profili critici ed ipotesi di revisione nel quadro normativo*, LPA, 2006, pag. 575; Mezzacapo D.,*op.cit.*,pag. 51 e D'Alessio G. ed altri , *La disciplina degli incarichi della dirigenza professionale*, in L'amministrazione come professione di D'Alessio G. (a cura di), 2008, Bologna, Il Mulino, pag. 147, il quale, in particolare, contesta l'utilizzo dell'incarico professionale quale strumento di "sedimentazione" dei dirigenti rimasti privi di incarico (a seguito di riorganizzazione dei ministeri o dello *spoils system una tantum* determinato dall'entrata in vigore della legge n. 145 del 2002), auspicandone, invece, la valorizzazione all'interno di amministrazioni che, in conseguenza dei processi di federalismo, decentramento e sussidiarietà, non espletano più funzioni operative, riservandone, però, il conferimento a dirigenti dotati di particolare titoli e qualificazione.

²⁰³ La frase è mutuata da Marinelli F. e Sgarbi L., *op.ult.cit.*, pag. 606.

²⁰⁴ Si fa riferimento all'art.6 dei contratti collettivi di ambedue le aree dirigenziali relativi al quadriennio giuridico normativo 2006-2009 ed al biennio economico 2006-2007.

veterinaria e della dirigenza s.p.t.a. (comprensiva dei sanitari non medici), anche se con una disposizione che si risolve in una mera linea di indirizzo destinata alle aziende sanitarie, hanno definito gli incarichi professionali di alta specializzazione e gli incarichi di struttura (limitatamente alla struttura semplice) benchè espressione di funzioni diverse, dotati di pari dignità ed importanza ed espressione di evoluzioni di carriera diverse ma idonee ad acquisire, nella graduazione di funzioni prevista a livello aziendale, una pari valorizzazione economica.

Una linea di indirizzo apprezzabile considerato che non pare rilevabile in capo al dirigente sanitario un diritto, o meglio una aspettativa giuridicamente fondata, ad un incarico di tipo gestionale secondo il solco tracciato dalle disposizioni normative che, nel contesto delle riforme sanitarie succedutesi, costituiscono l'ossatura di quel sistema di incarichi che verrà poi integrato in sede pattizia.

La lettura combinata degli artt. 15 e 15 *ter* del 502 (in particolare, i rispettivi commi 4) garantisce al dirigente, con cinque anni di attività e valutazione positiva conseguita, l'attribuzione di funzioni di natura professionale anche di alta specializzazione, di consulenza, studio, ricerca quale soglia minimale di competenze tecniche (4 comma dell'art. 15 *ter*), rendendo solo possibile il conferimento dell'incarico direzionale di struttura semplice, cioè di una articolazione interna dell'azienda alla quale è connessa la responsabilità di gestione di risorse umane, tecniche e finanziarie²⁰⁵.

²⁰⁵ La struttura semplice è un'articolazione interna di una struttura complessa o di un dipartimento o di un distretto. La definizione di "struttura" funzionale all'individuazione degli incarichi dirigenziali conferibili ai dirigenti sanitari viene esplicitata in seno all'art. 27, 3 comma del CCNL dell'8 giugno 2000 dell'Area della Dirigenza Medica e Veterinaria, quadriennio normativo 1998-2001 (analoga disposizione è inserita nel coevo contratto per l'altra area dirigenziale sanitaria), quale "articolazione interna dell'azienda alla quale è attribuita con l'atto aziendale di cui all'art. 3, comma 1 *bis* del d.lgs. n. 502 del 1992 la responsabilità di gestione di risorse umane, tecniche e finanziarie". La definizione va rivisitata alla luce dell'art. 4 del contratto integrativo del 17 ottobre 2008, stipulato il 6 maggio 2010 (disposizione analoga è inserita nel contratto dell'altra area dirigenziale), che precisa l'identità dell'incarico di direzione di struttura semplice quale incarico che " include necessariamente la

Una disomogeneità tra disciplina generale e disciplina speciale che non rende il dirigente sanitario, pur quando non siano rilevabili quella struttura duale e quella funzione scissa che sintetizzano la condizione esistenziale del dirigente pubblico, omologabile al dirigente privato. Figura non più esclusivamente identificabile con l'*alter ego* dell'imprenditore (il dirigente apicale o *top manager*), in virtù di una declinazione verso il basso della categoria, all'interno della quale sono distinguibili, in particolare negli assetti aziendali di rilevante dimensione, una pluralità di dirigenti di diverso livello (*middle e low manager*) fra i quali vengono decentrati i poteri decisionali ed il cui tratto distintivo non appare più solo il potere direttivo ma anche la qualità e l'autonomia nell'espletamento delle mansioni²⁰⁶. Una distinzione in livelli, alla quale la giurisprudenza della Suprema Corte non ha riconosciuto, comunque, la capacità di incidere sulla unitarietà giuridica della categoria²⁰⁷, ma suscettibile di rendere paragonabile il dirigente sanitario *professional* semmai ad un dirigente privato di medio o basso livello. Ma, sottoposto ad un più attento esame, l'allineamento tra la figura del dirigente privato e quella del dirigente pubblico appare, invero, poco proponibile in virtù di "un divario strutturale e funzionale"

responsabilità di gestione di risorse umane e strumentali che deve essere prevalente rispetto agli altri criteri e parametri. Ove previsto dagli atti di organizzazione interna, lo stesso può comportare, inoltre, la responsabilità di gestione diretta di risorse finanziarie", distinguendolo dall'incarico di natura professionale di alta specializzazione che prevede, in modo prevalente, rispetto agli altri criteri e parametri, responsabilità tecnico-specialistiche. Si rammenta che si tratta di disposizioni contrattuali dal contenuto volutamente generico in quanto, in attuazione dell'art. 12 dell'Intesa Stato-Regioni del 3 dicembre 2009 (Patto per la salute 2010-2012), recepito dalla legge finanziaria 2010, le singole Regioni, in funzione di contenimento della spesa di personale negli Enti del Servizio Sanitario Nazionale, sono state onerate alla fissazione di parametri *standard* per l'individuazione delle strutture semplici e complesse. Di conseguenza, pur nel rispetto dei caratteristiche essenziali indicate nelle disposizioni pattizie, le singole aziende sanitarie, all'atto di individuare il proprio assetto strutturale, dovranno adeguarsi ai diversi parametri regionali.

²⁰⁶ In argomento la voce "Dirigente" di Zoli C., in *Diritto del Lavoro* di Lambertucci P. (a cura di), Milano, Giuffrè, 2010, pag. 157.

²⁰⁷ L'orientamento assunto dalle Sezioni Unite con sentenza n. 7880 del 2007 in merito all'unitarietà della categoria dirigenziale è stato confermato dalla Corte di Cassazione Sez. IV con le pronunzie n. 897 del 2011 e n. 25145 del 2010.

che si rivela, secondo l'accezione di autorevole dottrina²⁰⁸, nel primo caso, in una disciplina "in negativo" con una definizione categoriale rimessa alla contrattazione collettiva, secondo le previsioni contenute nell'art. 2095, e la sottrazione al sistema di tutele predisposto per gli altri lavoratori subordinati *-in primis* nella fase di risoluzione del rapporto (con una tutela solamente risarcitoria in caso di un licenziamento illegittimo o ingiustificato). A fronte di una disciplina legislativa che per il dirigente pubblico, è, all'opposto, declinata in "positivo" acquisendo questa tale qualifica solo a seguito di un pubblico concorso e le cui funzioni e responsabilità sono ivi descritte in maniera dettagliata ed al quale la Corte di Cassazione²⁰⁹ ha, anche a fronte di prescrizioni

²⁰⁸ In tal senso, Carinci F., *Il dirigente privato ed il dirigente pubblico privatizzato: i termini di un raffronto*, in GI, 2010, pag. 2699.

²⁰⁹ La differente tutela apprestata trova fondamento nella sentenza della Corte di Cassazione Sez.Lav. n. 2233 del 2007 che ha sostenuto l'applicabilità al dirigente pubblico dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori. Le considerazioni della Corte si fondano sul dato formale dell'art. 51 del 165 che estende l'applicazione della legge n. 300 del 1970 alle pp.aa. a prescindere dal numero dei dipendenti, sostenendo il giudice che tale norma è in grado di derogare solo ai limiti dimensionali non inducendo l'unicità di tale deroga a ritenerne anche la sua applicabilità con i previsti limiti categoriali, cioè con l'esclusione dei dirigenti dalla tutela reale in caso di licenziamento illegittimo ai sensi dell'art. 10 della legge n. 604 del 1966. Ma la Corte insiste, in particolare, sulla diversità sostanziale tra rapporti di lavoro (pubblico e privato) ritenendo decisivo, in tal senso, l'art. 21 del 165 (disposizione, peraltro, riferibile solo alla "responsabilità dirigenziale" quale eventuale causa di licenziamento) in quanto finalizzato a preservare il dirigente pubblico dal rischio di un recesso *ad nutum*, che minerebbe la sua autonomia rispetto al vertice politico, apprestando, a tal fine, un sistema di garanzie (che, ricordiamo, sono dirette, però, a salvaguardare l'incarico). Giungendo, infine, il supremo giudice ad affermare che "il rapporto fondamentale stabile dei dipendenti pubblici con attitudine dirigenziale è assimilato dall'art.21 a quello della categoria impiegatizia". La sentenza, pur oggetto di accese critiche in dottrina in quanto fondata su erronei presupposti formali e di diritto, equiparando, peraltro, il ruolo dirigenziale a quello della categoria impiegatizia, *ex plurimis*, Vallebona A., *Il licenziamento del dirigente pubblico*, GI, 2010, pag. 2723; Zoppoli A., *I fondamenti del licenziamento del dirigente pubblico: nell'attesa di Godot*, QDLRI, 2008, 31, pag. 271, costituisce un tentativo da parte della giurisprudenza di colmare un vuoto normativo non essendo, nonostante i ripetuti interventi del legislatore in materia di lavoro pubblico, stata posta alcuna disciplina specifica sul licenziamento del dirigente pubblico. Vuoto normativo che è stato colmato dall'ultima tornata della contrattazione collettiva essendo stata prevista, mediante analoghe disposizioni per le varie aree, non solo la reintegra, a domanda, del dirigente illegittimamente ed ingiustificatamente licenziato, anche in sovrannumero ma anche il conferimento di un incarico di valore equivalente a quello rivestito al momento del recesso nonché la corresponsione del trattamento economico che sarebbe stato corrisposto durante il periodo di licenziamento, comprensivo della retribuzione di posizione in godimento all'atto del licenziamento. Per limitarci alle aree sanitarie, cioè area III e IV, si tratta, per entrambe, dell'art. 14 dei contratti collettivi nazionali integrativi dei CCNNLL del 17 ottobre 2008 (quadriennio normativo 2006-2009) siglati il 6 maggio 2010, ma identica disposizione è stata prevista per l'area ministeriale (Area I) dall'art. 13 del CCNL del 12 febbraio 2010.

contrattuali che la ritenevano impraticabile, garantito la tutela reale nell'ipotesi di risoluzione del rapporto.

Nella sua dimensione *professional*, il dirigente sanitario non appare neppure omologabile alla figura, di derivazione giurisprudenziale, ed emblematica nel lavoro privato, del c.d. "pseudo dirigente"²¹⁰, con la quale vengono identificati quei lavoratori che della categoria assumono solo il nome ma, di fatto, sono privi, nell'assetto dell'organizzazione aziendale, di quell'autonomia e responsabilità decisionale, che tipizza la funzione dirigenziale, ed al quale sono state, di conseguenza, estese le garanzie tipiche della qualifica impiegatizia in materia di libera recedibilità datoriale.

Ma, a questo punto, al fine di constatare se tra la disciplina generale e la disciplina generale intercorra un rapporto di natura osmotica o se, come già osservato, il d.lgs. n. 502 del 1992 e ss.mm. rappresenti una disciplina autosufficiente, va posta l'attenzione sul dato normativo e sulla sua evoluzione che ha compiuto un percorso parallelo alla dinamica legislativa sul lavoro pubblico.

L'atto di "creazione" della dirigenza sanitaria risale all'art. 15 del d.lgs. n. 502 del 1992, che, già nella versione originaria, istituiva, in contrasto con il precedente assetto di impronta verticistica²¹¹, una dirigenza distinta in due livelli funzionali: un primo livello iniziale, al quale veniva, principalmente, attribuita la funzione unificatrice delle

²¹⁰ Alla figura dello pseudo dirigente si riferiscono, ad esempio, le pronunzie della Cassazione dirette a consacrare la uniformità della categoria dirigenziale (già citate in nota n. 208) nella quale non vanno ricompresi i dirigenti tali solo per *nomen* e trattamento economico ma privi delle relative funzioni ai quali va estesa, infatti, l'applicazione dell'art. 18 St. in quanto, di fatto, riconducibili ai quadri.

²¹¹ Prima della riforma del sistema del 1992, i sanitari, in rapporto di lavoro con le istituzioni del SSN, erano ripartiti, ai sensi dell'allegato 1 del d.p.r. n.761 del 1979 ("Stato giuridico del personale delle unità sanitarie locali"), in specifici profili professionali (medici, veterinari, biologi, ect) all'interno dei quali venivano identificate tre posizioni funzionali che, limitandoci al profilo medici, erano le seguenti: primario ospedaliero; aiuto corresponsabile ospedaliero ed assistente medico, le cui attribuzioni erano ripartite, ex art. 63 del medesimo d.p.r., secondo un criterio verticistico, distinguendo tra la posizione iniziale, intermedia ed apicale.

precedenti distinzioni; un secondo livello, di natura apicale, acquisibile mediante incarico a termine, idoneo a produrre, quindi, solo un mutamento transitorio dello *status* iniziale, tipizzato da funzioni di direzione, di organizzazione della struttura (con relativa assegnazione di risorse, fissazione di obiettivi e verifica dei risultati) ed al quale è consentito inserirsi, solo in caso di necessità, sulle determinazioni inerenti agli “interventi preventivi, clinici, diagnostici e terapeutici” posti in essere dal dirigente sanitario di primo livello.

Di conseguenza, al dirigente di primo livello competeva l’attività operativa, esplicazione della sua autonomia professionale, a conferma di una figura dirigenziale che non poteva e non può, comunque, ridursi a mera esecutrice di prestazioni decise in altra sede. Nel contempo, con una formulazione che può apparire, in verità, contraddittoria, assumeva la “corresponsabilità” dell’attività della struttura di appartenenza, ruolo comprensibile solo come una opzione diretta ad esaltare, tra i vari dirigenti, una differenza in termini funzionali che prende le distanze da relazioni lavorative gerarchicamente concepite.

Una dirigenza, quindi, dal carattere flessibile che, sin dalla sua prima configurazione, non appare comparabile con un modello dirigenziale, quale quello disegnato dagli artt.15, 16 e 17 dell’allora d.lgs. n. 29 del 1993 per le amministrazioni dello Stato ed i ministeri, ispirato ancora ad una logica verticistica che traspare dall’esercizio dei poteri attribuiti, stando alle distinzioni, all’epoca, formulate dal legislatore, ai dirigenti generali nei confronti degli altri dirigenti (sintomatico, in tal senso, il previsto potere di controllo della loro attività e di sostituzione in caso di inerzia *ex art. 16, lettera h*). Dirigenze che, comunque, erano accomunate sul piano della responsabilità dirigenziale (in virtù del rinvio all’art. 20 effettuato dall’art. 15 del 502)

che, in virtù di un processo di necessario adattamento, non concerneva, per il dirigente sanitario “il risultato dell’attività svolta dagli uffici” bensì i risultati raggiunti “nei precisi ambiti di autonomia professionale” a questi riconosciuti.

Il legislatore prefigura, quindi, una dirigenza sanitaria che muove i suoi primi passi tra una disciplina che ne individua una fisionomia specifica e gli istituti innovativi introdotti per la dirigenza dall’allora d.lgs. n. 29 del 1993, cioè, in altri termini, una dirigenza che si muove tra una disciplina generale ed una disciplina speciale²¹².

Anche le modifiche apportate dalla riforma Bindi, in attuazione della legge delega n 419 del 1998, risentono delle novità introdotte in tema di lavoro pubblico nel corso della seconda stagione della privatizzazione, da parte dei decreti legislativi nn. 80 e 387 del 1998.

L’art. 15 del 502, nella sua nuova formulazione, prevede, innanzitutto, una dirigenza riunita in unico ruolo ed unico livello, ma distinta per profili professionali, in assonanza con il ruolo unico introdotto per la dirigenza statale (la cui vigenza sarà in tale ambito, comunque, meramente transitoria²¹³).

Al suo interno, la dirigenza sanitaria, in analogia alle categorie definite per le amministrazioni centrali, viene distinta, in un articolato sistema di incarichi funzionali, di natura professionale o strutturale²¹⁴,

²¹² Di tale avviso, Nicosia G., *La dirigenza sanitaria tra regime generale e regime speciale*, in LPA, I, 2000, pag. 125

²¹³ Il ruolo unico della dirigenza statale, introdotto con il d.lgs. n. 80 del 1998, è stato successivamente superato mediante la previsione di ruoli distinti per ogni amministrazione dello Stato, secondo le previsioni contenute nell’art. 3 della legge n. 145 del 2002.

²¹⁴ Il sistema degli incarichi dei dirigenti sanitari troverà, comunque, una sua articolazione definita nella contrattazione collettiva e, specificatamente, nell’ art. 27,1 comma del CCNL dell’Area Dirigenza medica e veterinaria e nell’analogo articolo dell’ Area dirigenziale stpa, che include i sanitari non medici, sottoscritti entrambi l’8 giugno del 2000 (quadriennio normativo 1998-2001). In conformità alle disposizioni alle disposizioni contrattuali gli incarichi si distinguono in: *a*) incarichi di direzione di struttura complessa (comprensivi anche della direzione del dipartimento, del presidio e del distretto); *b*) incarichi di direzione di struttura semplice; *c*) incarichi di natura professionale anche di alta specializzazione, consulenza, studio e ricerca, ispettive, di verifica e controllo; *d*) incarichi di attività di natura professionale conferibili ai dirigenti con meno di cinque anni di attività.

rappresentazione, qui, del particolare assetto organizzativo aziendale (strutture semplici, complesse, distretto, presidio, dipartimento, ect.) e calibrato su un'autonomia tecnico- professionale che va progressivamente ampliandosi.

In armonia con i criteri introdotti per la rilevabilità di forme di responsabilità dirigenziale, secondo le previsioni contenute nell' art. 21 dell'allora d.lg.s n. 29 del 1993, ed, oggi, del d.lgs. n. 165 del 2001, si funzionalizza l'attività dei sanitari al conseguimento di obiettivi, alla realizzazione di programmi prefissati, preordinandola ad una successiva fase di verifica e valutazione dei risultati conseguiti (art. 15, 3 comma del nuovo d.lgs. n. 502 del 1992), in esito alla quale l'incarico può essere revocato per i medesimi motivi previsti per il dirigente statale (art. 15 *ter* , 3 comma del 502).

Contestualmente, a salvaguardia dell'autonomia professionale, che permane il *topos* della categoria sanitaria, i rapporti tra i vari dirigenti, funzionalmente distinti, rispondono- a differenza dalle relazioni sussistenti tra le categorie dirigenziali di cui agli art. 16 e 17 del 165, non totalmente estranee ad una logica verticistica- ad una dinamica fondata su "indirizzi", "collaborazione", "corresponsabilità" che esalta nel dirigente preposto alla struttura complessa, oltre alle specifiche competenze professionali, la funzione essenzialmente di direzione ed organizzazione delle risorse assegnate, rispondendo della loro efficace ed efficiente gestione: non a caso, il legislatore lo vincola al possesso di un attestato di formazione manageriale (*ex* art. 15, 8 comma).

Se nei rapporti tra dirigenti sanitari il legislatore ha optato, in ragione di competenze istituzionali fondamentalmente tecniche, per un assetto nel quale ai singoli dirigenti venga garantita autonomia

nell'ambito di programmi e di obiettivi da realizzare, tra direttore generale e dirigente apicale la dinamica relazionale non è prefissata, essendo condizionata dalle scelte "imprenditoriali" concretizzate nell'atto aziendale.

L'atto di organizzazione e funzionamento dell'azienda diviene per il direttore generale, il quale detiene solo astrattamente tutti i poteri di gestione, lo strumento mediante il quale deconcentrarli, secondo le indicazioni contenute nell'art. 15 *bis*²¹⁵, ai direttori delle articolazioni aziendali, ai quali, sia il decreto legislativo che la contrattazione collettiva, attribuiscono, già un minimo di poteri decisionali in relazione all'incarico rivestito²¹⁶.

In tal modo può apparire fuorviante la formula stigmatizzata nell'*incipit* dell'art. 3, 6 comma del 502, relativa ad un accentramento di poteri in capo al direttore generale, se non viene letta nell' integralità delle competenze ivi esplicitate ("....verificare..... la corretta ed economica gestione delle risorse...nonchè l'imparzialità ed il buon andamento dell'azione amministrativa") ed, in particolare, alla luce del contenuto dell' art. 3, 1 *quater*, introdotto dalla riforma del 1999, in conformità al quale "...è responsabile della gestione complessiva"²¹⁷.

²¹⁵ A conferma di un'evoluzione del d.lgs. n. 502 del 1992 e ss.mm. permeabile alle novità introdotte per la dirigenza pubblica, l'art. 15 bis, introdotto dalla riforma del 1999, prevede che il dirigente responsabile di struttura complessa, sulla base delle scelte imprenditoriali del direttore generale concretizzatesi nell'atto aziendale, assuma poteri aventi rilevanza esterna (" le decisioni che impegnano l'azienda verso l'esterno"), disposizione che appare in sintonia con quanto previsto, ormai, nell'attuale art. 4, 2 comma del 165 del 2001, che attribuisce alla competenza del dirigente pubblico "gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno".

²¹⁶ Dalla lettura sistematica dell'intero d.lgs. n. 502 del 1992 e ss.mm., si deduce la presenza all'interno delle aziende sanitarie di specifiche figure dirigenziali alle quali sono affidati poteri gestionali. Il riferimento è al direttore di distretto al quale è affidata la gestione delle risorse assegnate al distretto (art.3 *sexies*); al direttore del dipartimento, prescelto tra i dirigenti incaricati della direzione di una struttura complessa aggregata al dipartimento, il quale è titolare sia di responsabilità professionali che gestionali in ordine alla corretta gestione delle risorse assegnate per la realizzazione degli obiettivi attribuiti (art.17 *bis*); al direttore del dipartimento di prevenzione il quale risponde alla direzione aziendale, oltre che del conseguimento degli obiettivi aziendali, dell'assegnazione delle risorse assegnate (art.7 *quater*).

²¹⁷La formula contenuta nell'art. 3, 6 comma del d.lgs. n. 502 del 1992 e ss.mm., circa l'afferenza di tutti i poteri di gestione in capo al direttore generale, solleva dubbi in sede di interpretazione

Intendendo, in realtà, il legislatore attribuire al *top manager* il governo strategico dell'azienda che si concretizza nell'attività di programmazione aziendale, nella definizione degli obiettivi, nella emanazione delle direttive generali, nell'assegnazione delle risorse, nella successiva verifica dei risultati conseguiti, e non circoscrivere la sua funzione ai singoli atti di gestione.

All'interno dell'organizzazione aziendale sanitaria, si declina, quindi, in maniera peculiare anche la distinzione tra gestione ed indirizzo, inteso non quale indirizzo di natura politica che afferisce, piuttosto, al governo regionale, ma quale indirizzo a carattere tecnico-gestionale: l'indirizzo e l'attività gestionale -nei limiti nei quali non viene decentrata secondo le indicazioni contenute nell'art. 15 *bis*- confluiscono nel direttore generale²¹⁸, creandosi, pertanto, tra i due livelli non una netta separazione ma una sorta di contiguità e di collegamento²¹⁹.

In merito è intervenuta anche la contrattazione collettiva (art. 27, 12 comma dei CCNLL delle due aree dirigenziali siglati l'8 giugno del

sistematica delle numerose disposizioni contenute nel medesimo articolato. Al suo interno, l'art. 3 comma 1 *quater* che indica il direttore generale, piuttosto, quale "responsabile della gestione complessiva" va rivisitato quale prodotto di un difettoso coordinamento del succedersi delle diverse riforme che nel corso degli anni novanta hanno inciso sul decreto legislativo. In tal senso, concorde Ales E., *Valutazioni risultati e responsabilità dirigenziale*, in *La dirigenza sanitaria. Amministrativisti e lavoristi a confronto* di Bottari C. e Tullini P. (a cura di), 2004, Bologna, Maggioli, pag. 166.

²¹⁸ All'interno delle singole aziende possono configurarsi, in seguito alla distribuzione dei poteri decisionali, secondo le determinazioni contenute negli atti aziendali, modelli gestionali divergenti. Pioggia A., *op.cit.*, pag. 16 e ss. effettua, sulla base dell'esame degli atti aziendali adottati in alcune realtà lavorative, una distinzione tra un modello nel quale il direttore tende ad accentrare le attività gestionali (il c.d. direttore "ipercompetente"); un modello nel quale si esalta la funzione di indirizzo e di governo strategico del direttore generale, riservando, anche implicitamente, ad essa solo l'adozione di alcuni atti nei quali tale ruolo si esprime (regolamentari di organizzazione, piano performance, programma triennale per la trasparenza e l'integrità, piani strategici, direttive generali, conferimenti incarichi dirigenziali, nomine organismi di valutazione, per esempio) ed investendo sul decentramento delle residue attività ai dirigenti (il c.d. direttore "a competenze limitate"), giungendo, in alcuni casi, ad una vera elencazione tassativa dei compiti del direttore generale con attribuzione ai dirigenti di quanto non ivi esplicitato (il c.d. direttore "a competenze tassative")

²¹⁹ Sulla particolare funzionalità nell'azienda sanitaria del principio di distinzione tra funzione di indirizzo politico e attuazione e gestione, Speranza N., *Il principio di distinzione tra compiti dell'organo di vertice e compiti della dirigenza nelle aziende sanitarie*, in *Sanità pubblica*, 2002, pag. 167; Ferrara R., *op.cit.*, pag. 179 e ss. e Genesin M.P., *op.cit.*, pag. 41 e ss.

2000)²²⁰ richiamando alla piena attuazione del principio della separazione tra poteri di indirizzo e poteri di gestione nella fase di attribuzione degli incarichi di struttura complessa, a salvaguardia dell'autonomia, nei confronti del direttore generale, del dirigente apicale una volta che questi venga investito di ben definiti poteri gestionali. Il principio si ripropone anche all'interno della struttura medesima, a conferma di una autonomia professionale del singolo dirigente sanitario che va garantita, sin dall'atto di assunzione e indipendentemente dall'incarico rivestito, e va esercitata nel rispetto degli indirizzi dati dal responsabile ed al fine di conseguimento degli obiettivi da questi prefissati (art. 15, 4 comma del 502).

Nonostante le specificità del modello organizzativo e le sue influenze sulla dirigenza, l'esame del dato normativo rileva che le due discipline, la generale e la speciale, nel corso degli anni novanta, hanno entrambe compiuto un percorso del quale la regolamentazione della dirigenza sanitaria ha teso a carpire il potenziale innovativo delle riforme del lavoro pubblico adattandolo, nei limiti del possibile, al proprio specifico assetto.

Nel contempo, la presenza di più rinvii da parte del d.lgs. n. 502 del 1992 e ss.mm all'allora d.lgs. n. 29 del 1993²²¹, da intendersi, ormai, riferiti all'attuale d.lgs. n. 165 del 2001, tra i quali, significativo, il

²²⁰ L'art. 27,12 comma del CCNL del 6 giugno 2000 dell'Area Dirigenza medica e veterinaria statuisce quanto segue: "Nell'attribuzione degli incarichi dirigenziali di struttura complessa dovrà essere data piena attuazione al principio di separazione fra i poteri di indirizzo e controllo ed i poteri di gestione ai sensi dell'art. 3 del dlgs. n. 29 del 1993 (oggi art. 4 del 165). A tali strutture ed al suo interno dovrà essere applicato il principio dell'art. 14 del dlgs. n. 29 del 1993 " disposizione che nell'attuale decreto legislativo 165 individua le attività nelle quali si estrinseca la funzione di indirizzo. Analoga statuizione è contenuta nel coevo contratto per la Area Sanitaria non medica.

²²¹ Si tratta non solo di rinvii espliciti alla disciplina generale, come quelli contenuti sia nell'art. 15, 2 comma (dirigenza medica) che nell'art. 18, 5 comma (norme finali), ai quali si fa menzione nel testo, nonché nell'art. 3 *bis*, comma 14, per la disciplina di tutto il personale delle aziende sanitarie, ma anche di rinvii impliciti, come nel caso dell'art. 15 *ter* che, in materia di responsabilità dirigenziale, rinvia alle "procedure vigenti" e, quindi, all'attuale d.lgs. 165 del 2001. Rinvii, comunque, non particolarmente produttivi di effetti considerato lo spazio che, sino ad oggi, in materia di regolamentazione del rapporto di lavoro ha conquistato la contrattazione collettiva.

rinvio, contenuto nelle norme finali, ad una applicazione delle norme generali sul lavoro pubblico “per quanto non previsto dal presente decreto” (art. 18, 5 comma), appaiono indicativi di una regolamentazione che, nel settore sanitario, non manifesta, contrariamente all’avviso espresso da determinata dottrina, pretese di autosufficienza ma che si presenta permeabile alle successive evoluzioni intervenute in materia²²².

4. La dirigenza sanitaria nel continuo divenire del lavoro pubblico. Le novità rilevanti in materia di dirigenza pubblica introdotte dal d.lgs. n. 150 del 2009

La permeabilità della disciplina della dirigenza sanitaria è stata posta a nuova prova da parte del d.lgs. n. 150 del 2009 -già esaminato limitatamente agli effetti prodotti sui soggetti della contrattazione collettiva, resi ormai sintonici con un sistema sanitario regionalizzato- che ha operato un vero e proprio investimento sulla figura del dirigente, divenuto garante degli obiettivi trainanti il processo riformatore e che vengono ripercorsi nell’art. 37 del decreto, posto ad apertura del Capo II del titolo IV dedicato alla dirigenza.

In tale sede, si esamineranno, per grandi linee, le novità introdotte in materia di dirigenza pubblica, ai fini di valutarne la compatibilità/adattabilità con la specificità della dirigenza sanitaria e constatare quale effettiva incidenza producano in tale area dirigenziale, alla luce di una disciplina contrattuale che sino ad oggi si è espressa

²²² Ad una disciplina generale che funziona come “cornice generale del sistema“ e come “magazzino di principi” da cui attingere, nell’ipotesi di lacune della disciplina speciale, fa, rinvio Mazzotta O., *Attribuzioni e poteri del dirigente sanitario*, in *La dirigenza sanitaria. Amministrativisti e lavoristi a confronto*, di Bottari C. e Tullini P. (a cura di), 2004, Bologna, Maggioli, pag. 129.

mediante statuizioni abbastanza articolate e complesse e dall'intento garantista.

L'investimento sulla figura dirigenziale, più che ad una tendenza incrementale delle prerogative dirigenziali, ha condotto ad una sorta di conformazione di quei poteri tipizzanti i dirigenti in qualità di preposti all'attività di gestione, come enucleati all'interno dell'art. 5 del T.U.P.I, cioè la micro-organizzazione degli uffici e la gestione dei rapporti di lavoro, quali poteri datoriali (da esercitare, stando alla formulazione utilizzata “con le capacità e i poteri del privato datore di lavoro”) che, vengono, dalla riforma del 2009, ulteriormente declinati e resi oggetto di una riserva esclusiva del dirigente.

In tale prospettiva, il legislatore li ha preservati, innanzitutto, dal rischio di una “negoziabilità”²²³, ormai diffusa nella prassi della contrattazione di primo ed, in particolare, di secondo livello, consentendo, sulle determinazioni dirigenziali la più tiepida delle forme di partecipazione sindacale cioè, la informazione (senza alcuna specificazione circa la sua natura preventiva o successiva), condizionando la sua introduzione, peraltro, ad una specifica pattuizione contrattuale.

Una “esclusività” che, in definitiva, sancisce ed intensifica la unilateralità²²⁴ dell'esercizio delle prerogative dirigenziali già deducibile da una interpretazione sistematica dei previgenti artt. 5, 2 comma e 4, 2 comma del T.U.P.I. ma che, nella prassi, non si era concretizzata a causa delle tracimazioni sia da parte del contropotere sindacale che del vertice politico.

²²³ La sottrazione alla contrattazione collettiva delle prerogative dirigenziali, già implicitamente deducibile dalla lettura del nuovo art. 5, 2 comma del 165, trova conferma nel successivo art. 40, 1 comma che, indicando le materie escluse dalla contrattazione, vi fa esplicito rinvio.

²²⁴ In tal senso, Boscati A., *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazione del lavoro e svolgimento dell'attività amministrativa*, in LPA, 2009, I, pag. 26.

Nei confronti di eventuali invasioni da parte sindacale, l'autonomia del dirigente viene, ulteriormente, tutelata, sottraendo alla contrattazione collettiva, al momento di delimitarne i nuovi confini nel rinnovato art. 40 del T.U.P.I., anche le nuove prerogative dirigenziali *ex art. 16 e 17* che costituiscono una ulteriore declinazione di quel potere di gestione delle risorse umane sancito dall'art.5, 2 comma. In particolare, allo *status* del dirigente post-riforma afferisce la valutazione del personale a questi assegnato, in grado di condizionare l'erogazione dei nuovi incentivi e premi, che non incidono solo sul trattamento economico (si pensi, alle cc.dd. progressioni verticali o all'attribuzione di incarichi e responsabilità di cui agli art. 24 e 25 del 150); il potere di partecipare attivamente alla programmazione del fabbisogno di risorse umane, mediante la individuazione dei profili professionali utili al fine dell'espletamento dei compiti istituzionali, che pone il dirigente in relazione osmotica con l'organo di indirizzo nelle cui competenze afferisce ogni attività di pianificazione ed, infine, il nuovo potere disciplinare che consente al dirigente libertà di azione per le infrazioni che comportano sanzioni sino a dieci giorni di sospensione²²⁵(art. 55 *bis*, 1 comma del T.U.P.I.).

Le prerogative dirigenziali, area protetta dai tentativi di condivisione da parte dell'attore negoziale, vengono, ulteriormente, salvaguardate non solo dal carattere di imperatività esteso a tutte le disposizioni del T.U.P.I. (*ex art. 2. 2 comma*) ma anche da quel "meccanismo di integrazione contrattuale"²²⁶che implica la inserzione automatica della clausola pattizia conforme al dato legislativo, stante il

²²⁵ Secondo il procedimento disciplinare previgente, disciplinato dalla fonte contrattuale, l'autonomia del dirigente era limitata alle infrazioni punibili con il rimprovero verbale o scritto.

²²⁶ La frase è mutuata da Caruso B., *Gli esiti regolativi della "riforma Brunetta"(come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni)*, LPA, 2/2010, pag. 251.

rinvio compiuto dall'art. 2, 3 comma *bis* del T.U.P.I. agli artt. 1339 e 1419 c.c.²²⁷.

Ma l'autonomia del dirigente va tutelata anche dalle invasioni producibili da parte dell'altro attore istituzionale in grado di porla (ancora di più, come si avrà modo di evidenziare) a rischio cioè, il vertice politico, essendosi, da tal punto di vista, preoccupato il delegante di rinverdire, a tutela dello *status* dirigenziale, il principio di distinzione tra attività di indirizzo/controllo ed attività gestionale che andava, secondo i propositi già enunciati nell'art. 6, 1 comma della legge n. 15 del 2009²²⁸, rafforzato.

In coerenza con il principio di distinzione funzionale, il legislatore ha adeguato il conferimento degli incarichi dirigenziali a criteri di trasparenza e pubblicità in merito ai posti di funzioni disponibili, vincolando l'amministrazione alla determinazione di preventivi criteri di scelta a carattere "oggettivo"²²⁹ (risultati conseguiti e valutati; competenze organizzative possedute; esperienze maturate) e ad una valutazione dei *curricula* dei dirigenti aspiranti, introducendo, in definitiva, la procedimentalizzazione del conferimento dell'incarico tesa a limitare, in tale fase, la discrezionalità del soggetto politico istituzionale²³⁰ (nuovo art. 19, comma 1 e *1bis* del T.U.P.I.).

²²⁷ L'art. 2, 3 comma *bis* del T.U.P.I. stabilisce che: "Nel caso di nullità delle disposizioni contrattuali per violazione di norme imperative o dei limiti fissati dalla contrattazione collettiva, si applicano gli artt. 1339 e 1419, secondo comma del codice civile". Si rammenta che il nuovo art. 40, nell'elencare i limiti posti alla contrattazione collettiva, in virtù del nuovo sistema delle fonti, include, tra le materie escluse "quelle afferenti alle prerogative dirigenziali ai sensi dell'art. 5, comma 2, 16 e 17".

²²⁸ L'art. 6, 1 comma della legge n. 15 del 2009 delega il legislatore a modificare la disciplina della dirigenza anche "al fine di rafforzare il principio di distinzione tra le funzioni di indirizzo e controllo spettanti agli organi di governo e le funzioni di gestione amministrativa spettanti alla dirigenza, nel rispetto della giurisprudenza costituzionale in materia..".

²²⁹ Accentua tale aspetto dell'intervento riformatore in quanto indicatore di una logica meritocratica nel conferimento degli incarichi ai dirigenti, Nicosia G., *La gestione della performance dei dirigenti pubblici: an, quando, quis e quomodo della "misurazione" e "valutazione" individuale*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 103/2010, pag. 12.

²³⁰ Il legislatore, pur avendo adeguato la fase del conferimento dell'incarico ai principi di pubblicità e trasparenza, non ha specificato alcunché sull'obbligo di motivazione dell'atto di conferimento di incarico e sulla esigenza di una valutazione comparativa tra più aspiranti al medesimo incarico

Medesimo intendimento è sotteso nel nuovo art. 19, 1 comma *ter*, che obbliga l'amministrazione a palesare al dirigente, con un congruo preavviso, le motivazioni, e a prospettargli una ricollocazione su un nuovo incarico²³¹(equivalente a quello ricoperto o inferiore?), nell'eventualità nella quale non intenda confermare l'incarico al medesimo precedentemente assegnato, a causa "di processi di riorganizzazione o alla scadenza".

Sottoposta ad un più attento esame, la disposizione sembra, invece, aprire spazi per una mancata conferma dell'incarico scissa dai risultati conseguiti, soprattutto, nell'eventuale ipotesi nella quale questa non sia collegata ad una, sia pur legittima, attività di riorganizzazione, a fronte della quale è difficile intravedere posizioni giuridiche tutelabili in capo ai singoli dirigenti, ma alla generica e semplice scadenza temporale dell'incarico.

Ponendosi, sostanzialmente, la modifica così apportata all'art. 19 del T.U.P.I. in contrasto con la logica meritocratica che permea l'intero progetto riformatore, fondata sulla valutazione della *performance*, considerando che, all'interno del decreto, il Titolo II, a questa dedicato, ed il Titolo III, riguardante il sistema premiante, costituiscono circa la metà del *corpus* normativo.

nonostante le indicazioni della Corte di Cassazione (sent. n. 9814 del 2008) che esaltano tali elementi in quanto rilevatori di un comportamento da parte dell'amministrazione /datrice di lavoro conforme ai principi di buona fede e correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. Critiche sono state sollevate in merito da Gardini G., *L'autonomia della dirigenza nella (contro)riforma Brunetta*, in LPA, 2010, 5, pag. 592 e Mezzacapo D., *op. cit.*, pag. 130 e ss.

²³¹ Ales E., *Conferimento e " mutamento " degli incarichi di funzione dirigenziale*, in La terza riforma del lavoro pubblico di Carinci F. e Mainardi S. (a cura di), Milano, Ipsoa, 2011, pag. 178 individua la fattispecie quale mutamento, interpretando la norma alla luce dell'art. 6, 2comma lett. *h* della legge delega che si riferisce ai " criteri di conferimento, mutamento o revoca degli incarichi dirigenziali", differenziando tale ipotesi dal caso del mancato rinnovo di cui all'art. 21, che presuppone la valutazione negativa alla scadenza dell'incarico, e dalla vera e propria revoca condizionata al previo accertamento di risultati negativi che lasci presupporre già *in itinere* il non conseguimento degli obiettivi o l'avvenuta concretizzazione dell' inosservanza delle direttive.

A porre in crisi ulteriormente il principio di distinzione funzionale, incrinando l'autonomia della classe dirigenziale invece di intensificarla, è intervenuto, l'art. 9, 32 comma del D.L. n. 78 del 2010, convertito con legge n. 122 del 2010 (c.d. manovra Tremonti) che, modificando il secondo periodo dell'art. 19, 1 comma *ter*, in un certo senso puntualizza quanto non (volutamente?) specificato nella riforma Brunetta.

In conseguenza di quest'ulteriore modifica, l'amministrazione che, alla scadenza di un incarico dirigenziale “anche in dipendenza dei processi di riorganizzazione”²³² e, quindi, non necessariamente in presenza di un simile evento, intenda non procedere alla sua conferma, pur “in assenza di una valutazione negativa”, può conferire al dirigente un incarico diverso anche di valore economico inferiore.

La tendenza espressa da parte del legislatore rischia di sancire una scissione tra stabilità dell'incarico e valutazione dei risultati, eliminando anche quelle garanzie fornite nella previgente versione cioè, preavviso e motivazione che, in un rapporto di lavoro privatizzato, costituiscono indici rilevatori di un comportamento datoriale conforme ai principi di correttezza e buona fede *ex art.* 1175 e 1375 c.c..

Una volontà che il legislatore intende particolarmente salvaguardare in quanto blinda il contenuto prescrittivo della modifica introdotta all'art. 19, 1 comma *ter* del T.U.P.I., escludendo, espressamente, l'applicabilità di disposizioni, anche contrattuali, dal contenuto più favorevole²³³.

²³² Solleva critiche sulla strumentalità del potere di riorganizzazione al fine di sottrarre da determinati incarichi il dirigente efficiente ma poco fedele, D'Orta C., *op.cit.*, pag. 457.

²³³ Evidenziano in maniera incisiva la possibile strumentalizzazione dell'art. 19, 1 comma *ter*, sia nell'attuale che nella previgente versione derivante dalle modifiche apportate dall'art. 40 del d.lgs. n. 150 del 2009, in quanto disposizione utile a non confermare gli incarichi a dirigenti capaci ma poco “fedeli” al politico, Bellavista A., *Gli incarichi dirigenziali dopo la manovra “Tremonti”* in Lav. giur.,

Sul versante della mera responsabilità dirigenziale, collegata, ormai, al nuovo sistema di valutazione della *performance* introdotto dal d.lgs. n. 150 del 2009, si procedimentalizza l'applicazione delle misure sanzionatorie prescrivendo la previa contestazione dell'addebito, per il mancato rinnovo dell'incarico e, nei casi più gravi, di revoca e di recesso, l'attivazione di un vero e proprio contraddittorio in adesione a quella giurisprudenza costituzionale²³⁴ che, in più di un'occasione, aveva condizionato la rimozione dall'incarico al previo esperimento di un "giusto procedimento" (nuovo art. 21 del T.U.P.I.) .

Attuandosi, di conseguenza, una sorta di sovrapposizione, anche solo sul piano procedurale, tra responsabilità dirigenziale con la responsabilità di natura disciplinare²³⁵.

Sovrapposizione che si rileva, in particolare, in riferimento alla nuova fattispecie di responsabilità dirigenziale, introdotta dall'art. 21, 1 comma *bis* del T.U.P.I. fondata sulla "colpevole violazione del dovere di vigilanza sul rispetto, da parte del personale assegnato ai propri uffici, degli *standard* qualitativi e quantitativi fissati dall'amministrazione" alla quale consegue la decurtazione a carico del dirigente della retribuzione di risultato, previa acquisizione del parere del Comitato dei garanti. La rilevanza data dal legislatore all'elemento soggettivo della colpa determinerebbe l'inclusione di tale fattispecie nella categoria della responsabilità disciplinare anche se il collegamento con la procedura di

2011, 2, pag. 154; D'Orta C., *L'organizzazione delle p.a. dal diritto pubblico al diritto privato: il fallimento di una riforma*, in LPA, 2011,3/4, pag. 456 e Gardini G., *op.cit.*, pag. 594 e ss.

²³⁴ Si riportano, senza pretesa di esaustività, alcune pronunzie in materia emesse dalla Corte Costituzionale (alcune sono state già citate nel testo in quanto riguardanti specificatamente l'incarico del direttore generale): n. 233 del 2006; nn. 103 e 104 del 2007; n. 351 del 2008; n. 34 del 2010; nn. 124 e 246 del 2011.

²³⁵ In merito alla difficoltà di distinguere i due tipi di addebito, Nicosia G., *La valutazione della prestazione dirigenziale e le connesse responsabilità. La responsabilità dirigenziale e la responsabilità disciplinare*, in *Il Lavoro pubblico in Italia*, Bari, Cacucci, 2010, pag. 143.

valutazione ed il parere del Comitato dei garanti farebbero propendere per un ampliamento dei casi di responsabilità dirigenziale.

Va, infine, posto in evidenza che, analogamente alle prerogative dirigenziali, anche la disciplina del conferimento e della revoca degli incarichi, snodo fondamentale dei rapporti tra organi di indirizzo e dirigenza, e che, sino ad oggi, ha rappresentato uno spazio sul quale la contrattazione delle aree dirigenziali è intervenuta ponendo, come nel caso della dirigenza sanitaria, una regolamentazione particolarmente dettagliata, costituisce uno spazio ormai riservato al legislatore, essendo stato espressamente sottratto alla contrattazione collettiva (nuovo art. 40, 1 comma del T.U.P.I.).

4.1. Gli effetti della riforma sulla dirigenza sanitaria e sulla distribuzione dei poteri tra vertice aziendale e dirigenza sanitaria.

Ai fini dell' applicazione anche alla dirigenza sanitaria delle modifiche apportate al d.lgs. n. 165 del 2001 da parte del Titolo IV-Capo II della riforma Brunetta, dedicato alla dirigenza pubblica, non potrà che essere di ausilio il criterio di raccordo esplicitato in seno all'art. 15, 2 comma del d.lgs. n. 502 del 1992 e ss.mm. che rinvia alla disciplina generale sulla dirigenza pubblica, da intendersi quale fonte primaria di regolamentazione della dirigenza sanitaria, purchè compatibile con la disciplina speciale contenuta nel d.lgs. n. 502 del 1992 e ss.mm., secondo la nota formula "...salvo quanto previsto dal presente decreto", riportata nella parte finale della disposizione²³⁶, non

²³⁶ Ales E., *Dirigenza pubblica: le finalità della riforma*, in La terza riforma del lavoro pubblico di Carinci F. e Mainardi S. (a cura di), 2011, IPSOA, pag. 165 e ss., sostiene la non applicabilità alle amministrazioni non statali del complesso delle disposizioni contenute nel Capo II, Titolo II del d.lgs.

potendo tale dirigenza sottrarsi, quindi, alle influenze del processo evolutivo sulla disciplina generale.

Escludendo le disposizioni che per il contenuto prescrittivo non possono che rivolgersi alle amministrazioni statali, presupponendone il relativo assetto organizzativo (quali gli artt. 43, 46, che modificano, rispettivamente, gli artt. 23, 28 del 165 e l'art. 47 che introduce l'art. 28 *bis*), non si possono considerare, a priori, i dirigenti sanitari sottratti all'opera di consolidamento e, nel contempo, di protezione, delle prerogative dirigenziali esitata dalla riforma.

Il problema è rendere, o provare a rendere compatibili, le nuove disposizioni emanate in materia alla specificità di tale classe dirigenziale ed, in particolare, stante la più volte evidenziata distinzione categoriale, a quei dirigenti ai quali, all'interno dell'organizzazione aziendale, possano attribuirsi i poteri dirigenziali ridefiniti dal rinnovato art. 5, 2 comma del 165.

Non potranno, pertanto, intendersi inclusi, in tale ambito, i dirigenti con funzioni di natura professionale (artt. 15, 4 comma e 15 *ter*, 4 comma) ai quali va riconosciuta una corresponsabilità nella gestione delle attività che, peraltro, andrebbe riferita, nella genericità del dato normativo, solo a quelle a mero contenuto tecnico-professionale.

Ma, come già evidenziato, all'interno dell'organizzazione aziendale, si assiste ad una distribuzione di poteri gestionali tra la figura del direttore generale- il vero e proprio vertice aziendale, integrato dalle figure del direttore amministrativo e del direttore sanitario, nel quale si concentrano, secondo una formula enfatica, tutti i poteri di gestione *ex*

n. 150 del 2009, considerando non solo la loro mancata menzione all'interno dell'art. 74, che regola l'ambito di applicazione dell'intero decreto, ma anche in virtù dell' art. 19, 6 comma *ter* del 165, introdotto dall'art. 40 della riforma, che puntualizza l'estensione dei commi 6 e 6*bis* dell'art. 19, in tema di incarichi a esterni, "alle amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2" del 165, specificazione che confermerebbe, *a contrario*, il limitato ambito soggettivo delle disposizioni in materia di dirigenza pubblica.

art. 3, 6 comma del 502- ed i dirigenti responsabili delle strutture complesse, che è variabile da azienda ad azienda in quanto condizionata alle scelte “imprenditoriali” canonizzate nell’atto aziendale, nel quale, non a caso, vanno individuate le strutture operative dotate di autonomia gestionale e tecnico-professionale, soggette a rendicontazione analitica (art.3,1 comma *bis* del d.lgs. n. 502 del 1992).

I dirigenti responsabili di struttura complessa fruiscono, però, non solo di poteri “derivati” in quanto ad essi spetta quel *minimum* di poteri gestionali inerenti all’incarico rivestito, definiti in seno all’art. 15, 6 comma del 502, quali la funzione di “direzione e organizzazione della struttura”, nella quale non può non identificarsi, all’interno dell’azienda, la c.d.micro-organizzazione, e la funzione di adozione delle “decisioni necessarie per il corretto espletamento del servizio”, mediante “l’efficace ed efficiente gestione delle risorse”, nella quale è individuabile l’organizzazione del lavoro cioè, delle prestazioni lavorative rese dalle singole risorse assegnate alla struttura, potere idoneo a produrre effetti sui relativi rapporti di lavoro.

Si tratta, quindi, dei poteri esplicitati dall’art. 5, 2 comma del T.U.P.I. e che, nella versione rivisitata dalla riforma Brunetta, sono stati non rinnovati ma ulteriormente ridefiniti per essere resi propri ed esclusivi del dirigente, nel senso della loro indisponibilità negoziale.

Pertanto, anche le determinazioni adottate in materia dal dirigente sanitario saranno esposte, solo al meno invasivo degli istituti di partecipazione sindacale, cioè l’informazione che, peraltro, nella genericità della formulazione adottata, potrebbe essere anche meramente successiva all’adozione delle medesime.

Integrano lo *status* del dirigente sanitario, inoltre, le “nuove” prerogative dirigenziali, derivanti dalle modifiche apportate agli artt. 16

e 17 del 165 dalla riforma Brunetta, quali, il potere di valutare le risorse umane assegnate, al fine dell'erogazione degli strumenti premiali definiti nel titolo III del d.lgs. n. 150 del 2009, un potere, in realtà, già attribuito al dirigente dalla contrattazione di settore; il potere di partecipare attivamente, in raccordo con la direzione aziendale, alla programmazione triennale del fabbisogno delle risorse umane, individuando le risorse ed i profili necessari all'espletamento dei compiti istituzionali²³⁷ assegnati alla struttura diretta dal singolo dirigente, nonché il potere disciplinare, entro i limiti già indicati, la cui afferenza al responsabile della struttura ha ricevuto conferma nella sequenza contrattuale dell'art. 28 del CCNL del 17 ottobre 2008, conclusa il 6 maggio 2010 (art. 7, 3 comma)²³⁸.

La disciplina della dirigenza sanitaria si presenta, quindi, ancora una volta, il prodotto della combinazione tra *lex specialis* e legge generale considerato che la conformazione dei poteri datoriali di cui all'art.5, 2 comma e le nuove prerogative *ex art.* 16 e 17 del T.U.P.I. divengono "patrimonio" anche dei dirigenti sanitari, afferendo a quel *minimum* che, nella dislocazione dei poteri gestori compiuta dal direttore generale con l'atto aziendale, è, comunque, intangibile e la cui non negoziabilità esce rafforzata dalla riforma.

L'osmosi tra *lex specialis* e riforma della dirigenza pubblica accentua,ulteriormente, all'interno della categoria dirigenziale sanitaria, le differenziazioni tra componente/datoriale e componente/lavoratore subordinato che, rispetto alle altre dirigenze, vivono, in tale area, in un

²³⁷Il potere dirigenziale di individuazione dei profili professionali necessari per l'attuazione dei compiti istituzionali va esaminato alla luce anche del nuovo art. 33, 1 comma *bis* del T.U.P.I. in quanto il dirigente che non individua le eccedenze di risorse umane presenti nella struttura diretta incorre in responsabilità amministrativo-contabile per il danno erariale causato all'amministrazione di appartenenza.

²³⁸ Il dirigente sanitario responsabile di struttura, secondo le indicazioni dell'art. 29 del CCNL Comparto Sanità (quadriennio normativo 1994-1997), stipulato l'1.9.95, deteneva autonomi poteri disciplinari solo nei casi di infrazioni punibili con il rimprovero verbale o scritto.

complicato *mix*²³⁹, considerata la presenza di figure, quali i responsabili delle articolazioni strutturali aziendali (struttura complessa, dipartimento, distretto, presidio), i cui poteri, all'interno delle strutture dirette, vengono rafforzati, e dirigenti, estranei all'esercizio di poteri gestione, nei quali la componente di lavoratore subordinato prevale. Anche se tale componente nel dirigente sanitario, con incarico professionale, è percepibile solo nei limiti in cui sia considerato quale mera risorsa umana all'interno di una unità organizzativa, escludendo che, sul piano prestazionale, possano in esso riscontrarsi i caratteri distintivi della subordinazione (sotto il profilo della eterodirezione), che appaiono incompatibili con la sua autonomia professionale e la connessa responsabilità .

Occorre, peraltro, calibrare gli effetti della riforma non trascurando la complessità dell'organizzazione interna di un'azienda sanitaria, nella quale il direttore generale, interfaccia con il vertice politico, vede confermata ed intensificata la sua funzione manageriale, cioè di soggetto responsabile della gestione complessiva nella quale va compresa la funzione di indirizzo e di programmazione strategica mediante la quale si traducono, all'interno dell'assetto aziendale, l'indirizzo e la programmazione a valenza politica.

Nella qualità di governo dell'azienda, competono, quindi, al direttore generale le funzioni che, nel nuovo processo di misurazione e valutazione della *performance*, il riformatore attribuisce “all'organo di indirizzo politico-amministrativo” (art. 15 del d.lgs. n. 150 del 2009) da intendersi, in tale ipotesi, quindi, non secondo una interpretazione letterale ma nel suo significato più prettamente tecnico.

²³⁹Su tale peculiarità della dirigenza sanitaria, Nicosia G., *Il poliformismo delle dirigenze pubbliche e la “buona amministrazione”* in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, n.81/2008, pag.28.

Il direttore generale sarà coadiuvato nelle funzioni di controllo strategico, dal nuovo Organismo interno di valutazione (O.I.V.), che sostituisce il preesistente Nucleo di valutazione dell'azienda, il quale pur essendo dal primo nominato, monitora e vigila, in posizione di piena autonomia rispetto agli organi aziendali, sul funzionamento complessivo del sistema di valutazione della *performance* (art. 14 comma del 150).

Secondo le declinazioni del potere di indirizzo politico-amministrativo, effettuate dall'art. 15 del decreto Brunetta, compete, al direttore generale, l'adozione del documento programmatico, su base triennale, nel quale sono definiti gli obiettivi ed indicatori dei risultati attesi (Piano della *performance ex art. 10,1 comma, lett. a del 150*), ed, in diretta connessione, con cadenza annuale, la relazione a consuntivo, riferita temporalmente all'anno precedente, sui risultati conseguiti rispetto agli obiettivi programmati (Relazione sulla *performance ex art. 10, 1 comma lett.b del 150*).

In conformità al principio di trasparenza, elevato dalla riforma a livello essenziale delle prestazioni erogate dalle pubbliche amministrazioni, rientra nelle nuove attribuzioni del direttore generale anche la predisposizione del Programma triennale per la trasparenza e l'integrità (*ex art. 11 del d.lgs. n. 150*), al fine di rendere conto alla collettività in merito ai risultati del processo di valutazione.

All'interno dell'azienda sanitaria, il processo di misurazione e valutazione della *performance* non sarà, quindi, più concepito quale leva fondamentale in mano al direttore generale per migliorare lo *standard* qualitativo e quantitativo del servizio erogato (art. 2 del 150) venendo, anche, funzionalizzato, mediante l'ausilio del principio della trasparenza, ad un controllo democratico (“diffuso”) sul rispetto dei

principi-cardine dell'agire di una p.a. cioè, l' imparzialità e buon andamento (art. 11, 1 comma del 150).

Alla luce delle teorie sull'organizzazione del lavoro pubblico, la riforma Brunetta può essere, quindi, letta non solo quale espressione del paradigma del *New Public Management* (fondato sul mito dell'efficienza; su tecniche di *management* trasfuse dal settore privato; sulla rilevanza degli *outputs*; sulla valutazione della *performance* e la responsabilità di risultato) ma anche del paradigma del *Neo Weberian State*, che fa della centralità del cittadino uno degli obiettivi fondanti²⁴⁰.

In ultima analisi, all'interno dell'assetto strutturale dell'azienda sanitaria, l'ultimo processo di riforma esitato con il d.lgs. n. 150 del 2009, ha posto ulteriormente in evidenza la differenziazione tra una dirigenza *manageriale*, rappresentata dal direttore generale (coadiuvato dal direttore amministrativo e dal direttore sanitario), alla quale va imputata la funzione di indirizzo e di gestione complessiva, e la dirigenza tecnico-operativa, che anche rivestendo gli incarichi di più elevato livello, presenta ancora i tratti del lavoratore subordinato, essendo questa vincolata alle direttive provenienti dal vertice aziendale, il quale fissa gli obiettivi da conseguire ed assegna le risorse, ed essendo sottoposta, alla fine del ciclo di gestione della *performance* alla sua valutazione in merito ai risultati conseguiti, benchè, ormai, con l'intermediazione dell'O.I.V.

4.2. Gli effetti della riforma sul sistema di conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali

²⁴⁰ In tal senso, l'analisi di Mercurio R. e Esposito V., *La valutazione delle strutture: il punto di vista dello studioso di organizzazione*, in *Ideologia e Tecnica nella riforma del lavoro Pubblico*, Editoriale Scientifica, 2009, pag. 233 e ss.

Esaminati gli effetti della riforma Brunetta sui poteri della dirigenza sanitaria va posta l'attenzione, adesso, alla materia del conferimento degli incarichi dirigenziali²⁴¹ e della loro revoca sui quali hanno inciso le novità introdotte negli articoli 19 e 21 del T.U.P.I.

Nell'area della dirigenza sanitaria non si rilevano, invero, particolari cambiamenti in relazione al conferimento di incarico alla luce della specifica regolamentazione contenuta nella contrattazione collettiva nazionale dell'8 giugno 2000 (quadriennio normativo 1998-2001), riguardante sia l'Area IV (Dirigenza Medica e Veterinaria) che l'Area III (nei limiti della Dirigenza Sanitaria non Medica), essendo state le modalità del conferimento, in virtù del rinvio contenuto nell'art. 15 *ter*, 1 comma del 502, fortemente integrate dalla fonte pattizia .

Ma considerato che nel nuovo assetto delle fonti in materia di lavoro pubblico, scaturito dalla riforma del 2009, la materia del conferimento e della relativa revoca costituiscono, analogamente alle prerogative dirigenziali, ambiti, ormai, sottratti alla contrattazione collettiva, secondo le indicazioni contenute nel nuovo art. 40 del T.U.P.I.²⁴², i riferimenti contrattuali qui riportati non potranno che acquisire utilità solo ai fini di valutare l'effettiva incidenza del processo riformatore nel settore sanitario.

²⁴¹ Si rammenta che l'incarico di struttura complessa va conferito da parte dal direttore generale in esito ad una procedura di carattere concorsuale alla quale fanno riferimento gli artt. 15, 7 comma e 15 *ter*, 2 comma del 502, secondo le modalità indicate nel D.P.R. n. 484 del 1997. Tale disciplina ha trovato anche conferma nell'art. 29 dei contratti collettivi del quadriennio normativo 1998-2001. Il c.d. decreto Balduzzi è recentemente intervenuto ad apportare modifiche alla procedura selettiva (art.4).

²⁴² Non dovrebbero sorgere dubbi circa l'immediata applicazione del contenuto dell'art. 40 del T.U.P.I., nella sua versione riformata, in quanto l'art. 5 del d.lgs. n. 141 del 2011 (c.d. correttivo Brunetta), fornendo l'interpretazione autentica dell'art. 65, 5 comma del d.lgs. n. 150 del 2009, ha chiarito che "le disposizioni che si applicano dalla tornata contrattuale successiva a quella in corso al momento dell'entrata in vigore dello stesso decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, sono esclusivamente quelle relative al procedimento negoziale di approvazione dei contratti collettivi nazionali", indicando alcune disposizioni specifiche quali i riformati artt. 41, commi 1 e 4, 46, dal comma 3 a 7 e l'art. 47. Di conseguenza le materie indicate nell'art. 40, quali il conferimento e la revoca di incarico sono "rilegificate" sin dall'entrata in vigore della riforma Brunetta. Conferma in tal senso si trae da Bellavista A, *Il decreto correttivo della riforma Brunetta e il "cantiere aperto" del lavoro pubblico*, in Lav. giur. 12/2011, pag. 1189 e ss.

In particolare, l'art. 28, 7 comma dei CCNL dell'8 giugno 2000 ha posto, ai fini del conferimento dell'incarico, l'osservanza di criteri di scelta che riecheggiano quelli indicati nel nuovo art. 19, 1 comma del T.U.P.I., sia che si tratti di quelli cc.dd. a carattere oggettivo²⁴³ (oltre alla natura e caratteristiche dei programmi da realizzare, i risultati conseguiti e le valutazioni riportate) sia di quelli attinenti al profilo soggettivo del dirigente (quali, le attitudini personali e le capacità professionali) ai quali le singole aziende si sono attenute, quali principi di massima, all'atto di disciplinare, all'interno del proprio assetto organizzativo, le procedure di affidamento e revoca di incarichi dirigenziali, oggetto di concertazione con le controparti sindacali.

In presenza di più dirigenti aspiranti all'incarico, l'azienda non può esimersi, poi, dall'osservare modalità selettive, sulla base dei criteri predefiniti, al fine di individuare il dirigente più idoneo all'espletamento di quell'incarico dirigenziale (art. 28, 9 comma CCNL dell'8 giugno 2000).

Criteri di scelta e selezione che, unitamente alla espressa previsione di un conferimento per atto scritto e motivato, hanno, sino ad oggi, costituito, nel settore sanitario, i parametri per sindacare, in sede giurisdizionale, la conformità dei poteri privatistici così esercitati dall'azienda datrice di lavoro, ai principi di buona fede e correttezza, ai quali la Corte di Cassazione²⁴⁴, non senza qualche critica, è giunta ad

²⁴³ Ad una oggettivizzazione dei criteri per il conferimento di incarico dirigenziale, percepibile dalla lettura del nuovo art. 19, 1 comma del T.U.P.I., si riferiscono Nicosia G., *La gestione della performance dei dirigenti pubblici: an, quando, quis e quomodo della "misurazione" e "valutazione" individuale*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 103/2010, pag. 12 ed Ales E., *Conferimento e "mutamento" degli incarichi di funzione dirigenziale*, in La terza riforma del lavoro pubblico di Carinci F. e Mainardi S. (a cura di), Ipsoa, 2011, pag. 180.

²⁴⁴ La Corte di Cassazione Sez. Lavoro è giunta a sostenere, attribuendo ai principi di buona fede e correttezza una funzione suppletiva dei principi pubblicistici ex art. 97 Cost., l'obbligo da parte della p.a. di esternare, all'atto del conferimento di un incarico dirigenziale, le ragioni giustificatrici della scelta e di effettuare, in presenza di più aspiranti, anche una valutazione comparativa, configurando, in carenza, un inadempimento contrattuale (sent. n. 9814 del 2008; Sez. Un. ord. n. 1252 del 2004). Critico circa la riconducibilità dei principi in esame alle garanzie pubblicistiche, tra gli altri,

attribuire, nell'ambito della dirigenza "privatizzata", la medesima funzione dei principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 della Cost.

La revoca dell'incarico, già condizionata dalla *lex specialis* (art. 15 *ter*, 3 comma) alle procedure di addebito per responsabilità previste dall'art. 21 del T.U.P.I., riconducibili all'inosservanza delle direttive emanate dal direttore generale (nonché dal direttore del dipartimento) o al mancato conseguimento degli obiettivi, alla quale il d.lgs. n. 502 aggiunge una terza ipotesi per responsabilità grave e reiterata, ha trovato una regolamentazione specifica, per entrambe le aree dirigenziali, nella contrattazione collettiva del 3 novembre 2005 (quadriennio normativo 2002-2005 ed artt. 29-31).

La revoca dell'incarico affidato al dirigente sanitario, formalizzata, al pari del conferimento, mediante atto scritto e motivato, non può, secondo le statuizioni pattizie, prescindere dagli esiti di una valutazione, ad esito della quale, previo esperimento di un contraddittorio con il dirigente interessato, siano stati accertati i risultati negativi della prestazione gestionale, non essendo questa stata condotta, sul piano finanziario, tecnico ed amministrativo, in conformità alle direttive ed ai parametri di valutazione previsti dall'art. 27 del CCNL del 3 novembre 2005²⁴⁵.

Mezzacapo D., *op.cit.*, pag. 126 e ss. ad avviso del quale alla buona fede va assegnata solo la funzione specificatrice di obblighi già previsti dalla legge o dalla contrattazione, non potendo da essa scaturire prestazioni prive di tale fondamento. Benchè la legge delega n. 15 del 2009 avesse prospettato l'emanazione di criteri di conferimento di incarichi dirigenziali conformi al principio di trasparenza, il nuovo art. 19 del T.U.P.I., pur prevedendo dei limiti alla scelta discrezionale della p.a., non ha fatto esplicita menzione ad una motivazione (eccettuata l'ipotesi dell'incarico conferito al dirigente estraneo ai ruoli dell'Amministrazione, prevista al 6 comma) anche se tra gli adempimenti prescritti dall'art. 19, 1 comma *bis*, riletta alla luce del principio di buona fede e correttezza, andrebbe compreso anche l'obbligo di motivare la scelta effettuata.

²⁴⁵ I parametri di valutazione ai quali si fa riferimento, in quanto attinenti ai risultati gestionali, riguardano specificatamente i dirigenti responsabili di struttura (complessa o semplice) e si concretizzano secondo il disposto dell'art. 27, 1 comma, punto 1, in: a) gestione del budget finanziario e delle risorse umane e strumentali assegnate in relazione agli obiettivi concordati e risultati conseguiti; b) ogni altra funzione gestionale delegata in base all'atto aziendale; c) efficacia

In esito alla valutazione negativa, l'azienda revoca l'incarico *in itinere*, affidando incarichi di valore economico inferiore, quale misura sanzionatoria che interviene, sulla base di una graduazione esplicitata nell'art. 30 dei citati contratti, nei casi in cui non si ritenga sufficiente la perdita totale o parziale della retribuzione di risultato, ed eccessivo il recesso prescritto nell'eventualità di reiterati risultati negativi connotati da gravità.

Quindi, anche le previsioni contenute nel novellato art. 21 del T.U.P.I.- dal cui contenuto non trapela una disciplina particolarmente innovativa in materia di responsabilità dirigenziale, sia sotto l'aspetto delle misure che dei presupposti, eccettuato il riferimento al nuovo sistema di valutazione ed il rispetto del principio del contraddittorio- non hanno sortito effetti dirompenti sulla preesistente regolamentazione contrattuale relativa alle aree della dirigenza sanitaria.

Per la dirigenza sanitaria, la valutazione ha, invero, assunto, già da tempo, in virtù delle statuizioni pattizie, la funzione di fase prelusiva alle complessive vicende dell'incarico, divenendo, secondo l'enunciato contenuto nell'art. 25 dei CCNL del 3 novembre 2005, una "caratteristica essenziale ed ordinaria del rapporto di lavoro", riguardando non solo i risultati annuali di gestione ma anche, al termine dell'incarico, la professionalità espressa, condizione essenziale, ai fini della conferma o meno dello stesso e dell'acquisizione di un incarico di maggior rilievo economico, secondo le indicazioni già esplicitate nell'art. 15, 5 comma del 502, e successivamente oggetto di un'articolata regolamentazione contenuta nel contratto del quadriennio normativo 1998-2001 (art. 28).

dei modelli gestionali adottati per il conseguimento degli obiettivi annuali. Per i dirigenti con incarico professionale la valutazione si limita, invece, al raggiungimento degli obiettivi affidati ed all'osservanza delle direttive.

I processi di valutazione, sia quello annuale, rimesso alla competenza del preesistente Nucleo di valutazione ed, ormai, all'O.I.V. , che quello finale, afferente al Collegio Tecnico, non si configurano, però, quali processi distinti e separati, creandosi, piuttosto, una integrazione tra la verifica annuale sui risultati e quella professionale, entrambe correlate all'incarico. I risultati gestionali annuali non acquisiscono, infatti, una rilevanza solo ai fini della retribuzione di risultato, divenendo parte integrante della valutazione complessiva sulla professionalità del dirigente, quindi, determinanti ai fini della conferma o meno dell'incarico e dell'assunzione di incarichi di maggior rilevanza economica²⁴⁶.

La verifica e la valutazione dell'attività dirigenziale, derivante dalla disciplina pattizia, presenta elementi di assonanza con il sistema di valutazione derivante dalla riforma del 2009²⁴⁷, concentrato sulla dimensione della *performance* individuale (ma che, per scelta del legislatore, va estesa, ormai, anche alla dimensione organizzativa, sia nel suo complesso che nelle singole unità organizzative che la compongono) superando, quindi, la logica del conseguimento di specifici obiettivi, per prendere in considerazione, analogamente ai criteri di valutazione già declinati in sede contrattuale per il dirigente sanitario, il suo complessivo *modus operandi*, le sue capacità gestionali/manageriali, i suoi comportamenti professionali (art. 9 del decreto Brunetta) .

²⁴⁶ L'art. 27, 3 del CCNL del 3 novembre 2005 dispone quanto segue: "L'esito positivo delle verifiche annuali concorre, inoltre, assieme agli altri elementi, anche alla formazione della valutazione da attuarsi alla scadenza degli incarichi dirigenziali.." da parte del Collegio Tecnico. Ad un sistema integrato di valutazione si riferiscono, Marra F., *Il sistema di valutazione integrato dei dirigenti delle aziende sanitarie*, in Ragiusan,2006,269/270, pag. 571, e Pelliccioli I, *La valutazione della dirigenza del servizio sanitario nazionale*, Franco Angeli, 2007, pag. 39.

²⁴⁷ Sulla non particolare efficacia innovativa del sistema di valutazione fondato sul ciclo della gestione della *performance* di cui agli artt.4-10 del d.lgs. n. 150 del 2009 nei confronti dei sistemi già collaudati nelle aziende sanitarie, eccettuati alcuni aspetti, come la rendicontazione dei risultati dell'attività di misurazione e valutazione alla collettività, si esprime Simonetti S., *Le riforme Brunetta nelle aziende sanitarie*, in RU, 2010, 5/6, pag. 37. a prestazioni che, nel caso di alcune specialità, vanno espletate in *équipe*.

Ai parametri di valutazione già collaudati dalle parti negoziali si aggiunge, semmai, quale tratto di novità, la capacità del dirigente di essere “un buon valutatore”, cioè di esprimere giudizi differenziati dei propri collaboratori, come esplicitato in seno all’art. 9 del d.lgs. n. 150 del 2009 contenente i criteri complessivi di misurazione e valutazione della *performance*.

Indipendentemente dagli ambiti di misurazione e valutazione della *performance* individuale, non può ritenersi il sistema di valutazione già adottato dalle aziende sanitarie esente, comunque, dagli effetti innovativi introdotti dalla riforma, si pensi, in tal senso, oltre al già menzionato principio della trasparenza, l’estensione della valutazione a tutti i dipendenti, e non limitata più solo alla dirigenza, nonché l’insieme delle misure adottabili nei confronti del personale in conseguenza della valutazione (per limitarci solo ad alcune, le progressioni economiche, di carriera, i premi, il licenziamento per scarso rendimento).

Inoltre, la dirigenza sanitaria dovrà, in attuazione dell’art.31, 2 comma del 150, adeguarsi al sistema delle fasce di merito che prevede l’attribuzione della quota prevalente del trattamento collegato alla *performance* individuale ai dirigenti che si collocano alla fascia di merito alta, anche se il legislatore ha garantito maggiore flessibilità nella determinazione del numero delle fasce (art. 19 e 31 del 150).

Si tratta di norme, comunque, alle quali le Regioni, nel disciplinare i propri sistemi di valutazione, anche per quanto riguarda gli enti del SSN, dovranno solo adeguarsi, stando alle indicazioni contenute nell’art. 74, 2 comma del d.lgs. n. 150 del 2009²⁴⁸, dovendo, peraltro,

²⁴⁸ Ai sensi dell’art.74,2 comma, le Regioni, anche per quanto riguarda gli enti del SSN, sono tenute ad adeguare i propri ordinamenti ad alcune delle disposizioni indicate nel Titolo II e nel Titolo III del decreto in quanto norme di diretta attuazione dell’art. 97 Cost. e principi generali dell’ordinamento.

considerare che, nel settore sanitario, il riferimento solo ad una *performance* individuale non potrà che essere sempre confacente in considerazioni di prestazioni che, nel caso di alcune specialità, vanno espletate in *équipe*.

Il legislatore non si è manifestato, peraltro, insensibile alla specificità della dirigenza sanitaria avendo escluso nei suoi confronti l'obbligo da parte della contrattazione collettiva di rendere il trattamento accessorio collegato ai risultati pari ad almeno il 30% della retribuzione complessiva (art. 24, 1 comma *ter* T.U.P.I.).

Su un assetto contrattuale tendenzialmente garantista nel quale si esclude una rimozione dall'incarico scissa da una preventiva valutazione, sono intervenute modifiche, in una fase particolarmente dinamica della produzione legislativa sul lavoro pubblico²⁴⁹, che hanno posto in crisi, tale interrelazione.

Uno squilibrio che non è imputabile solo alle modifiche apportate all'art. 19, 1 comma *ter* del T.U.P.I, dall'art. 9, 32 comma del d.l. n. 78 del 2010, convertito con legge n. 122 del 2010 (manovra Tremonti) che ha consentito alle pubbliche amministrazioni di non confermare, un volta giunto a scadenza, l'incarico al dirigente anche meritevole ed efficiente.

Allo stato attuale, la maggior parte delle Regioni ha posto in essere atti di adeguamento alle disposizioni del d.lgs. n. 150 in materia di sistemi di valutazione e misurazione della *performance* (si rinvia in merito a www.civit.it). In particolare, per quanto riguarda le aziende sanitarie, la Regione Sicilia ha diramato, mediante decreto dell'Assessore per la salute del 26 settembre del 2011, le linee di indirizzo regionali in materia di verifica e di valutazione del personale dipendente del SSR, recependo, sostanzialmente, le novità introdotte dal riformatore, quali, limitandoci ad una esemplificazione: l'istituzione dell'O.I.V., in sostituzione del Nucleo di valutazione; la previsione delle fasce di merito, specificando, comunque, che la valutazione positiva o negativa degli organismi di seconda istanza continua, nei confronti dei dirigenti, a produrre gli stessi effetti previsti dai contratti collettivi vigenti, eccettuato, per quanto riguarda la misura minima sanzionatoria, la previsione della perdita totale, e non più parziale, della retribuzione di risultato.

²⁴⁹ In merito alla produzione legislativa si rammenta, limitandoci ai dati normativi più eclatanti, il d.lgs. n. 141 del 1 agosto 2011, contenente integrazioni o modifiche al decreto Brunetta e le manovre finanziarie dell'estate del 2011, cioè il d.l. n. 98 del 6 luglio 2011, convertito nella legge n. 111 del 15 luglio 2011 ed il d.l. n. 138 del 13 agosto 2011, convertito con legge n. 148 del 14 settembre 2011 .

Nel corso della manovra economica compiuta nell' agosto 2011, diretta, mediante provvedimenti d'urgenza, ad introdurre misure correttive per la stabilizzazione ed il contenimento della spesa pubblica, il legislatore è, infatti, nuovamente intervenuto in merito, ed adducendo esigenze di flessibilità nell'utilizzazione del personale con qualifica dirigenziale, ha consentito il "passaggio" del dirigente ad altro incarico, ancor prima dell'intervenuta scadenza di quello rivestito, in presenza di " motivate esigenze organizzative", ritenuta, non a torto, una condizione particolarmente evanescente²⁵⁰, potendo consistere anche in modifiche all'assetto strutturale di minima entità e artatamente mirate a precarizzare alcune posizioni dirigenziali.

In tal modo, si è giunti, mediante l'art. 1, 18 comma del d.l. n. 138 del 2011, convertito con legge n. 148 del 2011, ed a superamento anche del limite posto dalla manovra Tremonti che si riferiva ad un incarico temporalmente a scadenza, ad istituzionalizzare una revoca dell'incarico in corso d'opera senza alcuna preventiva valutazione dei risultati, trattandosi di una norma che, benchè contenuta in testi normativi diretti a far fronte alla crisi finanziaria in atto, non pare dotata di alcuna valenza transitoria.

Il *trend* che viene espresso, sia nella manovra economica del luglio 2010 che dell'agosto 2011, ha così finito per sterilizzare l'intento, incisivamente espresso dalla riforma Brunetta, di valorizzazione del merito e della logica premiale nel lavoro pubblico²⁵¹, in quanto le sorti

²⁵⁰ Solleva dubbi sulla fragilità di un limite fondato su "esigenze organizzative" che si presterebbe ad un utilizzo strumentale, Bellavista A., *op.cit.*, pag. 1190.

²⁵¹ Si rammenta che gli effetti della riforma Brunetta per quanto riguarda gli incentivi economici collegati alla *performance* sono stati, già, temporaneamente paralizzati dalle previsioni contenute nell'art. 19 del d.l. n. 78 del 2010, convertito con legge n. 122 del 2010, che oltre a bloccare i rinnovi contrattuali per il triennio 2010-2012 (comma 17), ha stabilito che, per gli anni 2011,2012 e 2013, il dipendente non può percepire un trattamento economico complessivo (e, quindi, comprensivo del trattamento accessorio) superiore al trattamento ordinariamente spettante per l'anno 2010 (comma 1); termine ormai prorogabile, mediante regolamento governativo, al 31.12.2014, secondo l'art. 16, 1 comma della legge n. 111 del 2011. Essendo sorti problemi sulla praticabilità del sistema delle fasce

della funzione dirigenziale non sono più condizionate all'applicazione di alcun sistema di valutazione ma a scelte più o meno discrezionali da parte dell'organo di indirizzo politico, lì dove esiste, o da parte, come nel caso dell'azienda sanitaria, del direttore generale, quale organo di indirizzo tecnico.

Indipendentemente dai dubbi di incostituzionalità che interventi normativi siffatti pongono, alla luce degli orientamenti del giudice costituzionale circa le garanzie procedurali che, in funzione dei principi costituzionali *ex art. 97*, dovrebbero presiedere alla revoca anticipata di un incarico dirigenziale, già espressi da alcuni autori nell'immediatezza dell'entrata in vigore delle disposizioni in questione²⁵², si riscontrano criticità di non poca rilevanza nella loro formulazione.

Invero, a fronte dell'art. 9, 32 comma della legge n. 122 del 2010 che riguarda gli incarichi dirigenziali, la manovra di agosto-settembre 2011, a rischio di compiere scelte ingiustificatamente parziali, è rivolta, specificatamente, al personale "avente qualifica dirigenziale" non estendendosi, quindi, al c.d. dirigente esterno, figura che nel settore

di merito previsto dall'art. 19 del 150, al quale, si ricorda, sono vincolate anche le aziende sanitarie, il c.d. correttivo Brunetta è intervenuto prevedendo (6, 1 comma) che la differenziazione retributiva in fasce si applicherà successivamente alla contrattazione collettiva relativa al quadriennio 2006-2009 (si tratta, peraltro, di una recezione, mediante lo strumento legislativo, del contenuto dell'Intesa tra Governo e parti sindacali del 4 febbraio 2011) non escludendo, nelle more, una loro applicabilità mediante l'utilizzo di risorse aggiuntive.

²⁵² Secondo Bellavista, *op. cit.*, pag.1190, l'art.1, 18 comma della legge n. 148 del 2011 avrebbe introdotto una larvata forma di *spoils system* esponendo, di fatto, il dirigente ad una revoca *ante tempus* dall'incarico senza le garanzie di "un giusto procedimento", secondo le considerazioni più volte espresse dal giudice costituzionale. Critica sui probabili effetti distorsivi di un simile intervento normativo in quanto in contrasto con qualsiasi logica meritocratica e, nel contempo, idoneo ad indurre il dirigente, i cui risultati divengono irrilevanti sul piano della valutazione al fine del rinnovo dell'incarico, a ricercare il gradimento del politico, con conseguente squilibrio della distinzione funzionale tra politica ed amministrazione, Bolognino D., *La revoca anticipata dell'incarico dirigenziale per "motivate esigenze organizzative": tra contratti collettivi, pronunce giurisprudenziali e neo art. 1, comma 18 L. n. 148 /11*, in LPA, 2011, 3/4, pag. 528 e ss. L'A. esclude, comunque che si tratti di un'ipotesi di *spoils system* in quanto nella prospettazione normativa la revoca dall'incarico non è collegata al cambiamento dell'organo politico.

sanitario trova fondamento nella *lex specialis* ²⁵³, il cui incarico, svolto indipendentemente da un sottostante rapporto di lavoro, godrà di margini di stabilità superiori rispetto a quello rivestito dal dirigente strutturato.

Inoltre, non si riscontra alcuna coerenza tra l'intento sotteso alla scelta compiuta dal legislatore, teso alla razionalizzazione della spesa, ed il temporaneo mantenimento, sino alla scadenza dell'incarico precedente rivestito, del trattamento in godimento (previsto dall'ultimo periodo dell'art. 1, 18 comma della legge n. 148 del 2011).

Si è, dunque, manifestato, nel corso degli ultimi due anni, un processo evolutivo che non poco ha inciso su quella "piena autonomia e responsabilità del dirigente", auspicata dal legislatore sin dall' art. 6, 2 comma lett. *a* della legge delega n. 15 del 2009, senza la quale si pone a rischio il prefigurato investimento sul suo ruolo gestionale, quale *input* all'innovazione della pubblica amministrazione.

CAPITOLO IV

Il rapporto di lavoro pubblico nello Stato autonomico spagnolo

1. Il lavoro pubblico tra i principi costituzionali sulla funzione pubblica e la ripartizione di competenze tra Stato e Comunità Autonome. Brevi osservazioni preliminari.

²⁵³ Il riferimento è all'art. 15 *septies* del 502 del 1992, introdotto con la riforma del 1999, che consente ai direttori generali di conferire incarichi dirigenziali, con contratto a tempo determinato, a soggetti estranei all'azienda in possesso di particolari requisiti ed esperienze.

Avendo, nel corso del terzo capitolo, rilevato la specificità della dirigenza sanitaria nell'ottica del lavoro pubblico analogamente non potranno percepirsi gli elementi di specificità del rapporto di lavoro nel sistema sanitario spagnolo senza possedere una visione globale dell'impiego pubblico nel relativo ordinamento.

Una visione che non può prescindere, innanzitutto, dal considerare l'*empleo público*, alla luce dei principi costituzionali in materia di funzione pubblica nonché del riparto di potestà legislative fissato dal Costituente del 1978.

Considerando, in via preliminare, che il lavoro pubblico in quanto materia sulla quale si esplica una potestà legislativa multilivello, cioè dello Stato e della singola Comunità Autonoma, non diversamente, peraltro, da altri ambiti, come l'organizzazione sanitaria, è primariamente destinata a risentire di una distribuzione di poteri fluida.

Il Costituente del 1978 si è limitato, invero, a fissare in maniera rigida solo le competenze riservate allo Stato le quali, nonostante l'attributo di esclusività (art. 149.1 CE), hanno subito, sia in sede dottrinale che giurisprudenziale, una declinazione variamente articolata, distinguendosi tra competenze esclusive assolute (o piene), esclusive limitate, condivise e indistinte²⁵⁴, lasciando, invece, le Comunità

²⁵⁴ La tipologia competenziale, presa a paradigma nel corso della presente ricerca, trova fondamento nella elaborazione dottrinale, compiuta da Balaguer Callejon F. (ed altri), *Derecho Constitucional*, 1999, Madrid, Tecnos; da Fernandez Segado F., *El sistema constitucional español*, 1992, Madrid, Dykinson, aderente ai criteri posti dalla giurisprudenza costituzionale, e, da Garcia Guerrero J.L., *Lo Stato autonomico, evoluzione e qualche conclusione dopo la prima riforma integrale di alcuni statuti*, in Gambino S. (a cura di), *Il federalismo in Italia e Spagna*, 2008, Milano, Giuffrè, pag. 311 e ss. In particolare, lo Stato detiene competenza esclusiva piena quando esercita su una determinata materia la funzione legislativa, regolamentare ed esclusiva, escludendosi, quindi, qualsiasi intervento da parte delle CC.AA.; si concretizza una competenza esclusiva limitata qualora al potere centrale spetti, invece, solo una funzione sulla materia (es. la legislazione, da intendersi secondo l'interpretazione del Supremo Tribunale Costituzionale, tra le altre, STC n. 35 del 1982, come qualsiasi tipo di norma che sia finalizzato a garantire uniformità in una determinata materia); si parla, invece, di competenza condivisa quando allo Stato spetta la legislazione fondamentale (*bases*) ed alla Comunità Autonoma la legislazione di sviluppo (*desarollo*), presentando aspetti di affinità con la competenza concorrente prevista nella nostra Carta Costituzionale. Con il termine di competenze indistinte si fa riferimento alle ipotesi, invero rare, nelle quali sia il potere centrale che i poteri

Autonome libere, per effetto del noto principio dispositivo²⁵⁵, di decidere quali competenze assumere mediante inclusione nei rispettivi propri statuti.

Emerge, sotto questo profilo, un assetto istituzionale “aperto”²⁵⁶, nel quale la quale legge fondamentale non crea in maniera rigida lo Stato autonomico in quanto, oltre a non definire le singole Comunità, non ne fissa l’organizzazione e non ne predetermina, come visto, le potestà legislative, differendo tali scelte a fonti subordinate, cioè, ai singoli statuti, sino a farsi spazio nel dibattito spagnolo, già nei primi anni successivi all’entrata in vigore del nuovo assetto costituzionale, l’idea di “una decostituzionalizzazione della struttura dello Stato”²⁵⁷.

Uno Stato che è esposto, pertanto, ad un continuo divenire e, quindi, dinamico, nel quale, nonostante l’emersione quali principi identitari sanciti nell’*incipit* del testo costituzionale, dell’unità nazionale e della solidarietà tra Comunità Autonome (art. 2 CE), si avverte una tensione tra un modello federale, da concepire, ormai, nella forma evoluta del federalismo “cooperativo”, ed un modello asimmetrico nel quale tendono a prevalere interessi territoriali particolaristici²⁵⁸, stimolata anche dalla mancata attuazione di una seconda Camera a rappresentanza territoriale (la cui istituzione era prevista nell’ art. 69 CE) nella quale gli interessi delle singole Comunità avrebbero potuto emergere quali

autonomici possono indistintamente intervenire in un determinato ambito (es. la cultura secondo le previsioni di cui all’art. 149.2 CE).

²⁵⁵ Per quanto riguarda il principio dispositivo e, quale sua diretta derivazione, il federalismo asimmetrico, quali tratti di originalità del sistema spagnolo, si rinvia a Blanco Valdés, *Introduzione alla Costituzione spagnola del 1978*, 2009, Torino, Giappichelli, pag. 130 e ss.

²⁵⁶ Connesso all’idea di una Costituzione “aperta” è il concetto di “blocco di costituzionalità” utilizzato dalla giurisprudenza costituzionale spagnola per indicare la Costituzione, gli statuti e le altre leggi, che per rinvio espresso di tali fonti, contengono norme di attribuzione di competenze.

²⁵⁷ In tal senso, Serra I Serra N., *La Costituzione spagnola e il federalismo*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2000, I, pag. 127 e ss.

²⁵⁸ In merito al complesso dispiegarsi delle relazioni tra Stato e Comunità Autonome in Spagna, Russo M., *Pluralismo territoriale e integrazione europea: asimmetria e relazionalità nello Stato autonomico spagnolo*, Napoli, ES, 2010, pag. 100 e ss.

interessi collettivi da contrapporre agli interessi statali e non più quali interessi “differenziati”.

Lo Stato autonomico spagnolo è contraddistinto da una continua dialettica tra meccanismi multilaterali, espressione di un modello statale ad impronta federalista, e meccanismi bilaterali di cooperazione, indicatori di un modello statale che intende, invece, potenziare la propria asimmetria, del quale la recente stagione statutaria, avviata a decorrere dal 2006²⁵⁹, ne costituisce una idonea rappresentazione.

Ma al di là del complesso riparto competenziale tra centro e periferia, va posto in evidenza che con il termine di *empleado público*, nell’ordinamento spagnolo, non si individua, in realtà, una categoria specifica bensì un insieme di categorie eterogenee che trovano conferma, come si avrà modo di analizzare nei successivi paragrafi, nel disposto dell’art. 8.1. dell’ *Estatuto Básico del Empleado Público* (da adesso in poi, EBEP) che si è assunto il compito di coniarne il *concepto* e di definirne le *clases*.

Non si può affrontare, quindi, l’argomento “pubblico impiego” nel sistema spagnolo senza prendere atto della sua carente linearità e, in particolare, dei seguenti assiomi: non esiste un unico “tipo” di rapporto di lavoro intercorrente tra singolo e pubblica amministrazione; le fonti

²⁵⁹ Nel corso della stagione statutaria avviata con la legge organica n.1 del 2006, di riforma dello Statuto della Comunità Valenziana, alla quale hanno fatto seguito le riforme dello Statuto catalano (LO n. 6/ 2006); delle isole Baleari (LO n. 1/2007); dell’Andalusia (LO n. 2/2007), dell’Aragona (LO n. 5 del 2007) e della Castiglia e Leon (LO n. 14 del 2007), è emersa una prospettiva bilateralista, rilevabile, in particolare, nella proposta di riforma dello Statuto catalano (settembre 2005), tesa a privilegiare i rapporti tra Stato e singola C.A., In esito al processo di riforma si è giunti, comunque, ad una tendenziale integrazione tra meccanismi bilaterali, cioè di cooperazione con lo Stato, mediante la creazione di specifici strumenti di raccordo (commissioni bilaterali di cooperazione) e meccanismi multilaterali, implicanti la previsione di organismi finalizzati alla cooperazione con le altre comunità (accordi di cooperazione e convenzioni di collaborazione). Bilateralità e multilateralità appaiono in tendenziale equilibrio, ad esempio, nello Statuto dell’Andalusia che prevede l’istituzione di ambedue le tipologie di organismi (art. 219, 2 comma). In merito, Balaguer Callejon F., *Lo Stato autonomico spagnolo: la stagione delle riforme*, 2008, in www.issirfa.cnr.it e Pallante F., *Le autonomie territoriali in Italia e Spagna*, 2011, www.federalismi.it.

che lo regolano, eccettuata la contrattazione collettiva, attengono sia al diritto amministrativo che al diritto del lavoro o, meglio, ne sono una combinazione.

Poste tali brevi premesse, occorre prendere le mosse, al fine della presente analisi, dai riferimenti costituzionali che, analogamente a quanto riscontrabile nella nostra Carta Costituzionale (in particolare, negli articoli 97 e 98), riguardano il pubblico impiegato quale soggetto indistinto dalla *función pública*, cioè nella sua specifica qualità di funzionario.

1.1. Configurazione costituzionale della función pública e relación estatutaria.

L'art. 103 CE, contenuto nel Titolo IV rubricato “ Del Governo e dell'Amministrazione”, dopo aver esplicitato, in seno ai primi due commi, i principi sui quali si regge la pubblica amministrazione tra i quali, oltre al principio di legalità, vanno compresi, l'imparzialità, l'efficienza, la gerarchia, il decentramento, la deconcentrazione, ed il coordinamento ²⁶⁰, al terzo comma, rinvia al legislatore il compito di regolare “lo statuto dei funzionari, l'accesso alla funzione pubblica secondo criteri di merito e di capacità, le peculiarità del loro diritto a costituirsi in sindacato, il sistema delle loro incompatibilità e le garanzie di imparzialità nell'esercizio delle loro funzioni”.

²⁶⁰ L'art. 103.1 e 2 Ce dispone quanto segue: “L'amministrazione pubblica serve con obiettività gli interessi generali e agisce in conformità ai principi di efficienza, gerarchia, decentramento, deconcentrazione e coordinamento, con piena soggezione alla legge e al Diritto (punto 1). Gli organi dell'amministrazione statale sono costituiti, governati e coordinati conformemente alla legge (punto 2).” La traduzione italiana del testo della Costituzione Spagnola del 1978, utilizzata ai fini della presente ricerca, è stata curata da Scarciglia R., *La Costituzione della Spagna*, in Cerrina G. ed altri (a cura di), *Il Codice delle Costituzioni*, 2009, Torino, Giappichelli, I, pag. 225 e ss.

Considerato che l'art. 149.1.18 CE attribuisce alla competenza esclusiva dello Stato “*le bases del régimen estatutario de los funcionarios*”, il Costituente spagnolo avrebbe, quindi, individuato e vincolato ad uno “specifico” regime giuridico, astenendosi, però, dal definirne la natura giuridica, rimettendo, pertanto, alla scelta del legislatore la costruzione della *relación estatutaria*.

La neutralità della posizione assunta nella legge fondamentale ed il ritardo da parte del legislatore ordinario nella predisposizione del previsto statuto del pubblico dipendente, prolungatosi per circa un trentennio (l'EBEP, cioè il primo statuto adottato in materia, verrà emanato solo nel 2007), hanno lasciato spazio all'idea di un modello costituzionalmente non predefinito di rapporto di pubblico impiego²⁶¹.

Inoltre, un'interpretazione sistematica, anche se limitata solo ad alcune delle disposizioni costituzionali, potrebbe essere di ausilio al fine di confermare la volontà del Costituente di rimettersi alla discrezionalità delle scelte politiche circa l'adozione di un regime pubblicistico o privatistico di lavoro pubblico.

In tale prospettiva, l'art. 35. 2 CE, disposizione dedicata alla materia del “lavoro” quale diritto fondamentale del singolo (essendo inserita, infatti, nella Sezione II del Titolo I dedicata ai diritti ed i doveri dei cittadini), limitandosi a riservare al legislatore la predisposizione di

²⁶¹ In merito alla tesi sostenuta dalla maggioranza della dottrina giuslavorista circa l'ambiguità mantenuta dal Costituente sul regime giuridico dei funzionari pubblici, avendo questi lasciato al legislatore ordinario l'opzione tra regime pubblicistico o privatistico, cfr. Zapirain Landa J.P., *op.cit.*, pag. 313 e ss. e, Ruano Rodriguez L., *Constitución , función pública y empleo laboral*, 1998, Madrid, Aranzadi, pag. 33 e ss. La neutralità mantenuta dal Costituente è percepibile anche alla luce di una visione comparatistica. Nella Legge Fondamentale di Bonn, presa in considerazione, unitamente alla Costituzione francese e italiana, dal Costituente spagnolo del 1978, si rileva, infatti, una chiara presa di posizione per un regime di funzionari di matrice pubblicista disponendo l'art. 33, al 4 comma, quanto segue: “L'esercizio dei poteri sovrani deve essere, di regola, affidato, a funzionari che si trovano in un rapporto di servizio e di fedeltà conforme al diritto pubblico”, traduzione tratta da *La Costituzione della Germania*, di Cerrina G. (a cura di), *op.cit.*, pag. 117 e ss. Né appare significativo, al fine della identificazione della natura giuridica del rapporto di lavoro in esame, l'utilizzazione del termine “*estatuto*” con il quale il legislatore identifica la disciplina fondamentale di altre relazioni di lavoro (v. *infra*), comprendendo anche il lavoro autonomo al quale è stato dedicato uno specifico statuto (Ley n. 20 del 2007).

“*un estatuto de los trabajadores*”²⁶², induce a ritenere solo la previsione di due regimi differenziati: uno per i lavoratori in rapporto con una pubblica amministrazione, cioè i *funcionarios*, al quale si riferisce l’art. 103.3 CE ed un altro per tutti gli altri lavoratori subordinati.

A tal fine, non offre alcun apporto ermeneutico, neppure, il primo comma del medesimo art. 35 CE che si limita ad enunciare i principi fondamentali attinenti al “lavoro”, sia esso pubblico o privato, quali: il diritto/dovere di lavorare; la libertà di scelta di una professione; il diritto ad una retribuzione sufficiente; il divieto di discriminazione.

Inoltre, la mancata definizione della natura giuridica della relazione *estatutaria* del funzionario pubblico ha assunto, all’indomani dell’entrata in vigore del testo costituzionale, una sua particolare rilevanza stante la coesistenza, nelle amministrazioni pubbliche, di personale *funcionarial* e di lavoratori il cui rapporto trovava, invece, fondamento in un contratto di diritto privato (*personal laboral*), e l’assenza di un criterio distintivo delle funzioni istituzionali rispettivamente espletabili, così come dei posti rispettivamente ricopribili. Peraltro, la presenza di categorie sottoposte a distinti regimi giuridici era idonea a determinare una situazione di conflittualità nella gestione delle risorse umane, essendo le pubbliche amministrazioni caratterizzate da una sorta di “*esquizofrenia gestoria*”.

Se una lettura sistematica del testo costituzionale non è utile per definire la natura giuridica della *relación estatutaria*, cioè se questa identifichi un regime pubblicistico o privatistico del lavoro pubblico, potrebbe apparire redditizia, ai fini della identificazione del suo

²⁶² Differentemente dalla riserva di legge contenuta nell’art.103.3 CE, la riserva di cui all’art. 35.2 Ce (“La legge regolerà uno statuto dei lavoratori”) è stata attuata con una certa celerità essendo stato approvato lo Statuto dei lavoratori con la legge n.8 del 1980, che è stato successivamente recepito nel Real Decreto legislativo n.1 del 1995, e, sottoposto, nel tempo, a vari interventi modificativi, tra i quali, l’ultimo ad opera della recente riforma del mercato del lavoro attuata con il Real Decreto ley n. 3 del 2012.

contenuto, la lettura delle disposizioni costituzionali inerenti alla *función pública*, dalle quali non può, invero, trarsi l'indeterminatezza, in termini assoluti, di tale relazione ²⁶³.

Il legislatore ordinario è, infatti, condizionato nella predisposizione della regolamentazione statutaria per il lavoratore pubblico a rispettare i principi sui quali si regge la *función pública*, deducibili non solo dall' art. 103 ma anche dagli artt. 23.2 e 28.1. della Carta Costituzionale, reperibili nella Sezione I del Titolo I, dedicata ai "diritti fondamentali e libertà pubbliche"²⁶⁴.

In particolare, i criteri di merito e di capacità per l'accesso alle funzioni pubbliche acquistano significato alla luce delle "garanzie di imparzialità" del loro esercizio (art.103.3 CE) ed in funzione dell'efficacia, quale parametro regolatore dell'azione amministrativa (art.103.1 CE); il merito e la capacità sono, altresì, funzionalizzati a realizzare le condizioni di eguaglianza nell'accesso alle funzioni pubbliche sancite dall'art.23.2 CE, così come il perseguimento con obiettività degli interessi generali da parte della P.a., formula di apertura dell' art. 103.1 CE, e che ne stigmatizza la funzione istituzionale, presuppone, a sua volta, dei funzionari imparziali e la istituzione di un sistema di incompatibilità (art. 103.3).

La predisposizione di uno statuto del lavoratore pubblico sarà, anche, condizionata, stando sempre al dettato di cui all' art. 103.3 CE, a disciplinare i suoi diritti sindacali, essendo stata prevista dall'art. 28.1

²⁶³ In merito alla neutralità della Costituzione in ordine al regime statutario dei funzionari pubblici non potendo questo identificarsi con uno specifico modello teorico, sul quale dovrà, piuttosto, esprimersi il legislatore al quale è garantito un ampio margine di attuazione dell'art.103.3 Ce, Ruano Rodriguez L., *Constitución, función pública y empleo laboral*, 1998, Madrid, Aranzadi, pag. 33 e ss.

²⁶⁴ L'art. 23.2 CE dispone quanto segue: "(i cittadini) ... Similmente hanno diritto di accedere in condizioni di uguaglianza a funzioni e incarichi pubblici con i requisiti indicati dalle leggi" e l'art. 28.1 CE dispone che: " Tutti hanno diritto di associarsi liberamente in sindacati. La legge potrà limitare o stabilire eccezioni all'esercizio di questo diritto per le Forze o Corpi armati sottoposti a disciplina militare e regolerà le peculiarità di questo esercizio per i funzionari pubblici."

CE una disciplina “peculiare” del loro esercizio. Una riserva di legge che è stata concretizzata, ancor prima dell’adozione dell’EBEP, avvenuta nel 2007, mediante la *Ley orgànica de libertad sindical* n.11 del 1985 (LOLS), diretta a regolare l’esercizio delle libertà sindacali da parte di tutti i lavoratori, intendendo, a tali effetti, “*tanto quello que sean sujetos de una relaciòn laboral como aquellos que lo sean de una relaciòn de caràcter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones Pùblicas*”(art.1.1). Garantendo, in tal modo, un riconoscimento dei diritti sindacali ai dipendenti della pubblica amministrazione che, prendendo atto di un rapporto di lavoro tra funzionario e p.a. al quale non è estranea una contrapposizione di interessi analoga a quella degli altri lavoratori, porrebbe in crisi l’idea di una configurazione autoritativa e, quindi di carattere pubblicistico, della relazione statutaria²⁶⁵.

Altre linee-guida per il legislatore, tenuto a predisporre, in attuazione del dettato dell’art.103.3 CE, “lo statuto dei funzionari pubblici”, sono reperibili dalla lettura dell’art. 149.1.18 CE che intervenendo sulla ripartizione di competenze tra livello centrale e livello autonomico, sia in materia di organizzazione delle amministrazioni pubbliche che di regime statutario dei funzionari pubblici, attribuisce alle “*bases*”, ambito di pertinenza statale, la funzione di garantire “*en todo caso a los administratos un tratamiento comùn ante ellas*”. Le aspettative su un trattamento uniforme potranno concretizzarsi solo se le norme basiche, indipendentemente dalle politiche in materia di personale pubblico poste in essere dalle singole Comunità Autonome, assicureranno una quota omogenea di diritti e obblighi per i dipendenti pubblici. A titolo esemplificativo, si pensi, al possesso di requisiti di qualificazione e di competenza professionale per

²⁶⁵ Cfr. Ruano Rodriguez L., *op. cit.*, pag. 104

l'espletamento di specifiche funzioni, o all'esclusività che caratterizza determinate funzioni pubbliche, la cui carente regolamentazione uniforme è idonea a compromettere un'erogazione di servizi pubblici territorialmente equilibrata, sia in termini di qualità che di efficacia, incidendo, in ultima analisi, sulle condizioni che garantiscono "l'eguaglianza di tutti gli spagnoli nell'esercizio dei diritti"(art.149.1 Ce).

In riferimento al regime statutario, il Costituente ha, quindi, garantito un ampio margine di attuazione al legislatore, avendo solo vincolato a garantire un nucleo "duro" di diritti e doveri del funzionario deducibili dai principi posti a presidio della *función pública*, rimettendo alla scelta discrezionale del legislatore ordinario, e, quindi, variabile, la scelta tra un regime "pubblicistico" o "privatistico" per il pubblico impiego.

L'atteggiamento di "neutralità" manifestato dalla norma fondamentale in merito all'identità giuridica del modello *estatutario*, si porrebbe, peraltro, in sintonia con l'idea, che pervade la dottrina giuspubblicistica spagnola, di una Costituzione *abierta*, cioè che si limita a contenere solo dei precetti generali, attribuendo, nel rispetto del pluralismo politico sancito nell'art.1 Ce, alla discrezionalità del legislatore ordinario, la configurazione per il lavoro pubblico anche di un regime giuridico non necessariamente uniforme, nel quale, quindi, possano anche convivere norme di diritto privato con norme di diritto con le pp.aa., purchè siano, comunque, rispettati i principi costituzionali espressi negli articoli 103.1 e 3 e 23.2 CE.

Attenendoci ad una visione comparatistica, anche il processo di privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico, avviato nel nostro ordinamento, all'indomani della legge delega n. 421 del 1992, dal quale

sono rimaste escluse solo limitate categorie (indicate, attualmente, nell'art.3 del T.U.P.I., rubricato "personale in regime di diritto pubblico"), è scaturito dal superamento di una necessaria interdipendenza tra perseguimento dei fini di buon andamento ed imparzialità da parte della p.a. e natura pubblicistica delle fonti, non implicando, i vincoli di scopo prefigurati dalla riserva costituzionale ex art. 97, una necessaria ed integrale funzionalizzazione del potere di organizzazione delle pp.aa. e del rapporto di lavoro²⁶⁶. Una scelta, quella dell' abbandono di uno statuto integralmente pubblicistico che, nel nostro ordinamento, è stata anche costituzionalmente "consentita"²⁶⁷.

Il Tribunale Costituzionale spagnolo ha, invece, ritenuto, con la sentenza n. 99 del 1987²⁶⁸, confermando l'orientamento così assunto in

²⁶⁶ Si rinvia in merito al Capitolo II.

²⁶⁷ A tal fine si rammenta che nella sentenza n. 313 del 1996 la Corte Costituzionale ha escluso la violazione dell'art. 97 Cost., ritenendo che "...l'imparzialità ...non debba essere garantita necessariamente nelle forme dello statuto pubblicistico del dipendente ben potendotrovare attuazione in un equilibrato dosaggio di fonti regolatrici.." e nella successiva pronuncia n. 309 del 1997, ribadendo il medesimo orientamento, precisa che "...attraverso un equilibrato dosaggio di fonti regolatrici si è potuto così abbandonare il tradizionale statuto integralmente pubblicistico del pubblico impiego, non imposto dall'art. 97 Cost., a favore del diverso modello che scaturisce appunto dal nuovo assetto delle fonti", avendo il legislatore "...inteso garantire senza pregiudizio dell'imparzialità, anche il valore dell'efficienza contenuto nel precetto costituzionale .." cioè, in altri termini, il buon andamento. Sulla costituzionalizzazione del processo di riforma del pubblico impiego, Mezzacapo, *op.cit.*, pag. 21 e ss., e Carinci F., *Giurisprudenza costituzionale e c.d. privatizzazione del pubblico impiego*, in LPA, 2006, 3-4, pag. 512.

²⁶⁸ Con la sentenza n. 99 del 1987 il Tribunale Costituzionale è stato chiamato ad esprimersi in merito alla costituzionalità di alcune disposizioni della Ley n. 30 del 1984 *de medidas de reforma de la función pública* (LMRFP), tra le quali, l'art.15 che attribuiva all'amministrazione, e non alla legge, la individuazione dei posti che, in relazione alle mansioni, dovevano essere riservati a funzionari pubblici, definendo, per esclusione, le mansioni affidabili a personal *laboral*. Nel corso della motivazione della sentenza, il giudice si concentra, particolarmente, sul contenuto della riserva di legge esplicitata nell'art. 103.3, definendo i rapporti tra fonte statale e fonte regolamentare alla quale viene attribuita solo una funzione meramente *complementar* del dato legislativo. Ai fini di una migliore comprensione delle osservazioni si riporta di seguito uno stralcio del fondamento giuridico n. 3 lettera a): " Esta materia (n.d.r. estatuto de los funcionarios públicos) queda, así, sustraída a la normación reglamentaria, mas no en el sentido de que las disposiciones del Gobierno no puedan , quando así lo requiera la Ley colaborar ...pues esta colaboración ..no será contradictoria con el dictado de la Constitución cuando la remisión al reglamento lo sea ...para desarrollar y complementar una previa determinación legislativa." Il giudice, nel corso della sentenza, sottolineando la volontà del Costituente di rimettere alla legge il regime statutario dei funzionari, ne ha indicato il contenuto essenziale in termini di: acquisizione e perdita della qualità di funzionario; di condizioni e requisiti per l'evoluzione della carriera; di diritti, doveri e responsabilità e regime disciplinare; di modalità di copertura dei posti; di creazione di *cuerpos* e *escalas* di funzionari.

successive pronunzie²⁶⁹, la essenza statutaria della *relaciòn funcional*, specificando che il legislatore costituzionale ha espresso una specifica opzione per siffatto regime statutario “*con caracter general para los servidores pùblicos*”²⁷⁰, anche se nel corso della medesima pronunzia, con una formulazione suscettibile di porre in dubbio il carattere di generalità così attribuito, ha rinviato alla legge il compito di individuazione “*en qué casos y con qué condiciones pueden reconcerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración Pública*”(f.j. 3, lettera c).

In tale ottica, non si esclude, a dispetto dell’opzione generale o preferenziale, che il lavoro pubblico possa presentare elementi di estraneità al regime statutario, aprendosi il percorso ad alternative, sulle quali verrà, più avanti, riposta attenzione.

1.2. La ripartizione di competenze tra lo Stato e le Comunità Autonome in materia di régimen estatutario ed in materia di lavoro

L’art. 103.3 Ce pone il regime statutario oggetto di una riserva di legge da esaminare, non solo alla luce di una interpretazione sistematica del testo costituzionale ma anche, e soprattutto, nella prospettiva di una forma di Stato, quello autonomico, la cui *governance* multilivello è caratterizzata da un complessa distribuzione di competenze legislative (e amministrative) tra il governo centrale e le diciassette Comunità Autonome.

²⁶⁹ Si tratta delle sentenze del STC n. 57 del 1982; n. 129 del 1987 e 293 del 1993.

²⁷⁰ Per una teoria *statutaria de la realciòn funcional* si esprimono, Maeso Seco L.F., *Breve exposiciòn de los contenidos màs destacados de la reforma del empleo público espanol de 2007 a la luz de la “reforma Brunetta” de 2009*, in LPA, 2009, 5 pag. 812; Sanchez Moròn, *Derecho de la funciòn pública*, 2011, (VI ed.), Madrid, Tecnos, pag. 47. Contra ag. Sala Franco T., *Las relaciones laborales en las administraciones públicas*, in Congreso Nacional de derecho de trabajo y de la seguridad social, 2001, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Social, p 31.

Come già evidenziato nelle osservazioni preliminari, tra le materie attribuite alla competenza esclusiva dello Stato, l'art. 149 CE include, al punto 1.18, le “*bases del régimen estatutario*” dei funzionari delle pubbliche amministrazioni, da intendersi, quest'ultime, quali “*todas las Administraciones públicas*”²⁷¹, investendo, pertanto, la normazione basilica l'intero ordinamento istituzionale, spettando, poi, alle singole comunità, analogamente a quanto già esaminato per l'organizzazione sanitaria, la potestà di *desarrollo*, cioè di sviluppo e di attuazione del loro contenuto, mediante la funzione legislativa, regolamentare ed esecutiva.

Nell'ordinamento spagnolo, il concetto di “esclusività” assume, però, una duplice valenza, riferibile non solo alla pienezza di potestà e facoltà (siano esse legislative, regolamentari ed esecutive) su una determinata materia, cioè la c.d. competenza esclusiva assoluta o piena, ma anche all'ipotesi nella quale una funzione, indipendentemente dalla sua natura, sia anche solo di attuazione e/o di esecuzione, sia riservata alla competenza del potere centrale o della singola Comunità Autonoma²⁷² cioè nel senso di competenza esclusiva limitata .

Di conseguenza, dalla interrelazione *bases-desarrollo* deriva una condivisione multilivello a carattere funzionale in materia di regime statutario dei funzionari pubblici, prodotto della combinazione di due competenze che, nei propri rispettivi ambiti emergono nella loro esclusività, dando vita ad una competenza *compartida* (o condivisa).

Alla luce di tali considerazioni, il livello centrale dovrà limitarsi a produrre la legislazione fondamentale fornendo il “minimo comune

²⁷¹ Il riferimento è alla sentenza STC n. 99 del 1987 già citata nel testo.

²⁷² In tal senso Balaguer Callejón F., *op.cit.* pag. 6 e ss. Cfr. Garcia Guerrero J.L., *op.cit.*, pag. 321 e Fernandez Segado F., *op.cit.* , pag. 929 e ss.

denominatore” estensibile a tutto il territorio nazionale²⁷³ (v. *infra*, Cap. I), sul cui contenuto, rimesso ad una sua libera valutazione, effettua un’attività di vigilanza il Tribunale Costituzionale, funzionale ad evitarne una tracimazione che svuoterebbe la potestà di *desarrollo* attribuita, esclusivamente, alla Comunità Autonoma, avendo teso il legislatore statale ad interpretare estensivamente il proprio ruolo.

Benchè si sia già dedicata attenzione alla normazione basica, anche se in riferimento alla materia sanità intesa nella sua dimensione organizzativa, la nozione di “*bases*” permane sfuggente, priva di una “caratterizzazione dogmatica”²⁷⁴ che la renda suscettibile di applicazione univoca a tutti gli ambiti materiali.

Una univocità che, nel caso del regime statutario, non è stata percepibile anche in ragione dell’inerzia manifestata da parte del legislatore che ha desistito, come già evidenziato, ad intervenire in materia non emanando, per circa un trentennio, il tanto atteso statuto dei pubblici dipendenti.

In mancanza di una legislazione che attribuisse, esplicitamente, la valenza basica alle proprie disposizioni, al fine di salvaguardare le

²⁷³ Per una nozione di *bases* quale “ minimo comun denominatore normativo” si rinvia alle sentenze STC nn. 42 e 32 del 1983, già citate in nota n. 69.

²⁷⁴ Di tale avviso Jiménez Asensio R., *El repartiment de competències entre l’Estat i Les Comunitats autonome en matèria de funció pública: línies bàsiques de la jurisprudència constitucional*, 2004, IEA, pag. 4. Il Supremo Tribunale Costituzionale si è apertamente espresso circa la diversa *intensidad y extension* assunta dalla nozione di *bases* nelle sentenze n. 1 del 2003 e n. 50 del 1999. Nelle considerazioni di diritto di quest’ultima sentenza (f.j. n. 3) il giudice si era così espresso: “ la intensidad y extension, que pueden tener las bases no es la misma en todos los ambitos que integran ese régimen jurídico. Así, el alcance de lo básico será menor en quella cuestiones que se refieren primordialmente a la organización y al funcionamiento interno de los órganos de las administraciones públicas, que en aquellas otras que inciden más directamente en su actividad externa, sobre todo cuando afectan a la esfera de derechos e intereses administrados...segun establece el art. 149.1.18, el objetivo fundamental, aunque no único, de las bases en esta materia es el de garantizar “a los administrados un tratamiento común ante ellas” y no cabe duda de que cuanto menor sea la posibilidad de incidencia externa de las cuestiones reguladas ...más remota resultara la necesidad de asegurar ese tratamiento común y, por el contrario, mayor relieve y amplitud adquirirá la capacidad de las Comunidades Autónomas de organizar su propia Administración según sus preferencias..”

competenze autonomistiche, già assunte nei relativi statuti²⁷⁵, il Tribunale Costituzionale (costituito nel 1980) non ha potuto che privilegiare, nelle prime pronunzie²⁷⁶, una nozione materiale di *bases*, invitando le singole Comunità a dedurre i principi e criteri basici in materia dall'ordinamento statale vigente.

Successivamente al primo tentativo di riforma del rapporto di pubblico impiego, compiuto nella fase post-costituzionale, anche se in maniera disorganica, da parte della Ley n. 30 del 1984 *de Medidas de Reforma de la Función Pública* (d'ora in poi, LMRFP), ad alcune delle cui disposizioni, venne, anche se transitoriamente, attribuita valenza basica²⁷⁷, si fa spazio anche una nozione formale, dovendo le norme basiche trovare fondamento in una legge che si autodichiari espressamente tale o il cui contenuto basico sia da essa facilmente deducibile, residuando alla potestà regolamentare governativa solo una funzione di carattere integrativo o di esecuzione²⁷⁸.

La nozione formale tende, indubbiamente, a fornire una definizione più stabile e certa degli ambiti di rispettiva competenza del legislatore statale e del legislatore autonomico, escludendo che possa, una volta introdotta in maniera "*completa y innovadora*" una regolamentazione basica in materia, attribuire una analoga valenza a norme precostituzionali, a meno che se ne dichiari espressamente tale natura o questa, in maniera certa, si rilevi dalla sua funzione di

²⁷⁵ Le Comunità Autonome, successivamente all'entrata in vigore della Costituzione, in attuazione di competenze statutariamente acquisite, non avevano tardato ad approvare leggi in materia rapporto di lavoro delle pubbliche amministrazioni. Si pensi, in tal senso, alla Navarra che, con la Ley n. 13 del 1983, aveva approvato uno statuto del personale al servizio delle amministrazioni pubbliche operanti all'interno della medesima comunità.

²⁷⁶ Il riferimento va alle pronunzie STC n. 32/1981 e 1/1982.

²⁷⁷ In particolare, l'art. 1.3 della LMRFP attribuiva a non poche disposizioni in essa contenuta valenza basica. A titolo meramente esemplificativo, si indicano l'art. 17(mobilità dei dipendenti tra le pp.aa); l'art.19 (selezione del personale); art. 20(modalità di copertura dei posti); art. 21(promozione professionale); art. 23 (retribuzione).

²⁷⁸ In tal senso, tra le altre, le sentenze del Tribunale Costituzionale nn.69 del 1989 e 147 del 1991.

complemento della regolamentazione postcostituzionale, non avendo questa preteso di innovare integralmente la materia²⁷⁹.

Per quanto riguarda una possibile identificazione del concetto di “*bases*” in materia di pubblico impiego, appare chiarificatrice una delle prime sentenze rese dal giudice costituzionale in materia di funzione pubblica che confina la potestà legislativa básica alla funzione di fissare gli “*objetivos, fines y orientaciones generales para todo el Estado, exigidos por la unidad del mismo y por la igualdad sustancial de todos sus miembros*”²⁸⁰, che costituiscono “*por la misma razón*” il limite negativo entro il quale dovranno muoversi le CC.AA. nell’esercizio delle proprie competenze.

In materia di pubblico impiego, la competenza básica ha finito, comunque, per espletarsi in un difficile equilibrismo che ha consentito al potere centrale di esprimere una naturale *vis* espansiva a causa della funzione scissa e duplice derivante dall’assetto competenziale, dovendo anch’esso sviluppare ed attuare le disposizioni “básiche” disciplinando i rapporti di lavoro instaurati dalle amministrazioni statali da intendersi, in tal senso, sia il complessivo apparato ministeriale che gli enti nazionali.

Ne consegue che il legislatore statale, da un lato, tenderà ad attribuire carattere espansivo al contenuto básico mentre il legislatore autonomico, dall’altro, si sentirà tentato a traslare nella propria legislazione non solo le norme di principi ma anche quelle di dettaglio, anche se previste ed adattate all’amministrazione dello Stato, con il

²⁷⁹ In tal senso si esprime la sentenza STC n. 37/2002.

²⁸⁰ Il riferimento è alla sentenza STC n. 25 del 1983 che risolve un conflitto di competenza positivo sollevato dal Governo Basco avverso il Real Decreto n. 642/1981 in materia di procedura selettiva per funzionari afferenti a “*Cuerpos*” nazionali ma operanti nell’amministrazione locale, attribuendo valenza básica alla norma disciplinante la selezione.

rischio che il modello di lavoro pubblico statale assuma una valenza paradigmatica.

Indipendentemente dai vizi di funzionalità manifestati dalla potestà *multilevel* in materia, il Tribunale Costituzionale, avendo assunto, anche nel contesto spagnolo, la funzione di definire i limiti negativi posti alle competenze autonomistiche, nel corso di alcune pronunzie, è giunto ad attribuire valenza basica, indipendentemente da una espressa definizione in tal senso, ad alcuni fondamentali testi normativi adottati dal legislatore statale. A titolo meramente esemplificativo, si indica la legge n. 53 del 1984, in tema di incompatibilità dei funzionari pubblici o alla legge n. 9 del 1987, in tema di rappresentanza collettiva dei funzionari pubblici e di determinazione delle condizioni di lavoro o ai limiti posti agli incrementi delle retribuzioni dei dipendenti pubblici dalle varie leggi finanziarie statali susseguitesi nel tempo, riconoscendole, alla luce dei criteri già espressi, discipline funzionalizzate ad assicurare, in tutto lo Stato, in maniera unitaria ed in condizioni di eguaglianza, interessi generali²⁸¹.

Nonostante l'apporto giurisprudenziale, le "bases" permangono un concetto ad estensione variabile, suscettibile di consentire al legislatore statale, in mancanza dell'intervento correttivo del giudice costituzionale, ampia discrezionalità circa la configurazione dei propri spazi di intervento, costituendo ,come sottolineato, la loro capacità espansiva una delle criticità affrontate nella recente riforma degli statuti.

Nel corso della nuova stagione statutaria si è posto il problema di ovviare alla dilatazione della competenza statale basica, stabilendo che

²⁸¹ In particolare, la valenza basica della Ley n. 53 del 1984 è stata riconosciuta dalle pronunzie STC nn. 172 del 1996 e 73 del 1997; con la sentenza STC n. 102 del 1988 è stata attribuita medesima valenza alla disciplina contenuta nella ley n. 9 del 1987 in materia di rappresentanza collettiva dei dipendenti pubblici; la sentenza STC n. 103 del 1997 ha, invece, riconosciuto valore basico ai limiti fissati agli incrementi retributivi dei dipendenti pubblici dalla ley n. 33 del 1987 (legge finanziaria per il 1988).

le *bases* debbano essere determinate esclusivamente mediante norme di rango legislativo, eccettuati i casi in cui la Costituzione e gli Statuti autorizzino la loro produzione in altra forma, in tal senso, si sono, ad esempio, espressi, lo Statuto della comunità andalusa ed aragonese²⁸². Anche se, in realtà, non si tratta di disposizioni dal contenuto particolarmente innovativo considerato che la preferenza per la fonte legislativa è un *acquis* della giurisprudenza costituzionale.

Un'analisi delle potestà multilivello esercitate in materia di lavoro nelle pp.aa. non può prescindere, anche nell'ordinamento spagnolo, dal considerare altre competenze centralistiche, idonee ad influire, anche incidentalmente, sulle scelte autonomistiche in materia di lavoro pubblico. Si pensi, in tale ottica, a titolo esemplificativo, alla capacità delle misure contenute nelle leggi finanziarie, espressione della competenza basica in tema di coordinamento e pianificazione dell'attività economica *ex art. 149.1.13 CE*, di incidere e di condizionare le politiche del personale attuate da parte delle Comunità (in termini di assunzioni, *turn over*, o incrementi retributivi) o alla competenza basica in materia di previdenza sociale *ex art. 149.1.17 CE* o alla competenza esclusiva in materia di legislazione processuale *ex art. 149.1.6 CE*.

Permangono, poi, di esclusiva pertinenza del livello centrale, i diritti fondamentali del lavoratore in quanto riservati a legge organica, la cui approvazione, di competenza delle Cortes, presume, in attuazione dell'art. 81.1 CE un procedimento rafforzato. Infatti, i diritti sindacali e il diritto di sciopero, espressamente riconosciuti al dipendente pubblico

²⁸² In tal senso, si rinvia all'art. 42.2.2. del nuovo Statuto Andaluso (Legge organica n. 2 del 2007) che di seguito si riporta in stralcio "... en el marco de las bases que fije el Estado en normas con rango de ley, excepto en los supuestos que se determinen de acuerdo con la Constitución..." ed all'art. 75. 1. del nuovo Statuto della Comunità Aragonese che dispone, con formula analoga, quanto segue: "... en el ámbito de las competencias compartidas, la Comunidad de Aragón ejercerá el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica que establezca el Estado en norma con rango de ley, excepto los casos que se determinen de acuerdo con la Constitución..."

dall'art. 28.1. e dall'art. 2 CE sono stati concretamente disciplinati dalla, già citata, *Ley orgànica de libertad sindical* n. 11 del 1985 come, in tempi più recenti, sono stati garantiti e disciplinati in virtù della loro valenza di diritti fondamentali, mediante la Legge organica n. 3 del 2007, il cui Titolo IV è interamente dedicato alla sfera lavorativa, i diritti alle pari opportunità di genere.

1.3. La ripartizione di competenze tra lo Stato e le Comunità Autonome in materia di lavoro.

L'assetto costituzionale delle competenze in tema di lavoro pubblico non può, comunque, limitarsi ad un esame del regime statutario multilivello, prodotto dalla interazione tra *bases/desarrollo*, stante la presenza nella *función pública* spagnola anche di personale *laboral*²⁸³, il cui rapporto con la pubblica amministrazione sorge in virtù di un contratto, e non di *un acto unilateral de nombriamiento*, e la cui disciplina dovrebbe, ipoteticamente, trovare esclusivo fondamento nel diritto del lavoro, anche se il legislatore, come si vedrà, non ha optato per una soluzione così netta.

Tanto più che la pluralità di regimi appare connaturale al *personal directivo*, non solo alla luce della legislazione preesistente all'EBEP ma, ancor più, alla luce delle intenzioni manifestate in esso dal legislatore statale, dirette alla configurazione di una classe dirigenziale professionalizzata ma non necessariamente di derivazione *funcionarial*.

²⁸³Secondo i dati contenuti nel Registro Central del Personal, aggiornati al luglio del 2011, e pubblicati, nel febbraio del 2012, nel Boletín Estadístico del Personal al Servicio de Las Administraciones Públicas del Ministerio de Hacienda y Administraciones públicas (pag. 21), il personale *laboral* ammonterebbe nell'amministrazione statale, a 124.116 unità, su complessive 592.531; nelle comunità autonome, a 146.098 unità, su complessive 1.347.835; nell'amministrazione locale, dove storicamente è stato, sempre, più presente, a 384.273 unità su complessive 646.627.

In tale prospettiva, va, quindi, presa in considerazione anche la competenza attribuita dall'art. 149.1.7 CE allo Stato in materia di “*legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades autónomas*” .

Nonostante l'accezione di esclusività formalmente attribuita allo Stato nelle materie elencate nell'art. art. 149.1 CE, la competenza in esame, stando ai complessi criteri di qualificazione delle competenze legislative nell'ordinamento spagnolo, ed alla duplice declinazione della competenza esclusiva, va intesa nella dimensione specifica di una competenza esclusiva a carattere limitato, riservandosi al potere centrale una sola e distinta funzione all'interno della materia, cioè la legislazione, residuando alla Comunità autonoma la *ejecución*, sempre se sia stata assunta, in conformità al principio dispositivo, tra le competenze statutariamente previste²⁸⁴.

Una distinzione funzionale che non attenendo, a differenza della fattispecie di cui all'art. 149.1.18 Ce, ad una ripartizione tra potestà legislative, non è idonea, quindi, ad accreditare la competenza in materia di lavoro quale competenza *compartida*²⁸⁵.

Legislación laboral da intendersi, secondo l'interpretazione restrittiva espressa dalla giurisprudenza costituzionale, al cui contributo ermeneutico occorre ancora una volta rimettersi, quale regolamentazione del rapporto di lavoro subordinato e, specificatamente, “*aquella que regula directamente la relación laboral , la que media entre los*

²⁸⁴ In merito, Garcia Fernandez M., *Distribución competencial en materia laboral*, Relaciones Laborales, 1992, I, pag. 97e Garcia Guerrero J.L., *op.cit.*, pag. 318 e ss.; si esprimono, invece, per una competenza meramente esclusiva, Rodriguez Pinero M. (ed altri), *El reparto competencial entre el Estado y la Comunidad Andaluza en materia de empleo: perspectivas tras el nuevo estatuto de autonomía*, in Tema Laborales, 2009, 100, pag. 197 e ss.

²⁸⁵ Attribuiscono, invece, alla competenza in esame valenza *compartida*, Gorelli Hernández J., *Diritto del lavoro e federalismo in Spagna*, in Di Stasi A. (a cura di) *Diritto del lavoro e federalismo*, 2004, Giuffrè, pag. 138 ma anche Bonardi O, *Federalismo e diritto del lavoro: spunti di riflessione tratti dall'esperienza spagnola*, RGL, 2002, 3, pag. 421.

*trabajadores que presten servicios retribuidos por cuenta ajena y los empresarios, en favor de los que y bajo la dirección de quiete se prestan estos servicios*²⁸⁶, nella quale va compresa sia la sua dimensione individuale che collettiva.

Attribuendo, peraltro, al termine *legislación* un valenza meramente materiale, inclusiva non solo di norme che emanano dal potere legislativo ma di ogni tipo di norma in materia, quindi, anche quelle espressione della potestà regolamentare, in quanto funzionali a sviluppare o integrare la norma primaria (siano essi regolamenti esecutivi o indipendenti), escludendosi, quindi, qualsiasi intervento della potestà normativa autonomistica, sia essa legislativa che regolamentare, idonea ad incidere su aspetti del rapporto di lavoro.

Residua, invece, alla singola Comunità autonoma, l'*ejecución* cioè una potestà di attuazione mediante la predisposizione di regolamenti cc.dd. organizzativi, non idonei ad incidere *ex se* sul rapporto di lavoro in quanto limitati a disciplinare l'organizzazione amministrativa che, nei singoli ambiti territoriali, darà esecuzione alla legislazione statale, mediante la creazione di istituzioni e servizi pubblici operanti e dipendenti direttamente dalla singola comunità (quali, ad esempio, quelli di intermediazione del lavoro, di autorizzazione delle agenzie di collocamento, di registrazione dei contratti)²⁸⁷.

L'esclusione delle singole Comunità autonome dal tema del "lavoro" va, peraltro, rivisitata alla luce della c.d. clausola di residualità, contenuta nell'ultimo comma dell'art.149 CE in conformità alla quale le materie, non espressamente attribuite allo Stato, possono essere dalle medesime assunte, mediante inclusione nei rispettivi statuti,

²⁸⁶ Il riferimento è alla sentenza STC n. 35 del 1982.

²⁸⁷ Il Tribunale Costituzionale ha espresso tale orientamento con le sentenze nn. 35 del 1982 e 249 del 1988.

consentendosi, quindi, una capacità di espansione della potestà legislativa autonomistica verso ambiti prossimi o confinanti con la *legislación laboral*, quali, a titolo esemplificativo, la formazione professionale, suscettibile, però, di intersecazione con competenze esclusive statali (si pensi, in tale prospettiva, alla disciplina dei titoli professionali oggetto di competenza esclusiva *ex art. 149.1.30 CE*)²⁸⁸.

Assume, invece, una configurazione *multilevel* la politica per l'impiego²⁸⁹ considerato che, a fronte della competenza statale *ex art. 149.1.13 CE*, in materia di basi e coordinamento della pianificazione generale economica, ed ai più generali poteri conferiti allo Stato dall'art. 131.1 CE, in tema, sempre, di pianificazione dell'attività economica generale funzionalizzata a garantire l'equilibrio territoriale e settoriale e l'equa distribuzione delle risorse, spetta alle singole Comunità, ai sensi dell'art. 148.1.13 CE, l'incentivazione, all'interno del proprio territorio di competenza, dello sviluppo economico conformemente agli obiettivi nazionali, elaborando, a tal fine, anche una propria politica attiva in materia di impiego²⁹⁰.

La prevalenza di una logica tendenzialmente centralista in materia di regolamentazione del contratto di lavoro, nonostante la scelta, operata dal Costituente verso uno Stato fortemente decentrato, costituisce

²⁸⁸ Sostiene l'estensione della competenza autonoma in materie confinanti o prossime alla *legislación laboral*, Rodriguez Pinero M. ed altri, *Federalismo, política di impiego e autonomie territoriali in Spagna*, RGL, 2005, 3, pag. 591 e ss.; id., *Las competencias laborales de las Comunidades Autónomas y la formación profesional ocupacional*, RL, 2004, 6, pag. 1e ss.

²⁸⁹ La natura *multilevel* della politica di impiego trova conferma, tuttora, nella ley de empleo n. 56 del 2003 che la definisce come " el conjunto de decisiones adoptadas por el Estado y las Comunidades Autónomas que tienen como finalidad el desarrollo de programas y medidas tendentes a la consecución de pleno empleo, así como la calidad en empleo, a la adecuación cuantitativa y cualitativa de la oferta y demanda de empleo, a la reducción de las situaciones de desempleo " (art. 1.1). A tutela di politiche di sviluppo economico in ambito autonomico, il giudice costituzionale ha ritenuto che la competenza statale di cui all'art. 149. 1.13 Ce debba limitarsi solo ad interventi che abbiano una incidenza diretta e significativa sull'attività economica generale (sentenza STC n. 77 del 2004).

²⁹⁰ Conformemente gli statuti di seconda generazione contengono disposizioni dettagliate in merito alle competenze assunte in materia di politica di impiego, in tal senso, a titolo esemplificativo, si rinvia all'art. 170 dello Statuto della Catalogna ed all'art. 63 dello Statuto dell'Andalusia.

il prodotto, non diversamente da quanto rilevato in riferimento alle scelte compiute, nel nostro ordinamento, con la riforma costituzionale del 2001 della continua tensione tra aspettative autonomistiche, mai sopite nel contesto spagnolo, come dimostrano gli statuti di seconda generazione approvati a decorrere dagli anni 2006-2007, ed il rispetto del principio di uguaglianza che, oltre ad assurgere quale “valore superiore dell’ordinamento giuridico“ (art. 1.1 CE), viene ripetutamente ripercorso nel testo costituzionale²⁹¹.

Un contrasto che pone a rischio, nella dialettica tra bilateralismo e multilateralismo caratterizzante, attualmente, le relazioni tra centro e periferia, il conseguimento di quell’equilibrio economico “adeguato e giusto tra le diverse parti del territorio” auspicato dall’art. 138.1. CE.

Ed, invero, la scelta centralistica è ispirata non solo alla protezione del principio di uguaglianza ma anche ad esigenze di unità del sistema che non possono prescindere da un equilibrio solidaristico tra regioni, indicatore fondamentale di un federalismo cooperativo, né consentire alle singole autonomie statutarie di introdurre privilegi economici e sociali (in tal senso, si esprime l’ art. 139.2 CE) né impedire la libera circolazione dei singoli sul territorio nazionale (come prescritto dall’ art. 139.2 CE).

Principi che, in materia di regime statutario dei pubblici dipendenti vengono tutelati dalla previsione di un “comune

²⁹¹ Il principio di eguaglianza viene frequentemente ripercorso nella Costituzione spagnola, limitandoci solo ad alcune esemplificazioni, tratte dal Titolo VIII dedicato all’organizzazione territoriale, si fa riferimento all’ art. 139.1. in conformità al quale ” tutti gli spagnoli hanno gli stessi diritti e gli stessi obblighi in qualsiasi parte del territorio dello Stato”; all’ art. 149.1. che attribuisce allo Stato il compito primario di porre le condizioni fondamentali per garantire “l’uguaglianza di tutti gli spagnoli nell’esercizio dei diritti e nell’adempimento dei doveri costituzionali” ed all’art. 138.1 (v. *infra* nel testo), in merito “all’adeguato e giusto equilibrio economico tra le diverse parti del territorio” e l’art. 130.1 che finalizza gli interventi economici ad “equiparare il livello di vita di tutti gli spagnoli”.

denominatore normativo” vincolante le potestà autonome, espresso dalla legislazione basica.

2. La realtà del lavoro pubblico in Spagna: tra relación funcional e tendenza al dualismo.

Alla luce delle considerazioni sin qui poste, appare evidente che il sistema del pubblico impiego -o della *función pública*, trovando il rapporto di lavoro nelle pp.aa. una propria regolamentazione nelle *leyes de la función pública*²⁹²- non appare distinguersi per linearità secondo una prospettiva comparatistica con l’omologo sistema realizzatosi nel nostro ordinamento, a seguito dei processi di riforma compiuti nel corso dell’ultimo ventennio.

Ed in effetti, un confronto, anche se limitato alle caratteristiche di fondo dei rispettivi assetti normativi, appare proficuo per comprendere lo *status quo* del pubblico impiego in Spagna, prendendo atto che il legislatore spagnolo dichiara espressamente di voler muovere i propri passi nel processo avviato con la legge n. 7 del 2007, di approvazione dell’EBEP, adottando forme di gestione delle risorse umane in linea con le riforme intraprese, negli ultimi anni, negli altri paesi dell’Unione Europea²⁹³.

Nel nostro ordinamento, il recupero dell’efficienza, la razionalizzazione del costo del lavoro, la migliore utilizzazione delle risorse umane -finalità tutt’ora canonizzate nell’art. 1 del T.U.P.I.- hanno condotto all’adozione di un modello regolativo privatistico del lavoro

²⁹² A tal fine, appare utile riportare l’art. 6 dell’EBEP: “ En desarrollo de este Estatuto, las Cortes Generales y las Asembleas Legislativa de las Comunidades Autònomas aprobaràn, en el àmbito de sus competencias, la Leyes reguladores de la Función Pública de la Administración General del estado y de las Comunidades Autònomas”.

²⁹³ In tal senso si esprime l’ “Exposición de motivos”, preliminare al testo dell’Estatuto básico del 2007(par.3).

pubblico e, quindi, sia sul piano formale che processuale, monista²⁹⁴, il sistema spagnolo continua, invece, a confrontarsi, sin dalla fase precostituzionale, con pubbliche amministrazioni che instaurano rapporti di lavoro sottoposti a regimi giuridici differenti.

Suscitando contrasti in dottrina tra giuspubblicisti allarmati per una *función pública* esposta ad una degenerazione a causa del costante processo *laborizador*²⁹⁵ e giuslavoristi che, stante la neutralità manifestata dal Costituente del 1978, hanno sostenuto l'ammissibilità di prestazioni di servizio rese nell'ambito delle pubbliche amministrazioni da lavoratori in regime privatistico non ritenendo, inoltre, che determinate prestazioni professionalmente qualificanti fossero esclusivamente riservate al personale *funcionarial*²⁹⁶.

Si tratta, pertanto, di un dualismo solo tacitamente consentito a livello costituzionale, non rilevandosi elementi di comparabilità con il modello dualistico tedesco, parametro di riferimento dei costituzionalisti spagnoli²⁹⁷, che trova specifico fondamento nell'art. 33, 4 comma della Legge Fondamentale di Bonn del 1949, nel quale espressamente viene riservato l'esercizio delle funzioni di sovranità a dipendenti il cui rapporto di servizio (e di fedeltà) va disciplinato dal diritto pubblico,

²⁹⁴ Identificazione che, nella ricostruzione dei modelli regolativi del pubblico impiego, effettua Arufe Varela A., *Tres modelos distintos de formalización del estatuto de los empleados públicos, al hilo de la exposición de motivos de estatuto español*, in Tema Laborales, 2008, pag. 92 e ss.

²⁹⁵ Esprime tale valutazione, ripercorrendo le posizioni assunte da vari giuspubblicisti, Fernández - Miranda Fernández - Miranda J., *El Estatuto Básico del empleado público y la regulación de las funciones reservadas al funcionario público*, in Revista Española de Derecho Administrativo, 2008, 139, pag. 480.

²⁹⁶ Di tale avviso, tra gli altri, Sala Franco, *op.cit.*, pag. 31, e Marin Alonso I., *El empleo público laboral en el estatuto básico del empleado público*, RL, 2009, 8, 23.

²⁹⁷ Nella costruzione del regime statutario dei pubblici dipendenti, considera unico punto di riferimento comparatistico l'art. 33, 4 comma della Legge Fondamentale di Bonn, Entrena Cuesta R., *El regimen estatutario de los funcionarios públicos como postulado constitucional* in Estudios sobre la Constitución Española, Civitas, 1991, III, pag. 2601

escludendo, quindi, analogo regime per i dipendenti ad esse non adibiti²⁹⁸.

Dal punto di vista del legislatore ordinario, l'emersione di un sistema tendenzialmente misto, risale, come poc'anzi sottolineato, alla fase precostituzionale avendo, nel 1964, l'art. 7 della *Ley de Funcionarios Civiles del Estado* (LFCE)²⁹⁹, con una formula di portata generale, garantito copertura giuridica alla presenza nella p.a. di *personal laboral* al quale va applicata la disciplina del lavoro privato (“*a los trabajadores contratados de acuerdo con la legislación laboral ésta les será pienamente aplicable*”), configurando una funzione pubblica non più esclusivamente riservata alla *relación funcional*.

Una realtà della quale, in fondo, prende atto anche lo Statuto dei lavoratori che, nell'art. 1 della primigenia versione del 1980, definendo il datore di lavoro lo identifica, indifferentemente, sia con un soggetto privato che pubblico³⁰⁰.

Ma la vera e propria consacrazione di regimi giuridici paralleli viene prodotta dalla già citata LMRFP, il cui originario art. 15.1., attribuiva alla discrezionalità dell'Amministrazione la individuazione di quei posti che “*en atención a la naturaleza de su contenido*” dovevano essere coperti da funzionari pubblici³⁰¹, favorendo per i residui posti

²⁹⁸ Per la traduzione dell'art. 33, 4 comma della Costituzione tedesca è tratta da *La Costituzione della Germania*, di Cerrina G. (a cura di), *op.cit.*, pag. 117 e ss.

²⁹⁹ Sulla vigenza dell'art. 7 della Ley de Funcionarios Civiles del Estado, il cui testo articolato è stato approvato con Decreto n. 315 del 1964, ha, ormai, inciso l'EBEP (disposizione derogatoria unica lettera a). Risalgono, peraltro, a tale intervento normativo altre figure di rapporto di lavoro con la p.a., quale il funzionario *eventual* o di fiduciarità politica o il *contratados* di diritto amministrativo, distinte dal tradizionale rapporto di lavoro *funcional*, che non si caratterizzava, anche sotto tale aspetto, più per la sua esclusività nell'ambito della funzione pubblica.

³⁰⁰ L'Estatuto de Trabajadores (ET), nella versione originaria approvata con Ley n. 8 del 1980, definiva “*empresario o empleador .. quien recibe la prestación de servicios de los sujetos incluido en el art. 1.1 Et, pudiendo ser aquél, por tanto, un sujeto privado o público*”. L'art. 1.1 dell'ET definiva i lavoratori subordinati come coloro “*..que voluntariamente presten sus servicios retribuidos per cuenta ajena y dentro de organización y dirección de otra persona física o jurídica, denominada empleador o empresario..*”

³⁰¹ L'art. 15.1 della LMRFP, prima della pronunzia del giudice costituzionale e del successivo intervento normativo del 1988, stabiliva che, nelle nuove organizzazioni del personale per posti di

l'accesso di lavoratori con contratto *laboral*, a conferma di un sistema che tendeva verso una *laboralización parcial*³⁰².

La questione di costituzionalità sollevata avverso l'art. 15.1. della LMREF, in ragione di una libertà di scelta consentita alla p.a. contrastante con la riserva di legge ordinaria posta, in materia di funzione pubblica, dall'art. 103.3 Ce, fu esitata dalla, già menzionata, sentenza STC n. 99 del 1987 (v. *supra* par. II), che assume, all'interno del processo di evoluzione del modello regolativo del pubblico impiego, una rilevanza fondamentale. A dispetto di una pretesa neutralità manifestata dalla legge fondamentale, la giurisprudenza costituzionale conferma l'essenza statutaria della *relación funcional*³⁰³ e la preferenza, da parte del Costituente, del regime statutario con “*caràcter general para los servidores públicos*”, attribuendo, nel contempo, alla legge la determinazione di “*otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración pública*” (f.j. 3. c).

Una regime statuario *funcional* che pone il dipendente, secondo una definizione che ha trovato conferma anche da parte della giurisprudenza costituzionale, in una situazione giuridica, definita della

lavoro cioè RPT(*relaciones puestos de trabajo*), i requisiti per svolgere le funzioni inerenti “seràn determinados por el Ministerio de la Presidencia, a propuesta de los Ministerios correspondientes, debiendo especificarse aquellos puestos que, en atención a la naturaleza de su contenido, se reservan a funcionarios públicos”. Una tendenza contraria viene, quasi contestualmente, espressa dalla Ley n. 7 del 1985 de las Bases del Régimen Local il cui art. 92 definisce le funzioni pubbliche da riservare esclusivamente a personale sottoposto a *estatuto funcional* e, dopo averne elencate alcune (quali quelle che implicano esercizio di autorità, di fede pubblica ect.) vi comprende, con una formula particolarmente estensiva, “en general, aquellas que en desarrollo de la presente ley se reserve a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de su función”.

³⁰² In tal senso, Sanchez Moròn, *op.cit.*, pag. 53.

³⁰³ Si rammenta che con la sentenza n. 99 del 1987, il Supremo Tribunale Costituzionale approfondisce l'orientamento precedentemente espresso con la pronuncia n.57 del 1982, con la quale era stata rigettata la questione di costituzionalità sul pensionamento forzoso dei dipendenti pubblici in quanto non ritenuto trattamento discriminatorio rispetto a quello usufruito dal personal *laboral*. In tale occasione, il giudice costituzionale aveva sottolineato l'esistenza, e, quindi la compatibilità costituzionale, di condizioni di lavoro distinte tra le due categorie: nel caso dei funzionari pubblici rimesse alla disciplina legale e regolamentare, prodotto della relazione statutaria; nel caso del personal *laboral* rimesse al contratto individuale tra ente pubblico e lavoratore ed alla contrattazione collettiva (f.j.4).

dottrina spagnola, oggettiva³⁰⁴ (a fronte della situazione giuridica soggettiva scaturente da un contratto) in quanto definita dalle leggi e dai regolamenti, che integrano lo statuto, e i cui tratti distintivi appaiono: l'accesso alla funzione pubblica mediante un atto unilaterale di natura amministrativa (*nombriamento*); un rapporto giuridico la cui regolamentazione è rimessa unilateralmente ai pubblici poteri (leggi, regolamenti, atti amministrativi); la insussistenza di diritti acquisiti³⁰⁵, cioè alla immutabilità nel tempo delle condizioni di lavoro godute, non potendo impedirne, stante la posizione di soggezione nei confronti dell'amministrazione, una loro modificazione rimessa, sempre, a scelte unilaterali dei pubblici poteri.

Nonostante l'opzione preferenziale espressa, la pronuncia del STC n. 99 del 1987, ammettendo altre modalità di accesso alla funzione pubblica, sancisce la compatibilità costituzionale dell'*empleo laboral*, confermando un modello regolativo del lavoro pubblico di impronta dualistica.

Il successivo adeguamento dell'art 15 della legge n. 30 del 1984 ai rilievi suscitati dal giudice costituzionale in merito alla violazione della riserva di legge ed il rispetto della "*consiguiente exigencia de que las normas que permitan excepcionar tal prevision constitucional* (n.d.r. cioè il regime statutario) *sean dispuestas por el legislador*" (f.j.3d, sentenza STC n. 99/87) condussero, mediante la Ley n. 33 del 1988, a stabilire quale "regola generale" la copertura dei posti di lavoro nelle

³⁰⁴ Per una ricostruzione della relación funcional secondo la dottrina giuspubblicistica spagnola, si rinvia a Sánchez Moron M., *op.cit.*, pag. 47 ed Entrena Cuesta R., *op.cit.*, pag. 2601. La *relación funcional*, quale relazione giuridica "oggettiva" trova una conferma anche nelle citate pronunzie STC n. 99 del 1987 e nella STC n. 57 del 1982 (sulle quali v. anche nota precedente).

³⁰⁵ In sintesi, la teoria sul regime statutario viene tradizionalmente connessa alla teoria dei diritti *adquiritos* in conformità alla quale i diritti ed i doveri dei quali sia titolare il funzionario sono solo quelli che, nel corso del rapporto, vengono regolati dallo statuto, non potendo innanzi ad una modifica del corpo normativo che lo costituisce, i dipendenti invocare altri diritti se non quelli di natura economica ed i diritti alla svolgimento di una funzione (sentenza STC n. 108 del 1986).

pp.aa. da parte dei funzionari pubblici, ammettendola per il personale a contratto solo per alcune ipotesi eccezionali³⁰⁶.

Un tentativo di *funcionarización* al quale non è corrisposto, nella realtà delle pp.aa, un effettivo cambio di rotta a causa della previsione all'interno della LMRFP di eccezioni di ampia portata³⁰⁷ e di un suo ambito soggettivo di applicazione non particolarmente ampio³⁰⁸ ed in virtù di successivi intereventi legislativi che consentivano, anche se limitatamente a determinati enti, ulteriori spazi per i lavoratori a contratto³⁰⁹.

Un *trend* dualistico che non ha trovato ostacoli neppure nei dubbi sollevati da parte di alcuni giuspubblicisti in merito alla costituzionalità di un modello dualistico di pubblico impiego³¹⁰ che crea

³⁰⁶ Al fine di tenere a freno la temuta *laboralización* del lavoro pubblico, i casi eccezionali elencati nel rinnovato art. 15 della LMRFP, nei quali si descrivevano le funzioni, o più precisamente, i posti, per la cui copertura era utilizzabile *personal laboral*, venivano considerati non alla stregua di una riserva di posti a favore di tale categoria, ma alla stregua di una mera possibilità di essere da questa occupati, non escludendosi che si rendessero disponibili anche per i funzionari pubblici. In tal senso, sia l'interpretazione letterale dell'art. 15.1 LMRFP ma anche Sainz Moreno, *El Estatuto de la función pública después de la sentencia TC 99/1987 y de la Ley 23/1988*, RAP, 117, 1988, pag. 362.

³⁰⁷ Sala Franco T., *op.cit.*, pag. 32, sostiene che alcune eccezioni aprano la strada ad una privatizzazione di molti posti di lavoro. Il riferimento riguarda la prima ipotesi indicata in seno all'art. 15.1 post-riforma, cioè i posti di natura non permanente e diretti a soddisfare esigenze di carattere periodico e discontinuo, e la quarta ipotesi, concernente i posti corrispondenti ad aree di attività che implicano conoscenze tecniche specialistiche non in possesso di funzionari appartenenti ai "Cuerpos o Escalas" dell'ente.

³⁰⁸ Venivano esclusi, ad esempio, dalla riserva posta a favore dei funzionari pubblici gli enti non citati dal nuovo art. 15.1 c) della LMRFP (che si limitava agli enti dello Stato, ai suoi organismi autonomi ed agli enti della previdenza sociale e a pochi altri) quindi, le amministrazioni delle Comunità autonome e gli enti locali. Tra l'altro, né l'art. 15 della LMRFP né la successiva legge del 1988 che lo modificava, avevano acquisito la valenza di norma basilica, non configurandosi, quindi, la riserva quale limite alle leggi di funzione pubblica poste dalle singole CC.AA. (anche se, successivamente alla sentenza n. 99 del 1987, queste hanno teso ad adeguarsi alla legge statale).

³⁰⁹ Ad esempio, la legge finanziaria approvata nel corso del 1988 (Ley n. 1091 del 1988) aveva consentito l'assunzione di personale *laboral* a determinati enti al di là dei limiti (e, quindi, dei posti) indicati dalla LMRFP. Senza dimenticare che la lista dei posti accessibili da parte di tali lavoratori subì un incremento, avendo l'art. 59 della ley n. 42 del 1994 inserito anche una nuova categoria cioè i "puestos con funciones auxiliares de carácter instrumental y apoyo administrativo".

³¹⁰ Il problema della costituzionalità della presenza del personale *laboral* nella P.A. e della conseguente vincolatività di quest'ultima all'applicazione delle regole del diritto del lavoro, ritenute incompatibili con il sistema di funzione pubblica prefigurato dalla Carta Costituzionale del 1978, fu sollevato, tra gli altri, da Del Saz Cordero S., *La huida del derecho Administrativo: ultima manifestaciones. Aplausos criticas*, RAP, 1994, 133, pag. 57 e Martin Retortillo Baquer S., *Reflexiones sobre la "huida" del derecho administrativo*, RAP, 1996, 140, pag. 47 nonché da Fernandez Miranda J., *op.cit.*, pag. 483 e ss.

discriminazioni tra soggetti che prestano analoghi servizi nei confronti della medesima amministrazione/ datrice di lavoro, non ammissibili alla luce dell'art. 14 CE (che sancisce il principio di uguaglianza) e che non pare compatibile con il principio di gerarchia (uno dei principi sui quali, ai sensi dell'art. 103 CE, si regge la funzione pubblica), essendo funzionalizzato il diritto del lavoro a "tutelare" il singolo e non quell'interesse pubblico che conforma, invece, la relazione *funcionarial*.

La coesistenza, nella medesima pubblica amministrazione, di dipendenti sottoposti a regimi giuridici diversi e suscettibili di svolgere, in seno all'organizzazione, anche medesime funzioni in virtù di un criterio di riparto non sempre chiaramente definito (potendo i funzionari occupare, peraltro, anche, i posti messi a disposizione per il *personal laboral*), oltre a creare conflittualità e a porre le basi per una gestione del personale, come già sottolineato, "esquizofrenica", poneva, nel contempo, in evidenza la inadeguatezza del diritto del lavoro, *sic et simpliciter*, a disciplinare le relazioni di lavoro instaurate da una P.A.

Una inadeguatezza, in particolare, a garantire i principi costituzionali sui quali si regge la funzione pubblica che emerge innanzi alla diffusa utilizzazione da parte delle pubbliche amministrazioni del contratto a termine ed al conseguente sorgere in capo al personale precario di aspettative alla stabilizzazione, in contrasto con un accesso al lavoro pubblico che non solo deve conformarsi ai criteri di merito e di capacità ma che deve anche garantire il rispetto di condizioni di parità.

Volendo limitare lo sguardo solo ad alcune delle ripercussioni negative derivanti dall'applicazione del diritto del lavoro nelle pp.aa., si pensi al caso del licenziamento del dipendente *laboral* che, sebbene

illegittimo, non obbligava l'ente alla sua riammissione³¹¹, divenendo, pertanto, un istituto strumentalizzabile nel caso di ricambio del vertice politico-istituzionale in funzione dell'eliminazione di personale ad esso "non affine", creandosi, quindi, le condizioni per l'introduzione, nel sistema del pubblico impiego, di forme subdole di *spoils systems*.

L'esigenza di armonizzare i principi della funzione pubblica con l'applicazione della disciplina lavoristica³¹² alla pubblica amministrazione quale datrice di lavoro, aveva condotto anche la giurisprudenza della Sala Social del Tribunal Supremo (spettando la cognizione delle controversie sui rapporti instaurati dal personale *laboral* alla giurisdizione sociale, in virtù di una duplicità di regime che si riflette anche sul piano processuale³¹³) a soluzioni compromissorie, anche particolarmente creative, delle quali, sintomatica in tale prospettiva, appare la figura del *contrato indefinido*³¹⁴. Ed, inoltre, all'emergere,

³¹¹ L'art. 56 dell'Estatuto de los trabajadores (Et), già nella versione originaria recepita dal Real Decreto n. 1 del 1995, prevedeva nel caso di despido (licenziamento) dichiarato giudizialmente improcedente (cioè illegittimo), l'opzione da parte del datore di lavoro, da esercitarsi entro cinque giorni dalla notifica della sentenza, tra riammissione del lavoratore ed erogazione di un indennizzo con relativa estinzione, in tale seconda ipotesi, del contratto (1 comma), prevalendo, solo nel caso di manifesta non opzione, la riammissione del lavoratore (3 comma).

³¹² Le fonti che regolano il rapporto di lavoro privato nel sistema spagnolo, attenendoci all'elencazione contenuta nell'art.3.1 dell'ET (rubricato "*fuentes de la relación laboral*"), sono le seguenti: 1) leggi e regolamenti dello Stato; 2) contrattazione collettiva; 3) volontà delle parti manifestata nel contratto di lavoro, che non potrà, in pregiudizio del lavoratore, stabilire condizioni meno favorevoli o contrarie alla legge o ai contratti collettivi; 4) usi e costumi locali e professionali.

³¹³ Il dualismo ha riflessi sul piano giurisdizionale, spettando alla giurisdizione contenziosa amministrativa, secondo le indicazioni contenute nella Ley n. 29 del 1998 (artt.6-13), la cognizione delle controversie derivanti, sin dal suo insorgere, da una relazione *funcionarial* (ormai, anche, da una relazione *estatutaria*, da intendersi, come vedremo nel successivo capitolo, quale relazione *funcionarial* a carattere speciale). Permanendo, invece, alla giurisdizione sociale le controversie insorte tra datore di lavoro e lavoratore in conseguenza di un contratto di lavoro, secondo le indicazioni contenute nell'art. 2 a) dell'attuale ley n. 36 del 2011, regolatrice della giurisdizione sociale, intervenuta a modificare il precedente Real Decreto legislativo n. 2 del 1995, escludendosi, comunque, le controversie insorte in materia di processi di selezione espletati secondo procedure pubblicistiche (*concursos e oposiciones*) per le quali si riconosce la giurisdizione contenziosa amministrativa. Si evidenzia, poi, che nell'ordine giurisdizionale spagnolo, la Sala Social del Tribunal Supremo, citata nel testo, dovrebbe corrispondere alla nostra Corte di Cassazione Sezione Lavoro, stando alle specificazioni contenute nell'art. 9 della ley n. 36 del 2011 circa le sue competenze includenti, tra l'altro, i ricorsi per cassazione.

³¹⁴ Con la figura del "*contrato indefinido*" viene posta fine da parte della Sala de lo Social del Tribunal Supremo (limitandoci a citare le prime pronunzie in materia, si tratta delle sentenze SSTs del 7 ottobre e del 10 dicembre del 1996) ad un contrasto giurisprudenziale insorto in merito

anche se in maniera sporadica, di discipline legislative dirette a garantire un trattamento unitario per coloro che prestavano servizio, indipendentemente dalla natura giuridica del rapporto, a favore di una p.a., estendendo, sostanzialmente, al *personal laboral*, istituti caratterizzanti il regime di diritto pubblico (si pensi, ad esempio, al sistema delle incompatibilità ed ai sistemi di accesso³¹⁵); senza trascurare che, pur in presenza di sistemi di negoziazione collettiva differenti, la determinazione degli incrementi retributivi subiva, per entrambe le categorie, in conformità alle previsioni contenute nell'art. 134.2 Ce, i limiti posti dalle leggi finanziarie statali³¹⁶.

Consapevole delle criticità insorte, tra discrasie ed assonanze, la dottrina lavorista giunse ad auspicare una relazione di carattere speciale

all'applicazione nei confronti di pp.aa. -che tendevano ad abusare delle forme di contratto *temporal*, utilizzandole al di là delle ipotesi normativamente previste- della disciplina contenuta nell'art. 15.7 dell'ET in materia di conversione a tempo indeterminato del contratto concluso in frode alla legge. A fronte di un orientamento teso a contrastarne l'applicazione a tutela del principio di legalità e dei parametri costituzionali posti in materia di accesso alle funzioni pubbliche dagli artt. 23.2 e 103.3 Ce, si opponeva una giurisprudenza che riteneva tale regola applicabile alla p.a., parificandola ad un qualsiasi datore di lavoro privato. La Sala de lo Social, con le pronunzie citate, stabilì che il rispetto dei parametri costituzionali di merito e capacità ed uguaglianza impedisce l'equiparazione dei lavoratori temporanei, nonostante la natura frodatrice del contratto concluso, al *personal laboral fijo*, con copertura del relativo posto in pianta organica, non potendo la stabilizzazione prescindere dall'espletamento delle regolari procedure selettive, dovendo tale lavoratore considerarsi, piuttosto, titolare di un contratto a tempo "*indefinido pero no fijo de plantilla*". Spettando, quindi, alla p.a. provvedere ad avviare la procedura selettiva per la copertura del posto, una volta ultimata ed individuato il relativo vincitore, la p.a. potrà lecitamente risolvere il contratto *indefinido*. Si rileva che l'EBEP ha recepito tale giurisprudenza, avendo distinto, al momento di configurare le tipologie del *personal laboral* (art. 8.2 c) ed art. 11.1), lavoratori con carattere *fijo*, *temporal* ed a tempo *indefinido*, introducendo una tripartizione che tipizza tale categoria, in funzione della sua prestazione di servizio a favore di una p.a., rispetto a quella dei meri lavoratori privati. La giurisprudenza della Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha, anche in tempi recenti, confermato tale orientamento (tra le altre, STS del 14.12.2009 e STS del 4.2.2010 e del 10.3.2010).

³¹⁵ A titolo meramente esemplificativo, si rammentano la legge n. 53 del 1984 che, introducendo un sistema di incompatibilità, nel rispetto delle previsioni contenute nell'art. 103.3 Ce, all'atto di individuarne l'ambito soggettivo, lo estende a tutto il personale che presta servizio nelle amministrazioni, qualunque sia la natura giuridica del rapporto di impiego (art. 2.2) ed, inoltre, i riferimenti contenuti in alcune disposizioni della previgente LMRFP, tra le quali, di fondamentale importanza, appare l'art. 19.1 che, in conformità al principio di uguaglianza, merito, capacità, nonché di pubblicità e trasparenza di cui agli artt. 23.1 e 103.3 Ce., estende le modalità di accesso e selezione del personale nelle pp.aa. (concurso, oposicion o concurso oposicion) anche al *personal laboral*.

³¹⁶ La contrattazione collettiva del personale *laboral* iniziò a subire i limiti derivanti, in funzione del contenimento del costo pubblico, dalle leggi finanziarie statali che fissavano le percentuali di incremento della massa salariale già con la ley n. 44 del 1983 (finanziaria per il 1984), adeguandosi il legislatore a tale tendenza nei successivi anni.

per l'*empleo laboral* che, prendendo le distanze dal diritto del lavoro comune, acquisisse elementi di uniformità con la relazione *funcionarial*. Vennero, a tal proposito, elaborate, quali vere e proprie indicazioni di massima per il legislatore, tre “*reglas de oro*” in materia di personale al servizio di una p.a. che, sinteticamente, possono così esprimersi: 1) alla medesima funzione deve corrispondere il medesimo regime giuridico; 2) garantire equiparazione massima possibile tra i due regimi, giungendo, persino, nei casi possibili, alla creazione di un nuovo tipo di rapporto prodotto dalla commistione tra i due regimi (cioè, *funcionarial* e *laboral*); 3) riconoscere l’esistenza di un rapporto di lavoro di diritto speciale per il personale *laboral*³¹⁷.

Solo una visione del processo evolutivo al quale è stato esposto il lavoro pubblico nel corso degli ultimi anni in Spagna può consentire di carpire la loro effettiva o meno incidenza sulle scelte politiche così adottate e comprendere, all’interno del sistema, l’attuale e nuova configurazione della figura dirigenziale.

2.1. Il modello di impiego pubblico prefigurato dall’Estatuto básico del empleado público (ley n. 7 del 2007).

L’adozione dell’EBEP, da parte della Ley n. 7 del 12 di aprile 2007, prodotto di un difficoltoso iter iniziato con un progetto risalente al

³¹⁷ In tal senso, Sala Franco T., *op.cit.*, pag. 34.

1999³¹⁸, deve fare i conti con un consolidato assetto dualistico e con un sistema altamente decentralizzato.

Il legislatore, sin dalle prime considerazioni contenute nell'esposizione dei motivi prelusivi al testo normativo, tende a manifestare una sorta di fidelizzazione nei confronti del "principio costituzionale", espresso nella già citata sentenza STC n. 99 del 1987, in conformità al quale il regime generale di lavoro pubblico è quello "*funcionarial*".

Nel contempo, il legislatore dell' *Estatuto básico* non si esime dal riconoscere il ruolo crescente ormai assunto all'interno delle pubbliche amministrazioni, per l'espletamento di determinate funzioni (la cui individuazione rappresenta, come si vedrà più avanti, una delle criticità espresse dallo statuto), dal personale il cui rapporto sorto in base ad un contratto, è sottoposto ad un regime privatistico.

A fronte di una conferma del modello dualistico, l'EBEP si configura quale compendio delle norme (o principi) generali applicabili, qualunque sia la loro natura, alle relazioni instaurate dalle pubbliche amministrazioni in Spagna e che, accomunandole, le distingue dal rapporto di lavoro del settore privato, realizzando per esse, infine, "*un regimen minimo pero unitario*"³¹⁹.

³¹⁸ Nel 1999, un primo progetto dell'Estatuto básico dell'empleado público fu predisposto ed inviato alle Cortes dall'allora Governo popolare in carica, senza sortire, però, alcun effetto. Nel 2004, il Governo socialista affidò ad una Commissione di esperti lo studio e l'elaborazione dello Statuto la quale, nel 2005 mediante la predisposizione dell' Informe, pose le basi per la predisposizione di un progetto di legge che rispondeva a tre direttive di fondo: 1) tendenziale uniformità del regime applicabile al funzionario pubblico ed al lavoratore in regime di diritto privato, riunendo in un solo testo le norme a loro comuni e la legislazione básica del funzionario; 2) garantire maggiore autonomia ai legislatori autonomici per la predisposizione di un proprio sistema di impiego pubblico; 3) modernizzare la pubblica amministrazione, concentrandosi su fattori quali, professionalità, merito e flessibilità (nuova figura dirigenziale, valutazione della produttività ect.). L'approvazione della ley n. 7 del 12 aprile 2007 fu, comunque, preceduta da una intensa negoziazione con le Comunità autonome e con le forze sindacali maggiormente rappresentative che incise, notevolmente, sull'assetto definitivo dello Statuto.

³¹⁹ Frase mutuata da Monereo Perez ed altri, *Manual de empleo público*, Granada, Comares, 2010, pag. 11.

Il legislatore spagnolo, ha, quindi, preso le distanze da una scelta alternativa tra una *laboralizacion* (privatizzazione) del lavoro nelle pp.aa., ritenuta costituzionalmente incompatibile³²⁰ ma anche da sua *funcionarización* generalizzata che avrebbe comportato la negazione del modello plurale.

Alla luce del riparto competenziale, l'EBEP, nell'intento di creare le norme generali comuni, detta, da un lato, le basi del regime statutario dei funzionari pubblici in attuazione delle previsioni di cui all'art. 149.1.18 CE ed all'art. 103.3 CE, esprimendo, dall'altro lato, nel dettare le norme applicabili al personale *laboral* al servizio delle pp.aa., la competenza esclusiva di cui all'art. 149.1.7 CE. Assumendo, in tale prospettiva, l'EBEP le sembianze di un testo normativo a valenza mista³²¹: norma di funzione pubblica e, nel contempo, norma lavoristica.

La natura così acquisita dall'EBEP esclude, quindi, che le singole Comunità Autonome possano, nell'esercizio della potestà di *desarrollo* delle norme basiche ivi contenute, adottare leggi di funzione pubblica idonee ad incidere sulla relazione *laboral* del personale che presta attività nelle amministrazioni ad esse afferenti, potendo solo mediante lo strumento della contrattazione collettiva, intervenire su quegli aspetti del rapporto di lavoro che *l'Estatuto básico* rinvia alla fonte pattizia.

³²⁰ Nel paragrafo X dell'esposizione dei motivi prelusiva all'EBEP viene espressamente dichiarato che una contrattazione del lavoro pubblico non può costituire il regime generale "por imperativo constitucional".

³²¹ La natura mista dell'EBEP, quale norma (basica) di funzione pubblica e di legislazione del lavoro, viene riconosciuta, tra gli altri, da Marin Alonso I., *op.cit.*, pag. 38. e da Monereo Perez ed altri, *op.cit.*, pag. 17e. Nell'ordinamento spagnolo, il fenomeno delle leggi "miste" non era, comunque, sconosciuto prima dell'adozione della Ley n. 7 del 2007 stante la vigenza di norme dirette a tutti i dipendenti delle pp.aa., indipendentemente dalla natura giuridica del rapporto di lavoro instaurato (tra le altre, la legge n. 31 del 1995 in materia di prevenzione dei rischi sul lavoro; la legge n. 11 del 1985 sulla libertà sindacale; e la citata legge n. 53 de 1984 sulle incompatibilità) nonché la vigenza di norme comuni di natura pattizia. La negoziazione collettiva congiunta, diretta a stabilire condizioni di lavoro uniformi per entrambe le categorie aveva trovato, già, una legittimazione nella legge n. 21 del 2006.

L'obiettivo di porre una linea di confine tra lavoro nelle pp.aa. e lavoro nel settore privato produce, in riferimento al personal *laboral*, un vero e proprio regime speciale di impiego pubblico (*empleo publico laboral*) considerato che la definizione di *empleado publico*, contenuta nell'EBEP, pur suscettibile di critiche a causa di una genericità che la priva di un significato giuridicamente rilevante, appare -in perfetta sintonia con la finalità accomunante che si è posta il legislatore- un concetto omnicomprensivo nel quale confluiscono tutti coloro che svolgono “funzioni retribuite nelle Amministrazioni Pubbliche al servizio degli interessi generali”(art. 8.1)³²². Ed, infatti, la classificazione degli impiegati pubblici, contenuta nell'art. 8.2 dell'*Estatuto basico*, include, oltre al funzionario pubblico anche il personale *laboral*.

La predisposizione di un *corpus* normativo *unitario* per i rapporti di lavoro nelle pp.aa. conduce ad un naturale processo di osmosi tra i due regimi giuridici. Il funzionario pubblico mutua dal regime privatistico l'analitica regolamentazione dei diritti alla negoziazione collettiva, alla rappresentanza ed alla partecipazione istituzionale, tra i quali, di stretta derivazione dal diritto del lavoro, la soluzione stragiudiziale di conflitti collettivi di lavoro (Cap.IV artt. 31-46). Il personale con contratto di lavoro, sottratto alla vincolante applicazione dello Statuto dei lavoratori (ET), importa discipline tipiche del regime pubblicistico, costituendone

³²² Benchè si tenda ad enfatizzare sulla utilizzazione per la prima volta in un testo normativo spagnolo del termine *empleado publico*, in merito De Sande Pérez-Bedmar M., *El estatuto básico del empleado público: comentario al contenido en espera de su desarrollo*, RL, 2007,1, pag. 54, Monereo Peréz ed altri, *op.cit.* pag. 12, ne evidenziano i forti limiti in quanto la definizione espressa dall'art. 8.1 dell'EBEP appare anacronistica, limitandosi ad identificare il dipendente pubblico quale “servitore dell'interesse pubblico”; si focalizza, nonostante il contenuto omnicomprensivo, sul termine “funzione”, più adeguato alla figura del funzionario, e non su quello, “più attuale e globale”, di “prestazione di servizio”; così come appare inutile, quale elemento distintivo, trattandosi di rapporti di lavoro con una p.a., il riferimento agli “interessi generali”. Una definizione che viene, peraltro, smentita da quelle disposizioni dell'EBEP nelle quali l'impiegato pubblico, secondo una visione più moderna e conforme agli obiettivi del processo riformatore, viene considerato “al servizio dei cittadini ” (tra le altre, art. 1.3 a) nonché gli artt. 53 e 54 in materia di principi etici e di condotta degli impiegati pubblici).

un esempio l'istituto della mobilità che, in mancanza di una norma pattizia, è assimilato a quello del funzionario pubblico (art. 83 EBEP)³²³.

Un processo che, secondo una enunciazione sintetica, induce ad una *laboralizaciòn* del regime *funcionarial*, attivando, nel contempo, una *funcionarizaciòn* del personale *laboral*, in attuazione delle indicazioni prescrittive contenute nelle seconda e terza *reglas de oro* che auspicavano una tendenziale equiparazione tra i due regimi e, quale sua diretta derivazione, il riconoscimento di un rapporto di lavoro speciale per il personale contrattualizzato.

In particolare, quest'ultima tendenza troverebbe una conferma nell'ambiguità del contenuto prescrittivo dell'art. 7 dell'EBEP, dedicato alla normativa applicabile al personale contrattualizzato, in quanto, a fronte di un *funcionario de carrera* per il quale il legislatore stigmatizza chiaramente una relazione statutaria disciplinata dal diritto amministrativo (art. 9) al personale, vincolato alla p.a. da uno dei tipi contrattuali previsti dal diritto del lavoro, si applicano, oltre alla legislazione lavoristica ed ai contratti collettivi, i precetti dell'EBEP "che così dispongano".

Pur non avendo il legislatore adottato la più chiara delle forme possibili, l'*Estatuto básico* assurge a norma primaria di riferimento della speciale relazione *laboral de empleo público*, determinando, con funzioni di filtro, l'ambito di applicazione dello Statuto dei lavoratori, delle altre leggi lavoristiche e della contrattazione collettiva che interverranno a disciplinare quegli aspetti del rapporto che l'EBEP rinvia ad esse o che lo statuto si è astenuto dal disciplinare³²⁴. Non operando,

³²³ L'articolo 83 dell'EBEP testualmente recita: "La provisiòn de puestos y la movilidad del personal laboral se realizará de conformidad con lo que establezcan los convenios colectivos que sean de aplicaciòn y, en su defecto, por el sistema de puestos y movilidad del personal funcionario de carrera"

³²⁴ La prelazione a favore dell'EBEP, quale norma primaria che regola il rapporto *laboral* nella p.a., viene espressa, tra gli altri, da Quesada Lumbreras J., *Es aplicable el EBEP al personal*

più, quell'automatica applicazione della legislazione del lavoro garantita dall'art. 7 della della *Ley de Funcionarios Civiles del Estado* (LFCE) del 1964, al personale vincolato ad una p.a. da un contratto di diritto privato.

In particolare, le fonti della relazione *laboral* intercorrente con un p.a. non sono più esclusivamente reperibili nell'art. 3.1 dell' ET, dedicato alle fonti di diritto del lavoro, bensì, alla luce del nuovo art. 7 dell'EBEP saranno, in posizione di prelazione, le norme dell'EBEP e, se non derogata da questo, la eventuale legislazione c.d. mista in quanto diretta a tutti gli impiegati pubblici, qualunque sia il loro regime di appartenenza; solo in seconda istanza, lo Statuto dei Lavoratori e la legislazione lavoristica, e, quindi, la contrattazione collettiva di riferimento nonché, infine, il contratto individuale di lavoro.

Le novità apportate al sistema delle fonti e la prelazione normativa a favore dell'EBEP per i lavoratori vincolati ad una p.a. da un contratto, hanno comportato, nella regolamentazione dei singoli istituti che regolano il rapporto di lavoro nelle pp.aa., contenuta nei cento articoli del testo (ai quali vanno ad aggiungersi varie disposizioni addizionali, transitorie e finali) l'inserimento di disposizioni che riguardano specificatamente il personale *laboral* ³²⁵.

Per il regime giuridico del personal *laboral*, si apre, quindi, una fase di fluidità, di incertezza giuridica in quanto il futuro legislatore, mediante interventi modificativi incidenti sull'EBEP potrebbe restringere, come anche ampliare, i margini di applicazione del diritto

laboral ?Comentario al auto de la Audencia nacional 63/2010 de octubre, www.aragon.es 2011, pag. 419 e ss.; Marin Alonso I., *La nuevas particularidades de la relación laboral de empleo público tras la reforma laboral de 2010*, RL, 2011, 22, pag. 14

³²⁵ In particolare, in materia di diritti individuali, disposizioni specifiche sono contenute nell'art. 27 sul diritto alla retribuzione; in materia di negoziazione collettiva nell'art. 32, modificato, recentemente, dal Real Decreto Ley del 13 luglio 2012; in materia di giornata di lavoro, permessi e congedo ordinario nell'art. 51; nell'art. 77 in materia di classificazione del personale; nell'art. 83 in tema di mobilità e nell'art. 92 in materia di vicende modificative del rapporto di lavoro (aspettativa, sospensione ect.).

del lavoro, consentendo o impedendo una eventuale evoluzione verso la *funcionarización* della categoria³²⁶.

Anche se, a seguito degli interventi normativi adottati in Spagna in funzione anticrisi, nel periodo intercorrente tra il 2010 ed il 2012, sono state introdotte disposizioni che, pur non incidendo sull'EBEP, hanno teso ad accentuare le distanze del rapporto *laboral de empleo público* dal lavoro privato, come nel caso della disposizione addizionale decimoquinta dell'ET la quale, in seguito alla modifica apportata dall'art. 1.6 della Ley n. 35 del 2010 (contenente misure urgenti per la riforma del mercato del lavoro), estende, solo parzialmente, al settore pubblico, la nuova disciplina sulla successione dei contratti nei rapporti di lavoro a tempo determinato.

Il modello di lavoro pubblico prefigurato dalla ley n. 7 del 2007 non è, comunque, esente da criticità.

Il legislatore, pur avendo consolidato il modello plurale di lavoro pubblico, si è astenuto dal fornire una chiara soluzione alla obsoleta questione dei posti di lavoro riservati ai funzionari pubblici e di quelli, di converso, accessibili da parte dei lavoratori a regime privatistico, nonostante il progressivo intensificarsi, a decorrere dal 1984 (ricordiamo, anno di adozione della LMRFP), della loro presenza nelle pp.aa. e la confusione, realizzatasi nella prassi, tra le funzioni rispettivamente espletate dalle due categorie, ponendosi in contrasto con quella *regla de oro* in conformità alla quale alla medesima attività, o funzione, deve corrispondere il medesimo regime giuridico.

Non può, a tal fine, considerarsi determinante il rinvio, contenuto nell'art. 9.2 dell'EBEP, alle singole leggi sulla funzione pubblica che,

³²⁶. Ma una tendenza ben diversa ha espresso, più recentemente, la riforma del lavoro di cui al Real Decreto Ley n. 3 del 2012 che, aggiungendo nell'ET la disposizione addizionale vigesima, ha introdotto per il personale *laboral*, in attività presso gli enti pubblici, il licenziamento per motivi economici, tecnici ed organizzativi, tipizzando le relative cause.

nei rispettivi ambiti di riferimento, adotteranno le diciassette CC.AA. e lo Stato, in attuazione delle norme basiche dello statuto, le quali dovranno riservare, stando al limite posto nella citata disposizione, ai funzionari le attività che implicano “la partecipazione diretta o indiretta nell’esercizio delle potestà pubbliche o nella salvaguardia degli interessi generali”.

Criterio che viene successivamente rafforzato dal richiamo contenuto nell’art. 11.2 dell’EBEP che rimette, sempre alle medesime leggi autonome ed alla legge statale sulla funzione pubblica, la determinazione dei posti assegnabili al personale *laboral*.

La formula utilizzata appare, invero, priva di originalità, ripercorrendo quella adoperata, sin dagli anni ’80, dalla Corte di Giustizia della Unione Europea per definire i casi nei quali, in eccezione al principio di libera circolazione dei lavoratori nello spazio europeo, i singoli Stati possono riservare i posti di lavoro nelle pp.aa. solo a coloro che sono in possesso della relativa cittadinanza³²⁷ e che, se interpretata secondo i criteri restrittivi posti dalla giurisprudenza comunitaria, rischia di accentuare la presenza nelle organizzazioni pubbliche spagnole del lavoratore a regime privatistico³²⁸.

³²⁷ A partire dalla sentenza del 17 dicembre 1980 (causa 149/79 Commissione v. Regno del Belgio), la Corte di Giustizia si è orientata verso un’interpretazione restrittiva della deroga alla libera circolazione dei lavoratori, posta dall’art. 39.4 del TCE, nel caso di impieghi nelle pp.aa., considerando la cittadinanza quale legittimo requisito, ai fini dell’assunzione presso le pp.aa. degli stati membri dell’U.E., solo per il “complesso di posti che implicano la partecipazione, diretta o indiretta, all’esercizio dei pubblici poteri ed alle mansioni che hanno ad oggetto la tutela di interessi generali dello Stato e delle altre collettività pubbliche”. La Corte, convalidando le indicazioni fornite dalla Commissione con comunicazione 88/C72/02 del 1988, ormai sostiene che la cittadinanza sia ininfluyente per interi settori, tra i quali, la sanità, l’istruzione, la ricerca e gli enti che gestiscono servizi commerciali, non escludendo che, all’interno di tali settori, siano individuabili posti rientranti nella deroga prevista dall’art. 39.4 del TCE (sentenza 2 luglio 1996 causa C 473/93 Commissione v. Lussemburgo).

³²⁸ Per una interpretazione dell’art. 9.2 dell’EBEP che non subisca l’influenza del diritto comunitario ma che sia conforme alla giurisprudenza del STC, che considera il regime generale dei rapporti di lavoro nelle pp.aa. quale *funcionarial*, non sussistendo ragioni che giustifichino una estensione dei lavoratori con contratto di diritto privato in tale ambito, Boltaina Bosch X., *La Funcionarización del personal laboral al servicio de las administraciones públicas: algunas reflexiones tras el estatuto básico del empleado público*, CEMCI, 2012, 14, pag. 8-9.

Al di là della scarsa creatività, l'aver lasciato all'autonomia legislativa delle singole Comunità autonome la soluzione rischia di concretizzare, nel tempo, in considerazione della discrasia delle scelte adottate in ordine all'accessibilità dei posti di lavoro da parte del lavoratore privato, un dualismo a vari dosaggi e, complessivamente nel paese, un modello di lavoro pubblico tendenzialmente disomogeneo.

L'EBEP non è stato decisivo, inoltre, in merito alla individuazione di criteri differenziali tra posti di lavoro che vanno assegnati secondo criteri di professionalità e quelli attribuibili in base a *confianza* politica o personale (*personal eventual*). Una questione che attiene, in particolar modo, alla figura dirigenziale³²⁹.

2.2 La dirigenza pubblica: un problema ancora aperto

La carenza di una classe dirigenziale professionale costituisce uno dei nodi irrisolti del modello di funzione pubblica spagnola, apparendo comprensibile come, ancora nel 2007, il legislatore dell'

³²⁹ Si rammenta che nel sistema di pubblico impiego spagnolo, la fiduciarità costituisce un tratto distintivo del personal "eventual" (art. 12 EBEP), figura ibrida di funzionario, la cui nomina è *libre* cioè rispondente solo a criteri di fiduciarità politica e personale ed i cui effetti sono destinati a venir meno contestualmente alla cessazione dell'incarico politico in capo all'autorità nominante (di regola, prestano servizio negli uffici posti alle dirette dipendenze del Presidente del Governo, dei Ministri, dei Presidenti delle CC.AA., dei Sindaci, ect.). Pur essendo un figura "abusata", e nonostante l'intento di frenare il suo progressivo diffondersi, l'EBEP si è limitato a rinviare alle leggi di funzione pubblica poste in sua attuazione, la determinazione degli organi di governo che possono servirsi di tale categoria lavorativa, ai quali spetterà l'individuazione di un numero massimo di personale fiduciario da nominare, che verrà reso pubblico unitamente ai trattamenti retributivi, da erogare nei limiti di una dotazione finanziaria a tal fine prevista. Pur applicandosi al personale *eventual* il regime generale dei funzionari pubblici, l'espletamento delle funzioni di *confianza* politica non costituisce titolo per l'accesso alle pubbliche funzioni né titolo utile per la promozione interna, qualora il personale fiduciario fosse stato selezionato tra i funzionari già in servizio,

estatuto basico, ritenendo il dirigente pubblico un “fattore decisivo della modernizzazione amministrativa”³³⁰, senta l’esigenza di sottolinearne la professionalità, quale criterio identificativo. In particolare, non solo nella rubrica dell’art. 13 dell’EBEP, disposizione dedicata al *personal directivo profesional*, ma anche nella definizione, puramente tautologica, della figura e delle sue funzioni (“il dirigente è colui che svolge funzioni dirigenziali professionali” ai sensi dell’art. 13.1), nonché nella esposizione dei motivi prelusivi al testo normativo, nei quali, alludendo alla *nueva figura*, si esplicitano i criteri, ispirati al *new public management*, ai quali deve conformarsi la sua gestione “professionale”.

Una dirigenza pubblica competente, responsabile e, quindi, autonoma, costituisce, nei sistemi giuridici moderni, il risultato di una separazione tra sfera della politica ed attività gestionale che, nel caso spagnolo -nonostante l’esperienza storica di una dittatura che aveva “invaso”, non diversamente da esperienze vissute in altri contesti³³¹, la burocrazia, necessitando di una *élite* di funzionari fedeli³³²- non si è realizzata, in maniera chiara e definitiva, a dispetto di diversi interventi legislativi.

In effetti, nella Carta Costituzionale del 1978, si rinvengono garanzie che dovrebbero costituire il substrato della distinzione tra

³³⁰ In tal senso, si esprime il legislatore nel corso della “esposizione dei motivi” prelusiva alla ley n. 7 del 2007.

³³¹ Si rinvia, a tal proposito, alle osservazioni compiute da Rusciano Mario, *op.ult.cit.*, pag.8, il quale, nel corso della ricostruzione del profilo storico-critico dell’impiego pubblico in Italia, sottolinea che “il fascismo coincide con il periodo del massimo rafforzamento ed intreccio del potere burocratico e della burocrazia del partito-guida”.

³³² L’ Unione de Centro Democratico (UCD), partito che gestì la fase di transizione tra la fine della dittatura franchista (1975) e la formazione di uno Stato democratico e di diritto, culminata con l’approvazione della Costituzione nel 1978, mantenne sostanzialmente la burocrazia franchista con la quale il PSOE, uscito vittorioso nelle elezioni del 1982, e promotore di un programma fortemente riformatore, entrò in collisione. L’esito del conflitto ha condotto, come si avrà modo di esaminare nel corso del paragrafo, ad un modello di dirigenza, comunque, sottoposto all’intrusione pervasiva della classe politica.

politica ed amministrazione. In tal senso, andrebbe considerato l'art. 97 CE, nella parte nella quale attribuisce al Governo la direzione della politica nonché l'art. 103 che istituzionalizza il sistema meritocratico per l'accesso alla funzione pubblica, tenuto, in virtù di un'interpretazione sistematica con l'art. 23.2 CE, a rispettare anche condizioni di uguaglianza e che configura una pubblica amministrazione vincolata a perseguire con "obiettività" gli interessi generali, ad agire secondo criteri di efficienza e mediante funzionari imparziali (in particolare, art.103.1e3 CE).

Ma, nel contempo, è anche una Carta Costituzione che si riferisce, nel medesimo art. 97 CE, ad un Governo che "dirige", pur nell'accezione meramente politica del termine, "l'amministrazione civile" e nell'art. 103.1. CE ad una pubblica amministrazione che deve conformarsi a criteri di gerarchia e nella quale non è rinvenibile una disposizione, quale l'art. 97, 2 comma della nostra Costituzione, che sancendo "le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari", ha condotto, nel complesso percorso evolutivo del nostro ordinamento, ad una distinzione tra attività di gestione, attribuita alla responsabilità del dirigente, ed attività di indirizzo politico-amministrativo afferente al vertice politico (art. 95, 2 comma Cost.it.)³³³.

In un contesto costituzionale così controverso, appare comprensibile la "duplicità di intenti"³³⁴ manifestata dal legislatore spagnolo il quale ha oscillato, nonostante l'alternanza partitica al governo, tra il proposito manifesto di dotarsi di una classe dirigenziale professionale e l'istituzione di sistemi di selezione che ancora

³³³ Si rammenta che nella Costituzione spagnola non è, neppure, rinvenibile una norma generale sulla responsabilità dei pubblici funzionari per gli atti compiuti nell'esercizio delle proprie funzioni, riconosciuti lesivi dei diritti dei singoli, paragonabile all'art. 28 della Costituzione Italiana.

³³⁴ In tal senso, Valensise B., *Politica ed amministrazione: la dirigenza pubblica*, www.astrid-online.it, 2005, pag. 11.

consentono al vertice politico-istituzionale di mantenere una *confianza*, di natura politica o personale, con la dirigenza pubblica.

Nell'intento di comprendere il processo evolutivo che, nel sistema spagnolo, ha subito la figura dirigenziale, limitandoci alla fase post-costituzionale, occorre muovere i primi passi dalla LMRFP del 1984, primo tentativo di riforma organica della funzione pubblica compiuto in tale fase, all'interno del quale, nella sua versione originaria, non si fa menzione della figura dirigenziale, rinviando, invece, il testo rielaborato dalla legge n. 23 del 1988 (art. 20. 1 lett. *b*)³³⁵ la copertura di posti dirigenziali, ai quali si sarebbe dovuto attribuire, in considerazione di una logica meritocratica, la qualità di “professionales”, alla *libre designación*.

La legge n. 6 del 1997, di *organización y funcionamiento de la Administración General del Estado* (d'ora in poi, LOFAGE), intendendo, come espresso chiaramente nella esposizione dei motivi, professionalizzare gli *òrganos directivos*³³⁶, da tenere distinti dagli *òrganos superiores* (Ministro e Secretario di Stato), detentori della direzione politica, introduce, ai fini della loro nomina, criteri di competenza professionale ed esperienza e prefigura, nel contempo, una loro responsabilità “professionale, personale e diretta” per l'attività gestionale (art.6.10, lett. *a* e *b*). Ma non essendo stato previsto alcun procedimento selettivo diretto ad accertare i criteri di accesso e non essendo stato attuato alcun sistema di valutazione dei risultati gestionali

³³⁵L'art. 20.1lett. *b* della LMRFP si riferisce all' Amministrazione dello Stato, ai suoi Organismi autonomi nonché agli enti previdenziali, e, dopo aver elencato determinati posti di carattere direttivo quali, subdirector general, delegados, directores regionales ect., rinvia, genericamente, ad una *libre designación*” per quegli altri posti di dirigente” per i quali così si stabilisce nella RPT “(*relaciones de puestos de trabajo*).

³³⁶ Nell' esposizione dei motivi prelusivi alla LOFAGE (punto VIII) si legge quanto segue: “...la Ley consagra el principio de profesionlaización de la Administración General del Estado, en cuya virtud los Subsecretarios y Secretarios generales tecnico, en todo caso, y los Directores generales, con caracter generales, son altos cargos con responsabilidad directiva y habrán de nombrarse entre funcionarios par los que exija titulación superiores”

conseguiti, la LOFAGE finì per concretizzare un sistema di libera nomina (*libre nombriamento*) e, quindi, di mera derivazione politica, per le più alte cariche amministrative (*altos cargos*). Un sistema di nomina a carattere *cerrado* in quanto viene riservato ai funzionari di più elevato livello (appartenenti, secondo i criteri di classificazione del personale, al gruppo A, ora A1) e che ammette il reclutamento all'esterno solo eccezionalmente e limitatamente a determinati posti (artt. 15.2 e 18.2)³³⁷.

Il rapporto tra politico e dirigente assume formalmente i tratti della fiduciarità di natura politica (o personale) essendo fondato sulla categoria del *libre nombriamento*, contraddistinta da una elevata discrezionalità nella scelta del nominando che non incontra limiti in vincoli procedurali e formali ed al quale fa fronte un *libre cese*, cioè una risoluzione del rapporto non condizionata ad alcuna precisa motivazione.

Non esprime una fiduciarità di natura professionale neppure la nomina del dirigente per *libre designaciòn*, in quanto, in tale ipotesi, la scelta, pur non potendo prescindere da una valutazione sulle capacità professionali del prescelto, da svolgersi nel rispetto di un iter procedurale e secondo criteri di trasparenza³³⁸, è sempre rimessa all'ampia discrezionalità del vertice politico e condizionata anche al *libre cese*.

Una cessazione dall'incarico che, nel caso della *libre designaciòn*, secondo la dottrina più recente, comporterebbe, pur nel

³³⁷ In particolare, i subsecretarios, secretarios generales técnico, subdirectores generales ed i subdelegados del gobierno nelle provincie dovevano essere designati tra i funzionari di carriera di più elevato livello (artt. 15.2, 17.3, 19.2 e 29.1); la regola subiva, invece, eccezioni nel caso dei directores generales, la cui carica era aperta al reclutamento esterno (art. 18.2).

³³⁸ Ad avviso di Merloni F., *Il modello italiano in Europa*, 2006, Il Mulino, pag. 72, la categoria dirigenziale, in Spagna, si configura in maniera aleatoria in quanto caratterizzata da temporaneità, fiduciarità e revocabilità latamente discrezionali degli incarichi e la cui competenza professionale ed il merito, nonostante la previsione costituzionale di cui all'art. 103.3, rischia di passare in secondo piano.

silenzio della legge ed al pari delle modalità di accesso, l'osservanza di alcune minime garanzie, non potendo esimersi l'organo politico-istituzionale dal fornire in merito una sia pur minima giustificazione razionale e sufficiente³³⁹.

La categoria dirigenziale nell'ordinamento spagnolo va, quindi, delineandosi in maniera aleatoria, cioè quale classe professionale caratterizzata dalla temporaneità, dalla fiduciarità e dalla revocabilità più o meno discrezionale dell'incarico ricevuto e la cui competenza professionale, nonostante la rilevanza di un sistema di accesso meritocratico sancita dal Costituente del 1978, rischia di passare in secondo piano³⁴⁰.

Nelle Comunità autonome, la LOFAGE costituirà, poi, il modello di riferimento per la disciplina della figura dirigenziale, suscettibile, anche in virtù di quanto disposto dall'art. 149.1.3 della Costituzione, di una applicazione suppletoria in caso di mancato esercizio della potestà legislativa.

Non è un caso, infatti, che in tutte le CC.AA, gli incarichi di direttori generali ed assimilati e la direzione di enti pubblici con carattere di strumentalità e di ausiliarità, verranno designati con criteri di *confianza* ad elevata valenza politica³⁴¹.

Non disattende, invece, il proposito di creare una dirigenza professionalizzata, anche se l'ambito di applicazione è limitato solo alle agenzie statali, la ley n. 28 del 2006, *de Agencias Estatales* (LAE), la

³³⁹ Di tale avviso, Sanchez Moròn M., *Derecho de la función pública*, 2011, Madrid, Tecnos, pag. 164 e ss. e Maeso Seco L.F., *El personal directivo público en España*, 2011, La Ley, Madrid, pag. 281 e ss.

³⁴⁰ In merito ai caratteri fondamentali della categoria, Merloni F., *Il modello italiano in Europa*, 2006, Bologna, Il Mulino.

³⁴¹ A titolo esemplificativo, si prenda in considerazione la Comunità Autonoma di Castilla - La Mancha, nella quale la ley n. 11 del 2003, del Gobierno y del Consejo Consultivo, all'art. 33.1 sancisce che "los titulares de los órganos de apoyo y directivos de la Administración Regional serán nombrados y cesados mediante Decreto del Consejo de Gobierno "rinviando, quindi, ad una nomina latamente fiduciaria.

quale prevede dei *directivos* nominati previo espletamento di procedura selettiva ispirata a criteri meritocratici ed al principio di pubblicità, condotta da un organo specializzato nella selezione del personale al quale compete designare una terna di prescelti, all'interno della quale verrà individuato il dirigente da nominare (art. 23) .

Nel dettato della LAE si percepiscono, già, le influenze del *new public management* in quanto il dirigente è sottoposto a misurazione della *performance* con conseguente riconoscimento, sul piano retributivo, dell'incentivo alla produttività (art.23). Inoltre, precorrendo, in tal senso, le prescrizioni dell' EBEP, la LAE apre la strada, nell'organizzazione della pubblica amministrazione, ad una figura tipicamente privatistica, prevedendo posti dirigenziali da assegnare a personale *laboral* con contratto di alta direzione, disciplinato dal RD n. 1382 del 1985, sul quale sarà posta l'attenzione nel corso del prossimo Capitolo.

In un assetto privo di una regolamentazione organica, anche di natura basica, in materia di dirigenza pubblica, considerato che il previsto *estatuto del personal directivo*, ipotizzato durante la predisposizione del progetto della LOFAGE, non fu mai realizzato, interviene la Ley n. 7 del 2007, di approvazione dell' *Estatuto Básico del empleado público*, che nel suo articolo 13 si limita a fornire solo dei principi cardine (selettività, valutazione dei risultati, responsabilità dirigenziale) ai quali, *entre otros*, il “Governo e gli organi di Governo delle Comunità autonome”, dovranno attenersi, nel determinare, ciascuno nei propri ambiti di pertinenza, “*el régimen juridico específico del personal directivo*”³⁴².

³⁴² L'art. 13 dell'EBEP dispone quanto segue: “

In tal modo, l'EBEP apre la strada, in armonia con un assetto istituzionale a forte impronta federalista, ad una regolamentazione della dirigenza pubblica che può essere sviluppata, sia da parte dello Stato che da parte delle Comunità autonome, con la massima flessibilità, costituendo, di certo, “un passo avanti ma non sufficiente e bisognoso di concretezza”³⁴³.

Inoltre, il riferimento contenuto nell'*incipit* dell'art. 13 dell'EBEP agli organi del potere esecutivo (Governo e organi di governo delle Comunità autonome) potrebbe sollevare problemi di compatibilità (se non di costituzionalità) con la riserva di legge posta dall'art. 103.3 Ce in merito allo statuto dei funzionari pubblici, soprattutto, alla luce della, più volte citata, sentenza del STC n. 99 del 1987 (f.j 3 c), non potendosi, ipoteticamente, giungere ad una interpretazione che prescinderebbe, per la figura dirigenziale, dall'esercizio di una potestà legislativa. La soluzione contraria si porrebbe, peraltro, in contraddizione con l'art. 6 della ley n. 7 del 2007 che rinvia lo sviluppo e l'attuazione del contenuto basilico dell'EBEP alle leggi di funzione pubblica, prodotte dalle Cortes Generales e dalle Assemblee legislative delle singole Comunità, alle quali competerebbe la fissazione dei limiti entro i quali gli organi di governo (dello Stato e della Comunità) potranno dotarsi di un proprio statuto del personale dirigenziale.

Inoltre, l'art. 13 dell'EBEP, non solo ha espresso norme-principio abbastanza vaghe, ma si è astenuto anche dal definire la figura dirigenziale o le sue funzioni tipizzanti, limitandosi, con una formulazione tautologica, a dichiarare che è *personal directivo profesional* quello che “svolge funzioni direttive professionali nelle

³⁴³ In tal senso, Sanchez Moròn M., *op.cit.*, pag. 83

Amministrazioni pubbliche, definite come tali nelle norme specifiche di ciascuna amministrazione”.

La individuazione delle funzioni dirigenziali, o più esattamente dei posti di lavoro attribuibili a personale direttivo, spetterà, quindi, alla potestà organizzativa delle singole amministrazioni³⁴⁴.

Pertanto, il legislatore dell'EBEP prende atto e si confronta con un pluralismo amministrativo che, implicando assetti organizzativi e funzionali non sempre omologabili, non è compatibile con un modello unico di dirigente, aprendo la strada a vari modelli dirigenziali.

Modelli di dirigenze che, eccettuato il caso dell' *alta dirección*, saranno esclusivo oggetto di disciplina unilaterale in quanto la determinazione delle condizioni lavorative del dirigente è stata sottratta - con l'unica disposizione dell'art. 13 dell'EBEP che acquista tratti di concretezza, se non di obbligatorietà, essendo stato il suo contenuto prescrittivo reiterato in seno all' art. 37.2 c)³⁴⁵-alla negoziazione collettiva (art. 13.4 EBEP).

Secondo le scarse linee direttrici dell'EBEP, la dirigenza non sembra, quindi, configurarsi come una nuova classe di dipendenti pubblici, sia essa *funcionarial* o *laboral*, non essendo, invero, inclusa nella classificazione contenuta nell'art. 8 dell'EBEP ma appare, piuttosto, una figura più idonea ad identificarsi con l'organizzazione e i suoi interessi e che, in nome e per conto dell'ente, contratta sulle condizioni di lavoro degli altri dipendenti.

Secondo l'intendimento espresso dal legislatore si evita, quindi, il “paradosso” che il dirigente pubblico negozi con i sindacati, in nome

³⁴⁴ L'art. 23.1 della LAE recita testualmente che “ El personal directivo de Las Agencias Estatales es el que ocupa los puestos de trabajo determinados como tales en el Estatuto de las mismas en atención a la especial responsabilidad, competencia técnica y relevancia de las tareas a ellos asignadas “.

³⁴⁵ Di tale avviso, Maeso Seco L.F., *El personal directivo público en España (sus regime jurídico antes y después del EBEP)*, 2011, Madrid, La Ley, pag. 561.

dell'Amministrazione, condizioni lavorative che, anche se in parte, siano suscettibili di applicazione al medesimo.

Si tratta, invero, di una soluzione radicale alla quale si sarebbe potuto ovviare mediante la previsione di aree separate di contrattazione, in una prospettiva comparatistica con la figura del dirigente pubblico emersa nel nostro ordinamento, ma che, sul piano della negoziazione, realizza quel contrasto di interessi tra le parti, cioè tra pubblica amministrazione e lavoratore, che costituisce l'innegabile essenza di ogni contrattazione e che pretende un livello dirigenziale non confondibile né con la controparte contrattuale né detentore di ruoli interscambiabili³⁴⁶.

Il richiamo ai principi meritocratici e la previsione di procedimenti selettivi pubblici per la "designazione" del dirigente (art. 13. 2 EBEP) fanno, poi, propendere per una contrazione del sistema di incarichi di mera fiduciarità politica o personale anche se il silenzio mantenuto dal legislatore basico in merito alla durata minima della funzione dirigenziale ed alle cause tipiche di risoluzione, in particolare al *libre cese*, non sono, certo, dei buoni indicatori per la creazione di una classe dirigenziale veramente autonoma dal vertice politico e pienamente responsabile dell'attività gestionale.

Di conseguenza, l'art. 13 dell'EBEP rappresenta efficacemente i limiti ed i paradossi nei quali è incorso il legislatore statuario il quale, pur volendo generalizzare la figura del dirigente professionale, non è riuscito a tradurre tale intento in uno o più precetti concreti dai quali si possa dedurre la implementazione del relativo regime giuridico effettivamente in chiave professionale.

³⁴⁶Sull'esigenza di una dirigenza che sia autonoma rispetto alla controparte sindacale al fine di un adeguato funzionamento della contrattazione collettiva quale contrapposizione di interessi, Bordogna L., *Per una maggiore autonomia dell'alta dirigenza pubblica: una proposta*, W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" 92-2009 in www.lex.unict.it pag. 4

La definizione di nuovi rapporti tra politica ed amministrazione viene, quindi, rimessa, con ampio margine, alla normazione di *desarrollo* dell'EBEP.

Ma, decorsi oltre quattro anni dall'approvazione della ley n. 7 del 2007, non si intravedono, eccettuati rarissimi casi³⁴⁷, interventi legislativi diretti a istituzionalizzare una dirigenza pubblica professionale che sia definitivamente al riparo dal *volàtil* elemento della *confianza* politica e personale, quasi da far temere che il sistema in atto sia stato interiorizzato non solo da parte della classe politica ma anche dagli stessi funzionari³⁴⁸.

CAPITOLO V

Il rapporto di lavoro nel sistema sanitario spagnolo

1. Gli effetti della riforma del sistema sanitario spagnolo sui rapporti di lavoro. Considerazioni generali.

³⁴⁷ Si tratta della ley n. 10 del 2010, de ordinacion y gestión de la función pública valenciana, particolarmente innovatrice della funzione dirigenziale, in quanto prevede una figura di personal directivo profesional priva di particolare stabilità, nominata, non necessariamente tra i funzionari di carriera dell'amministrazione, a seguito di procedure selettive ispirate a principi di pubblicità, per un periodo massimo di anni due. Il dirigente prescelto è tenuto essenzialmente alla realizzazione di progetti, piani, programmi, con obiettivi prefissati ed una retribuzione a carattere variabile (il 40% della retribuzione complessiva) collegata al conseguimento di obiettivi determinati. Altra ipotesi, meno innovativa, è costituita dalla ley n. 4 del 2011, de empleo público della Comunità di Castilla - La Mancha, che, pur configurando una figura dirigenziale alla quale affidare, con alto grado di autonomia, la direzione ed il coordinamento di servizi, risorse e programmi, scelta tra funzionari di carriera, e solo eccezionalmente all'esterno delle pp.aa., rimette la risoluzione del rapporto ad una decisione discrezionale e non solo determinata da una valutazione negativa sulla gestione (artt. 13,14,15).

³⁴⁸ Esprime forti perplessità sul silenzio mantenuto dal legislatore, sia esso statale che autonomico, in merito all'attuazione dei principi contenuti nell'art. 13 dell'EBEP, Maeso Seco L., *A quién le importa el establecimiento de un régimen profesional de directivos públicos en tempo de crisis?*, in Boletín del Insitucion de Gobernanza y Dirección Pública de Esade, www.esade.edu. 2012.

Dovendo affrontare la specificità del rapporto di lavoro nel sistema sanitario spagnolo, occorre richiamare, con l'intento di porre ulteriori precisazioni, alcune considerazioni effettuate in merito all'evoluzione subita dal sistema nel corso della fase post-costituzionale.

Esaminando il riparto delle competenze in materia di organizzazione sanitaria nello Stato autonomico spagnolo, si è posto in evidenza come la *Ley General de sanidad* del 25 aprile 1986 (LGS) abbia posto fine ad un assetto dispersivo nel quale le funzioni di tutela della salute erano ripartite tra diversi livelli amministrativi (Stato/Autonomie locali/Comunità Autonome), prevedendo che tutte le strutture, coinvolte nell'espletamento di tali funzioni, operassero in un Sistema Sanitario Nazionale "integrato" cioè derivante dall' "insieme dei servizi sanitari dell'amministrazione dello Stato e dei servizi sanitari delle Comunità Autonome"(art.44 LGS).

Alla singola Comunità Autonoma, compete, poi, l'erogazione delle prestazioni assistenziali, attraverso la costituzione di un proprio "servicio de salud" conforme ai principi ed ai criteri organizzativi dettati dal legislatore nazionale nel quale confluiscono i centri e le strutture operative insediate sul proprio territorio, siano esse afferenti alla medesima Comunità che alle autonomie locali (Diputaciones ed Ayuntamientos) che ad altre entità territoriali intracomunitarie (art. 50 LGS).

La istituzione del nuovo sistema sanitario ha comportato, quindi, una serie di trasferimenti di strutture e di risorse a favore delle singole Comunità Autonome, tra i quali vanno compresi i centri sanitari della Seguridad Social (disp.add. 6 LGS), strumenti del preesistente modello assistenziale ispirato a logiche mutualistiche- assicurative, ormai

superate alla luce di principi costituzionali di impronta universalistica (art. 43 CE) e dell'assetto prefigurato dalla LGS, anche se come è stato già sottolineato (Cap.I-par.2), nella fase di progressiva attuazione della riforma su tutto il territorio nazionale, si è verificata, transitoriamente, una di commistione tra i due sistemi.

In conseguenza della regionalizzazione della sanità, il personale già in servizio presso le istituzioni sanitarie preesistenti (statali, locali, intracomunitarie, ect.), il cui rapporto era soggetto a differenti regimi giuridici, sia *funcionarial* che *laboral*, come anche il personale *estatutario*, proveniente dalle istituzioni sanitarie della Seguridad Social, sono confluiti nell'ambito delle singole Comunità Autonome.

Alla singola Comunità Autonoma afferisce, quindi, non solo la potestà legislativa in materia di organizzazione del proprio servizio sanitario, nel rispetto della normazione basica, contenuta, ormai, nella LGS, ma, altresì, secondo le previsioni contenute nell'art. 149.1.18 CE, la potestà legislativa, anch'essa di natura condivisa, dei rapporti di lavoro del personale in attività all'interno delle istituzioni sanitarie ormai operanti sotto la sua diretta responsabilità.

All'indomani dell'attuazione del disegno riformatore prefigurato dalla *Ley General de sanidad*, il personale del sistema sanitario nazionale si caratterizza, infine, per la compresenza, anche all'interno della medesima categoria professionale, di regimi giuridici differenti, dei quali aveva piena consapevolezza il legislatore del SNS. Ed, infatti, nel Capitolo VI della LGS, dedicato al personale, il legislatore ha considerato, secondo il dettato del previgente art. 84.1³⁴⁹, primariamente, il personale *estatutario*, il cui rapporto di lavoro, era

³⁴⁹ La disposizione derogatoria unica della Ley n. 55 del 2003, di approvazione della regolamentazione basica del personale statuario in attività presso i servizi sanitari, provvederà all'abrogazione non solo degli statuti che, sino a quel momento, avevano disciplinato tali rapporti di lavoro, ma anche del primo comma dell'art. 84 della LGS.

disciplinato dai tre statuti giuridici adottati nel corso della vigenza del precedente sistema di sicurezza sociale e riguardanti, rispettivamente, la categoria medica, sanitaria non medica e non sanitaria, mentre, nell'art. 85, ha fatto riferimento al personale *funcionarial* che esercita funzioni sanitarie e la cui disciplina va reperita, invece, nelle leggi sulla funzione pubblica adottate dalle Comunità autonome in attuazione della legislazione basica statale.

Avendo già esaminato la realtà tendenzialmente dualistica del lavoro pubblico nell'ordinamento spagnolo, alla quale non si sottrae il settore sanitario, si prenderà in considerazione, nel corso del capitolo, il personale *estatutario* sulla cui controversa natura giuridica si è discusso, per lungo tempo, sia in sede dottrinale che in giurisprudenza sino all'adozione della legge n. 55 del 2003 che, nel suo primo articolo, fornisce una definizione giuridica della categoria, emergendo, perciò, quale "specificità" del lavoro sanitario.

2. Il personale sanitario estatutario: un ibrido del lavoro pubblico.

Il personale *estatutario* del servizio sanitario spagnolo, secondo una prospettiva evolutiva del pubblico impiego nell'ordinamento spagnolo, andrebbe considerato come un vero e proprio retaggio dell'assetto precostituzionale, ed, in particolare, il prodotto di una "caotica y descontrolada proliferación de regímenes jurídicos

profesionales”³⁵⁰, strumentali alla creazione di *status* privilegiati ai quali, solo progressivamente, viene posta fine³⁵¹.

Rappresenta, pertanto, un’eccezione la permanenza per i professionisti sanitari, nonché per le altre categorie di personale in attività presso le istituzioni sanitarie della Seguridad Social, di regimi statutari risalenti agli anni ’60 e ’70, prodotto di una tecnica di delegificazione espressamente prevista in seno agli artt. 45.1 e 116.1 della *ley General de la Seguridad Social* del 1966 (LSS)³⁵². Dalle previsioni contenute nella LSS trassero origine, quali fonti di natura regolamentare, in successione, tre statuti emanati, specificatamente, con Decreto del Ministero del Lavoro n. 3166 del 23 dicembre 1966 per il personale medico e con Ordinanze del Ministero del Lavoro del 5 luglio 1971, per il personale non sanitario e del 26 aprile del 1973, per il personale sanitario non medico.

La specificità categoriale, che trova una rappresentazione formale nello “statuto” utile a rendere l’idea di un separato ed autonomo regime giuridico rispetto sia al personale *funcionarial* che al personale *laboral*, ottiene una conferma nella fase post-costituzionale.

Infatti, il primo tentativo di riforma organica del pubblico impiego, compiuto nel 1984 con la LMRFP, pur includendo nel proprio ambito soggettivo di applicazione la Seguridad Social (art.1.1), rimette

³⁵⁰ In tal senso, Nieves MorenoVida M., *La situaciòn juiridica del personal sanitario. El régimen estatutario de los profesionales de la sanidad*, in *Comentario practico a la legislación reguladora de la sanidad en Espana*, 2007, Granada, Comares, pag. 145.

³⁵¹ Nella fase precostituzionale, già con la ley de Entidades Estatales Autònomas del 1958 si era inteso porre fine alla proliferazione degli statuti, prevedendo un Esatuto generale che stabilisse il regime giuridico del personale in attività presso gli enti statali (art. 82).

³⁵² L’art. 45.1 della LSS, riguardante il personale complessivo degli enti della Seguridad Social, e, quindi, anche il personale delle istituzioni sanitarie, stabiliva che il relativo rapporto si “regularà ...en los Estatutos de Personal aprobados por el Ministerio de Trabajo o, por el Estatuto general aprobado por el propio Ministerio.”; l’art. 116.1 della LSS concerneva solo il personale sanitario della Seguridad Social per il quale si disponeva che “presterà sus servicios conforme al Estatuto juridico que reglamentariamente se establezca”.

la disciplina dei cc.dd. lavoratori “statutari” ad una legislazione specifica (disp.trans.IV LMRFP).

Nell’ambito del nuovo assetto organizzativo e gestionale della sanità, l’ art. 84 della LGS, più volte citato, ribadisce la peculiarità del personale statutario, prevedendo, in attuazione dell’assetto competenziale prefigurato dall’art. 149.1.18 CE, una normazione basica differenziata da quella dei altri lavoratori delle pubbliche amministrazioni, che dovrà essere definita dal legislatore statale in uno *estatuto marco* (cioè uno statuto quadro), spettando alle singole Comunità Autonome³⁵³, tenute allo sviluppo delle norme-principio in esso contenute, l’approvazione, nell’ambito dei propri sistemi sanitari, di specifici singoli statuti.

Un *estatuto marco* che appare, quindi, uno statuto degli statuti, o meglio, uno statuto basico non potendo, alla luce della dinamica relazionale tra livello centrale e livello autonomico, il legislatore statale appropriarsi integralmente della disciplina³⁵⁴.

Indipendentemente dalla previsione di statuti *ad hoc*, la specificità categoriale, prima dell’adozione della legge n. 55 del 2003, è il prodotto di un *mix* tra regime pubblicistico e regime privatistico del quale costituiscono indici significativi, da un lato, la natura regolamentare dello statuto, atto formalmente amministrativo e, perciò, più adeguato ad una relazione di carattere *funcionarial*, e, dall’altro, la previsione contenuta nell’art. 45.2 della LSS, confermata nelle successive leggi generali in materia di sicurezza sociale sino al Regio Decreto Ley n. 1 del 1994 (contenente il testo riunificato), in conformità alla quale “sin

³⁵³ L’art. 3.1. della ley n. 55 del 2003, di approvazione dell’*estatuto marco*, rinvia a statuti attuativi adottati non solo da parte delle CC.AA. ma anche da parte dello Stato in quanto permane all’INSALUD (oggi INGESA), la gestione dei servizi sanitari nell’ambito territoriale delle città di Ceuta e Melilla.

³⁵⁴ L’art. 1 della ley n. 55 del 2003, definendo l’oggetto della legge, si limita ad utilizzare il termine, invero, più realistico di “*bases reguladores*”.

perjuicio del carácter estatutario de dicha relación ”le controversie instaurate tra “las Entidades Gestoras y su personal” appartengono alla giurisdizione del lavoro.

Una scelta che ha dato l’*input* alla discussione sull’effettiva natura giuridica del rapporto di lavoro del personale *estatutario* in attività, prima, presso le istituzioni sanitarie della Seguridad Social, e, successivamente, nei servizi sanitari delle singole Comunità Autonome, sino ad identificarlo, all’interno di un modello di lavoro pubblico tendenzialmente dualistico, un *tertium genus*³⁵⁵ di lavoratore pubblico o, meglio ancora, un ibrido.

Una natura giuridica indefinita che, in un ordinamento nel quale era stata posta fine ai regimi statutari, non poteva che trovare una propria ragione d’essere nell’evoluzione e nello sviluppo che aveva subito, nel corso degli anni ’60, il sistema di Seguridad Social all’interno del quale si era posto il problema di rendere compatibile l’esercizio della professione medica, storicamente ascrivibile alle libere professioni, con una prestazione di servizio resa nell’ambito di entità di diritto pubblico (las instituciones gestoras del sistema de seguridad social di cui all’art. 45 della LSS) alle quali, in considerazione della loro origine mutualistica, non si riteneva, sul momento, adatto un regime giuridico pienamente pubblicistico³⁵⁶.

Una scelta compromissoria che si è concretizzata in un processo di delegificazione risalente agli anni ’60 e ’70 che, una volta entrata in vigore nel 1978 la nuova Carta Costituzionale, non poteva non

³⁵⁵ Ad un *tertium genus* tra il rapporto di pubblico impiego ed il rapporto di lavoro subordinato si riferisce il Tribunale Supremo, Sala Social, sia con la sentenza del 14 ottobre del 1996 (Rj 7624) che del 7 febbraio 1997 (Rj 1161).

³⁵⁶ Forniscono una giustificazione della specialità della categoria *estatutaria* in tal senso sia Landa Zapirain J.P., *op.cit.*, pag. 52 che Goerlich Pesset J.M., *Las relaciones laborales en las administraciones públicas*, in Congreso Nacional de derecho de trabajo y de la seguridad social, 2001, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Social, pag. 314

suscitare dubbi di costituzionalità essendo stata dall'art. 103.3 CE riservata alla legge la disciplina statutaria dei pubblici funzionari (art. 103.3CE) ed avendo il giudice costituzionale garantito in materia di regime statutario l'esercizio della potestà regolamentare esclusivamente in funzione complementare e strumentale alle previsioni legislative, privandola, quindi, di qualsiasi capacità innovativa o sostitutiva della fonte primaria (in tal senso, la sentenza STC n. 99 del 1987 al f.j. 3.a).

Anche se sarà proprio il giudice costituzionale colui che avvallerà la specificità della categoria rifiutandosi di considerarla contraria al principio di uguaglianza e di non discriminazione espresso dall'art. 14 CE in quanto “le speciali caratteristiche del lavoro che le singole norme regolano”, “la qualità delle persone che lo svolgono”, “la sede dove si svolge l'attività”, “il tipo di funzioni che realizzano” non rendono la differenza complessiva di regime arbitraria o irragionevole³⁵⁷, consentendo, nel modello del lavoro pubblico spagnolo, la permanenza di un *tertium genus* di lavoratore pubblico.

La presenza di un categoria professionale dalla natura giuridica mista, della quale si esaltava la specialità sino a divenire un luogo comune³⁵⁸, creava uno stato di assoluta incertezza giuridica all'atto di colmare le lacune che emergevano in statuti normativi ormai obsoleti in quanto la norma suppletoria, da applicare in via analogica, poteva essere reperita sia nella legislazione lavoristica che nel diritto della funzione pubblica.

Occorrerà attendere la giurisprudenza sociale, la quale seppure inizialmente era stata propensa ad un'assimilazione della categoria al

³⁵⁷ Il riferimento è alla sentenza STC n. 56 del 1988.

³⁵⁸ In merito, Goerlich Pesset J.M., *op.cit.*, pag. 312.

rapporto *laboral*³⁵⁹, all'inizio degli anni '90³⁶⁰ ritenne il vincolo statutario più prossimo al regime pubblicistico.

Infatti, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, nella sentenza del 17 ottobre del 1991(Rj.7221), incluse il personale *estatutario* nell'ambito della funzione pubblica riconoscendo, sia nella fase di instaurazione della relazione che del suo svolgimento, l'emersione di tratti tipici del lavoro pubblico, quali procedure selettive fondate sul merito, in conformità ai principi sanciti dall'art. 103.3 della Costituzione, ed un rapporto disciplinato da regolamento e, quindi, da una fonte normativa unilaterale che ne garantiva la stabilità non solo nell'impiego ma anche nel posto.

Il disconoscimento della natura privatistica del rapporto di lavoro *estatutario* percorso dalla giurisprudenza sociale, trovava, comunque, un supporto anche in alcune scelte compiute, nel corso degli anni '80 e '90, dal legislatore, avendo l'art. 1.3 *a* dello Statuto dei Lavoratori, adottato nel 1980 e recepito con modifiche nel Real Decreto n. 1 del 1995, sottratto al proprio ambito soggettivo di applicazione i rapporti di dipendenza con le pp.aa. regolati da “normas administrativas o estatutarias”. Altro indice significativo era traibile dalla legge n. 53 del 1984 che introduceva, in attuazione dell'art. 103.3 CE, un sistema di incompatibilità del personale al servizio delle amministrazioni pubbliche esteso anche al personale sanitario statutario (art.2), come anche dalla espressa applicabilità a tale categoria professionale della legge organica n. 11 del 1985 in tema di libertà sindacale (art. 1.2).

Occorre specificare, comunque, che sia la legge sulle incompatibilità che sulle libertà sindacali assumono, nel contesto della

³⁵⁹ Tra le altre, attribuisce al vincolo statutario valore privatistico la sentenza STC n. 158 del 1982 .

³⁶⁰ Tra le sentenze più indicative, STS del 19 aprile del 1991(Rj 6238); STS del 17 ottobre del 1991 (Rj7221); STS del 14 ottobre 1996 (Rj 7624).

disciplina del lavoro pubblico spagnolo, la natura di norme a valenza mista essendo funzionali a creare una disciplina comune per i lavoratori che prestano servizio in una p.a., indipendentemente dalla natura del loro vincolo giuridico, sia esso di natura pubblicistica o privatistica (in tal senso, si vedano l' art. 2.2 in materia di incompatibilità e l' art. 1.2 in materia di diritti sindacali) ed il cui valore indicativo sulla effettiva natura del personale statutario non appariva, poi, così pregnante.

L' "aproximación" con la relazione *funcionarial* trovava, probabilmente, una conferma più esplicita nella ley n. 30 del 1999 *de selección y provisión de plazas del personal estatutario de los Servicios de Salud* (ormai espressamente abrogata dalla legge n. 55 del 2003) che disciplinava un sistema unico di selezione per la categoria (art.3), ispirato ai principi fondamentali in tema di accesso alla funzione pubblica di cui agli artt. 23.2 e 103.3 CE e consacra per il lavoratore statutario il diritto alla stabilità dell'impiego, traente origine da un atto di nomina, rendendo, nel contempo, eccezionale il ricorso ai rapporti temporanei ai quali non si applica, peraltro, più la disciplina privatistica (artt. 6 e 7).

In controtendenza alla *funcionarización* della categoria, appariva, invece, la conferma, nel testo riunito della Ley General de la Seguridad Social adottato nel 1994, dell'art. 45. 2, disposizione che, come già evidenziato, attribuisce alla giurisdizione sociale le controversie in materia di rapporti di lavoro del personale sanitario statutario, nonostante la giurisdizione contenzioso-amministrativa avesse già dichiarato la propria competenza in non poche questioni (tra le altre,

in materia di selezione; di sanzioni disciplinari; di lesione di diritti sindacali e di diritto di sciopero)³⁶¹.

Un dualismo giurisdizionale che appare non altro che la traslazione, sul piano processuale, di una natura ancora ibrida del rapporto di lavoro *estatutario*.

2.1. L'identificazione della natura giuridica del personale estatutario: la soluzione proposta dalla Ley n. 55 del 2003 e l'emersione di un modello di riferimento unitario per il personale sanitario

La disciplina del personale *estatutario*, nel periodo intercorrente tra la previsione di uno statuto quadro da parte della *Ley General de Sanidad* del 1986 (art. 84) e la sua concreta adozione da parte della legge n. 55 del 2003, ha acquisito i tratti di assoluta provvisorietà.

Gli statuti pre-costituzionali furono oggetto solo di limitati e parziali interventi non idonei a rimediare alle carenze del loro contenuto prescrittivo benchè nella fase di attuazione del sistema sanitario nazionale, avviato dalla fine degli anni '80 e conclusosi solo all'inizio del 2002, il regime *estatutario* avesse assunto, rispetto al regime *funcionarial* e *laboral*, una centralità considerata che la maggioranza dei sanitari confluiti nei servizi di salute delle singole Comunità Autonome provenivano dagli enti della *Seguridad Social*.

³⁶¹ In particolare, erano sottratte alla competenza dei Tribunali del Lavoro le cc.dd "situazioni prestatutarie" cioè sorte prima della costituzione della relazione statutaria (quali le controversie in materia di concorso, valutazione prove selettive, ect.) ma non le questioni relative alla copertura di posti in seguito a procedure selettive interne alle quali si applicava, regolarmente, l'art. 45.2 LGSS; come anche afferivano alla competenza della giurisdizione contenzioso-amministrativa le impugnazioni avverso le sanzioni disciplinari del personale medico e sanitario non medico che, in applicazione dell'art. 123 della LSS del 1974 e degli artt. 65 e 121 dei rispettivi statuti, erano adottate dal Ministro della Sanità; rappresentava, poi, una vera e propria dissonanza la sottrazione alla giurisdizione sociale delle lesioni dei diritti sindacali e del diritto di sciopero che in applicazione dell'art. 3a) della Ley del procedimiento laboral di cui al Real Decreto n. 2 del 1995 erano oggetto di cognizione di tale giudice qualora la tutela inerisse ai funzionari pubblici.

Inoltre, dovendo integrare nel nuovo sistema sanitari provenienti da distinti ambiti istituzionali, il modello statutario era emerso quale parametro di riferimento al fine di non accentuare ulteriormente la coesistenza di una pluralità di regimi³⁶². Si pensi, in tal senso, all'estensione del regime statutario al personale già in servizio nei policlinici universitari in attuazione delle Ordinanze del Ministero della Sanità del giugno e settembre 1986 o, in virtù del Regio Decreto n. 1206 del 1989, al personale in regime privatistico già in attività presso le istituzioni sanitarie dell'INSALUD.

Nel contempo, le singole Comunità Autonome, adottando le norme di organizzazione del proprio servizio sanitario, avevano mantenuto, in attesa della normazione basica prevista dall'art. 84 della LGS, un atteggiamento continuista, riconoscendo la pluralità dei regimi giuridici del personale confluito da altre istituzioni, come nel caso della Comunità Andalusia (art. 58 della Ley n. 2 del 1998) oppure avevano optato per un'applicazione estensiva al personale operante nelle nuove istituzioni sanitarie della legislazione autonoma in materia di funzione pubblica, facendo salva la futura disciplina statutaria, come nel caso della Comunità Valenziana (art. 29 della Ley n. 8 del 1987).

In realtà, il legislatore statale non era rimasto assolutamente estraneo al problema della pluralità dei rapporti di lavoro nel sistema sanitario nazionale, essendo stato predisposto e presentato al Congresso dei Deputati, nel corso del 1991, all'apparire delle prime criticità rilevate nella sostenibilità del nuovo sistema sanitario, un progetto di riforma, la c.d. Informe di Abril, dal nome del Presidente della Commissione a tal

³⁶² Menzione a parte merita la Comunità Catalana, nella quale, a decorrere dal 1995 (Ley n. 11 del 1995), è emersa una tendenza a privatizzare il personale sanitario, prevedendo che il personale di nuova assunzione nel Servizio Catalano di Salute godesse di un regime privatistico e che, nel corso dei cinque anni successivi, sia i sanitari con regime *funcionarial* che *estatutario*, venissero integrati, su base volontaristica, nel nuovo regime.

fine costituita³⁶³, nel quale, in vista dell' introduzione di strumenti gestionali a carattere imprenditoriale, veniva proposta la privatizzazione dei rapporti di lavoro, qualunque fosse la natura giuridica del regime di provenienza.

Inoltre, nell'Accordo Parlamentare per la Consolidazione e Modernizzazione del Sistema Sanitario Nazionale concluso nel 1997, si auspicava un nuovo modello di relazioni di lavoro nel quale il personale sanitario, vero e proprio protagonista dell'organizzazione sanitaria, usufruisse di adeguati sistemi di incentivazione che servissero da impulso al sistema complessivo³⁶⁴.

In un contesto nel quale i rapporti di lavoro nelle istituzioni pubbliche non erano, nonostante la preferenza per il regime pubblicistico, impermeabili al diritto del lavoro, il legislatore, nel proliferare dei progetti sul futuro regime *estatutario*, veniva invitato, da parte di alcuni giuslavoristi, a considerare che la specificità della funzione assistenziale, quale erogazione di prestazione di natura professionale, avrebbe implicato per il personale strettamente sanitario la previsione di un regime specifico non necessariamente fondato sul diritto amministrativo. In altri termini, uno statuto speciale di stampo privatistico, escludendosi gli operatori, che non implicati nell'esercizio della funzione assistenziale, avrebbero mantenuto il regime ordinario fosse esso *funcionarial* o lavoristico³⁶⁵.

³⁶³ L'Informe di Abril, redatta da una commissione presieduta da Fernando Abril Martorell, tendeva ad importare nel sistema sanitario pubblico, al fine di superare i problemi derivanti da una sua sostenibilità in termini finanziari, strumenti di gestione imprenditoriale, propugnando per il personale sanitario non solo la privatizzazione del rapporto ma, tra le altre misure previste, la personalizzazione dei livelli retributivi e l'introduzione dell'istituto della formazione continua.

³⁶⁴ L'accordo parlamentare per la consolidazione e modernizzazione del SNS poneva in risalto, nel paragrafo 10 intitolato "potenciar el protagonismo de los profesionales", la mancanza di un adeguato sistema di incentivi nonché la burocratizzazione e la rigidità delle relazioni di lavoro dei professionisti sanitari, prospettando un nuovo modello, compatibile con l'assetto autonomistico, nel quale le peculiarità del personal statuario fossero sancite da uno statuto basico *ad hoc*.

³⁶⁵ In tal senso, Landa Zapirain J.P., *op.ult.cit.*, pag. 347 e ss.

La ley n. 55 del 2003, di approvazione dell'*estatuto marco* (da adesso in poi E.M.) prefigurato dall'art. 84 della LGS ed, implicitamente, anche dalla disposizione transitoria quarta della LMRFP, pose fine sia ai dubbi sulla identificazione della categoria, ma anche alle soluzioni innovative prospettate e dirette a superare la pluralità di regimi tra i professionisti sanitari, rivolgendosi, già nell'art.1, teso a definire il proprio ambito oggettivo di applicazione, ad una regolamentazione *funcionarial* di natura speciale, cioè non *laboral* ma nè strettamente "*funcionarial*" in quanto *statutaria*, cioè retta da proprie autonome norme.

La scelta adottata dal legislatore in ordine alla natura della relazione trova, poi, una conferma nel rinvio, quale diritto suppletorio in carenza di un norma applicabile "specifica", alle "disposizioni e principi generali sulla funzione pubblica dell'Amministrazione corrispondente" cioè sia essa statale che autonoma (art. 2.2), ponendo, così, fine allo stato di insicurezza giuridica preesistente³⁶⁶.

Un regime giuridico speciale che trova la sua ragione d'essere, stando a quanto riportato dal legislatore nell'esposizione dei motivi che fungono da utile strumento esegetico (Parte II, punto 4 e 5), non solo nelle specifiche "caratteristiche dell'esercizio delle professioni sanitarie"-che avevano, nella fase precostituzionale, giustificato l'adozione di statuti *ad hoc* che, con l'entrata in vigore dell'E.M vengono espressamente abrogati (disp.derog. unica)- ma anche nelle "peculiarità organizzative del Sistema Nazionale di Salute".

Per quanto riguarda il primo profilo, il legislatore dell'E.M. tende ad enfatizzare la natura "professionale" della prestazione sanitaria

³⁶⁶ La natura pubblicistica della relazione statutaria trova, peraltro, conferma in altre disposizioni dell'Estatuto Marco. Tra le altre, l'art. 3.2 e l'art. 78 che rinviano, per la negoziazione collettiva, alle disposizioni applicate ai dipendenti pubblici contenute nella Ley n. 9 del 1987.

ponendo, a modifica della tripartizione dei precedenti statuti (dedicati al personale medico, al sanitario non medico ed al personale non sanitario) una distinzione tra il personale statutario sanitario, caratterizzato dall'esercizio di "una professione o specializzazione sanitaria" (art. 6.1) ed il personale "di gestione e servizi" per indicare professionalità e funzioni extra-sanitarie (art. 7.1.)³⁶⁷, traendo, per il primo, in termini di classificazione spunto dalla coeva legge di organizzazione delle professioni sanitarie (ley n. 44 del 2003)³⁶⁸.

Per quanto riguarda la funzionalità del rapporto di lavoro statutario alle esigenze di un sistema sanitario moderno tenuto a conformarsi, secondo le indicazioni contenute nella LGS del 1986 (art.7), ai principi di efficacia, celerità, economia e flessibilità, appaiono sintomatici alcuni tratti che attribuiscono a tale rapporto una sua specificità e mediante i quali l'*Estatuto marco* preconizza, elevandoli ad "obiettivi generali", aspetti evolutivi della relazione di pubblico impiego, anticipando, in un certo senso, le norme di principio inserite nell'EBEP dalla legge n. 7 del 2007.

In tale prospettiva, va letta la previsione di un regime retributivo diretto ad incentivare il singolo professionista collegando il trattamento accessorio di produttività (art. 41 e 43 EM) alla *performance* complessivamente resa (in termini di capacità di iniziativa, partecipazione a programmi, conseguimento di obiettivi programmati, ect.) sottoposta a procedimenti di valutazione fondati, secondo le

³⁶⁷ Il regime statutario previsto dall' E.M. è vincolante per le istituzioni dedicate a funzioni sanitarie/assistenziali all'interno dei singoli servizi di salute mentre la sua applicazione nelle relative strutture amministrative e di gestione è, invece, rimessa alla libera scelta delle singole CC.AA. (disposizione addizionale decima).

³⁶⁸ La ley n. 44 del 2003 effettua una distinzione delle professioni sanitarie (art. 2 e 3) non dissimile da quella proposta dall'articolo 6.2 dell'E.M. in quanto fondata sul titolo di studio posseduto, cioè laureato (Medico, Farmacista, Veterinario ect.); diplomato (Infermiere, fisioterapista, ect.) e personale dell'area sanitaria con formazione professionale, che viene distinto in grado superiore (Tecnico di laboratorio, di radioterapia ect.) e grado medio (ausiliario di infermeria).

recentissime modifiche apportate dall'art. 10.2 del Real Decreto ley n. 15 del 20 aprile 2012, sui principi di uguaglianza, obiettività e trasparenza ³⁶⁹. Secondo le prescrizioni di mero principio contenute nell'art. 40.1 dell'EM., i risultati gestionali conseguiti rilevano anche ai fini della promozione professionale del personale *estatutario*.

Risponde alle esigenze di flessibilità del sistema, la previsione di forme di lavoro temporaneo, quale quello instaurato dal personale *statutario eventual* (art. 9.3 EM), finalizzato a soddisfare non solo generiche esigenze di natura “temporanea, congiunturale o straordinaria” ma anche “il funzionamento permanente” delle istituzioni sanitarie, divenendo, in altri termini, svincolato da una causa specifica, e senza un limite massimo di durata (aspetti che, invero, potrebbero apparire criticabili)³⁷⁰.

Senza dimenticare che la “specialità” del personale *estatutario* si esprime anche attraverso un regime disciplinare (al quale è dedicato il Cap. XII dell'EM) distinto dal funzionario pubblico ed una regolamentazione del tempo di lavoro che non è riscontrabile in altri settori della pubblica amministrazione.

Ma il regime giuridico del lavoratore sanitario statutario deve anche adattarsi alla *multilevel governance* dello Stato autonomico spagnolo nel quale la potestà legislativa statale, in materia di lavoro pubblico (*ex art. 149.1.18 CE*), si limita a dettare le “*bases reguladores*”

³⁶⁹ Il Real Decreto ley n. 15 del 20 aprile 2012 (art. 10.2), intervenuto ad integrare i criteri generali posti in materia di retribuzione del personale statutario dall' art. 41 E.M., ha ribadendo anche che la valutazione della *performance* inciderà sulla determinazione della retribuzione complementare vincolata alla produttività.

³⁷⁰ L'art. 9. 3 della ley n. 55 del 2003 introduce, al fine di prevenire eventuali abusi della figura del lavoratore *eventual*, una clausola di garanzia costringendo le amministrazioni a valutare la causa che determina la loro utilizzazione creando, eventualmente, un nuovo posto di lavoro in pianta organica qualora il lavoratore venga nominato per ben due volte in un lasso temporale complessivo di dodici mesi o più mesi nel corso di due anni. Si tratta di una previsione comunque poco garantista in quanto non comporta alcun diritto alla conversione del rapporto di lavoro essendo, piuttosto, finalizzata ad adeguare l'assetto organizzativo a sopravvenute esigenze.

, come, peraltro, chiaramente espresso nell'art. 1 della legge n. 55 del 2003, competendo alle diciassette Comunità Autonome ed allo Stato (nei limiti delle istituzioni sanitarie residuali rientranti nella sua gestione), l'adozione di specifici statuti, mediante l'esercizio della rispettive potestà di *desarollo*, cioè di sviluppo delle norme-principio contenute nell'*estatuto marco*.

L'E.M., composto da ottanta articoli, distribuiti in quattordici capitoli, integrato da varie disposizioni finali, transitorie ed una derogatoria, non sembra, comunque, perfettamente aderente ad una nozione di "bases" intesa quale "minimo comune denominatore" che appare, invece, più pertinente alla potestà statale in materia di organizzazione sanitaria di cui all'art. 149.1.16 Ce, a conferma di una normazione basica che, in determinati settori, quali il lavoro pubblico, tende ad espandersi.

In effetti, non poche disposizioni dell'E.M. appaiono connotate da un contenuto dettagliato che relega il legislatore di secondo livello più ad una funzione di integrazione della regolamentazione di determinati istituti (si pensi, ad esempio, al Cap.IV, dedicato ai diritti ed ai doveri, o al Cap. XII, dedicato al regime disciplinare) che all'esercizio di una potestà, quale quella di *desarollo*, tesa allo sviluppo di norme-principio e che, comunque, appare più garantista della sua autonomia normativa.

Non si pretende, in tale sede, intraprendere un esame analitico dell'E.M., intendendo, piuttosto, limitarci ad analizzare il suo significato in un settore del lavoro pubblico, quale quello dei sanitari professionalizzati, caratterizzato dalla coesistenza di una pluralità di regimi giuridici: quello del personale *funcionarial*, quello privatistico e quello *funcionarial* speciale.

Il legislatore, consapevole di tale eterogeneità, manifesta la volontà di unificare o meglio di creare un'integrazione tra regimi, prevedendo che quanto previsto nell'E.M. abbia potenziale applicazione al sanitario in regime pubblicistico ed al sanitario vincolato da un contratto di diritto privato, purchè non presenti tratti di incompatibilità con le discipline applicabili ai relativi rapporti di lavoro e l'assimilazione sia stata, comunque, consentita dalle disposizioni, anche di natura pattizia, a costoro applicabili nelle singole Comunità Autonome (art. 2.3 EM).

L'idea di un regime *estatutario* quale modello di riferimento unitario si fa spazio, però, troppo timidamente, limitandosi l'E.M. a fornire solo un *input* ai singoli legislatori autonomici ed alle parti contrattuali.

Rappresentando la pluralità dei regimi un evidente ostacolo ad un efficace gestione delle risorse umane, l'intendimento di rendere omogenei le relazioni di lavoro riemerge anche nella disposizione addizionale quinta dell'EM che rimette all'autonomia organizzativa delle singole amministrazioni sanitarie, l'attivazione di procedimenti diretti ad attribuire, su base volontaristica, lo *status* di lavoratore statutario al dipendente *funcionarial* e *laboral* (sia questi anche un lavoratore a tempo determinato).

Si può, quindi, affermare che l'E.M. abbia espresso, anche implicitamente, una opzione preferenziale a favore del regime statutario in quanto concepito in funzione delle peculiarità organizzative del sistema sanitario e delle professioni sanitarie (art.3.2 EM) ma non sia riuscito, nonostante la previsione contenuta nella *Ley General de Sanidad* di un sistema "coordinato ed integrato" (art. 56 LGS), ad evitare che i sanitari appaiano, nell'ordinamento spagnolo, ancora un

agglomerato eterogeneo per la coesistenza di una pluralità di regimi giuridici.

Come già evidenziato, l'E.M. contiene le *bases* della specificità del regime statutario³⁷¹ che dovranno, nei rispettivi ambiti competenziali delle Comunità Autonome e dello Stato, condurre, previa negoziazione con le forze contrattuali, all'adozione di propri statuti (e di altre eventuali norme), essendo primariamente vincolati al rispetto dei principi e dei criteri fondamentali ai quali deve conformarsi il regime statutario (*principios y criterios de ordinación del régimen estatutario*) esplicitati nell'art. 4 dell'EM.

Sottoposti ad un attento esame, i principi ordinatori del regime *estatutario* non appaiono, invero, tutti validi indicatori della sua specialità.

Non possono, in tale prospettiva, considerarsi tali quei principi che si caratterizzano per il loro *background* costituzionale risalente all'art. 103.3 CE, quali il principio di imparzialità o i principi di merito, capacità, uguaglianza, pubblicità, ai quali devono conformarsi le procedure concorsuali e selettive del personale statutario (art. 4 lett. *b*), o che sono espressione di uno Stato di diritto, quale il principio di legalità, menzionato nell'art. 4 lett. *a*, o delle dinamiche di uno Stato fortemente decentrato, quali la cooperazione e la coordinazione tra Amministrazioni sanitarie richiamate alla lettera *j*. Assumono, invece, una valenza di specialità quei criteri direttivi che ineriscono alla prestazione sanitaria quale prestazione professionale orientata alla soddisfazione dell'utenza, quali il principio di responsabilità e del rispetto della deontologia professionale, a conferma di un servizio

³⁷¹ Di una norma básica especial parla Morillo Velarde Pérez J.I., *Ordinamento jurídico actual: habilitación, competencias, desarrollo, supletoriedad*, in *Revista Derecho y Salud*, www.ajs.es pag. 27.

sanitario concepito secondo un paradigma personalistico (art. 4 lett. *h*) ed anche il principio di libera circolazione del lavoratore del personale *estatutario* nell'ambito del intero Sistema Sanitario Nazionale (art. 4 lett. *d*).

Appaiono, invece, principi funzionali più alla dimensione organizzativa del servizio sanitario che alla dimensione dei rapporti di lavoro i principi di pianificazione e di programmazione delle risorse necessarie all'erogazione del servizio, costituendo indicatori dei parametri di efficacia ed efficienza ai quali deve adeguarsi un moderno sistema sanitario nazionale (art. 4 lett. *f*).

L'E.M., quale norma contenitrice delle *bases* di uno statuto speciale, dovrebbe assumere, nel contesto dell'ordinamento spagnolo, la condizione di una *lex specialis* a fronte dell'EBEP, statuto basico del lavoratore pubblico³⁷², che verrà adottato solo successivamente mediante la Ley n. 7 del 2007.

Il problema dei rapporti tra i due statuti non apparirebbe, a primo acchito, risolvibile secondo il criterio della inderogabilità della *lex specialis*, rappresentata dall'EM, da parte della sopravvenuta legge generale, rappresentata dall'EBEP.

Infatti, lo Statuto basico del pubblico impiego manifesta forti ambiguità in tal senso in quanto, definendo nell'art. 2 il proprio ambito di applicazione, rinvia, da un lato, la disciplina del personale statutario del sistema sanitario alla "legislazione specifica" stabilita dallo Stato e dalle Comunità Autonome e, quindi, ai singoli statuti adottati in

³⁷² Come già evidenziato (v. *supra* Cap. IV), anche prima dell'entrata in vigore dell'EBEP, il giudice costituzionale riconosceva, comunque, la valenza di norme basiche generali alle disposizioni contenute nella Legge n. 30 del 1984 (LMRFP) nonché nella Legge n. 53 del 1984, sulle incompatibilità, o nella legge n.9 del 1987 sulla rappresentanza e partecipazione del personale al servizio delle pp.aa. (in tal senso, si esprimono le sentenze STC n. 37 del 2002 ed n. 1 del 2003).

attuazione dell'EM, dall'altro, però, rimanda alle disposizioni in esso contenute (art. 2.3).

L'ambiguità si accentua avendo l'art. 2 dell'EBEP ritenuto, poi, non applicabile al personale statuario l'intero Capitolo II del Titolo III, dedicato ai diritti, doveri ed al codice di condotta degli impiegati pubblici, in funzione di una disciplina che assume connotati di specialità per il personale sanitario ed ha, invece, espressamente esteso alla medesima categoria alcune disposizioni che, pur rappresentando aspetti fondamentali della nuova regolamentazione del lavoro pubblico, inerendo alla valutazione della prestazione (art.20), alle retribuzioni accessorie (22.3 e 24), sono comunque, istituti non innovativi e già previsti per il rapporto di lavoro nel settore sanitario. L'EBEP ha, poi, espressamente esteso al personale statuario dei servizi sanitari le prescrizioni in materia di mobilità tra amministrazioni pubbliche contenute nell'art.84 che non possono che svolgere una funzione meramente integrativa stante la il principio di libera circolazione del lavoratore nell'ambito del Servizio Sanitario Nazionale sancito nell'art. 4 lett. *d.* dell'EM.

In realtà, il sistema delle fonti per il personale sanitario statuario è già pienamente rilevabile all'interno della legge n. 55 del 2003 quale sistema autonomo in quanto primariamente composto dall'*estatuto marco*, quale norma basica speciale, dai singoli statuti adottati dal legislatore autonomico (e statale), dalla contrattazione collettiva, svolgendo solo una funzione di diritto suppletorio le “disposizioni e principi generali sulla funzione pubblica delle corrispondenti Amministrazioni” , conformemente alle indicazioni prescrittive contenute nell'art. 2.2 dell'EM.

L'esigenza di salvaguardare la specificità del rapporto di lavoro sanitario, rilevabile dal sistema delle fonti prefigurato nell' *estatuto marco*, implica, quindi, un' interpretazione dell'art. 2.3 dell'EBEP diretta a confermare l'applicazione prioritaria dell'E.M., intervenendo la norma basica generale ad integrarlo solo nella misura nella quale non entra in contraddizione con la *lex specialis* sia essa basica che di dettaglio³⁷³.

3. La dirigenza nel sistema sanitario spagnolo: una dirigenza indefinita ed autonoma

Nel corso del terzo capitolo, è stata esaminata la dirigenza sanitaria nell'ambito dell'ordinamento italiano secondo una visione pluralista della dirigenza pubblica, la cui disciplina appare il prodotto della commistione tra legge speciale e legge generale, rappresentata quest'ultima dal T.U.P.I. e dalle sue successive, e ormai frequenti, modifiche, convivendo, i due regimi, generale e speciale, in un rapporto di osmosi che consente al potenziale innovativo delle riforme sulla dirigenza pubblica di essere carpito ed adattato al settore specifico.

In particolare, il d.lgs. n. 502 del 1992 ha esteso ai professionisti sanitari, in rapporto di lavoro con il SSN³⁷⁴, la qualifica

³⁷³ Ad avviso di Alegre Avila J.M., *Estatuto marco y Estatuto Básico*, in RAP, 148, 2010, pag. 737, una soluzione che privilegi la *lex specialis* potrebbe essere suggerita anche dal dettato dell'art. 2.5 dell'EBEP che dispone il suo "carattere suppletorio per tutto il personale delle Amministrazioni pubbliche non incluse il suo ambito di applicazione". Ma non appare una soluzione facilmente percorribile in quanto il personale statutario, come evidenziato nel testo, è, comunque, espressamente compreso nell'ambito di applicazione dell'EBEP (art. 2.3).

³⁷⁴ Nell'ordinamento italiano, la dirigenza sanitaria non opera, però, solo nell'ambito del S.S.N. Avendo l'art. 18, comma 8, del d.lgs. n. 502 del 1992 stabilito che con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri venissero estese, nell'ambito della contrattazione, al personale dipendente dal Ministero della Sanità inquadrato in profili professionali sanitari (quali medico chirurgo, medico veterinario, chimico, farmacista, biologo e psicologo) le norme del medesimo decreto, in quanto applicabili, il DPCM del 13 dicembre del 1995, in sua attuazione, ha operato il loro inquadramento nella dirigenza del ruolo sanitario, articolata su due livelli. A conferma di una specificità che rileva anche al di fuori delle istituzioni del SSN, è stata istituita, successivamente, con l'art. 2 della legge n. 120 del 2007, nel ruolo della dirigenza del Ministero della Salute, la sezione della dirigenza sanitaria.

dirigenziale in adesione al postulato autonomia/responsabilità/elevata professionalità e ad un riparto di competenze *multilevel* in ambito sanitario che non si estende al di là dell'assetto organizzativo, essendo il regime giuridico di tale dirigenza (cioè la loro *lex specialis*) rimesso, per quanto riguarda i profili non pubblicistici, a fonti legislative statali oltre che ad una contrattazione collettiva alla quale, pur nella tendenziale unificazione delle aree negoziali dirigenziali previste prefigurata dalla riforma Brunetta, vengono salvaguardati ambiti di autonomia.

Il legislatore spagnolo non è, invece, andato oltre al riconoscimento di una specificità del professionista sanitario che presta attività nei servizi sanitari istituiti dalle singole Comunità Autonome, dovendo nel rispetto della *multilevel governance*, limitarsi ad esprimere solo una normazione basica, spettando alle singole Comunità Autonome, in sua attuazione, dettare una disciplina di dettaglio in materia. Di conseguenza, si instaura un parallelismo tra potestà in materia di organizzazione sanitaria prevista dall'art. 149.1.16 CE e la potestà in materia di rapporti di lavoro pubblico che trae il proprio fondamento nell'art. 149.1.18 CE.

L'opzione dirigenziale non poteva, invero, avere molte *chances* in un sistema di pubblico impiego, quale quello spagnolo, carente di una disciplina generale in tema di dirigenza pubblica, sia essa di fonte legale o regolamentare, e nel quale è emersa, solo recentemente, l'esigenza di un dirigenza professionalmente qualificata.

Ed, infatti, solo il legislatore dell'EBEP ne ha espressamente preso atto mediante una disposizione dal contenuto minimale, l'art. 13 dedicato al *personal directivo profesional*, con la quale gli organi di governo, siano essi statali che autonomici, sono investiti non dell'

obbligo bensì della facoltà di disciplinare una propria classe dirigenziale ispirata ai principi e criteri ivi enunciati.

Peraltro, in seno all'ordinamento spagnolo, la figura dirigenziale si caratterizza per la sua poliedricità ponendosi tra il diritto amministrativo, che presiede alla disciplina dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni, ed il diritto del lavoro, esistendo una categoria che, quasi integralmente, gravita in tale area, cioè, il dirigente vincolato ad un ente pubblico da un contratto di *alta dirección* della quale fa menzione anche l'EBEP, nell'art. 13.4, definendolo quale rapporto di lavoro privato di carattere speciale, la cui disciplina è, sino ad oggi, contenuta nel RD n. 1382 del 1985.

Una collocazione in ambiti giuridici differenti che, ricordiamo, non è irrilevante sul piano dell'assetto delle competenze legislative multilivello con il quale il dualismo dei rapporti dirigenziali, al pari del dualismo dei rapporti con le pp.aa., deve confrontarsi, essendo i dirigenti privatizzati sottomessi, non alla già menzionata competenza ripartita di cui all'art. 149.1.18 CE, bensì alla potestà esclusiva statale *ex art.* 149.1.7 CE.

In atto, pertanto, nell'ordinamento spagnolo per intendere la figura dirigenziale occorre confrontarsi con una molteplicità di testi normativi, non solo espressione della potestà legislativa statale ma anche dell'autonomia legislativa autonoma, difficili da governare in quanto neppure omogenei essendo la disciplina della dirigenza reperibile sia in norme dedicate all'organizzazione che in norme dedicate al pubblico impiego, e, nel caso della dirigenza sanitaria, nella legislazione dedicata all'assetto dei singoli servizi di salute o ai relativi rapporti di lavoro.

Presentando, da tale prospettiva, la dirigenza, oltre che una natura poliedrica, anche una essenza bicefala, ma non bifronte, quale quella

assunta dal dirigente privatizzato del modello italiano che lo pone in una situazione di snodo tra vertice politico ed apparato amministrativo, in quanto sia la sua figura che il suo regime giuridico tendono a porsi in sorta di “*tierra de nadie*”³⁷⁵, cioè a metà strada tra le questioni attinenti alla teoria dell’organizzazione della pubblica amministrazione e quelle attinenti al lavoratore pubblico o ne costituiscono, piuttosto, una mescolanza.

Ma la collocazione della figura dirigenziale tra assetto organizzativo e pubblico impiego non è indifferente anche ai fini, ancora una volta, delle regole di distribuzione della competenza tra livello statale ed autonomico.

Ed, invero, se consideriamo il dirigente un soggetto indistinto dall’organizzazione, la figura dirigenziale rischia di divenire espressione di un potere che, nella configurazione dello Stato spagnolo, rileva quale “*essenza medesima del principio di autonomia*”³⁷⁶ trovando un fondamento costituzionale nella potestà esclusiva della singola C.A. di regolare l’organizzazione delle istituzioni di autogoverno sancita dall’art. 148.1.1. CE.

In tale prospettiva, i margini di intervento statale sulla disciplina della dirigenza pubblica non possono che essere ridotti al minimo o al limite non avere spazio, pena anche l’incostituzionalità, apparendo, in tale prospettiva, comprensibile che l’EBEP, mediante l’art. 13, non abbia potuto che esprimere in merito solo alcuni principi, rinviando all’opzione facoltativa del Governo centrale ed agli organi esecutivi

³⁷⁵ In tal senso, Maeso Seco L.F., *El personal directivo público en España*, 2011, La Ley, Madrid, pag. 55.

³⁷⁶ In tal senso, Ortega Alvarez L. e Maeso Seco L.F., *La alta dirección : análisis y propuestas*, 2010, Madrid, INAP, in www.tesis.bbt.ull.es, i quali ripercorrono, in tale articolo, la tesi maggioritaria in conformità alla quale il regime giuridico del dirigente si converte sostanzialmente in una questione di organizzazione (v. *infra* sentenza STC n. 31 del 2010), di conseguenza, l’art. 13 dell’EBEP non può che contenere solo alcuni principi, rimettendo alla discrezionalità del Governo centrale e delle CC.AA. il regime del dirigente pubblico professionalizzato (pag.35).

delle Comunità Autonome, il regime del dirigente pubblico professionalizzato.

Diversa soluzione nel caso in cui la questione “dirigenza” emerga, fondamentalmente, come una questione di impiego pubblico, spettando allo Stato, nell’ambito del titolo competenziale di cui all’art. 149.1.18, se non altro, la normazione basica³⁷⁷.

Sembra aver aderito alla prima soluzione il Supremo Tribunale Costituzionale, il quale chiamato ad esprimersi sulla incostituzionalità di molteplici disposizioni del nuovo Statuto della Comunità Catalana (EAC), approvato con Legge organica n. 6 del 2006, si è pronunciato anche in merito all’ art. 150 lett. *a* dello Statuto che attribuisce alla competenza esclusiva della Generalidad “la struttura, la regolamentazione degli organi e della dirigenza pubblica, il funzionamento e l’articolazione territoriale” dell’ amministrazione autonoma.

Con la sentenza n. 31 del 2010, il giudice costituzionale, pur non esprimendosi apertamente circa la specifica competenza in materia di dirigenza, ha ritenuto la “non contraddizione” con la Costituzione (f.j. n. 93) dell’art. 150 lett. *a* del nuovo Statuto Catalano nella parte in cui attribuisce alla Generalidad catalana la potestà legislativa esclusiva di conformare il proprio apparato amministrativo, purchè si limiti agli aspetti ivi indicati, tra i quali, è compresa la dirigenza³⁷⁸.

Alla luce della previsione contenuta nello Statuto catalano, qualsiasi intervento statale anche diretto alla produzione di un *minimum*

³⁷⁷ Potrebbe confermare tale opzione la disposizione finale prima dell’EBEP nella quale si esplicita il titolo competenziale espresso con l’adozione della legge n. 7 del 2007, rinviando espressamente all’art. 149.1.18 CE.

³⁷⁸ Si rammenta che in riferimento alle prescrizioni contenute nell’art. 150 dell’EAC erano stati sollevate eccezioni di costituzionalità per contrasto con l’art. 149.1.18 CE. in conformità al quale compete al legislatore statale dettare le “bases” del regime giuridico delle Amministrazioni pubbliche.

potrebbe, quindi, porre seri dubbi di costituzionalità, non essendo tale Comunità in atto tenuta a conformarsi neppure ai principi ed al contenuto prescrittivo dell'art. 13 dell'EBEP, potendo definire una classe dirigenziale distinta ed autonoma da quella dello Stato e delle altre Comunità e, quindi, anche privatizzata.

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, la dirigenza sanitaria dovrebbe costituire, quindi, ambito di competenza delle Comunità Autonome in quanto tenute a disciplinare il regime della dirigenza pubblica delle amministrazioni operanti sul proprio territorio, nel rispetto solo dei principi e dei criteri direttivi esplicitati dall'art.13 dell'EBEP che consentono alle singole Comunità di configurare una propria classe dirigenziale, adattandola alle differenti realtà amministrative.

In realtà, le singole Comunità autonome non hanno, salvo alcune rare eccezioni, rappresentate dalle Comunità di Castilla- La Mancha e dalla Comunità Valenziana³⁷⁹, espresso modelli dirigenziali “personali”, trovandosi, in atto, in una vera e propria fase di fermento nella quale si assiste alla predisposizione di progetti di leggi tendenti ad istituzionalizzare, conformemente alle indicazioni dell'EBEP, una dirigenza pubblica professionalizzata³⁸⁰.

³⁷⁹ Si tratta della legge della Comunità di Castilla- La Mancha n. 4 del 10 marzo 2011, in materia di impiego pubblico e della Legge n. 10 del 9 luglio del 2010 della Comunità Valenziana, in materia di organizzazione e gestione della funzione pubblica, per le quali si rinvia a quanto espresso alle note n.346. In particolare la legge della Comunità di Castilla-La Mancha in materia di impiego pubblico, nel suo articolo 13, ha definito non solo il dirigente professionale ma anche la funzione dirigenziale, identificando, il primo, come colui che “... alla dipendenza di organi che vengono definiti dai regolamenti dalla rispettiva Amministrazione ... , assume, con elevato livello di autonomia, la gestione professionale di programmi o politiche pubbliche e la responsabilità della realizzazione dei suoi obiettivi..” e la seconda come la funzione che “ ...include la direzione, la coordinazione, la valutazione ed il miglioramento del servizio, delle risorse o dei programmi finanziari assegnati, così come la rendicontazione periodica contabile...”

³⁸⁰ A titolo esemplificativo si menziona il caso della Comunità basca nella quale dal 2009 si sta lavorando ad un Documento Tecnico per l'elaborazione di un progetto di legge sul pubblico impiego, all'interno di un programma di ottimizzazione dell'amministrazione pubblica, che rappresenta, tra gli sforzi compiuti a livello autonomo, quello più incisivo e completo ai fini di una costruzione di una nuova classe dirigenziale.

Di conseguenza, il modello di dirigenza adottato dalla legislazione autonoma è stato, sino adesso, mutuato per una sorta di mimetismo da quello tracciato, per la dirigenza statale, dalla LOFAGE del 1997 nel quale la figura dirigenziale appare *indefinida*³⁸¹, cioè priva di una definizione normativa, selezionata secondo criteri di fiduciarità politica o personale, tra il personale *funcionarial* della medesima amministrazione (modello *cerrado*).

Occorre, a tal punto, valutare se nel settore sanitario la dirigenza si sia effettivamente adeguata al modello di dirigenza così descritto o abbia espresso proprie specificità.

A tal fine, assume già un valore indicativo, anche se ormai, espressamente abrogata dall' *Estatuto marco*, la Legge n. 30 del 1999, contenente le norme basiche in materia di selezione e copertura dei posti da parte del personale *estatutario*.

Nell'intento di garantire procedimenti selettivi conformi ai principi costituzionali di uguaglianza, merito, capacità e pubblicità, il legislatore statale rinvia alle singole leggi autonome di organizzazione dei servizi sanitari il compito di determinare i posti dirigenziali e di capo delle unità organizzative che possono essere assegnati mediante il criterio della *libre designaciòn*, previa indizione di una selezione pubblica o, in alternativa, mediante il *concurso* che, nell'ambito dei sistemi di selezione del pubblico impiego vigenti nell'ordinamento spagnolo, costituisce una forma di selezione fondata solo sui meriti acquisiti³⁸² (art.10.2).

³⁸¹ In tal senso, Maeso Seco L.F., *op. ult.cit.*, pag. 417 e ss.

³⁸² I sistemi di selezione del pubblico impiegato previsti nell'ordinamento spagnolo sono, limitandoci alle caratteristiche essenziali, l'*oposición*, fondata sull'espletamento di una o più prove; il *concurso* nel quale la selezione è fondata solo su titoli di merito ed il *concurso-oposición* che costituisce la selezione per titoli e prove di esame.

Distinguendo, poi, dai posti dirigenziali, gli *òrganos de direccìon* dei centri, servizi ed istituzioni sanitarie (che, in tale ipotesi, vengono identificati nei direttori dei centri di costo di cure primarie e specializzate, così come nei direttori e nei subdirettori di divisione) per i quali si prospetta, altresì, alla nomina per *libre designaciòn*, l'opzione privatistica del contratto di alta direzione (disp. add.decima punto 4).

Nonostante la previsione di strumenti selettivi fondati sul merito, l'accesso alla qualifica dirigenziale è, prevalentemente, fondato sul sistema della *libre designaciòn*³⁸³ che, pur rappresentando il sistema-tipo per coprire i posti dirigenziali secondo le previsioni prima espresse nella LMRFP (art. 20.1 *b*) e, adesso, nell'EBEP (art. 80.1), si basa su una valutazione ampiamente discrezionale dell'idoneità del candidato alla funzione da espletare in relazione ai requisiti per essa richiesti, rappresentando, in altri termini, una modalità di selezione pubblica che garantisce all'organo investito del potere di nomina un margine di scelta quasi illimitato, consentendogli di operare non secondo asseriti principi di merito, ma di sconfinare nei criteri di fiduciarità (sia essa politica o personale).

Sebbene si prevede una procedura selettiva, la dirigenza dei servizi sanitari dalla legislazione basica statale viene conformata al modello dirigenziale diffuso essendo caratterizzata da temporaneità ed instabilità in quanto il dirigente discrezionalmente selezionato è suscettibile di essere anche discrezionalmente rimosso dall'autorità che ha provveduto a nominarlo (dispos. add.decima punto 6).

³⁸³ La *libre designaciòn* va distinta dalla *designaciòn* (o *nombriamento*) *libre*, modalità di selezione del dirigente pubblico, effettuata da parte del titolare di un organo superiore (di regola, di natura politica) nei confronti di un candidato- che viene, a sua volta, proposto da organi (di natura anch'essa politica)- senza necessità di rispettare alcun vincolo procedimentale, esigendo solo che il candidato rivesta lo status di funzionario di carriera, sia dotato di un titolo superiore e sia in possesso di (non precisata) esperienza professionale e competenza.

In considerazione della sua valenza basica, la legge n. 30 del 1999 non soddisfa, poi, ad un interrogativo di fondo: chi sia e che funzioni espleti il dirigente in sanità, dovendo, quindi, stabilirlo, all'interno dei singoli servizi sanitari, le singole Comunità Autonome, rinviando, infatti, sia l'art. 8.2 che la disposizione addizionale decima, in riferimento, quest'ultima, all'Instituto Nacional de la Salud, a generici posti dirigenziali, non ponendo, inoltre, una chiara distinzione tra posti dirigenziali ed organi direzionali.

Il riferimento ad una legge non più vigente è funzionale, comunque, a definire almeno le linee maestre della dirigenza del sistema sanitario spagnolo il cui effettivo regime va, ormai, reperito in leggi autonome, siano esse di organizzazione dei singoli servizi territoriali o di regolamentazione dei relativi rapporti di lavoro, alle cui scelte politiche si è, integralmente, rimessa anche la legge n. 55 del 2003, di approvazione dell' E.M. la quale, come già sottolineato, ha abrogato la legge n. 30 del 1999.

L'art. 39. 3 dell'E.M., le cui disposizioni, ricordiamo, hanno anch'esse una valenza basica, si limita, infatti, a rinviare al legislatore autonomico il compito di individuare quali posti, all'interno del proprio servizio sanitario, verranno coperti con il sistema della *libre designación* che, nell'ordinamento spagnolo, come già sottolineato, costituisce il sistema-tipo per selezionare il pubblico dirigente pubblico.

3.1. La legislazione autonómica in materia di dirigenza nel servizio sanitario: breve esame della legge della Comunità di Castilla e León e della Comunità di Cantabria

Appare, a tal punto, opportuno prendere in considerazione le legislazioni prodotte dalle Comunità Autonomiche per disciplinare la dirigenza dei servizi sanitari istituiti nei rispettivi ambiti territoriali.

Stante il numero complessivo della Comunità, pari a diciassette, l'esame verrà limitato alle legislazioni poste in essere successivamente o in sincronia con l'adozione dell' EBEP, al fine di valutare se, nel settore sanitario, la dirigenza si sia conformata al modello di dirigenza professionale delineato dal legislatore statale mediante le norme-principio espresse nell'art. 13 dell'EBEP o rifletta ancora il modello dirigenziale sino adesso diffuso nell'ordinamento spagnolo.

In una prospettiva evolutiva della dirigenza nel settore sanitario vanno, quindi, prese in considerazione la Legge n. 2 del 7 marzo 2007, contenente lo statuto giuridico del personale *estatutario* del servizio sanitario della Comunità di Castilla e León, coeva all'entrata in vigore dell'EBEP, approvato con la legge n. 7 del 12 aprile 2007, e la legge n. 9 del 23 dicembre 2010 sul personale *statutario* delle istituzioni sanitarie della Comunità di Cantabria.

La creazione di una classe dirigenziale professionale costituisce, nella legge adottata dalla Comunità di Castilla e León nel 2007, uno dei principi fondamentali in materia di ordinamento del personale, come espresso chiaramente nell'art. 3.2, prefigurando, a tal fine, la introduzione dei sistemi di valutazione.

Anche in tale ipotesi, comunque, non viene identificata né la figura né le funzioni dirigenziali in quanto la individuazione dei posti di carattere direttivo, eccettuati i posti di capo servizio e delle unità

organizzative delle istituzioni sanitarie ai quali si dedicano disposizioni specifiche, viene rimessa all'autonomia organizzativa delle singole istituzioni sanitarie (“come individuati nelle corrispondenti piante organiche”, dichiara, infatti, l’art. 38.1)

L’accesso ai posti dirigenziali è condizionato, previo esperimento di procedure selettive, al criterio della *libre designación* ed i dirigenti assunti vengono sottoposti, ai fini della prosecuzione del rapporto, conformemente ai propositi enunciati ad una verifica quadriennale (art. 38.1 e 6).

Il modello dirigenziale prefigurato per il servizio sanitario dalla Comunità di Castilla e Leòn è, tendenzialmente, *cerrado* in quanto la partecipazione alle procedure selettive presuppone lo *status* di personale *estatutario*, *funcionarial* o di personale a regime privatistico (purchè, quest’ultimo, in rapporto di servizio in una delle amministrazioni della Comunità) come anche l’ appartenenza ad un gruppo di classificazione (ricordiamo che il sistema vigente nelle amministrazioni dello Stato, disciplinato dalla LOFAGE, presuppone per l’accesso alla dirigenza l’appartenenza al gruppo A1, cioè al gruppo più elevato per i funzionari), e dal possesso di altri requisiti che saranno, al caso, stabiliti in riferimento alle funzioni da espletare (art. 38.3).

L’accesso alla funzione dirigenziale da parte di un soggetto estraneo alla p.a., pur ammissibile, implicherà la conclusione di un contratto di alta direzione e, quindi, un rapporto disciplinato da regole privatistiche (v. *infra*), venendo, sostanzialmente, precluso a coloro che non sono in rapporto di servizio con una pubblica amministrazione, l’accesso alla dirigenza pubblica.

Il legislatore della Comunità Castilla-Leòn, pur prefigurando un dirigente sottoposto, ai fini della conferma nel rapporto di lavoro, ad

una valutazione della *performance* resa, prevede, nel contempo, la sua rimozione “in qualsiasi momento e con carattere discrezionale” (art. 38.8).

In tale ambito autonomico, la dirigenza del servizio sanitario appare, pertanto, il prodotto di un *mix* tra le proiezioni in tema di dirigenza professionale formulate dal legislatore statale nell'EBEP e le disfunzioni tipiche del modello dirigenziale diffuso nelle amministrazioni pubbliche spagnole, essendo stati adottati sistemi di accesso e di risoluzione che non rispondono pienamente ai criteri di merito e capacità. Si lascia, invero, ancora spazio a scelte ampiamente discrezionali da parte di “*organos superiores*”, rappresentanti il vertice politico-istituzionale, quali il Consejero in materia di sanità, emanazione del Governo della Comunità ed assimilabile al nostro Assessorato Regionale alla salute, al quale afferiscano competenze in tema di politica e di gestione del personale del servizio sanitario (art. 4).

Più organica ed analitica appare, invece, la legge n. 9 del 2010 della Comunità Autonoma di Cantabria che attribuisce espressamente al Consejero, competente in materia di sanità, il potere di determinare i posti di natura dirigenziale, considerando, in ogni caso, tali i posti di Direttore Generale, Vicedirettore Generale, di Direzione e Vicedirezione Medica, di Direzione e Vicedirezione dei Servizi generali dei centri sanitari operanti nel Servizio sanitario territoriale (art. 48)³⁸⁴.

Anche in tale ambito autonomico, in mancanza di una opzione facoltativa per il contratto di *alta direcció*n, la modalità di accesso al posto dirigenziale è, sempre, la *libre designació*n ed il rapporto di

³⁸⁴ L' art. 50 della Legge n. 9 del 2010 della Comunità Autonoma di Cantabria contenente disposizioni specifiche per i *capi delle unità organizzative*, siano esse sanitarie e non, estende anche a tali figure dirigenziali la *libre designació*n ed il *discrecional cese*.

lavoro, una volta instaurato, è, anche in tale ipotesi, sottoposto ad un *discrecional cese* (art.49).

Il modello appare, ancora una volta, *casi cerrado* in quanto limitato solo alla categorie dei funzionari e del personale statutario che siano in possesso di requisiti non ben precisati, venendo, caso per caso, specificati della Consereja alla quale compete indire le relative procedure selettive.

Nell'intento di creare, nelle istituzioni sanitarie, una classe professionale (art. 3 lett. e), ogni dirigente viene sottoposto a sistemi di valutazione dei risultati conseguiti in riferimento ad obiettivi assegnati, funzionali a responsabilizzarlo per l'attività gestionale svolta.

I capi di unità organizzativa, sia essa sanitaria o no, nonché i capi di servizio, assunti in esito ad una selezione conforme a criteri meritocratici (fondata, oltre che sul *curriculum*, sulla predisposizione di progetto tecnico di gestione dell'unità assistenziale), sono, inoltre, sottoposti ad una verifica quadriennale ai fini di una loro conferma nelle funzioni (artt. 50 e 52).

Pur nell'intento di dotarsi di una dirigenza professionalizzata nel settore sanitario, manifestato nel corso degli ultimi anni, anche in maniera incisiva, da parte di alcune Comunità Autonome, come nel caso della Comunità cantabrica, la dirigenza non appare, anche in tale ambito, del tutto esente da condizionamenti da parte della classe politica contingente, godendo di un regime ancora poco definito ed il cui vincolo permane, tuttora, affetto da instabilità non comprendendosi neppure se la *confianza*, sottesa ad una scelta per *libre designaciòn*, rilevi quale fiduciarità di natura professionale o politica.

Nella dirigenza sanitaria permangono, pertanto, ancora tracce delle disfunzioni tipiche del modello dirigenziale vigente nel sistema

spagnolo: *indefinida*, sottoposta a sistemi di selezione nei quali prevale la componente fiduciaria e *cerrada*, in quanto preclusa agli esterni.

3.2. La soluzione privatistica: il contratto di alta direzione

La carenza di una disciplina generale in materia di dirigenza pubblica ha consentito al legislatore autonomico di optare, nel settore sanitario, verso soluzioni privatistiche, orientandosi verso una dirigenza il cui rapporto di lavoro, traente origine da un contratto di diritto privato di *alta dirección*, regolato dal Real Decreto n. 1382 del 1985.

Una soluzione privatistica che nel settore sanitario venne prospettata, per la prima volta, dalla legge n. 31 del 1991 (legge finanziaria statale per il 1992) la cui disposizione addizionale settima estendeva agli *organos de dirección* dei centri, servizi e stabilimenti sanitari (gestiti, all'epoca, dall'Insalud), l'applicazione del contratto di lavoro di natura speciale di alta direzione di cui al Real Decreto n. 1382 del 1985 (d'ora in poi, RDAD) concepito in realtà per disciplinare, nell'ambito di una impresa privata, i rapporti tra l'alta dirigenza ed il vertice imprenditoriale.

Successivamente, la disposizione addizionale decima della legge n. 30 del 1999³⁸⁵, in materia di selezione e copertura dei posti da parte del personale *estatutario*, confermò il rapporto di alta direzione degli *organos directivos*.

[Una soluzione privatistica che, in tempi più recenti, non hanno mancato di cogliere quelle Comunità più sensibili all'introduzione di una dirigenza sanitaria professionalizzata, come nel caso della Comunità

³⁸⁵ La previsione di un rapporto di lavoro privatistico di alta direzione per i direttori delle istituzioni sanitarie, ancor prima dell'entrata in vigore della legge n. 30 del 1999, veniva, peraltro, confermata nell'art.115 della legge n. 13 del 1996, di accompagnamento della finanziaria statale per il 1997.

della Catalogna che, con la legge n. 8 del 2007, di riorganizzazione dell'Istituto Catalàn de la Salud³⁸⁶, ha previsto il conferimento degli incarichi dirigenziali, che comportino l'assunzione di funzioni caratterizzate da elevata autonomia e responsabilità, mediante contratti di lavoro di alta direzione (art.20).]

Una soluzione privatistica che, in tempi più recenti, non hanno mancato di cogliere quelle Comunità più sensibili all'introduzione di una dirigenza sanitaria professionalizzata come le già citate Comunità di Castilla Leòn e di Cantabria, che prevedono, rispettivamente, nell'art. 38.9 della legge n. 2 del 2007 e nell'art. 49.5 della legge n. 9 del 2010, in alternativa al conferimento dei posti dirigenziali mediante *libre designaciòn* e selezione pubblica, la conclusione di contratti di alta direzione, strumento di gestione della risorsa dirigenziale particolarmente flessibile in termini di accesso, di disciplina del rapporto e di sua risoluzione³⁸⁷.

L'alta direzione è un rapporto di lavoro, la cui specialità, evidenziata, ancor prima dell'adozione del RDAD, nello Statuto dei Lavoratori (art. 2. 1 lett. *a* della primigenia versione risalente al 1980), si esprime, primariamente, nell'elevato grado di reciproca *confianza*, cioè di fiduciarità che vincola le parti contrattuali e che si riflette sulla

³⁸⁶ L'Istituto Catalàn de la Salud, in seguito alla riforma attuata dalla legge n. 8 del 2007, ha acquisito la natura di impresa pubblica, e si configura quale strumento di riferimento della politica sanitaria e modello di erogazione di servizi sanitari selettivi e di qualità, svolgendo anche funzioni di ricerca in ambito sanitario. L'art. 20. 1 della legge n. 8 del 2007 di riforma dell' Instituto Catalàn de la Salud stabilisce che “ Es cargo directivo del Instituto Catalàn de la Salud quien desempeña funciones de gerencia o direcciòn profesional con autonomia y plena responsabilidad solo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanados de los organos superiores de gobierno del Instituto...”.
MODIFICARE

³⁸⁷ L'art. 38.9 della legge n. 2 del 2007 della Comunità della Castilla-Leòn si riferisce ad una copertura dei posti dirigenziali mediante contratti di alta direzione conclusi con soggetti estranei alla p.a., e quindi, non vincolati al possesso dei requisiti richiesti per l'assunzione mediante *libre designaciòn*. La medesima disposizione vieta, in caso di risoluzione del rapporto, la previsione di indennizzo, prescrizione assai discutibile considerato che il legislatore autonomico non ha potestà legislativa in materia di rapporto di lavoro privato. L'art. 49.5 della legge n. 9 del 2010 della Comunità di Cantabria si limita, invece, ad indicare il contratto di alta direzione, quale modalità di copertura alternativa alla selezione pubblica ed alla *libre designaciòn* dei posti dirigenziali.

disciplina posta dal Real Decreto del 1985, rimessa, innanzitutto, alla loro autonomia contrattuale, riconoscendosi, quindi, un ruolo essenziale e primario alla libera volontà delle parti espressa nel contratto individuale.

Ed, infatti, l'art. 3 del RDAD, nel definire le fonti regolatrici del rapporto di alta direzione, rinvia, preliminarmente, alla volontà delle parti e, poi, alle disposizioni contenute nel medesimo decreto che, coerentemente alle intenzioni del legislatore, esplicitate nei motivi prelusivi al decreto, definisce solo un modello base di contratto, esprimendo disposizioni essenziali e sintetiche anche su aspetti, quali la retribuzione e l'orario di lavoro, fondamentali in un rapporto di lavoro che crea, anche se attenuato, un vincolo di subordinazione³⁸⁸, oppure disposizioni particolarmente elastiche, come in materia di durata, lasciata alla libera determinazione dei contraenti, potendo il rapporto configurarsi sia a tempo determinato che indefinito.

La legislazione del rapporto di lavoro privato *comùn* indicata nell'art. 3.1 dello Statuto dei Lavoratori, dedicato alle fonti di diritto del lavoro, diviene applicabile solo quando espressamente previsto dalle parti o per esplicito rinvio effettuato nello stesso decreto, non assumendo *ex se* alcuna funzione sussidiaria (c.d. diritto suppletorio) nel caso di aspetti del rapporto non regolati contrattualmente.

Qualora il decreto non contenga alcuna disposizione idonea a supplire alla carente volontà delle parti, l'art. 3 RDAD rinvia, piuttosto, all'applicazione della legislazione civile e commerciale che, probabilmente, rappresenta un retaggio storico dell'originaria estraneità

³⁸⁸ Sulla natura di lavoratore subordinato del dirigente prefigurato nel RDAD, Luque M., *Il personal de alta dirección nell'ordinamento spagnolo*, in DRI, 2009, I-XIX, pag. 62.

al diritto del lavoro dell'alta direzione imprenditoriale per la quale era stato originariamente concepito il Real decreto n. 1382 del 1985³⁸⁹.

Anche se il rinvio al diritto civile potrebbe giustificarsi anche in ragione di un rapporto che, nonostante la sua natura lavorativa, appare ispirato non solo alla libera autonomia ma anche al principio di uguaglianza delle parti in quanto l'alto dirigente, per le competenze espletate, riveste una posizione all'interno dell'organizzazione imprenditoriale o, nel caso in esame, dell'istituzione sanitaria, caratterizzata da notevole autonomia ed elevata responsabilità, che attenua la sua "debolezza" nei confronti del datore di lavoro, non venendo a supporto in caso di carente volontà contrattuale, la disciplina lavoristica, concepita in funzione di tutela di uno dei contraenti³⁹⁰.

A fronte di una carente definizione della figura del dirigente pubblico e delle sue funzioni, l'art. 1.2 del RDAD procede, invece, ad una identificazione giuridica del dirigente di alta direzione anche se nella dimensione dell'organizzazione imprenditoriale, cioè quale lavoratore detentore di poteri che ineriscono alla "titolarità giuridica dell'impresa", finalizzati "agli obiettivi generali della medesima" ed esercitati con una "autonomia e responsabilità" che lo rende soggetto solo "alle direttive" impartite dagli organi di governo dell'impresa.

Sotto tale profilo, non potevano non sollevarsi dubbi e perplessità in ordine all'estensibilità dell'ambito di applicazione del Regio Decreto n. 1382 del 1985 anche al settore pubblico.

³⁸⁹ In tal senso, Del Saz S., *La laboralización de la Función pública: del contrato laboral para trabajos manuales al contrato de Alta Dirección* in *Revista Documentación Administrativa*, 1995, 243, pag. 166. Ed, in effetti, gli *altos directivos* sono stati qualificati lavoratori, anche se appartenenti ad una speciale categoria, solo con l'entrata in vigore dello Statuto dei Lavoratori (1980).

³⁹⁰ In merito, Roca Valero V., *La alta dirección en la Administración Pública*, in www.elderecho.com

Il problema è stato affrontato in ambito giurisprudenziale proprio in merito alla fattispecie dei contratti di alta direzione conclusi dai titolari degli organi di direzione delle istituzioni sanitarie.

Il Tribunale Supremo (Sala IV), con la pronunzia del 2 aprile del 2001 (edj 5775/2001) ha escluso, ai fini dell'applicabilità del Regio Decreto n. 1382 del 1985 nelle istituzioni del servizio sanitario, la necessaria presenza dei requisiti identificativi dell'alta direzione indicati nell'art 1.2 del medesimo decreto, non consentendo, in tal modo, una interpretazione che avrebbe privato di qualsiasi significato e potenziale applicabilità le disposizioni statali cioè, nel caso sottoposto al suo giudizio, la legge finanziaria del 1991 e la legge n. 30 del 1999, che in quanto leggi formali, erano di rango superiore rispetto al decreto avente invece valore di regolamento.

Considerato, poi, che l'art. 2.1. lett. *i* dello Statuto dei Lavoratori estende il concetto di rapporto di lavoro speciale a “ qualsiasi altro lavoro che sia espressamente dichiarato come relazione di carattere speciale da una legge”, le leggi statali citate sostanzialmente erano finalizzate ad attribuire tale natura al rapporto di lavoro instaurato dai dirigenti delle istituzioni sanitarie, anche se, indirettamente, cioè mediante il rinvio al RDAD. Una qualificazione che, a parere del supremo giudice, appariva giustificata anche alla luce della rilevanza sociale delle funzioni ai medesimi assegnate.

In ultima analisi, non si porrebbero, pertanto, ostacoli all'estensione del rapporto di alta direzione ad ambiti della p.a., quali i servizi sanitari, purchè legittimato da una specifica previsione legislativa.

Peraltro, la giurisprudenza sociale è giunta, ormai, ad estendere la disciplina del RDAD a contratti conclusi da pubbliche

amministrazioni, anche indipendentemente dalla sua previsione in uno specifico dato normativo, elaborando una nozione ampiamente flessibile dell'alta direzione, che rende assimilabili le funzioni dirigenziali espletate all'interno di enti pubblici ai poteri descritti nell'art. 1.2 del RDAD. Essendo essenziali, a tal fine, alcuni elementi che assumono la valenza di veri e propri indicatori dell'alta direzione quali: una relazione che sia essenzialmente connotata da elevata *confianza* tra le parti e l'attribuzione al dirigente prescelto di un elevato potere decisorio, limitato solo da direttive provenienti dagli organi di governo (ad esempio, gli *organos superiores*, nel caso della sanità) ai quali lo vincola da un rapporto di diretta dipendenza³⁹¹.

Infine, l'art. 13 dell' EBEP è intervenuto a legittimare, nell'ambito del pubblico impiego, il contratto di alta direzione, determinando un notevole ampliamento del suo ambito soggettivo³⁹² in quanto, rinviando la definizione delle funzioni dirigenziali alle "norme specifiche" delle singole amministrazioni, consente a queste, di valutare, quali, tra le funzioni dirigenziali, assumano la qualità di alta direzione, indipendentemente dai vincoli e requisiti indicati nell'art. 1.2 del RDAD, il cui ambito di applicazione viene, anche in tale ipotesi, ampliato da una norma di rango superiore.

Di conseguenza, l'alta direzione nel settore pubblico -il cui rapporto contrattuale è, ancora oggi, disciplinato dal RDAD, al quale rinviano anche le leggi autonome le quali non potrebbero, per i limiti competenziali rinvenibili nell'art. 149.1.7 CE, intervenire nella disciplina di un rapporto di lavoro privatistico- va identificata non più

³⁹¹ Confermano una nozione flessibile del rapporto di lavoro di *alta dirección*, tra le altre, TSJ Galicia n. 2013 del 23 aprile 2010 (edj 2010/85638); TSJ Baleari n. 508 del 24 ottobre 2008 (edj 2008/254034) e TSJ Madrid n. 178 del 28 febbraio 2008 (edj 2007/46854).

³⁹² In merito, Rodríguez Ramos M.J., *El personal directivo público: una ampliación del ámbito subjetivo del Real decreto 1382/1985*, in Tema Laborales, 2009, 100, pag. 1181 e ss.

secondo un criterio formalistico, emergendo, piuttosto, quale nozione dotata di una certa elasticità: il contratto di alta dirigenza è, in definitiva, scisso dall'esercizio di quei poteri analiticamente indicati nell'art. 1.2 del Regio Decreto n. 1382 del 1985.

In tale prospettiva, va, quindi, inteso il rapporto di lavoro di alta direzione previsto nell'ambito della dirigenza sanitaria che, come si deduce nelle recenti leggi delle Comunità cantabrica e di Castilla Leòn sovraindicate viene considerato quale alternativa alla copertura dei posti dirigenziali mediante *libre designación*.

Un'alternativa che consente, sulla base della reciproca fiduciarità- che costituisce il nucleo essenziale della relazione di alta direzione- di determinare, senza alcun vincolo, il regime retributivo³⁹³ (comprensivo di eventuali *benefits*), ma che, nel contempo, consente, nella più assoluta flessibilità, all'amministrazione/datrice di lavoro, o più esattamente, agli organi "superiores" (Governo e, per suo tramite, la Consejería) di recedere, rispetto ad un *discrecional cese*, senza addurre alcuna motivazione o, più precisamente, una giusta causa (*desistimiento*).

In altri termini, la p.a/datrice di lavoro è esentata dall'enunciare il motivo della sopravvenuta carenza di fiducia che può inerire (carenza di fiducia oggettiva) alla prestazione professionale (es. non conseguimento di obiettivi programmati o altri fatti che costituiscono violazioni delle obbligazioni contrattuali non particolarmente rilevanti) o al verificarsi di fattori imponderabili, cioè non collegabili alle funzioni dirigenziali

³⁹³ L'autonomia contrattuale delle parti ha, comunque, subito notevoli restrizioni, anche se limitatamente ai contratti conclusi nel settore statale, in virtù dei provvedimenti anticrisi recentemente adottati dalla Spagna con il Real Decreto n. 3 del 10 febbraio 2012, contenente misure urgenti per la riforma del mercato del lavoro. In particolare, il decreto (disp.add.8) ha inciso, riducendole, sulle indennità percepibili in caso di recesso dell'amministrazione, ha ridotto il periodo di preavviso, ha, nel contempo, stabilito la nullità delle clausole contrarie alle restrizioni così stabilite. Ha anche introdotto un controllo preventivo di legalità sul contratto ancora da stipulare ed, inoltre, provveduto a disciplinare la struttura della retribuzione percepibile.

espletate (carenza di fiducia soggettiva). Rilevano quali unici limiti al libero recesso del datore di lavoro la comunicazione di un preavviso all'alto dirigente (pari ad un periodo minimo di tre mesi) -garanzia che potrebbe, peraltro, apparire priva di congruenza in una relazione altamente fiduciaria- e la corresponsione delle indennità pattuite in contratto o, in mancanza, determinate secondo le indicazioni contenute nell'art. 11.1. del RDAD³⁹⁴.

Il vincolo contrattuale è suscettibile di risoluzione anche in caso di grave e colpevole inadempimento dell'*alto directivo* applicandosi, in tale ipotesi, le garanzie e gli effetti stabiliti a suo favore dall'art. 55 dello Statuto dei Lavoratori (*despido disciplinario*) e, quindi, anche l'erogazione di un indennizzo qualora il licenziamento sia stato, successivamente, dichiarato illegittimo o nullo (art. 11. 2 RDAD).

Nonostante la previsione di strumenti tesi a salvaguardare la stabilità del rapporto, quali l' erogazione di un indennizzo nel caso di recesso, e la prova di un inadempimento grave e colpevole, nell'ipotesi di licenziamento, il regime al quale è sottoposto l'*alto directivo* non lo pone, comunque, al pari del dirigente pubblico, al riparo dal rischio di condizionamenti politici, potendo costituire, soprattutto l'istituto del libero recesso, uno strumento fungibile, in caso di avvicendamenti della classe politica, per eliminare dirigenti non "fedeli", finendo per assumere la *confianza* prevista dall'art. 2 del RDAD non i connotati di una fiduciarità esclusivamente professionale e tecnica ma quella, più aleatoria, della fiduciarità politica.

³⁹⁴ Il RDAD, si rammenta, consente anche al dirigente di recedere liberamente previo preavviso o, senza preavviso, per giusta causa qualora si verifichi una delle circostanze indicate nell'art. 10. 3, con diritto alla corresponsione di un indennità secondo le condizioni fissate in contratto o secondo i criteri indicati per il recesso datoriale. L'erogazione di un indennità liberamente pattuita al di sopra dei limiti indicati nel RDAD potrebbe costituire, nei casi in cui il prescelto sia vincolato all'organo di governo da una fiduciarità politica, un limite incompatibile con l'esercizio del libero recesso.

La conferma di un contenuto labile della *confianza* qualificante il rapporto di *alta direccìon* si trae dalla pronunzia del Tribunale Costituzionale n. 206 del 1999³⁹⁵ (Sala Seconda, Sezione III) con la quale il supremo giudice è giunto ad assimilare il *despido* dell'alto dirigente non al licenziamento del dirigente privato, con relativa applicazione delle garanzie procedurali e sostanziali previste dallo Statuto dei lavoratori, bensì al *cese* del personal *eventual*, categoria di pubblici dipendenti la cui nomina risponde a criteri di fiduciarità politica³⁹⁶.

Ed, invero, la giurisdizione sociale, chiamata a pronunziarsi in merito alla legittimità di una risoluzione dal contratto di alta direzione per libera scelta dell'amministrazione, si è adeguata, anche in recenti pronunzie, a tale intendimento, ritenendo che la fiduciarità che lo connota consenta che, al variare del vertice politico-istituzionale, sia "ragionevole e naturale" la sostituzione della dirigenza nominata da chi era precedentemente investito della funzione di governo e vincolata all'attuazione del programma dal medesimo stabilito³⁹⁷.

Ben si comprende, a questo punto, come i direttori generali delle istituzioni sanitarie in Spagna, per i quali la giurisprudenza sociale ha confermato, successivamente alla citata sentenza emessa nel corso del 2001 dalla Sala de lo social del Tribunale Supremo ed anche di recente, lo *status* di *alto directivo*³⁹⁸, rischiano di apparire potenzialmente

³⁹⁵ Il Tribunale Costituzionale, con la pronunzia Auto n. 206 del 1999 (Sala Seconda, Sezione III), affrontando una fattispecie nella quale veniva prospettata da un alto dirigente una risoluzione del rapporto lesiva di diritti fondamentali in quanto viziata da discriminazione ideologica, determinatasi a causa della non assonanza politica con l'organo di governo di nuova nomina, ha ritenuto che il nucleo della questione fosse proprio la natura strettamente professionale o politica del rapporto fiduciario dell'alta dirigenza, optando per tale ultima soluzione, in quanto l'*alto directivo* è assimilabile alle *altos cargos* delle pp.aa. ed al personale di *libre designacìon*.

³⁹⁶ Sul personal *eventual* si rinvia a quanto espresso nella nota n. 329.

³⁹⁷ Tra le ultime, la sentenza TSJ Baleari n. 81 del 27 febbraio 2012.

³⁹⁸ Il riferimento è alla sentenza del Tribunale Supremo (Sala IV) n. 443 del 14 febbraio 2012 che riconosce lo *status* di *alto directivo* ad un direttore di ospedale psichiatrico del Servizio Sanitario della Comunità Basca.

“deboli”, se confrontati con il *manager* di un’azienda sanitaria del nostro Servizio Sanitario Nazionale.

Pur nominato da un organo politico e vincolato da un incarico che presenta i tratti della fiduciarietà politico-professionale, il rapporto del direttore generale di un’azienda sanitaria deve sempre conformarsi, quale rapporto di natura dirigenziale, al paradigma autonomia/verifica dei risultati/ responsabilità, essendo stato posto al riparo da subdole forme di recesso ad nutum, verificatesi in coincidenza di mutamenti del vertice regionale, da un giudice costituzionale sensibile a preservare la linea di separazione tra politica ed amministrazione³⁹⁹.

³⁹⁹ Si rinvia, in merito, alle pronunzie della Corte Costituzionale citate nella nota n. 194.

CONCLUSIONI

L'esame sin qui svolto rappresenta un tentativo di esaminare il lavoro pubblico in Italia e Spagna secondo un approccio che non si limita al modello generale, ma affronta la fisionomia specifica del rapporto di lavoro in un settore, il sistema sanitario nazionale, che, in entrambi i Paesi, è stato istituzionalizzato con una forte impronta regionalista.

Sia in Italia che in Spagna non solo sono state compiute analoghe scelte politiche per garantire un diritto costituzionalmente rilevante (che, nel nostro ordinamento, assurge anche a diritto fondamentale) ma si sono manifestate forti tendenze al decentramento delle potestà legislative ed esecutive nel settore sanitario, che non escludono, secondo dinamiche di *multilevel governance*, un intervento centralistico. Afferisce al livello statale, in particolare, la produzione di norme-principio (caso italiano), di norme basiche, dotate di maggiore elasticità rispetto alle prime (caso spagnolo), associata ad una funzione di coordinamento generale, finalizzata a garantire un *trade off* tra principio di autonomia e, quindi, diversità fra le varie realtà territoriali, e condizioni di omogeneità nel godimento del diritto, e, quindi, equità in ambito nazionale.

Una tensione tra aspirazioni federaliste e coerenza di sistema che per funzionare correttamente richiede, ormai, forme di concertazione multilaterale che, nel nostro ordinamento, sono, anche, espressione di un principio di leale collaborazione derivato dalla giurisprudenza costituzionale e che, nell'ordinamento spagnolo, hanno assunto, proprio nell'attuale fase statutaria di seconda generazione, la funzione

di mitigare le pretese a dinamiche relazionali ispirate a logiche di bilateralismo, espresse da alcune realtà territoriali.

A fronte di fattori omogeneizzanti i rispettivi sistemi sanitari, il confronto tra scelte politiche in tema di rapporti di lavoro appare meno lineare.

In entrambi i Paesi, l'elevata professionalità, che connota la prestazione del servizio in tale ambito, e la peculiarità dell'assetto organizzativo del sistema sanitario, hanno implicato la predisposizione di regimi giuridici tendenti a creare categorie lavorative con tratti di specificità. Un *trend* che ha ottenuto conferma, anche recentemente, nella c.d riforma sanitaria dell'aprile del 2012 (Real Decreto Ley n. 16 del 2012)⁴⁰⁰ con la quale il legislatore spagnolo ha introdotto un registro statale dei professionisti sanitari (art.9), in funzione di pianificazione e controllo della risorsa umana essenziale al sistema e che rappresenti, nel contempo, uno strumento per garantire la mobilità dei sanitari tra i servizi delle singole Comunità Autonome.

Il professionista sanitario gode, infatti, nell'ordinamento spagnolo, di un regime statutario, storicamente derivante dagli statuti adottati nel corso degli anni sessanta e settanta, la cui peculiarità, già consolidata in ambito dottrinale e giurisprudenziale, è stata formalmente sancita con l'adozione, nel 2003, di uno statuto quadro, nel quale il rapporto di lavoro in esame viene, espressamente, definito quale *relación funcionarial especial*.

Un regime statutario che è assunto anche a parametro di riferimento unitario per la gestione di quelle risorse sanitarie professionalizzate che, una volta compiuto il processo di integrazione

⁴⁰⁰ Trattasi in realtà non di una riforma strutturale del SNS bensì di un decreto contenente misure urgenti per garantire, in una fase di crisi economica, la sostenibilità del sistema sanitario e migliorarne la qualità delle prestazioni.

dei vari servizi sanitari preesistenti a livello autonomico, godevano, invece, dello *status* di lavoratore a regime meramente pubblicistico, ma non statutario, o di lavoratore contrattualizzato e, quindi, a regime privatistico.

Non si riscontra in Spagna, invece, un' assimilazione del professionista sanitario alla dirigenza, scelta compiuta, invece, a decorrere dalla riforma sanitaria del 1992, dal nostro legislatore e che rappresenta, nel contesto italiano, il *quid unicum* del lavoro in sanità.

Una dirigenza sanitaria che, oltre a vivere, ormai, all'interno di un modello "plurale" di dirigenza pubblica, risente di un assetto strutturale nel quale si assiste ad una complessa e variegata distribuzione di poteri gestionali.

Una scelta, quella dirigenziale, che, nel contesto spagnolo, non pare percorribile in quanto la dirigenza costituisce il punto dolente del lavoro pubblico spagnolo, non esistendo, eccettuate alcune sporadiche leggi autonome di recente adozione, una norma di rango legale che con carattere generale stabilisca il regime giuridico della dirigenza pubblica.

Un carenza normativa che rende difficile l'identificazione della figura dirigenziale, non avendo neppure l'EBEP, intervenuto nel 2007 a dettare la legislazione basilica del lavoro nelle pubbliche amministrazioni, fornito una adeguata soluzione.

Nel sistema sanitario, la identificazione di colui che svolge funzioni dirigenziali ed il relativo regime giuridico sono rimessi alle singole leggi autonome o a norme di rango regolamentare (tra le ultime, il Decreto della Comunità Valenziana n. 30 del 3 febbraio 2012), così come la disciplina in materia di accesso che, conformemente al modello dirigenziale statale, si concretizza, di regola, in una scelta ad

ampia discrezionalità (*libre designaciòn*), anche in quelle Comunità Autonome che aspirano a dotarsi di una dirigenza ad elevata professionalizzazione, ritenuta garanzia di una buona amministrazione delle risorse sanitarie.

Ma, il tratto distintivo tra i due ordinamenti è rilevabile più a monte, cioè nelle scelte compiute in materia di rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni.

Un rapporto di lavoro privatizzato, e che permane tale nonostante la revisione del sistema delle fonti prodotta dal c.d. decreto Brunetta, ed una potestà legislativa sul rapporto individuale di lavoro “centralizzata”, in quanto statale ed esclusiva, sottratta, pur nella rivisitazione in senso fortemente regionalistico dell’assetto istituzionale, a possibili rischi di decentramento, contraddistingue il modello di lavoro pubblico nell’esperienza italiana.

Una scelta “privatistica” conseguita alla luce di un articolo 97 della Carta Costituzionale che pone, a garanzia dell’imparzialità ed il buon andamento della p.a., una riserva di legge in materia di organizzazione dei pubblici uffici che non è stata intesa, anche con il benessere del giudice costituzionale, quale vincolo ad uno statuto pubblicistico per i lavoratori delle pp.aa., consentendo, invece, un “equilibrato dosaggio di fonti”. Essendo giunto a distinguere, pertanto, il legislatore ordinario una macro-organizzazione, affidata ancora a fonti pubblicistiche, ed un rapporto di lavoro ed un’ “organizzazione degli uffici”, o micro-organizzazione, ricondotte alla disciplina civilistica.

L’esperienza spagnola deve fare i conti con una riserva di legge, posta dall’art. 103.3 della Costituzione spagnola del 1978 in tema di statuto dei pubblici funzionari, che non vincola ad un modello predeterminato di lavoro pubblico, ammettendo una pluralità di scelte da

parte del legislatore ordinario soprattutto in ragione di una Costituzione che viene declinata quale Costituzione *abierta*, cioè diretta a non precludere, nel rispetto dei precetti ivi contenuti, vari percorsi evolutivi.

Nonostante l'accreditata apertura, sino ad oggi, non è stata posta in crisi l'interpretazione dell'art. 103.3 CE diretta ad attribuire fondamento alla c.d. *teoria estatutaria* del rapporto di lavoro a regime pubblicistico, avendo il Supremo Tribunale Costituzionale, in più occasioni, confermato l'intrinseca natura statutaria della *relación funcionarial*. Il Costituente, in particolare, avrebbe espresso solo un'opzione preferenziale per un regime statutario che non preclude alla legislazione ordinaria di determinare “in quali casi e a quali condizioni riconoscere altre vie di accesso al servizio di una Amministrazione Pubblica” consentendo, indirettamente, la presenza di lavoratori pubblici contrattualizzati.

Una tendenza al dualismo che appare una soluzione dal sapore compromissorio.

Sul fronte della potestà multilivello, il regime statutario subisce il decentramento, limitandosi la potestà statale a produrre le *bases*, che trovano attualmente espressione nell'EBEP, permanendo a livello autonomico una potestà di autorganizzazione che implica una “propria” disciplina del rapporto *funcionarial*.

Si creano i presupposti, quindi, per una eterogeneità territoriale di regimi *funcionariales* che non è esposta a valutazioni, anche aprioristiche, di incompatibilità con esigenze di uniformità/uguaglianza, essendo considerata, piuttosto, l'espressione di un sistema politico fortemente decentrato.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Sistemi sanitari a confronto. I punti nodali*, in Ragiusan, 1998, 170/171, pag. 6 e ss.

Alaimo A., *La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e "blocchi" dalla "riforma Brunetta" alla "manovra finanziaria"*, in W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 107/2010, www.lex.unict.it

Alegre Ávila J.M., *Estatuto marco y Estatuto Básico*, in RAP, 148, 2010, pag. 728 e ss.

Ales E., *Conferimento e "mutamento" degli incarichi di funzione dirigenziale*, in La terza riforma del lavoro pubblico di Carinci F. e Mainardi S. (a cura di), Milano, Ipsoa, 2011, pag. 177 e ss.

Ales E., *Dirigenza pubblica: le finalità della riforma*, in La terza riforma del lavoro pubblico di Carinci F. e Mainardi S. (a cura di), 2011, Milano, IPSOA, pag. 165 e ss.

Ales E., *Le nuove attribuzioni della dirigenza*, in La terza riforma del lavoro pubblico di Carinci F. e Mainardi S. (a cura di), 2011, Milano, IPSOA, pag. 173 e ss.

Ales E., *Valutazione dei risultati e responsabilità dirigenziale nel settore sanitario*, in Bottari, Tullini (a cura di), *La dirigenza sanitaria a confronto. Amministrativisti e lavoratori a confronto*, Università degli Studi di Bologna, Maggioli, 2004, p. 153 ss.

Alpa G., *Il limite del diritto privato alla potestà normativa regionale*, in Contratto e Impresa, 2002, 2, pag. 597 e ss.

Apicella E.A., *I nuovi orientamenti nella giurisdizione sulle controversie di lavoro pubblico*, in GDA, 2011, 12, pag. 1363 e ss.

ARAN, *Le novità del d.lgs. n. 141 del 2011 in materia di contrattazione*, in www.aranagenzia.it

Arufe Varela A., *Tres modelos distintos de formalización del estatuto de los empleados públicos, al hilo de la exposición de motivos de estatuto español*, in Tema Laborales, 2008, 96, pag. 85 e ss.

Balaguer Callejon F., *Lo Stato autonómico spagnolo: la stagione delle riforme*, 2008, in www.issirfa.cnr.it

- Balaguer Callejon F., *Derecho Constitucional*, 1999, Madrid, Tecnos.
- Balduzzi R., *La legislazione regionale dopo la l.cost.n. 3 del 2001: sanità, commercio, servizi pubblici locali, comunicazione, urbanistica, elezioni regionali, servizi sociali, tributi regionali, istruzione*, in *Le Regioni*, 2005, 5, pag. 717 e ss.
- Balduzzi R., *Salute (diritto alla)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Cassese S., Milano, Giuffrè, 2006, pag. 5393 e ss.
- Balduzzi R. (a cura di), *Sistemi costituzionali, diritto alla salute e organizzazione sanitaria*, Bologna, Il Mulino, 2009.
- Balduzzi R., *Sul rapporto tra regionalizzazione e aziendalizzazione in campo sanitario*, in *Quaderni Regionali*, 2008, 3, pag. 1029 e ss.
- Balduzzi R., *Titolo V e tutela della salute*, in Balduzzi R. e Di Gaspare G. (a cura di), *Sanità ed assistenza dopo la riforma del Titolo V*, Milano, Giuffrè, 2002, pag. 11 e ss.
- Barbera A., *Regione ed interesse nazionale*, 1973, Milano, Giuffrè.
- Bassanini F., *I principi costituzionali e il quadro istituzionale: distinzione fra politica e amministrazione, autonomia e responsabilità della dirigenza*, in *L'amministrazione come professione* di D'Alessio G. (a cura di), Il Mulino, 2008, pagg. 31 e ss.,
- Bartole S., *Regioni ed ordinamento civile: il punto di vista del costituzionalista*, in *L'ordinamento civile nel nuovo sistema delle fonti legislative*, (a cura di Alpa G. ed altri), 2003, Milano, Giuffrè, pag.71 e ss.
- Bellavista A., *Federalismo e lavoro pubblico regionale*, in www.di.elle.it
- Bellavista A., *Gli incarichi dirigenziali dopo la manovra "Tremonti"* in *Il Lavoro nella giurisprudenza*, 2011, 2, pag. 151 e ss.
- Bellavista A., *Il decreto correttivo della riforma Brunetta e il "cantiere aperto" del lavoro pubblico*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 12, 2011, pag. 1185 e ss.
- Bellavista A., *La contrattazione collettiva nazionale e integrativa* in *NLCC*, 2011,5, pag. 1300 e ss.
- Bellavista A., *Ordinamento civile, diritto del lavoro e regionalismo*, in *Diritto del mercato del lavoro*, 2003, 3, pag.501 e s

Belletti M., *Il difficile rapporto tra “tutela della salute” e “assistenza e organizzazione sanitaria”*. Percorsi di una “prevalenza” che diviene “cedevole”, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2006, pag. 1176 e ss.

Belletti M., *I criteri seguiti dalla Consulta nella definizione delle competenze di Stato e Regioni e il superamento del riparto per materie*, in *Le Regioni*, 2006, 5, pag. 903 e ss.

Benedetti A.M., *Lavoro privato, lavoro pubblico e “ordinamento civile”: quali spazi per le Regioni?*, in *LPA*, 2010, I, pag. 125 e ss.

Benelli F. e Bin R., *Prevalenza e “rimaterializzazione delle materie”: Scacco matto alle regioni*, in *Le Regioni*, 2009, 6, pag. 1185 e ss.

Bin R., *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale* in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, I, 2004, Napoli, Jovene, pag. 295 e ss.

Bindi Rosy, *La riforma della sanità*, in *Aggiornamenti sociali*, 2003, 54, p. 139 ss.

Blanco Valdés , *Introduzione alla Costituzione spagnola del 1978*, 2009, Torino, Giappichelli

Bolognino D., *Problemi di applicabilità dell’art. 19, comma 6 e 6bis, alle regioni ed agli enti locali in uno Stato multilivello*, in *LPA*, 2011, I, pag. 144 e ss..

Bolognino D., *La revoca anticipata dell’incarico dirigenziale per “motivate esigenze organizzative”: tra contratti collettivi, pronunce giurisprudenziali e neo art. 1, comma 18 L. n. 148 /11*, in *LPA*, 2011, 3/4, pag. 528 e ss.

Boltaina Bosch X., *La Funcionarización del personal laboral al servicio de las administraciones públicas: algunas reflexiones tras el estatuto básico del empleado público*, in *CEMCI*, 2012, 14, pag. 1 e ss.

Bonardi O., *Federalismo e diritto del lavoro: spunti di riflessione tratti dall’esperienza spagnola*, in *RGL*, 2002, 3, pag. 421 e ss.

Bordogna L., *Per una maggiore autonomia dell’alta dirigenza pubblica: una proposta*, in *W.P. C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” 92/2009*, www.lex.unict.it

Boscato A., *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazione del lavoro e svolgimento dell’attività amministrativa*, in *LPA*, 2009, I, pag. 13 e ss.

Boscato A., *Norma transitoria. Norme per la dirigenza del servizio sanitario nazionale. Norme di richiamo.* in *Il Lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario* (a cura di Carinci F. e D'Antona M.), 2000, I, pag. 887 e ss.

Camurri L., *Dieci punti per rafforzare il processo di riforma nel pubblico impiego*, in *RU*, 2011, 4/5, pag. 75 e ss.

Cappucci A., *La configurazione giuridica delle aziende sanitarie*, in *Sanità Pubblica*, 2001, 11/12, pag. 1243 e ss.

Carabelli U., *La "riforma Brunetta": un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 101/2010, www.lex.unict.it

Carinci F., *Riforma costituzionale e diritto del lavoro*, in *ADL*, 2003, pag. 17 e ss.

Carinci F., *Giurisprudenza costituzionale e c.d. privatizzazione del pubblico impiego*, in *LPA*, 2006, 3-4, pag. 512.

Carinci F., *Il secondo tempo della riforma Brunetta: il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 119/2011, www.lex.unict.it

Carinci F., *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla L. n. 133/2008 alla L.d. n. 15/2009*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 88/2009, www.lex.unict.it

Carinci F., *Il dirigente privato ed il dirigente pubblico privatizzato: i termini di un raffronto*, in *GI*, 2010, pag. 2699 e ss.

Carinci F., *Il lento tramonto del modello unico ministeriale dalla "dirigenza" alle "dirigenze"*, in *LPA*, 2004, pag. 844 e ss.

Carinci F., *Una riforma conclusa. Fra norma scritta e prassi applicativa*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, di Carinci F. Zoppoli L. (a cura di), 2004, Torino, Utet, I, pag. LV e ss.

Carinci F. e Mainardi S. (a cura di), *La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni. Dal modello unico ministeriale ai modelli caratterizzanti le diverse amministrazioni*, 2005, LXIII, Milano, Giuffrè

Carinci M.T. e Carabelli U., *Il lavoro pubblico in Italia*, 2010, Bari, Cacucci.

Carini F.M., *Il licenziamento del dirigente pubblico tra vizi sostanziali e vizi formali*, in *Foro amministrativo /C.d.S.*, 2007, 4, pag. 1267 e ss.

Caruso B., *Gli esiti regolativi della "riforma Brunetta" (come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni)*, in *LPA*, 2/2010, pag. 251.

Caruso B., *Il diritto del lavoro nel tempo della sussidiarietà(le competenze territoriali nella governance multilivello)*, in Arg. Dir. Lav., 2004, 3, pag. 801 e ss.

Caruso B., *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità(Il ridisegno della governance nella p.a.italiana)*, in W.P. C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”,104/2010, www.lex.unict.it

Casalini D., *La qualificazione giuridica soggettiva e l’”autonomia imprenditoriale” delle aziende sanitarie*, in Pioggia A, Civitarese Matteucci S., Dugato M., Racca G.M.(a cura di), *Oltre l’aziendalizzazione del servizio sanitario: un primo bilancio*, 2008, Milano, Angeli, pag. 299 e ss.

Cassese S. (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, 2012, Milano, Giuffrè

Celotto A., *La materia sanitaria nell’ambito delle competenze legislative regionali del nuovo art. 117 Cost.*, in L’Arco di Giano, 2002, 32, pag. 31 e ss.

Cerrina Feroni G., *La costituzione della Germania (1949)*, in Cerrina G. ed altri, *Il Codice delle Costituzioni*, 2009, Torino, Giappichelli

Cerulli Irelli V., *Lineamenti di diritto amministrativo*, 2011, Torino, Giappichelli, pag. 114 e ss.

Ceresetti G., *Spoil system in ambito sanitario tra fiduciarietà ed imparzialità*, in Foro amministrativo /C.d.S, 2009, 7/8, pag. 1655 e ss.

Cilione G., *Diritto sanitario*, 2005, Bologna, Maggioli

Claudi M.C., *Funzione di indirizzo politico e funzione di gestione delle aziende sanitarie*, in Ragusan, 2010, 319/320, pag. 15 e ss.

CNEL (documento del 24 gennaio 2002)“ *La riforma del titolo V della Costituzione*” in www.cnel.it

Colom Pastor B., *La potestad organizatoria de las Comunidades Autónomas*, in Revista de estudios de la administración local y autonómicas, 2008, 306, pag. 187 e ss.

Corrales Guillén J.C. e Prieto Romero C., *La figura del directivo público profesional en el Estatuto básico del empleado público: aspectos basicos para la definición de su régimen Jurídico y cuestiones abiertas*, in CEMCI, 2008,I, pag. 1 e ss.

Cuocolo L. , *La tutela della salute tra neoregionalismo e federalismo. Profili di diritto internazionale e comparato*, 2005, Milano, Giuffrè e Roma, Luiss University Press.

D'Alessio G., *La dirigenza: imparzialità amministrativa e rapporto di fiducia con il datore di lavoro*, in LPA, 2007, 2, pag. 349 e ss.

D'Alessio G., *La disciplina della dirigenza pubblica: profili critici ed ipotesi di revisione nel quadro normativo*, LPA, 2006, 3/4, pag. 549 e ss.

D'Alessio G., Ferrante A., Pioggia A., *La disciplina degli incarichi della dirigenza professionale*, in L'amministrazione come professione di D'Alessio G. (a cura di), 2008, Bologna, Il Mulino, pag. 125 e ss.

D'Antona M., *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni*, in ADL, 1997, 4/5, pag. 35 e ss.

D'Atena A., *L'autonomia legislativa delle Regioni*, 1974, Roma, Bulzoni

D'Atena A., *La Consulta parla ...e la riforma del titolo V entra in vigore*, in Giurisprudenza Costituzionale, 2002, 3, pag. 2027 e ss.

D'Atena A., *Le aperture dinamiche del riparto delle competenze, tra punti fermi e nodi non sciolti*, 2008, 4/5, Le Regioni, pag. 811 e ss.

D'Atena A., *Il riparto delle competenze legislative: una complessità da governare*, in "I cantieri del federalismo in Europa", 2008, Milano, Giuffrè, pag. 235 e ss.

D'Atena A., *"La difficile transizione. In tema di attuazione della riforma del titolo V"* Le Regioni, 2002, 2/3, pag. 305 e ss..

D'Atena A., *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in Quaderni Costituzionali, 2003, I, pag. 15 e ss.

D'Atena A., *Pedagogia spagnola e tedesca per le riforme italiane*, in L'osservatorio sulle Regioni, 2007, 2, pag. 419 e ss.

D'Auria G., *Ancora su nomine fiduciarie dei dirigenti pubblici e garanzie contro lo "spoils system"*, in FI, 2010, I, pag. 2281 e ss.

D'Auria G., *Il nuovo sistema delle fonti: legge e contratto collettivo, Stato e autonomie territoriali*, in GDA, 2010, 1, pag. 5 e ss.

D'Auria G., *La nuova riforma del lavoro pubblico e le autonomie regionali e locali*, in GDA, 2009, 5, pag. 484 e ss.

D'Auria G., in *“Variazioni su lavoro pubblico, organizzazione amministrativa e titolo V (parte seconda) della Costituzione*, in LPA, 2005, I, pag. 3 e ss

D'Onghia M., *I soggetti della contrattazione collettiva di parte pubblica: Comitati di settore e ARAN*, in *La terza riforma del lavoro pubblico* di Carinci F. e Mainardi S. (a cura di) Milano, IPSOA, 2011, pag. 367 e ss.

D'Orta C., *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni dal diritto pubblico al diritto privato: il fallimento di una riforma*, in LPA, 3/4, 2011, pag. 391 e ss.

De Angelis L., *Federalismo e rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in FI, V, pag.31 e ss.

De Marco C., *Il licenziamento nel lavoro pubblico*, 2011, Torino, Giappichelli

De Sande Pérez-Bedmar M., *El estatuto básico del empleado público: comentario al contenido en espera de su desarrollo*, RL, 2007,I, pag. 54 e ss.

Del Punta R., *Diritto del lavoro*, 2011, Milano, Giuffrè

Del Punta R., *Il diritto del lavoro fra due secoli: dal protocollo Giugni al Decreto Biagi*, in *Il diritto del lavoro nell'Italia Repubblicana* di Ichino P. (a cura di), 2008, Milano, Giuffrè, pag. 350 e ss.

Del Punta R., *Tutela e sicurezza del lavoro*, in *Lavoro e Diritto*, 2001, 3, pag. 435 e ss.

Del Rey Guanter S. e Gala Duràn C., *El personal estatutario al servicio de las instituciones sanitarias: una aproximación a su problemática actual y a sus perspectivas de futuro*, in RL, 2001, I, pag. 421 e ss.

Del Saz S., *La laborización de la Función pública: del contrato laboral para trabajos manuales al contrato de Alta Dirección*, in *Documentación Administrativa*, 1995, 243, pag. 133 e ss.

Del Saz Cordero S., *La huida del derecho Administrativo: ultima manifestaciones. Aplausos criticas*, in RAP, 1994, 133, pag. 57 e ss.

De Val Tena A.L., *Extinción del contrato de alta dirección por desistimiento empresarial: el cese del Director Gerente de un hospital público y la pretendida limitación de las indemnización*“, BIB 2006/499, in www.westlaw.es

Delfino M., *Comitati di settore e rappresentanza negoziale delle amministrazioni pubbliche*, in Zoppoli L.(a cura di), *Ideologia e Tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, 2009, pag. 191 e ss.

Di Nardo C., *Del conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali: tutela giurisdizionale*, in Ragiusan, 2011, 327/328, pag. 279 e ss.

Di Nardo C., *La tutela procedimentale nel licenziamento del dirigente*, in LPA, 2007, 2, pag. 541 e ss.

Dossier “*L’approvazione del decreto legislativo Brunetta di riforma della P.A.*” C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” in www.lex.unict.it

Dragonetti S. ed altri, *Il personale delle aziende sanitarie: nuovo stato giuridico*, 2002, Milano, Giuffrè

Entrena Cuesta R., *El regimen estatutario de los funcionarios publicos como postulado constitucional* in Estudios sobre la Constitucion Espanola, 1991, Civitas, III, pag. 2599 e ss.

Falcon G., *Modello e transizione nel nuovo Titolo V*, in Le Regioni, 2001, 6, pag. 1247 e ss.

Fernández Avilés J.A., *La riforma del diritto del lavoro in Spagna. Osservazioni sul Real Decreto-Ley 10/2010 16 giugno, contenenti misure urgenti per la riforma del mercato del lavoro*, in ADL, 2010, 6, pag. 1147 e ss.

Fernández -Miranda Fernández –Miranda J., *El Estatuto Básico del empleado público y la regulación de las funciones reservadas al funcionario público*, in Revista Espanola de Derecho Administrativo, 2008, 139, pag. 480 e ss.

Fernandez Segado F., *El sistema constitucional espanol*, 1992, Madrid, Dykinson

Ferrara R., *Organizzazione e principio di aziendalizzazione nel Servizio Sanitario Nazionale: spunti problematici*, in Bottari e Tullini (a cura di), *La sanitaria a confronto. Amministrativisti e lavoratori a confronto*, Università degli Studi di Bologna, Maggioli, 2004, p. 53 ss.

Ferrara R., *L’ordinamento della sanità*, 2007, Torino, Giappichelli

Fiorillo L., *Art. 5 del D.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 (Commento)* in Amoroso B., Di Cerbo V., Fiorillo L., (a cura di), *Il Diritto del lavoro*, Vol.III, 2009, Milano, Giuffrè, pag. 117 e ss.

Gallo E., *Federalismo in materia sanitaria: i rapporti tra organi di vertice e la dirigenza medico-sanitaria*, in Bottari e Tullini (a cura di), *La dirigenza sanitaria a*

confronto. *Amministrativisti e lavoristi a confronto*, Università degli Studi di Bologna, Maggioli, 2004, p. 25 ss.

Garcia Cobos S., *Naturaleza jurídica de la relación estatutaria*, in *Tribuna Social*, 2005, 174, pag. 35 e ss.

Garcia De Enterría E., *El sistema descentralizador de las Comunidades Autónomas*, in *RAP*, 2008, 1, pag. 217 e ss.

García Fernández M., *Distribución competencial en materia laboral*, in *Relaciones Laborales*, 1992, 1, pag. 97.

García Guerrero J.L., *Lo Stato autonomico, evoluzione e qualche conclusione dopo la prima riforma integrale di alcuni statuti*, in Gambino S. (a cura di), *Il federalismo in Italia e Spagna*, 2008, Milano, Giuffrè, pag. 311 e ss.

Gardini G., *Il riordino della dirigenza pubblica e i riflessi sulla dirigenza sanitaria*, in Bottari e Tullini (a cura di), *La dirigenza sanitaria a confronto. Amministrativisti e lavoristi a confronto*, 2004, Università degli Studi di Bologna, Maggioli, p. 75 ss.

Gardini G., *L'autonomia della dirigenza nella (contro)riforma Brunetta*, in *LPA*, 2010, 3/4, pag. 579 e ss.

Gardini G., *Sulla costituzionalità delle disposizioni in materia di dirigenza pubblica (spoils system) contenute nelle recenti manovre finanziarie*, in *Foro Amministrativo / TAR*, 2011, 9 /10, pag. 2968 e ss.

Garilli A. e Bellavista A., *Riregolazione legale e de contrattualizzazione: la neoibridazione normativa del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *LPA*, 1, 2010, pag. 1 e ss.

Geddes M., *”Rapporto sulla salute in Europa: salute e sistemi sanitari nell’Unione Europea”* (a cura di), 1995, Roma, Ediesse

Genesin, *Problematiche vecchie e nuove a proposito di dirigenza sanitaria*, 2004, 1, *Sanità pubblica*, pag. 31 3 ss.

Giannini M.S., *Impiego pubblico (teoria e storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, 1970, Vol.XX, Milano, Giuffrè, pag. 293 e ss.

Giannini M.S., *Diritto Amministrativo*, 1993, Milano, Giuffrè.

Girón Reguera E., *Esperienza e prospettive del regionalismo in Spagna*, in www.crdc.unige.it

Griglio E., *Unità e decentramento nella tutela del diritto alla salute in Spagna*, in Sistemi costituzionali, diritto alla salute, e organizzazione sanitaria, a cura di Balduzzi R., 2009, Bologna, Il Mulino, pag. 247 e ss.

Goerlich Pesset J.M., *Las relaciones laborales en las administraciones públicas*, in Congreso Nacional de derecho de trabajo y de la seguridad social, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Social, 2001, pag. 314 e ss.

Gonzales Salinas P., *La relación funcional especial del personal estatutario de los servicios de salud y la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa*, in REDA, 2005, 125, pag. 5 e ss.

Gorelli Hernández J., *Diritto del lavoro e federalismo in Spagna*, in Di Stasi A. (a cura di) *Diritto del lavoro e federalismo*, 2004, Milano, Giuffrè, pag. 138 e ss.

Guazzarotti A., *Diritti fondamentali e Regioni: il nuovo Titolo V alla prova della giurisprudenza costituzionale*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2008, 5, pag. 599 e ss.

Jiménez Asensio R., *El repartiment de competències entre l'Estat i Les Comunitats autònomes en matèria de funció pública: línies bàsiques de la jurisprudència constitucional*, 2004, IEA

Jiménez Asensio R., *Los directivos públicos en España* (tres tesis y algunas propuestas), en Acta de la ponencia presentada en el II Congreso de Gestión Pública, Barcelona, 2006, in www.cemical.diba.cat.

Jorio E., *L'atto aziendale e i suoi contenuti*, in *Sanità pubblica e privata*, 2006, 2, pag. 12 e ss.

Jorio E., *D.l.vo n. 68 del 2011 sulla finanza di regioni e province, sull'aperquazione e sui costi-fabbisogni standard nella sanità*, in *Ragiusan*, 2011, 325/326, pag. 6 e ss.

Jorio E., *Diritto sanitario*, 2006, Milano, Giuffrè.

Jorio E., *Il federalismo fiscale esige la riforma quater della sanità*, in *Sanità pubblica e privata*, 2010, 6, pag. 15 e ss.

Jorio E., *Un primo esame del d.lgs. n. 69/2011 sul federalismo regionale e il finanziamento della sanità*, in *Sanità pubblica e privata*, 2011, 5, pag. 24 e ss.

Llamas Gutiérrez A., *La distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas*, 1994, Barcellona, Bosch

Lamarque E., *Osservazioni preliminari sulla materia "ordinamento civile", di esclusiva competenza statale*, in *Le Regioni*, 2001, 6, pag. 1343 e ss.

Landa Zapirain J.P. in, *La organizaciòn de la sanidad publica ante la jurisprudencia constitucional una reflexiòn sobre este modelo de reparto competencial entre Estado y Comunidades Autònomas*, in *Revista de derecho social*, 1999, 6, pag. 121 e ss.

Landa Zapirain J.P. in *La reforma de la sanidad pùblica y del regime jurìdico de su personal*, 1999, Madrid, Consejo Econòmico y Social

Loy G., *Le competenze delle regioni a statuto speciale in materia di lavoro alla luce della modifica del titolo V della Costituzione italiana*, in Di Stasi A. (a cura di), *Diritto del lavoro e federalismo*, 2004, Milano, Giuffrè, pag. 19 e ss..

Lovo M. e Verbaro F., *Le norme transitorie e finali del d.lgs.n. 150/2009 (artt. 73-74)*, in Tiraboschi M. e Verbaro F. (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico*, 2010, Milano, Giuffrè, pag. 613 e ss.

Luciani M., *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni* in *Politica del diritto*, 2002, 3, pag.345 e ss.

Luciani M., *Regioni e diritto del lavoro. Note preliminari*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2002, 1, pag. 57 e ss.

Luque M., *Il personal de alta direcciòn nell'ordinamento spagnolo*, in *DRL*, 2009, 1, pag. 60 e ss.

Maeso Seco L., *A quièn le importa el establecimiento de un rìgimen profesional de directivos pùblicos en tempo de crisis?*, in *Boletín del Insitucion de Gobernanza y Direcciòn Pùblica de Esade*, 2012, www.esade.edu

Maeso Seco L.F., *Breve exposiciòn de los contenidos más destacados de la reforma del empleo pùblico espanol de 2007 a la luz de la "reforma Brunetta" de 2009*, in *LPA*, 2009, 5, pag. 809 e ss.

Maeso Seco L.F., *El personal directivo pùblico en Espana (su regimen jurìdico antes y después del EBEP)*, 2011, Madrid, La Ley.

Maino F. e Pavolini E., *Il welfare sanitario in Europa tra decentramento e ri-accentramento*, in *Polis*, 2008, pag. 79 e ss.

Maio V., *L'impossibile stabilizzazione della dirigenza pubblica, ovvero l'altra faccia dello spoils system all'italiana*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2011, 4, pag. 3266 e ss.

Maldonado Molina J.A., *Los niveles del derecho a la protecciòn de la salud: competencias autonòmicas en asistencia sanitaria*, in *Comentario pràctico a la legislaciòn reguladora de la sanidad en Espana*, 2007, Granada, Comares.

Mancini Claudia, *L'Azienda sanitaria a dieci anni dalla sua istituzione*, in *Sanità Pùblica e Privata*, 2004, 1, pag. 9 e ss.

- Mangiameli S., *Le materie di competenza regionale*, 1992, Milano, Giuffrè.
- Mangiameli S., *Il federalismo italiano dopo Lorenzago. Considerazioni sulla riforma del titolo V e sulla riforma della riforma*, in *Iustitia*, 2004, 4, pag. 465 e ss.
- Marcianò A., *Tutela reintegratoria e risarcitoria del dirigente pubblico, storia di una alternanza interpretativa ed applicativa controversa*, in *LPA*, 2011, 1, pag. 49 e ss.
- Maretti S., *La dirigenza sanitaria: incarichi, valutazione e responsabilità alla luce del d.lgs. n. 150 del 2009 e del C.C.N.L. del 6 maggio 2010*, in *Massimario di Giurisprudenza del lavoro*, 2011, 3, pag. 134 e ss.
- Marín Alonso I., *El empleo público laboral en el estatuto básico del empleado público*, in *RL*, 2009, 8, pag. 23 e ss.
- Marín Alonso I., *La nuevas particularidades de la relación laboral de empleo público tras la reforma laboral de 2010*, in *RL*, 2011, 22, pag. 14 e ss.
- Marinelli F. e Sgarbi L. *Aree III e I. Dirigenza della Sanità*, in *La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni. Dal modello unico ministeriale ai modelli caratterizzanti le diverse amministrazioni*, 2005, Milano, Giuffrè
- Marra F., *La contrattazione collettiva di lavoro nelle aziende sanitarie: evoluzione normativa recente*, in *Ragiusan*, 2010,309/310, pag. 239 e ss.
- Marra F., *Il dirigente ed il professional: spunti per una riforma*, in *Ragiusan*, 2008, 291/292, pag. 294 e ss.
- Marra F., *Il sistema di valutazione integrato dei dirigenti delle aziende sanitarie*, in *Ragiusan*, 2006, 269/270, pag. 571 e ss.
- Martin Retortillo Baquer S., *Reflexiones sobre la "huida" del derecho administrativo*, in *RAP*, 1996, 140, pag. 47 e ss.
- Mastinu E.M., *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni regionali nel Titolo V della Costituzione*, in *RGL*, 2007, 2, pag. 371 e ss..
- Mazzotta O., *Attribuzioni e poteri del dirigente sanitario*, in *La dirigenza sanitaria. Amministrativisti e lavoristi a confronto*, di Bottari C. e Tullini P. (a cura di), Bologna, Maggioli, 2004, pag. 129 e ss.
- Menichetti E., in *"L'organizzazione sanitaria tra legislazione ordinaria , nuovo Titolo V della Costituzione e progetto di devoluzione"* in www.federalismi.it.

Mercurio R. e Esposito V., *La valutazione delle strutture: il punto di vista dello studioso di organizzazione*, in Zoppoli L. (a cura di), *Ideologia e Tecnica nella riforma del lavoro Pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, pag. 233 e ss.

Merloni F., *Gli incarichi dirigenziali nelle ASL tra fiduciarità politica e competenze professionali*, in *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario* di Pioggia A., Civitarese Matteucci S., Dugato M., Racca G.M.(a cura di), 2008, Milano, Angeli, pag. 100 e ss.

Merloni F., *Il modello italiano in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2006

Merloni F., *Inattuazione del titolo V e fallimento della via statutaria all'autonomia regionale. Moriremo tutti centralisti?*, in *Istituzioni del federalismo*, 2011, 1, pag. 69 e ss.

Merloni F., *Lo spoils system è inapplicabile alla dirigenza professionale: dalla Corte nuovi passi nella giusta direzione (commento alle sentenze nn. 103 e 104 del 2007)*, in *Le Regioni*, 2007, 5, pag. 836 e ss.

Merloni F., *Spoils system: il timore dell'overruling impedisce alla Corte di far chiarezza*, in *Le Regioni*, 2010, 5, pag. 1135 e ss.

Merloni F. e Spagnuolo V., *Principi generali comuni alla dirigenza dello Stato e delle amministrazioni regionali e locali*, in *L'amministrazione come professione* di D'Alessio G. (a cura di), 2008, Bologna, Il Mulino, pag. 209 e ss.

Mezzacapo D., *Dirigenza pubblica e tecniche di tutela*, 2010, Napoli, Jovene

Monereo Perez ed altri, *Manual de empleo público*, 2010, Granada, Comares

Monereo Perez J.L. e Molina Navarrete C., *La "asistencia sanitaria" como "derecho fundamental" y el "sistema nacional de salud" como "garantía institucional": balance y desafíos para el siglo XXI de su modelo regulador*, in *Comentario práctico a la legislación reguladora de la sanidad en España*, 2007, Granada, Comares

Mor G., *Il nuovo assetto organizzativo del SSN*, in *Sanità pubblica*, 1997, pag. 620 e ss.

Morana D., *Le norme statali di dettaglio in materia sanitaria tra vecchio e nuovo titolo V: spunti dalla giurisprudenza costituzionale*, in *Rassegna Parlamentare*, 2010, 3, pag. 707 e ss.

Morillo Velarde Perez J.I., *Ordinamento jurídico actual: habilitación, competencias, desarrollo, supletoriedad*, in *Revista Derecho y Salud*, 2006, pag. 23 e ss., www.ajs.es

Muñoz Machado S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, 1984, Vol.I, Madrid, Civitas

Neri S., *La costruzione dei servizi sanitari regionali e la governance del sistema sanitario*, in Polis, 2008, pag. 97 e ss.

Nicosia G., *Dirigenze responsabili e responsabilità dirigenziali pubbliche*, 2011, Torino, Giappichelli

Nicosia G., *Il poliformismo delle dirigenze pubbliche e la "buona" amministrazione*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 81/2008, www.lex.unict.it

Nicosia G., *La dirigenza sanitaria tra regime generale e regime speciale*, in LPA, 2000,1, pag. 122 e ss.

Nicosia G., *La gestione della performance dei dirigenti pubblici: an, quando, quis e quomodo della "misurazione" e "valutazione" individuale*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 103/2010, in www.lex.unict.it

Nicosia G., *La responsabilità dei dirigenti pubblici*, in Amoroso B., Di Cerbo V., Fiorillo L. (a cura di), *Il Diritto del lavoro*, Vol. III, 2007, Milano, Giuffrè, pag. 259 e ss.

Nicosia G., *La valutazione della prestazione dirigenziale e le connesse responsabilità. La responsabilità dirigenziale e la responsabilità disciplinare*, in *Il Lavoro pubblico in Italia*, Bari, Cacucci, 2010, pag. 143..

Nicosia G., *Le opinioni della Corte Costituzionale su spoils system fiducia e imparzialità negli incarichi di funzione dirigenziale: il caso Speciale è davvero speciale?*, in LPA, 2007, 2, pag. 497 e ss.

Nieves MorenoVida M., *Comentario practico a la legislación reguladora de la sanidad en Espana*, 2007, Granada, Comares , pag. 145 e ss.

OECD, Towards high-performing health systems: the OECD health project, 2004 in www.oecd.org.

Orsi Battaglini A., *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d'impiego con enti pubblici*, in GDLRI, 1993, pag. 460 e ss.

Ortega Alvarez L. e Maeso Seco L.F., *La alta dirección pública: análisis y propuestas*, 2010, INAP, Madrid, pag. 19 e ss.

Paladin L., *Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale*, in *Foro amm.*, 1971, III, 3 e ss.

Pallante F., *Le autonomie territoriali in Italia e Spagna: una lettura in parallelo*, 2011, www.federalismi.it

Pallini M., *Articolo 117 della Costituzione (Commento)*, in Amoroso B., ed altri (a cura di), *Il diritto del lavoro*, Vol.I, 2009, Milano, Giuffrè, pag. 526 e ss.

Pallini M., *La modifica del titolo V della Costituzione: quale federalismo per il diritto del lavoro?*, in Riv. Giur. Lav., 2002, 1, pag.35 e ss.

Pallini M., *Sulle tristi sorti del principio di distinzione tra politica ed amministrazione nella disciplina della dirigenza pubblica*, in QDLRI, 2008, 31, pag. 111 e ss.

Panorama della Sanità, *Cosmed: l'ennesima punizione per i medici e i dirigenti del SSN*, n. 39 del 19.10.2009.

Pantano F., *Il periodo transitorio in materia di trattamenti premiali*, in La terza riforma del lavoro pubblico di Carinci F. e Mainardi S. (a cura di), 2011, Milano, IPSOA, pag. 135 e ss.

Paper Astrid, *L'attuazione del titolo V: la legislazione sul lavoro tra Stato e Regioni*, di Treu T. (a cura di), 2002, Roma, in www.astridonline.it

Paris D. *Il ruolo delle Regioni nell'organizzazione dei servizi sanitari e sociali a sei anni dalla riforma del Titolo V: ripartizione delle competenze e attuazione del principio di sussidiarietà*, in Le Regioni , 2007,6, pag. 983 e ss.

Persiani M., *Devolution e diritto del lavoro*, in Argomenti di diritto del lavoro, 2002, 1, pag. 19 e ss.

Persiani M., *La nuova disciplina della dirigenza pubblica*, in Ragiusan, 2011, 321/322, pag. 240 e ss.

Pieri M., *Le aziende sanitarie*, in Galgano F. (diretto da), Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, 50, 2010, Bologna, Cedam, pag. 33 e ss.

Pioggia A., *Direzione e dirigenza nelle aziende sanitarie. Una analisi della distribuzione del potere decisionale alla luce degli atti aziendali*, in Sanità Pubblica e privata, 2008, 3, pag. 5 e ss.

Pizzoli M., *D.l.vo 27 ottobre 2009, n. 150 ex lege n. 15 del 2009: primi orientamenti per le aziende sanitarie*, in Ragiusan, 2010, 303/304, pag. 334 e ss.

Ponti B., *Flessibilità organizzativa ed efficienza delle Aziende Sanitarie. Un'analisi della relazione tra atto aziendale e linee guida regionali*, in Sanità Pubblica e Privata, 2008, 6, pag. 5 e ss.

Queseda Lumbreras J., *Es aplicable el EBEP al personal laboral ?Comentario al auto de la Audencia nacional 63/2010 de octubre*, 2011, pag. 419 e ss. in www.aragon.es

Rampulla-Tronconi, *L'atto aziendale di organizzazione delle aziende sanitarie*, in Ragiusan, 2002, 219, p. 6 e ss.

Rentero Jover J., *Dudas Jurisdiccionales en relacion con el personal estatutario*, in *Actualidad Laboral*, 1994, 19/9, XXI, pag. 273 e ss.

Reposo A., *Profili dello Stato autonomico: federalismo e regionalismo*, 2005, Torino, Giappichelli

Rescigno F., *Lo Stato autonomico spagnolo e la protezione della salute*, in *L'Arco di Giano*, 2002, 32, pag. 99 e ss.

Ricci G., *L'applicazione della riforma Brunetta negli enti territoriali e nelle autonomie funzionali*, in *LPA*, 2010, 3/4, 507 e ss.

Rinaldi F., *L'incerta natura giuridica dell'azienda sanitaria locale*, in *Giurisprudenza di merito*, 2007, 7/8, pag. 1922 e ss.

Roca Valero V., *La alta direcció en la Administració Pública*, 2012, in www.elderecho.com

Rodríguez Ramo M.J., *El personal directivo público: una ampliación del ámbito subjetivo del Real decreto 1382/1985*, in *Tema Laborales*, 2009, 100, pag. 1181 e ss.

Rodriguez Pinero M. ed altri, *Federalismo, politica di impiego e autonomie territoriali in Spagna*, in *RGL*, 2005, 3, pag. 591 e ss.

Rodriguez Pinero M. ed altri, *Las competencias laborales de las Comunidades Autónomas y la formación profesional ocupacional*, in *RL*, 2004, 6, pag. 1 e ss.

Rodriguez Pinero M. (ed altri), *El reparto competencial entre el Estado y la Comunidad Andaluza en materia de empleo: perspectivas tras el nuevo estatuto de autonomia*, in *Tema Laborales*, 2009, 100, pag. 197 e ss.

Roppo V., *Diritto privato regionale*, in *Rivista di diritto privato*, 2003, 1, pag. 11 e ss.

Rovagnati A., *I livelli essenziali delle prestazioni concernenti il diritto alla salute: un primo esempio di attuazione della previsione di cui alla lett.m), Il comma, art. 117 Cost.*, in *Le Regioni*, 2003, 6, pag. 1141 e ss.

Ruano Rodriguez L., *Constitución , función publica y empleo laboral*, 1998, Madrid, Aranzadi

Runggaldier U., *La riforma dell'art.117 della Costituzione Italiana dal punto di vista del diritto del lavoro: aspetti di diritto comparato*” in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”* , 6/2002, www.lex.unict.it

Rusciano M., *A due anni dalla c.d. Riforma Brunetta*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2011, 2, pag. 191 e ss.

Rusciano M., *Il diritto del lavoro nel federalismo*, in *LD*, 2001, 3, pag. 491 e ss.

- Rusciano M., *Il pubblico impiego in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1978
- Russo A.M., *Pluralismo territoriale e integrazione europea: asimmetria e relazionalità nello Stato autonomico spagnolo*, 2010, Napoli, Editoriale Scientifica
- Saitta F., *Governo della sanità e falsa “tecnocrazia” : cronaca di un fallimento annunciato*, Sanità pubblica e privata, 2007, 1, pag. 5 e ss.
- Sanchez Moròn M., *Derecho de la función pública*, 2011, Madrid, Tecnos
- Sainz Moreno, *El Estatuto de la función pública después de la sentencia TC 99/1987 y de la Ley 23/1988*, in RAP, 1988, 117, pag. 362 e ss.
- Sala Franco T., *Las incognitas del estatuto marco*, 2005, DS, 13, I, pag. 45 e ss
- Sala Franco T., *Las relaciones laborales en las administraciones públicas*, in Congreso Nacional de derecho de trabajo y de la seguridad social, 2001, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Social, p.32 e ss.
- Salomone R., *Ambito di applicazione del decreto. Disposizioni per Regioni, autonomie locali, amministrazioni del SSN ed altre amministrazioni*, in La terza riforma del lavoro pubblico (a cura di Carinci F. e Mainardi F.), 2011, Milano, IPSOA, pag. 27 e ss.
- Salomone R., *Il lavoro pubblico regionale e locale nella riforma Brunetta*, in LPA, 2009, 12, pag. 1 e ss.
- Salomone R., *La terza riforma del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, LPA, 1, 2009, pag. 1 e ss.
- Salomone R., *Titolo V della Costituzione e lavoro pubblico privatizzato: i primi orientamenti della Consulta*, in LPA, 2004, 6, pag. 1144 e ss.
- Scarciglia R., *La Costituzione della Spagna*, in Cerrina G. ed altri, *Il Codice delle Costituzioni*, 2009, Torino, Giappichelli
- Scerbo A., *Il richiamo al passato e il ritorno dell'identità nella nuova stagione statutaria in Italia e in Spagna. Considerazioni comparatistiche alla luce dell'evoluzione del decentramento politico - istituzionale*, in S.Gambino (a cura di), *Il federalismo in Italia e Spagna*, 2008, Milano, Giuffrè
- Sciullo G., “ *Federalismo amministrativo* ”, 2004, 23, in www.federalismi.it
- Sciullo G., *Ruolo e responsabilità della dirigenza nel SSN*, in Sanità Pubblica, 1995, 7, pag. 837 e ss.
- Serra I Serra N., *La Costituzione spagnola e il federalismo*, in Le Istituzioni del federalismo, 2000, 1, pag. 127 e ss.

Schlesinger P., *L'ordinamento civile*, in *L'ordinamento civile nel nuovo sistema delle fonti legislative*, 2003, Milano, Giuffrè, pag. 27 e ss.

Simonetti S., *Le riforme Brunetta nelle aziende sanitarie*, in *RU*, 2010, 5/6, pag. 37.

Sgarbi L., *L'incarico del dirigente sanitario. Criteri di attribuzione ed oggetto dell'obbligazione*, in *LPA*, 2001, 2, pag. 349 e ss.

Sgroi M., *La dirigenza del Servizio Sanitario Nazionale*, in *LPA*, 2004, 2, p. 1011 e ss.

Sordi P., *Il sistema delle fonti della disciplina del lavoro pubblico(dopo il d.lgs. n. 150 del 2009)*, in *LPA*, 2010, 5, pag. 805 e ss.

Speranza N., *Il principio di distinzione tra compiti dell'organo di vertice e compiti della dirigenza nelle aziende sanitarie*, in *Sanità Pubblica*, 2002, 2, pag. 159 e ss.

Storini C., *La distribuzione territoriale delle competenze nello Stato autonomico spagnolo. La potestà legislativa ripartita e l'indeterminatezza delle norme basiche*, in S.Gambino (a cura di), *Stati nazionali e poteri locali. La distribuzione territoriale delle competenze*, 1998, Rimini, Maggioli, pag. 775 e ss.

TalamoV., *Pubblico e privato nella legge delega per la riforma del lavoro pubblico*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 90/2009, www.lex.unict.it

TalamoV., *La riforma del sistema di relazioni sindacali del lavoro pubblico*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 96/2010, www.lex.unict.it

Torchia L., *Il sistema amministrativo italiano*, 2009, Bologna, Il Mulino

Tosi R., *La legge costituzionale n. 3 del 2001: note sparse in tema di potestà legislativa ed amministrativa*, in *Le Regioni*, 2001, 6, pag. 1233 e ss.

Treu T., *Corte Costituzionale e federalismo del lavoro*, in Scognamiglio C. (a cura di), *Diritto del lavoro e Corte Costituzionale*, 2006, Napoli, Editoriale Scientifica, pag. 355 e ss.

Treu T., *Diritto del lavoro e federalismo*, in *L'ordinamento civile nel nuovo sistema delle fonti legislative*, 2003, Milano, Giuffrè, pag. 35 e ss.

Trojsi A., *Il riparto di competenza legislativa tra Stato e Regioni in materia di impiego pubblico regionale*, in *Le Regioni*, 2009, 6, pag. 1213 e ss.

Trojsi A., *Le Regioni nella disciplina e nella gestione del lavoro pubblico*, in Zoppoli L. (a cura di), *Ideologia e Tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, 2009, pag. 83 e ss.

Trojsi A., *L'impiego regionale: fonti e spazi di competenza legislativa delle Regioni*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2009, 5/6, pag. 856 e ss.

Trojsi A., *Una nuova riforma del lavoro pubblico: le ripercussioni su Regioni ed Enti locali*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2009, 5/6, pag. 647 e ss.

Tubertini C., *La giurisprudenza costituzionale in materia di tutela della salute di fronte alla nuova delimitazione delle competenze statali e regionali*, in www.astrid-online.it

Tullini P., *Il rapporto di lavoro dei dirigenti dell'Azienda sanitaria (primi orientamenti della giurisprudenza del lavoro)*, in *Studium Juris*, 2001, 9, pag. 1021 e ss.

Tullini P., *La dirigenza sanitaria tra ordinamento generale e speciale del lavoro pubblico (introduzione)* in *La dirigenza sanitaria. Amministrativisti e lavoristi a confronto* (a cura di Bottari C. e Tullini P.), Università degli Studi di Bologna, Maggioli, 2004, pag. 117 e ss.

Valensise B., *Politica ed amministrazione: la dirigenza pubblica*, 2005, pag. 11 e ss. in www.astrid-online.it

Vallebona A., *Il licenziamento del dirigente pubblico*, *GI*, 2010, 12, pag. 2723 e ss.

Valverde Martín A., *Dercho de Trabajo*, 2010, Madrid, Tecnos.

Verbaro F., *Il quadro degli interventi sul pubblico impiego in Europa*, in *Il Sole 24 Ore/ Pubblico Impiego*, 2011, 1, pag. 14 e ss.

Vida Fernández J., *Il sistema sanitario pubblico spagnolo: la legge 28 maggio 2003, n.16, di coesione e qualità del sistema nazionale di salute*, in *Sanità Pubblica e Privata*, 2004, 10, pag. 965 e ss.

Vincieri M., *Il rapporto di lavoro*, in C. Miriello (a cura di), *Le Aziende sanitarie pubbliche*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Cedam, 2010, pag. 213 e ss.

Vineis P. e Dirindin N., *In buona salute, Dieci argomenti per difendere la sanità pubblica*, 2004, Torino, Einaudi

Zoli C., *La dirigenza pubblica tra autonomie e responsabilità: L'attribuzione degli incarichi*, in *LPA*, 2005, 2, pag. 263 e ss

Zoli C., *Voce "Dirigente"*, in Lambertucci P. (a cura di), *Diritto del Lavoro*, Milano, Giuffrè, 2010, pag. 155 e ss.

Zoppoli L., *Applicabilità della riforma del lavoro pubblico alle Regioni e riforma costituzionale*, in Carinci F. e Zoppoli L.(a cura di), *Il Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2004,Torino, Utet, pag. 54 e ss.

Zoppoli L., *Contratti collettivi e circuiti della rappresentanza. La” riforma Brunetta” due anni dopo*, in *Diritto, Lavori, Mercati*, 2011, 1, pag. 29 e ss.

Zoppoli A., *I fondamenti del licenziamento del dirigente pubblico:nell’attesa di Godot*, in *QDLRI*, 2008, 31, pag. 271 e ss.

Zoppoli L., *Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico*, in *Ideologia e Tecnica nella riforma del lavoro pubblico*”, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, pag. 15 e ss.

Zoppoli L., *La riforma del titolo V della Costituzione e la regolazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni: come ricomporre i “pezzi” di un difficile puzzle?*, in *LPA*, 2002, suppl.n. 1, pag.149 e ss.

Zoppoli L., *La (piccola)” controriforma” della dirigenza nelle amministrazioni pubbliche non statali: prime riflessioni critiche*, *LPA*, 2002,6, pag. 911 e ss.