Massimo D'Antona e la Sua riforma della Pubblica Amministrazione

di Dario Messineo [*]

1. Prefazione; 2. La riforma della pubblica amministrazione: dalla legge al contratto; 3. La giurisdizione del giudice del lavoro; 4. Il contratto collettivo nel pubblico impiego; 5. Punti critici nel rapporto tra pubblico e privato; 6. Il ruolo della dirigenza; 7. La riforma dello sciopero nei servizi pubblici essenziali; 8. Conclusioni.

5. Punti critici nel rapporto tra pubblico e privato

Il prof. D'Antona, con la lucidità che gli è tipica, e mostrando una lungimiranza di non poco conto, prevedeva già i possibili "punti critici" che dovevano prima o poi essere affrontati e che ancora oggi sono oggetto di discussione nel pensiero giuslavorista italiano. Egli difatti osserva che nel "dosaggio delle fonti regolatrici", di cui al d.lgs. 29/1993 i punti nodali del modello di "privatizzazione" sono due. Il primo attiene al *potere organizzativo* , che è in parte in regime pubblicistico ed in parte in regime privatistico, e il secondo riguarda la *contrattazione collettiva* che è di diritto privato, ma inquadrata in un insieme di procedimenti amministrativi, nell'ambito dei quali l'autonomia collettiva risulta concatenata a momenti di discrezionalità amministrativa.

In relazione al potere organizzativo, si riconducono all'esercizio dei "poteri del privato datore di lavoro", ossia al regime privatistico, quegli aspetti dell'organizzazione che ineriscono alle 'materie' regolate dal codice civile e dalle leggi sul lavoro nell'impresa.

Vale la pena di osservare che sulle suddette "materie" non viene stabilita una riserva di legge assoluta alla legge ordinaria ma è la legge stessa che, esercitando la regola dettata dall'art. 97 Cost. sceglie di porre alcuni limiti alle "materie" elencate. D'Antona, tuttavia, sul punto individua già da subito, alcune criticità, che successivamente verranno poste in evidenza, che attengono in particolare a sovrapposizioni tra 'poteri' del privato datore di lavoro e 'materie' riservate al regime pubblicistico, che riguardano, ad esempio, problemi interpretativi, più o meno azzardati: gli organi, gli uffici e la relativa titolarità includono nella riserva di regime pubblicistico la mobilità interna del personale? I ruoli e le dotazioni organiche di ciascuna qualifica includono nella riserva di regime pubblicistico gli inquadramenti? Le responsabilità nell'espletamento delle procedure includono nella riserva le responsabilità disciplinari? I procedimenti di selezione e avviamento al lavoro includono nella riserva l'atto di nomina?

Invero, il riferimento attiene in particolare alle ben note problematiche relative ai percorsi di riqualificazione interna, previsti dai CCNL[1], ed alle recentissime riforme in tema di sanzioni disciplinari che hanno spostato la regolamentazione sanzionatoria su un'esclusiva disciplina pubblicistica autonoma e derogato alla disciplina generale prevista dall'art. 7 l. 300/1970[2].

Ma è tutt'oggi importante ribadire, come faceva D'Antona, che la differenza di regimi non dipende dalla *natura* del potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni. In linea di principio, potere pubblico e poteri del datore di lavoro appartengono a mondi diversi. Il primo è espressione di una discrezionalità fondata sulla legge, sempre sindacabile sotto il profilo della coerenza con lo scopo; i secondi sono fondati sul contratto, possono essere condizionati da penetranti regole procedurali e da obblighi di motivazione, restando esclusa, tuttavia, una generale sindacabilità nel merito secondo il paradigma della discrezionalità. Questa differenza di fondo viene meno, però, quando non si tratta di potestà pubbliche, ma delle facoltà necessarie a qualsiasi soggetto, pubblico o privato, che debba svolgere un'attività organizzata avvalendosi di lavoratori subordinati. In questo caso vi è esercizio di un potere "neutro" rispetto all'eventuale vincolo di scopo,

strutturalmente invariato nel pubblico e nel privato, perché l'efficienza di un'organizzazione prescinde dalla natura giuridica del soggetto che ne è titolare e perché le istanze di tutela dei dipendenti toccati dal potere organizzativo si atteggiano in modo uniforme nel pubblico e nel privato.

In materia di potere di organizzazione, dunque, il discrimine tra pubblico e privato non può essere ricavato dalla natura del potere, che è neutro rispetto ai fini, ma il legislatore opera un contemperamento delle fonti. Dal sistema si ricava che, una volta isolata l'area *sicuramente* riservata al regime privatistico si ottiene per esclusione che l'area riservata al regime pubblicistico è quella degli atti organizzativi che *non riguardano* i rapporti di lavoro – singolarmente o collettivamente – e invece riguardano l'*an*, il *quomodo* e lo scopo degli apparati, oppure le garanzie dei cittadini nei procedimenti, e che per questa ragione non possono essere sottratti al regime pubblicistico, che consente un controllo puntuale sulla legittimità e sulla coerenza al vincolo di scopo degli atti.

Secondo D'Antona questi principi riflessi sulla "privatizzazione" che nascono dal d.lgs. n. 29/1993, comporterebbero le seguenti conseguenze:

- gli atti a carattere normativo e gli altri atti di auto-organizzazione incidenti sulla struttura degli apparati sarebbero soggetti al regime pubblicistico, con le relative conseguenze giurisdizionali. Sarebbero, altresì, soggetti al regime pubblicistico e al giudice amministrativo gli atti riguardanti i procedimenti e i loro responsabili ai sensi della legge 241/1990; ferma restando la giurisdizione ordinaria se vengono in considerazione diritti soggettivi dei lavoratori;
- sarebbero soggetti al regime privatistico, con le relative conseguenze giurisdizionali, gli atti negoziali di esercizio dei 'poteri del privato datore di lavoro' (direttivo, disciplinare, di controllo sull'attività lavorativa) in quanto inerenti alla gestione singolare o collettiva dei rapporti di lavoro (art. 4 , d.lgs. 29/1993).

Da quanto sopra deriva che l'esercizio del potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni non può comportare l '*affievolimento* dei diritti soggettivi dei lavoratori, posto che di fronte al potere organizzativo vi sono o interessi di fatto oppure diritti soggettivi che, come quelli sanciti dallo Statuto dei lavoratori (applicabile anche alle pubbliche amministrazioni) non possono essere degradati perché conformano a monte lo stesso potere organizzativo, che deve esplicarsi in forme compatibili con i diritti di libertà, dignità e sicurezza dei lavoratori. Infine, la cognizione del giudice del lavoro, nell'area privatizzata, non è preclusa dalla presenza di atti amministrativi dei quali, se necessario, il giudice del lavoro potrà conoscere pienamente, come atti presupposti, ai fini della disapplicazione.

Ci si chiede a questo punto se il *vincolo di scopo* che l'art. 4, d.lgs. 29/1993, predica al potere di organizzazione (economicità, speditezza e rispondenza al pubblico interesse dell'azione amministrativa) si rifletta, o meno, sul regime privatistico dei poteri del datore di lavoro pubblico, introducendo in quest'area elementi di *funzionalizzazione*. Quando opera in regime di diritto privato, ormai dovrebbe essere chiaro, la pubblica amministrazione assume la medesima veste dei privati; e se esercita "poteri", lo fa alle condizioni e nei limiti in cui ne sono titolari i privati. Non vi può essere pertanto funzionalizzazione in un'area ricondotta al generale regime dell'autonomia negoziale; al contrario, restano assoggettati al vincolo di scopo gli atti organizzativi generali incidenti sulle 'materie' riservate al regime pubblicistico, posto che l'assoggettamento al vincolo di scopo e ai relativi controlli è appunto la ragione del mantenimento di questi, e non di altri, momenti dell'attività di organizzazione alle fonti unilaterali pubblicistiche e al loro regime.

Ciò non vuol dire che economicità, speditezza e rispondenza al pubblico interesse dell'azione amministrativa non abbiano alcuna rilevanza giuridica nell'area dell'organizzazione a regime privatistico. Solo che, considerando unitariamente il potere organizzativo di cui parla l'art. 4, essi si rivelano vincoli di scopo dell'attività organizzativa *colta nel suo insieme* , e non dei singoli atti. Il punto di osservazione deve spostarsi pertanto, dai singoli momenti di esercizio, alla *imputazione dei risultati* del potere organizzativo, e qui il vincolo di economicità, efficienza e rispondenza al pubblico interesse dell'azione amministrativa si traduce in una *responsabilità* del titolare del potere. Il vincolo di scopo, che non emerge giuridicamente negli atti organizzativi di diritto privato, trova in conclusione la sua strumentazione nel momento della valutazione dei risultati dell'attività, e si concretizza nella corrispondente responsabilità dei dirigenti.

D'Antona, in realtà, avvertiva anche la problematica relativa alla *iperlegificazione* della contrattazione collettiva cioè l'estesa legificazione, con serio appesantimento procedurale di un'attività negoziale che nel settore privato trae la sua

forza sociale dalla libertà di forme espressive. Egli riteneva, pertanto, negativo un intervento della legge che stabilisse direttamente e minutamente l'attività dei datori di lavoro pubblici nella contrattazione collettiva, spaziando dalla forma della rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni, alla selezione degli interlocutori sindacali, agli ambiti categoriali e ai livelli della contrattazione, ai rapporti tra livello nazionale e livello decentrato, agli scopi di quest'ultimo, alle procedure negoziali, alle modalità di applicazione dei contratti collettivi. Considerava, dunque, la **legificazione sicuramente sovrabbondante**, sia sul lato delle norme di conformazione dell'attività contrattuale della parte pubblica, sia su quello delle procedure di autorizzazione e di controllo dei contratti collettivi. Le prime riflettono un modello rigidamente statalista di centralizzazione contrattuale, che risulta insostenibile via via che si procede verso un serio decentramento amministrativo e fiscale (o a maggior ragione verso una delle possibili forme di federalismo) che comporta il trasferimento a soggetti pubblici autonomi (siano essi regioni, enti locali, aziende sanitarie, agenzie, enti di ricerca, scuole o università ecc.) del potere di organizzare gli apparati in funzione di una qualche declinazione dell'interesse pubblico e della relativa responsabilità per i costi del personale.

Le criticità nel rapporto pubblico privatizzato vengono analizzate da D'Antona anche nelle esperibilità di ricorsi amministrativi al Tar e al Consiglio di Stato avverso gli accordi collettivi stipulati da sindacati e Aran. In realtà, la problematica posta viene affrontata con lucido ragionamento giuridico che porta alla conclusione che il dosaggio delle fonti del d.lgs. 29/1993 *non ammette* una giurisdizione amministrativa, anche indiretta, sulla legittimità dei contenuti dei contratti collettivi privatistici.

Solo stravolgendo, difatti, il senso della giurisdizione amministrativa si può pensare che sindacati (anche non firmatari) o altri soggetti portatori di interessi di gruppo ricavino da vicende negoziali, che si risolvono sul piano del rapporto individuale di lavoro e riguardano i diritti soggettivi del singolo lavoratore, un proprio *interesse legittimo* all'annullamento di un atto amministrativo che, oltretutto, rispetto al contratto collettivo, dal quale è derivato al lavoratore (tra molti altri effetti presumibilmente favorevoli) lo specifico trattamento meno favorevole, ha un rilievo 'interno' ai fini della manifestazione della volontà della sola parte pubblica.

Quanto agli effetti, sulla validità ed efficacia del contratto collettivo, dell'eventuale *annullamento dell'autorizzazione governativa*, possono soccorrere (a conferma dell'utilità del riferimento sistematico utilizzato da D'Antona) i principi in materia di deliberazione a contrattare nei contratti ad evidenza pubblica. La deliberazione a contrattare conferisce la legittimazione negoziale all'autorità che contratta, nel senso che è, rispetto alla manifestazione della volontà negoziale della pubblica amministrazione, un *fatto legittimante* . Se viene meno la deliberazione, l'autorità che ha sottoscritto il contratto, (l'Aran), è carente di legittimazione al momento della manifestazione del consenso, e il contratto stipulato risulta viziato da annullabilità relativa in quanto il diritto potestativo a chiederla spetta solo all'amministrazione, e non invece alla parte privata.

Nel caso del CCNL solo la parte pubblica può decidere se far valere l'annullabilità parziale. Ed il giudice dell'ipotetica azione di annullamento parziale del contratto collettivo (ipotetica, rispetto alla strada della rinegoziazione della clausola annullabile) non potrebbe che essere individuato nel *giudice ordinario* .

D'Antona mostra, inoltre, ampia lungimiranza quando anticipa la recentissima tematica della cura degli interessi pubblici attraverso la contrattualizzazione dei rapporti di lavoro pubblici.

Egli si rende conto che occorre dedicare la massima attenzione alle "regole di comunicazione" tra pubblico e privato, valutando l'applicabilità degli schemi unitari elaborati dalla dottrina amministrativa (come lo schema del contratto ad evidenza pubblica, adattato alla specificità della procedura di contrattazione collettiva). Osserva, difatti, come fenomeno crescente più rilevante del diritto pubblico l'erosione di aree crescenti del diritto amministrativo da parte del contratto, sempre più largamente impiegato anche nell'ambito dell'attività funzionalizzata. Di fronte a questo fenomeno si interroga sulla sorte dell'interesse pubblico, o più correttamente, se si possa ammettere, senza qualche preoccupazione, che lo scopo (o l'interesse pubblico che dir si voglia) sia una mera risultante del confronto tra gli interessati[3].

Di certo la contrattazione collettiva pubblica non è *funzionalizzata al buon andamento* , ma gli esiti che ne derivano per il datore di lavoro pubblico, devono essere funzionali al buon andamento (o alle sue declinazioni specifiche enunciate dal d.lgs. 29/1993).

Contrariamente alla tesi di Rusciano[4] difatti, D'Antona ritiene che l'attività contrattuale è libera nei fini, ma mentre il

datore privato può usare in tutta la sua latitudine la libertà contrattuale, il datore di lavoro pubblico è vincolato ad usare la libertà contrattuale *solo* in coerenza con il buon andamento, e per i fini pubblici che gli sono assegnati dalla legge. Discrezionalità e vincolo di scopo sono sicuramente presenti nell'assetto della contrattazione collettiva del d.lgs. 29/1993, ma *riguardano l'agire della parte pubblica* , non il contratto collettivo che risulta dal consenso reciproco. Va, difatti, tenuta distinta la sfera in cui la parte pubblica effettua, unilateralmente e discrezionalmente, le proprie determinazioni ai fini dell'attività contrattuale (impostazione della trattativa, valutazione dell'ipotesi di accordo, decisione di sottoscriverlo, gestione dell'accordo) dalla sfera del contratto come meccanismo di produzione giuridica fondato sul consenso reciproco. Nella prima sfera sono effettuate le scelte discrezionali che devono essere coerenti con l'interesse pubblico e con i vincoli dell'attività organizzativa, e si assumono le relative responsabilità (amministrative o politiche). Nella sfera del contratto collettivo sono invece composti interessi di parte e sono creati diritti e obblighi attraverso il reciproco consenso (né potrebbe essere diversamente), perché in caso contrario anche il sindacato sarebbe da considerare, pro parte, giuridicamente vincolato allo scopo.

Questo ragionamento, trasferito ai giorni nostri, porta, non a giustificare, ma certamente a comprendere appieno il ragionamento condotto attualmente dalle organizzazioni sindacali di fronte agli attacchi rivolti trasversalmente dalla politica e dai *mass media* di *"fannullonismo"* dei lavoratori e dei sindacati. Difatti, se è vero che qualche deviazione nei contratti collettivi c'è stata, rispetto al raggiungimento dell'interesse pubblico, è altrettanto vero che quest'ultima non è imputabile, se non in parte, alle organizzazioni sindacali che hanno perseguito un interesse meramente privatistico (dei lavoratori), ed è senza dubbio da ricercare nell'atteggiamento "un pò menefreghista" della parte pubblica (Aran) che tale interesse non ha saputo o voluto perseguire attraverso la contrattazione.

Una volta che si accetti che, come datore di lavoro, la pubblica amministrazione è un soggetto "uguale", vincolato a regole peculiari *proprio perché 'uguale', da ciò* discendono *alcune* conseguenze:

1. il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni non è un rapporto speciale, anche se alcune discipline speciali (in deroga al Codice civile ed alle leggi sul lavoro), possono essere richieste da qualche caratteristica dell'organizzazione pubblica;
2. il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni non è funzionalizzato per la parte che attiene alla gestione dei rapporti di lavoro, e per questa parte il buon andamento viene assicurato, anziché dal controllo sui singoli atti, dai controlli sull'attività, dalla connessa responsabilità della dirigenza nonché, per quanto riguarda gli enti dotati di autonomia, dai vincoli al pareggio di bilancio e dalle relative responsabilità degli amministratori;
3. la contrattazione collettiva è manifestazione della medesima autonomia che esercitano i privati datori di lavoro ex art. 39, primo comma, Cost. Occorre, difatti, saper distinguere ciò che è *essenziale alla natura 'pubblica' del datore di lavoro*, e ciò che è opzione legislativa contingente, e quindi inessenziale;
4. sono essenziali i controlli sulla spesa e le procedure di deliberazione che riconducono ad un organo politico (o agli organi di amministrazione, a seconda dei casi) la responsabilità finale per le scelte contrattuali. Come si è detto, l'ordine di grandezza degli effetti della contrattazione collettiva, sia sulla spesa che sugli assetti organizzativi, rendono inevitabile l'attivazione di momenti di discrezionalità e di controlli 'paralleli' alle procedure contrattuali privatistiche.
5. quanto ai rapporti tra poteri di organizzazione e contrattazione collettiva a livello di unità amministrativa, non sono essenziali alla natura 'pubblica' del datore di lavoro i limiti alla 'negoziabilità' dei poteri organizzativi che si ricavano dai vincoli imposti dal d.lgs. 29/1993 alla contrattazione decentrata, sia direttamente, sia stabilendo un rapporto di gerarchia tra livelli contrattuali. Infatti, laddove il potere organizzativo non è funzionalizzato (e non è funzionalizzata l'attività organizzativa di *gestione* dei rapporti di lavoro) esso viene esercitato dal datore di lavoro pubblico *con le medesime facoltà* del datore di lavoro privato, tra le quali vi è pure quella di dare un assetto consensuale, mediante accordi con i sindacati, ad aspetti dell'organizzazione del lavoro che potrebbe regolare unilateralmente con l'esercizio dei poteri di cui dispone. Se e in quale misura i poteri dei dirigenti pubblici siano 'negoziabili', è allora questione che attiene alla ricostruzione delle competenze della contrattazione decentrata secondo le opzioni del d.lgs. 29/1993, e non alla natura 'pubblica' del datore di lavoro, la quale non esige, in deroga al regime privatistico, restrizioni alle facoltà comprese nei poteri organizzativi del privato datore di lavoro;
6. compete alla dirigenza, e non è vincolo di scopo della contrattazione collettiva, assicurare che, a livello microrganizzativo, gli esiti della contrattazione collettiva siano coerenti con il canone del buon andamento. La separazione tra indirizzo politico e direzione amministrativa, si colloca decisamente nel circuito indirizzo politico-responsabilità dirigenziale. Questo tipo di vincolo, il cui contenuto è intrinsecamente complesso, perché risulta dalla combinazione tra la 'missione', che la legge assegna all'ente o amministrazione, che costituisce il fine primario della sua attività, e l'interesse pubblico ad un funzionamento degli uffici che realizzi la massima efficienza, con il minor costo per la collettività, che si intersecano con l'interesse distinto, quando non del tutto contrapposto, dei lavoratori pubblici, e, infine, con quello degli utenti del servizio pubblico o delle prestazioni amministrative erogate.

È evidente che la contrattazione collettiva è la modalità consensuale con la quale le esigenze pubbliche si realizzano attraverso il contemperamento di tutti gli interessi. Tuttavia, sia la sintesi degli scopi-interessi, sia la definizione di un punto di contemperamento con i controinteressi dei lavoratori, sono momenti che si collocano nel circuito, interno al datore di lavoro pubblico, indirizzo politico-responsabilità dirigenziale.

Il contratto collettivo è solo il *mezzo* con carattere neutro, rispetto agli interessi delle parti, attraverso il quale quel punto di contemperamento si rende vincolante con la forza, giuridica e materiale, del consenso e della *pax sindacale* . Entro questi precisi limiti si può ritenere che la natura "pubblica" del datore di lavoro implica, come condizione essenziale, che la contrattazione collettiva sia "finalizzata" e non 'funzionalizzata', come diceva Rusciano[5], al buon andamento, nel senso che i suoi esiti debbono essere "funzionali" alla missione della pubblica amministrazione e alla migliore efficienza organizzativa, con minori costi per la collettività.

Ma di questo risultato complessivo rispondono i dirigenti, nell'ambito delle loro competenze, e gli amministratori secondo le regole della democrazia politica; mentre del contemperamento con la tutela dei lavoratori rispondono, secondo le regole della democrazia sindacale, i rappresentanti sindacali. Ovviamente, se la responsabilità politica e amministrativa per gli esiti della contrattazione collettiva, sul piano della spesa e su quello dell'efficienza organizzativa, si riveli, o meno, un contrappeso efficace al consociativismo o alla "finanza creativa", è una questione collegata alla trasformazione del sistema dei controlli, oltre che all'affermazione della cultura della qualità. Efficacia ed efficienza del servizio pubblico, rispetto ai quali l'ottica degli "utenti-clienti" può risultare determinante.

Continua nel prossimo numero...

I precedenti Capitoli sono stati pubblicati su LAVORO@CONFRONTO n. 4 GIU-LUG 2014 (1. Prefazione ; 2. La riforma della pubblica amministrazione: dalla legge al contratto) e n. 5 AGO-SETT 2014 (3. La giurisdizione del giudice del lavoro ; 4. Il contratto collettivo nel pubblico impiego).

Note:

[1] Cfr., Corte costituzionale, 24 luglio 2003, n. 274, 4 dicembre 2002, n. 517, 23 luglio 2002, n. 373, 29 maggio 2002, n. 218, 16 maggio 2002, n. 194, 4 gennaio 1999, n. 1, 30 ottobre 1997 n. 320, 27 aprile 1995 n. 134, 29 dicembre 1995 n. 528 20 luglio 1994 n. 314, 27 dicembre 1991 n. 487 e 4 aprile 1990 n. 161. Sul punto, così D'Antona: *"i contratti dei ministeri e del parastato, gattopardeschi quanto si vuole, a differenza della legge bocciata dalla Corte costituzionale, prevedono passaggi di qualifica, legati alla formazione professionale, su una quota e non su tutti i posti da ricoprire; e anche questi inseriti in un quadro di controlli che sono perfettamente in grado di contrastare promozioni di massa"*.

[2] Nel d.lgs. 165/2001 così come modificato dal d.lgs. 150/2009 si stabilisce che nelle materie relative alle sanzioni disciplinari, alla valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, della mobilità e delle progressioni economiche, la contrattazione collettiva e' consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge. Inoltre l'art. 55 del d.lgs. 165/2001, novellato dal d.lgs. 150/2001, prevede che la pubblicazione sul sito istituzionale dell'amministrazione del codice disciplinare equivale a tutti gli effetti alla sua affissione all'ingresso della sede di lavoro.

[3] A. Maresca, atti convegno Aidlass dell'Aquila, 31 maggio - 1 giugno 1996.

[4] V. atti convegno Aidlass dell'Aquila, 31 maggio - 1 giugno 1996, nei quali si sostiene che nella stessa misura in cui è strumentale all'attività organizzativa delle pubbliche amministrazioni, la contrattazione collettiva partecipa degli scopi di quella, ed è pertanto *funzionalizzata al buon andamento* (e alle specificazioni di quel canone, come enunciate dal medesimo d.lgs. 29/1993).

[5] V. atti convegno Aidlass dell'Aquila, 31 maggio - 1 giugno 1996.

[*] *L'Avv. Dario Messineo è Dottore di ricerca in diritto del lavoro e previdenza sociale presso l'Università di Pavia, componente del Centro studi attività ispettiva presso la Direzione generale attività ispettiva del Ministero del lavoro, funzionario coordinatore amministrativo, responsabile del Servizio politiche del lavoro e U.O. affari legali e contenzioso e responsabile dell'U.O. conflitti di lavoro della Direzione provinciale del lavoro di Cuneo. Ogni considerazione è frutto esclusivo del proprio libero pensiero e non impegna in alcun modo l'Amministrazione di appartenenza.*