

La privatizzazione del pubblico impiego e l'opera di Massimo D'Antona (2ª parte)

Per non dimenticare

di Valerio Talamo [*]



La legislazione delegata del 1997-98: il superamento del dogma (ovvero la fine del “secolo breve” del pubblico impiego)

Il D'Antona “polemist” cede il passo al “legislatore” nell'ambito della citata complessa riforma degli anni 1997-98, condotta nel segno di una scelta di politica del diritto ben precisa: la riconduzione del lavoro pubblico nell'alveo del diritto comune, dal quale era stato sottratto forzatamente quasi un secolo prima (con le relative conseguenze sul piano della giurisdizione, delle relazioni collettive, del rapporto di lavoro dirigenziale).

Ma per realizzarsi, la privatizzazione, al di là del sostegno legislativo, richiedeva – come l'esperienza dei primi anni di vigenza del d.lgs. n. 29 del 1993 aveva dimostrato – lo svolgimento di una serie di premesse concettuali, indispensabili per superare l'atavico pregiudizio, fra l'altro ribadito dall'evocato Parere del Consiglio di Stato, dell'assimilazione concettuale fra l'organizzazione degli apparati preordinati alla cura degli interessi pubblici e l'organizzazione di mezzi e personale (preposti al funzionamento degli apparati medesimi).

Solo per i primi si dispiega pienamente la riserva di legge costituzionale contenuta nel primo comma dell'art. 97. Per gli altri, come lucidamente aveva spiegato Andrea Orsi Battaglini subito dopo la riforma del 1993 (e come successivamente chiarirà la Corte costituzionale con la sentenza n. 313 del 1996)^[12], per assicurare il rispetto della riserva è sufficiente la presenza di un nucleo minimo di carattere legislativo nella materia organizzativa al quale spetta definire il rango della normativa sublegislativa. Nulla vieta (non certo la Costituzione) di affidare il regime della restante organizzazione e del rapporto di lavoro con amministrazioni pubbliche al diritto privato, qualora siano comunque preservati i fini dell'imparzialità e del buon andamento. Anzi, aggiungeva il giudice delle leggi, nella regolamentazione del rapporto di lavoro la strumentazione privatistica si presenta più duttile, flessibile e idonea allo scopo del conseguimento del buon andamento.

Rimossi gli ostacoli dogmatici, dimostrato che non sussiste la giuridica necessità di una regolamentazione (totalmente) pubblicistica dell'organizzazione e del rapporto di lavoro alle dipendenze di pubbliche amministrazioni

e considerata il sostanziale fallimento di quella scelta quantomeno per garantire il valore costituzionale del buon andamento, consegue lo sforzo - che appartiene anch'esso all'opportunità e non alle necessità del diritto - di attrezzare normativamente il superamento del precedente modello.

Rimossi gli ostacoli dogmatici che per lungo tempo avevano sorretto la specialità pubblicistica del rapporto di lavoro e dimostrata l'inesistenza di una necessità giuridica che imponesse una disciplina integralmente pubblicistica dell'organizzazione e del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, nonché preso atto del sostanziale fallimento di quel modello nel garantire, quantomeno, il valore costituzionale del buon andamento, si è aperto lo spazio per uno sforzo riformatore volto a costruire normativamente il superamento dell'assetto precedente: un'esigenza che, come ogni grande riforma istituzionale, non discende da una necessità del diritto, ma da una valutazione di opportunità circa gli strumenti più idonei a perseguire gli interessi pubblici affidati all'amministrazione.

È questo l'impegno della legislazione delegata degli anni 1997-98.

La dirigenza.

Il “circuit” virtuoso fiduciario”.

Alla base dell'ulteriore riforma del lavoro pubblico, tuttavia, vi sono istanze che, in un certo senso, ne prescindono. Spingevano in quella direzione sia le nuove richieste di decentralizzazione del sistema anche contrattuale – che corrispondono alla tendenza politico-amministrativa favorevole alla riduzione del tradizio-

nale statocentrismo – sia la persistente crisi di efficienza della pubblica amministrazione cui faceva da contrappunto la sostanziale irresponsabilità del funzionario amministrativo rispetto ai risultati del proprio agire^[13].

L'intervento normativo era quindi destinato a toccare le principali coordinate della precedente privatizzazione: dirigenza, relazioni sindacali, giurisdizione^[14].

Il rapporto di lavoro dirigenziale viene ricostruito sulla base della scissione fra incarico e rapporto di lavoro, ovvero fra rapporto di ufficio e rapporto di servizio. Il primo è sempre a tempo determinato e deriva – per i vertici amministrativi – da una scelta dell'organo politico che conferisce l'incarico; il secondo può essere a tempo determinato, ma l'immissione nel ruolo si acquisisce solo tramite concorso.

La riforma si presenta quindi con un particolare rischio sistemico, infrangendo uno dei principali totem del pubblico impiego, quello per cui l'imparzialità della pubblica amministrazione debba essere necessariamente tutelata attraverso la disciplina di status dei suoi massimi funzionari.

Le coordinate dell'intervento appaiono in parte rovesciate rispetto all'impostazione tradizionale.

La dirigenza viene attualmente “incaricata” dalla politica, che risponde davanti all'elettorato del buon andamento dell'azione amministrativa, in nome e per conto della responsabilità ministeriale ex art. 95 Cost.. La riforma prende avvio dalla consapevolezza che il consenso politico si misura sempre più sulla capacità delle istituzioni di produrre risultati tangibili. Se gli eletti sono chiamati a rispondere agli elettori dell'efficacia dell'azione pubblica, essi devono poter contare su un apparato amministrativo in grado di perseguire con efficienza gli indirizzi e gli obiettivi definiti dall'autorità politica. Da qui l'esigenza di instaurare un rapporto più diretto tra organi di governo e dirigenza, fondato sulla chiara attribuzione di obiettivi, poteri gestionali e responsabilità per i risultati conseguiti^[15]. In questa logica che si colloca il tentativo di ridefinire il rapporto tra politica e amministrazione, spostando il baricentro dalla conformità formale degli atti alla misurazione dei risultati. Ma una volta preposta all'incarico, la dirigenza risponde (rectius dovrebbe rispondere) solo dei risultati della propria attività e, tranne che nei casi di provata responsabilità per la gestione, non può essere rimossa (rectius dovrebbe essere rimossa) se non allo scadere dell'incarico, la cui durata dipende dal contratto individuale.

La dissociazione fra preposizione all'incarico – a termine e per scelta governativa nei livelli più alti – e l'acquisizione della qualifica – sempre per concorso ed a tempo indeterminato – nonché la contestuale immissione di tutti i dirigenti dello Stato e delle aziende autonome in un ruolo unico, è alla base del tentativo di creazione di una sorta di “mercato unico” dirigenziale, preordinato anche a creare elementi di competizione fra i dirigenti più bravi per i posti più ambiti.

I rischi di questa impostazione, avvertiti da autorevoli commentatori già in sede di prima lettura del decreto^[16], sono collegati alla possibilità che, attraverso la discrezionalità del conferimento degli incarichi, si determini una sovrapposizione della politica sull'amministrazione, con effetti sulla neutralità e sulla imparzialità, garantiti dalla Costituzione.

Il rischio della prospettiva citata è apparso giustificabile ai riformatori dall'evidente crisi di razionalità ed efficienza della nostra alta burocrazia, che ha ben pochi paragoni nelle altre esperienze amministrative dell'Occidente^[17]. Tale *deficit* è stato di volta in volta spiegato con efficaci formule “sociologicamente” ispirate, ma che non sottoponevano a reale critica il modello normativo di riferimento, nonostante fosse palese la sua inadeguatezza, quantomeno sotto il profilo dell'effettività (si veda da ultima quella di Cesare Pinelli “*del circuito vizioso burocratico*”^[18]).

Ma il modello si è rivelato insufficiente anche nell'impostazione normativa.

Esso, ben lungi dall'escludere la politica dall'amministrazione, ne ha eccitato gli appetiti, attraverso norme “strabiche” che hanno a loro volta favorito deresponsabilizzazione, resistenze passive, ritirate strategiche.

Tutto ciò può essere riassunto nella famosa formula di Sabino Cassese dello “*scambio fra sicurezza e potere*”.

Nel momento in cui la burocrazia diviene destinataria di competenze autonome (fornite *ex lege*) e teoricamente protette dalle invasioni della politica, si rifiuta di esercitarle, preferendo a vantaggi ipotetici e responsabilità certe il tradizionale sistema radicato sull'irresponsabilità e sullo strapotere della politica nell'amministrazione attiva. Preferisce cioè la sicurezza derivante dalla deresponsabilizzazione ai rischi connessi all'esercizio effettivo del potere ed effettua una specie di “*ritirata strategica*”, permettendo al ceto politico di occuparsi della gestione, in cambio di garanzie nello status e nella carriera^[19].



Status e carriera: le fortune della burocrazia sono fin qui dipese dalla passiva acquiescenza e da un *cursus honorum* che procedeva per pura anzianità, nel quale non era affatto inibito l'intervento della politica, sotto forma di nomina ai più alti gradi della dirigenza apicale, ma dal quale era proprio estraneo il meccanismo, che dovrebbe essere fisiologico, della valutazione costante dell'ufficio dirigenziale.

Il problema qui esaminato è naturalmente ancora più complesso, afferendo direttamente al rapporto fra politica ed amministrazione, che costituisce, come è risaputo, un punto emblematico di tensione in tutte le moderne democrazie liberali^[20] e che, nel nostro ordinamento, appare ulteriormente complicato dal noto *strabismo* della Costituzione la quale, dopo aver affermato la neutralità e l'imparzialità dell'amministrazione, la sottopone al Governo, che è naturalmente "*espressione di parte*", legato ad un vincolo di fiducia alle istituzioni rappresentative, a loro volta espressione della sovranità popolare.

Partendo dal presupposto – quasi pleonastico – che una separazione *tranchant* tra politica e amministrazione non sia né possibile né auspicabile, il problema centrale diviene quello di attrezzare adeguatamente il rapporto tra i due emisferi. Essi devono necessariamente rimanere in costante comunicazione, poiché costituiscono le due facce di una stessa medaglia: il governo della cosa pubblica^[21]. La questione non è dunque quella di separare rigidamente politica e amministrazione, bensì di disciplinarne le relazioni attraverso un sistema equilibrato di pesi e contrappesi, capace di prevenire recipro-

che invasioni di campo: da un lato, evitando che la politica comprometta l'autonomia gestionale della dirigenza; dall'altro, impedendo che la dirigenza si trasformi in un centro di potere autoreferenziale, acefalo e sottratto a ogni forma di indirizzo e controllo democratico.

I modelli relazionali possibili, appartenenti alla nostra esperienza giuridica recente, sono quelli della gerarchia e della direzione: in entrambi si predispongono strumenti per permettere alla politica di governare l'amministrazione, provando a garantirne comunque l'imparzialità, a termini di Costituzione.

Nel modello della gerarchia il dirigente non è autonomo, non ha competenze proprie, ma esercita quote di poteri e su di essi può sempre intervenire l'organo politico, esercitando penetranti e legittimi poteri di ingerenza (avocazione, revoca, modifica, riforma di atti, ricorsi gerarchici).

Nondimeno, l'influenza della politica non si estende, se non in misura limitata, alla gestione del rapporto di impiego dirigenziale. La nomina e la cessazione dall'incarico dei dirigenti risultano infatti largamente sottratte alla discrezionalità politica, fatta eccezione per i vertici amministrativi cui è riconosciuta una investitura fiduciaria. Allo stesso modo, la disciplina del rapporto di lavoro rimane affidata a strumenti unilaterali di diritto pubblico, coerentemente con la natura pubblicistica dell'intero sistema.

Quindi qui la dirigenza è "stabile", ma non autonoma.

Questo è il modello avallato dal D.P.R. n.748 del 1972, che per la prima volta configurò una

dirigenza pubblica, per scissione dal preesistente tronco della carriera direttiva.

Il modello della distinzione, invece, tende a “separare”, al di là delle interferenze funzionali. L’ingerenza sulla gestione viene formalmente ridotta, mentre si intensifica il controllo politico sugli incarichi dirigenziali. La politica indirizza e controlla l’amministrazione. Fra le direttive ed i controlli è riconosciuto lo spazio per la gestione autonoma della dirigenza, chiamata ad esercitare poteri propri e non delegati, in quanto derivano direttamente dalla legge rispetto ai quali non è più possibile l’esercizio di quei “poteri di ingerenza” dell’organo politico previsti dal DPR 748 del 1972.

Dall’*indistinzione di competenza*, tutta imputabile all’organo politico, si passa quindi ad un modello basato sulla *separazione delle competenze*.

Il d.lgs. n. 29 del 1993, pur aderendo a un modello fondato sulla distinzione delle funzioni tra politica e amministrazione, nella sua concreta attuazione non ha avuto la capacità – o forse la volontà – di portarne alle estreme conseguenze le premesse teoriche, intaccando la disciplina di *status*, in ogni caso mettendone in discussione l’inamovibilità in relazione agli inefficienti esiti della gestione. Ne è derivato un assetto incompiuto, nel quale la dirigenza è rimasta sospesa tra due modelli: non più pienamente inserita nella logica pubblicistica tradizionale, ma neppure compiutamente approdata a quella dell’autonomia manageriale. In altri termini, la riforma ha lasciato la dirigenza a metà del guado.

A sua volta la politica, sfornita di strumenti sufficienti per governare l’amministrazione, da un lato ha restaurato, con la benigna complicità del Consiglio di Stato, gli antichi poteri di intervento sull’amministrazione^[22], dall’altro ha fatto un uso improprio del potere di direttiva^[23]. È d’altra parte tautologico: se le direttive per la gestione autonoma dei dirigenti non vengono emanate, ovvero sono talmente dettagliate da sfiorare l’avocazione, la politica esercita un potere *extra ordinem* che porta, in quest’ultimo caso a sostituirsi ai dirigenti, nel primo alla paralisi dell’attività amministrativa, considerato che, per giurisprudenza costante della Corte dei conti, in mancanza di direttive per la gestione, è inibita al dirigente tutta l’attività a contenuto discrezionale (mentre, di converso, l’organo politico è radicalmente incompetente per l’esercizio dell’attività amministrativa)^[24].

Tale situazione si è verificata durante la vigenza del d.lgs. 29 del 1993, in cui si è finito con il riprodurre il già commentato “scambio fra sicurezza e potere”.

Il d.lgs n. 80 del 1998 (seconda privatizzazione), costituisce un tentativo di perfezionare il modello del 1993 anche nell’effettività. Il decreto di riforma restaura normativamente il rapporto di interferenza funzionale fra le due sfere, nel segno della distinzione di funzioni, che non tollera eccezioni, se non espresse e legislative. Tuttavia, attraverso il circuito fiduciario (potere di investitura), viene restituita la possibilità alla politica, spogliata di ogni potere di intervento sulla gestione attiva, di individuare i manager ritenuti idonei ad attuarne il programma politico-amministrativo.

Lo schema (già descritto) è quello per cui la politica sceglie le persone con il conferimento dell’incarico di funzione dirigenziale, ma effettuate le scelte, non può interferire con le decisioni che le stesse assumono, né può rimuoverle prima della scadenza dell’incarico, tranne i casi di valutazione negativa acclarati da organismi tecnici e neutrali (e, nei casi più gravi, anche previo parere di un apposito organismo di garanzia)^[25]. Sono quindi messe in discussione le tradizionali garanzie di stabilità e di inamovibilità.

Il sistema dovrebbe “autobilanciarsi in via ordinaria”, attraverso il diretto interesse della politica a selezionare i dirigenti *migliori*, perché solo per questa via otterrà i *migliori* risultati in termini di efficacia ed efficienza, dei quali dovrà rispondere al Parlamento prima, all’elettorato successivamente. Va comunque ribadito che il potere di scelta della politica, benché giustiziabile solo dal giudice ordinario in sede di giurisdizione per materia, costituisce un’attività di alta amministrazione e non politica e quindi è tutt’altro che arbitrario, e, consequenzialmente, non è sottratto al sindacato giurisdizionale (secondo Carlo D’Orta anche sub specie dell’eccesso di potere)^[26].

Il regime giuridico dell’organizzazione e la giurisdizione

Il regime della privatizzazione e la riforma della dirigenza favoriscono il superamento dei compromessi e delle esclusioni del d.lgs n. 29 del 1993 e recano, quali corollari e presupposti, l’intervento sulla contrattazione collettiva e il definitivo trasferimento della giurisdizione in materia di rapporto al giudice ordinario.

Una volta affermato che il dirigente esercita, nell’ambito della gestione del rapporto di lavoro, i poteri del privato datore, sono costituiti i presupposti giuridici per il superamento del decisivo condizionamento costituito dalla presen-

za del giudice dei provvedimenti amministrativi nell'ambito di un rapporto che è espressione di autonomia privata (individuale o collettiva).

Dell'importanza di questo condizionamento è appena il caso di fare cenno.

Il pubblico impiego, quale parte del diritto amministrativo, è stato costruito “*sulle ginocchia*” del Consiglio di Stato (ed a questo giudice è spettata, conseguentemente, l'interpretazione di quello spartiacque complesso, fra materie contrattualizzate e non, costituito dalla riserva di legge).

I presupposti giuridici per il superamento di questo regime erano *in nuce* già nella riforma del 1993. Ma il mantenimento del regime di giurisdizione esclusiva, sia pure in via temporanea, ha reso quantomeno “improbabile” l'addio al giudice amministrativo^[27], agendo in definitiva quale obiettivo fattore di freno per la stessa privatizzazione. Il passaggio di competenza fra i due giudici era obiettivamente complicato dall'apposizione di un termine mobile, dall'inesistenza di un regime transitorio per le cause pendenti, da un criterio di ripartizione del contenzioso fra i due giudici gravemente ambiguo, e, comunque, non sufficientemente supportato, come pure la delicatezza della materia avrebbe imposto, da misure organizzative e processuali in grado di attenuare l'impatto del trasferimento su un giudice privato già sovraccarico per suo conto.

Su due terreni la persistente competenza del giudice amministrativo era apparsa particolarmente tediosa, permettendo la conservazione del vocabolario amministrativistico in ambiti che teoricamente lo bandivano.

Il primo afferisce alla *contrattazione collettiva*, in cui, come prima evidenziato, attraverso il passaggio del sindacato dall'atto di autorizzazione al contratto collettivo autorizzato, il giudice amministrativo ha, nei fatti, continuato ad equiparare clausole contrattuali a norme, abrogandole con efficacia *erga omnes*. L'altro copre il *terreno dell'organizzazione e dell'esercizio dei poteri datoriali da parte del dirigente*, in cui si presentava una zona ambigua di non poco conto, frutto di un'evidente imperfezione della normativa di riferimento.

Nella disciplina dell'esercizio dei poteri datoriali il d.lgs n. 29 del 1993 situava la linea di confine fra diritto privato e diritto pubblico in maniera verticale e rigida, distinguendo fra rapporto di lavoro e organizzazione degli uffici. Restava però scoperta un'area di confine, difficilmente ascrivibile tout court alla prima o alla seconda sfera, quella dell'organizzazione dei rapporti di lavoro in cui si esercitano i poteri

gestionali del dirigente, che il persistente regime di giurisdizione esclusiva ha avuto buon gioco nell'attrarre nell'ambito pubblicistico.

La devoluzione al datore di lavoro pubblico dei poteri di gestione del rapporto di lavoro (in cui dovevano più riconoscersi provvedimenti amministrativi secondo il modello del *managerial rights*), la distinzione verticale tra organizzazione amministrativa e rapporto di lavoro e la permanente giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (comunque competente a regime nelle controversie relative agli atti riservati alla fonte unilaterale pubblicistica), finivano per generare una frizione sistematica che giocava a favore della riaffermazione degli assetti previgenti.

Da un lato, il peso della tradizione pubblicistica induceva a interpretare in modo estensivo la riserva di legge di cui all'art. 97 Cost., considerandola riferibile all'intera materia dell'organizzazione amministrativa. Dall'altro, tale impostazione favoriva l'espansione della giurisdizione esclusiva nell'ampia area grigia collocata tra organizzazione degli uffici e organizzazione del lavoro, proprio nel luogo in cui si concentra l'esercizio dei poteri dirigenziali (assegnazione delle mansioni, organizzazione del lavoro, esercizio del potere direttivo, esercizio del potere disciplinare, gestione del rapporto, carichi di lavoro, articolazione dell'orario di lavoro, comandi, distacchi...). Infatti, in questo spazio ambiguo la distinzione tra attività organizzativa e rapporto di lavoro risultava particolarmente problematica. Ne conseguiva la naturale tendenza della giurisdizione amministrativa ad attrarre nel proprio circuito decisionale tutte le controversie collocate lungo la linea di confine tra rapporto di lavoro e organizzazione degli uffici, con il ridimensionamento della portata innovativa del modello delineato dal legislatore del 1993.

Il datore di lavoro pubblico, quindi, pur dopo la privatizzazione, nell'esercizio dei propri poteri gestionali continuava ad assoggettarsi al sindacato del giudice amministrativo, il quale applicava i tradizionali canoni di funzionalizzazione dell'attività amministrativa. Gli atti di gestione del rapporto di lavoro erano così riqualificati, sul piano sostanziale, in provvedimenti amministrativi, quali manifestazioni di potestà pubbliche esercitate in funzione del perseguimento dell'interesse generale e in una posizione non assimilabile a quella del datore di lavoro privato. Venivano così riesumate le categorie concettuali proprie del precedente modello pubblicistico e tutta l'attività del dirigente conosceva un'indiscriminata “rifunionalizzazione” ed



una “riprocedimentalizzazione” in senso pubblicistico, anche in materie sicuramente afferenti al rapporto di lavoro e non solo in quelle situate sullo spartiacque dell’organizzazione degli uffici^[28].

Memore di questa esperienza, l’ulteriore privatizzazione riposiziona la linea di confine fra organizzazione e rapporto in maniera diversa, in modo che il discrimen diritto privato-diritto pubblico, “tagli” in due la stessa attività di organizzazione.

Attualmente solo la cd. macro-organizzazione attiene alle vicende del diritto pubblico (uffici di maggior rilievo, dotazioni organiche ...), perché anche nell’area della micro-organizzazione (organizzazione del lavoro e gestione del rapporto di lavoro) penetra il diritto privato^[29].

Non vi è alcuna arbitrarietà nella costruzione normativa: a fronte di un rapporto formalmente e sostanzialmente privatizzato, è la veste paritaria della pubblica amministrazione a riquificarne *immediatamente* la posizione in termini “neutri” rispetto all’interesse pubblico in tutta l’area non coperta direttamente dallo “zoccolo duro” del diritto pubblico, rientrando

nella riserva di cui all’art. 97 della Costituzione^[30]. Nell’ambito della bassa organizzazione, la circostanza che la pubblica amministrazione resti comunque vincolata a scopi pubblici, non impedisce una diversa qualità della verifica della congruenza dell’azione amministrativa, non più esercitata per singoli atti, ma in sede di complessivo controllo sui risultati della gestione.

La competenza del giudice ordinario nell’area del rapporto di lavoro e della micro-organizzazione chiude il cerchio, impedendo ogni ulteriore spazio per la vis attrattiva nell’area pubblicistica.

La contrattazione collettiva

L’ultimo tassello della correzione del d.lgs n. 29 del 1993 è costituito dall’intervento razionalizzatore sul sistema di relazioni collettive.

In materia di contrattazione collettiva il programma della delega poneva tre obiettivi, tutti sintonici alle ragioni della privatizzazione: riduzione dell’iperlegificazione, eliminazione dei momenti di discrezionalità amministrativa, rimodulazione del ruolo della Corte dei conti^[31].

La contrattazione collettiva nelle pubbliche amministrazioni dopo il 1993 aveva assunto un chiaro carattere “bifronte”, non apparendo chiaramente terreno di autonomia. Minuziosamente procedimentalizzata, viveva nel consueto condominio regolativo di legge e contratto.

Quest’ultimo, sottoscritto nelle forme privatistiche, era atteso da pervasivi controlli pubblicistici che fondavano rilevanti momenti di discrezionalità amministrativa, che a loro volta sollecitavano l’intervento del giudice amministrativo.

In realtà, anche la *seconda* privatizzazione conserva un elevato grado di istituzionalizzazione del sistema delle relazioni sindacali. Essa, tuttavia, ne ridefinisce profondamente l’assetto, rimodulandone istituti e dinamiche in modo coerente con gli obiettivi di decentramento, privatizzazione e semplificazione dell’azione amministrativa perseguiti dalla riforma.

In particolare, istituisce i comitati di settore quali istanze rappresentative ai fini negoziali delle pubbliche amministrazioni; ridefinisce il ruolo dell'ARAN, quale agenzia al servizio di tutte le amministrazioni rappresentate e non del solo governo; riformula la funzione della Corte dei conti in modo coerente con la defunzionalizzazione della contrattazione collettiva, per cui il controllo cessa di essere interno al processo di contrattazione collettiva per transitare sulla verifica dei costi pubblici; sopprime la fase pubblicistica dell'autorizzazione governativa alla sottoscrizione; elimina ogni ipotesi di eterodeterminazione normativa della contrattazione di secondo livello, nella quale struttura e comportamenti sono decisi nell'ambito del sistema contrattuale, il solo abilitato a conformarla; definisce i soggetti e l'oggetto della contrattazione collettiva.

D'Antona, sottraendosi al rischio di panlavorismo, va alla radice delle persistenti specificità.

Nel lavoro pubblico la stessa legificazione delle relazioni collettive istituzionalizza il fenomeno della contrattazione collettiva e, quasi, lo rende necessario per il consono svolgimento dei rapporti di lavoro. La determinazione di regole *ad hoc*, tuttavia, non è espressione di un diritto speciale del pubblico impiego, ma l'effetto specifico dell'emancipazione del soggetto pubblico dall'ordinamento separato. Se la pubblica amministrazione è sostanzialmente in posizione di parità con la controparte, essa necessita di un corredo minimo di regole precostituite, per adattare il diritto del lavoro ad un sistema che agisce senza mercato, senza lucro, ma che è comunque conformato ad una missione fissata nella legge, ai canoni di buon andamento, ecc.^[32]

Tale corpo di regole, pur minimo, nella novella del 1997-98, copre la materia della rappresentatività sindacale e del procedimento di contrattazione collettiva (predeterminando non solo le delegazioni trattanti, ma anche l'oggetto e precostituendo un'efficacia erga-omnes secondo un modello ritenuto dalla Corte cost. compatibile con l'art. 39 cost.^[33]), prescrive la pubblicazione dei CCNL in Gazzetta Ufficiale; ammette il ricorso per Cassazione per violazione e falsa applicazione dei contratti collettivi; attiva l'impugnativa delle clausole controverse in Corte di Cassazione, quale eventualità connessa nell'ambito di uno degli strumenti di deflazione, quello specificamente volto a scongiurare l'insorgere di controversie seriali per consentire l'interpretazione uniforme delle norme collettive.

Il nuovo modello rende compatibile e coerente la natura privatistica del rapporto con l'esi-

genza di certezza, trasparenza ed uniformità che caratterizza l'attività del datore di lavoro pubblico, ma proprio a tal fine richiede qualche regola di conformazione che finisce con il caratterizzare i contratti collettivi quali "contratti collettivi nominati di diritto comune", perché è direttamente la legge che ne disciplina i soggetti, le procedure, gli effetti giuridici^[34]. Ma, in ogni caso, non dovrebbe più sfuggire che la contrattazione collettiva nel lavoro pubblico è ormai espressione di libertà negoziale e non di potere normativo, e che il quadro legale che la regola ha valore conformativo e non permissivo, poiché non deriva da un'esplicita norma di attribuzione, ma, direttamente, dall'articolo 39 della Costituzione^[35].

Analogamente, la costituzione di procedure speciali nel processo, come l'accertamento pregiudiziale per l'interpretazione, validità ed efficacia dei contratti collettivi nazionali stipulati dall'ARAN ed il ricorso in Cassazione per violazione e falsa applicazione di norme collettive, non deriva da una natura speciale natura del CCNL del lavoro pubblico quale fonte di diritto (che sarebbe apertamente *contra constitutionem* per contrasto con l'art. 39, che ipotizza a tale fine uno specifico processo di produzione normativa). Essa è, al contrario, specifico effetto della necessità che l'amministrazione pubblica, tenuta per obbligo costituzionale all'imparzialità, tratti le norme dei contratti – che esigono un'applicazione uniforme in una serie indefinita di casi (quanto è ampio il campo di applicazione della norma) – come norme generali ed astratte, riservando alle stesse, anche sul piano processuale, il trattamento tipico degli atti normativi. Nel caso dei contratti collettivi "nominati" del lavoro pubblico, infatti, il giudice si trova a giudicare su norme che partecipano dei caratteri tipici degli atti normativi (generalità ed astrattezza) e che, quindi, sollecitano in alcuni casi il giudice ad una pronuncia sulla regola astratta e non solo all'applicazione della regola astratta al caso concreto, quale questione di diritto e non di fatto^[36].

La riforma della rappresentatività sindacale

Nell'ambito della complessiva riforma delle relazioni collettive è contenuta la riforma delle regole sulla rappresentanza sindacale.

Qui si innesta una storia nella storia della riforma del lavoro pubblico.

La delega contenuta nell'art. 11 della legge 59 del 1997 non conteneva un'autorizzazione

esplicita ad intervenire su questo terreno. La tecnica normativa prescelta, di rinviare l'esercizio del potere di delega (*anche*) ai criteri ed ai principi direttivi contenuti nella legge n. 421 del 1992 (delega per la "prima" privatizzazione), ha fornito l'occasione per colmare il "cratere" aperto dall'abrogazione ortopedica operata dal referendum del giugno del 1995 che, oltre a cancellare l'art. 47 del d.lgs. n. 29 del 1993, aveva costruito una norma di risulta dell'art. 19 dello Statuto dei lavoratori, inutilizzabile, come meglio si chiarirà in seguito, per il lavoro pubblico^[37].

Gli effetti del referendum furono in verità paradossali anche per il settore privato. Assegnare al datore di lavoro un potere di accreditamento delle controparti sindacali attraverso l'ammissione alla contrattazione collettiva (secondo la Corte costituzionale solo chi firma contratti applicabili all'unità produttiva è rappresentativo)^[38], determina l'allocazione in capo allo stesso di un potere ulteriore e determinante, quello di ammettere le organizzazioni sindacali alle tutele privilegiate del terzo titolo dello Statuto (in ogni caso ripristinando una misura della rappresentatività che prescinde dall'effettivo seguito riportato nell'unità produttiva, ma basato sulla pura dinamica dei rapporti di forza).

Tale criterio, già contraddittorio per il settore privato, appare chiaramente insufficiente per quello pubblico, in cui l'esigenza di regole formalizzate per la determinazione della rappresentatività sindacale è imprescindibile: sia perché la ripartizione del monte ore di prerogative sindacali (distacchi e permessi), che sono limitate perché hanno un costo elevato per l'erario, richiede una rappresentatività in termini quantitativamente confrontabili; sia perché la stessa efficacia verticale rafforzata che, ex lege è assegnata ai CCNL, impone regole formalizzate per la verifica che la coalizione sindacale presti un consenso sufficiente, in termini di rappresentatività, della categoria che viene impegnata da quel consenso; ma, soprattutto, perché l'art. 19 dello Statuto, nella sua versione "di risulta", è tecnicamente inapplicabile^[39].

Pare appena il caso di ribadire che nel lavoro pubblico proprio l'esistenza della legge impedisce che la contrattazione collettiva si costituisca come fenomeno interamente volontario e basato su rapporti di forza come avviene, invece, nel gemello sistema civilistico. Il meccanismo dell'art. 19 dello Statuto, invece, fa leva sull'effettività, vale a dire sull'effettiva partecipazione al processo contrattuale, giacché il possesso della rappresentatività sufficiente non è una causa ma una conseguenza dell'ammissione alle trattative. In questa maniera, come

è stato osservato, il problema viene capovolto, in quanto la rappresentatività così accertabile, cioè quale conseguenza di un'attività, può avere senso nel settore privato, ma serve a ben poco nel settore pubblico, ove occorre avere proprio la rappresentatività necessaria per svolgere quella data attività contrattuale^[40].

Il giudizio del referendum del 1995, in verità facendo giustizia del meccanismo "pilatesco ed autoreferenziale" previsto del d.lgs n. 29 del 1993, aveva contestualmente sancito l'insufficienza dei meccanismi di rappresentatività presupposta e quindi presunta cui lo stesso rinvia, sia pure in via transitoria^[41]. Per cui, proprio per assicurare il rispetto della volontà referendaria, occorre formalizzare regole di misurazione della rappresentatività in termini confrontabili ed obiettivi e non solo basate su giudizi sintetici (in termini di maggiore rappresentatività). D'altronde, come l'esperienza recente aveva dimostrato, la stessa nozione di maggiore rappresentatività, non permettendo valutazioni comparative della rappresentatività obiettiva, richiama l'attività valutativa discrezionale della pubblica amministrazione, ai sensi della quale la stessa ammette a partecipare i sindacati alla contrattazione ai diversi livelli. A tale proposito, e a solo titolo esemplificativo, si possono rammentare le posizioni assunte dal giudice amministrativo in varie pronunce, nelle quali l'ammissione alle trattative dell'organizzazione sindacale viene fatta scaturire direttamente dall'interesse dell'amministrazione a perseguire "l'interesse pubblico" (nuovamente!) "a che la normativa promani dall'incontro della volontà dell'amministrazione, tutelante *l'interesse generale della collettività* con quello dei soggetti che *maggiormente* sono in grado di esprimere le esigenze delle categorie dei dipendenti pubblici"^[42]. In questa maniera, è appena in caso di ribadirlo, si fondano per il sindacato posizioni di mero interesse legittimo all'ammissione, non preposte al soddisfacimento una pretesa individuale legata al possesso di una rappresentatività obiettiva, su cui fondare posizioni soggettive di diritto. Il diritto del sindacato nasce affievolito, perché sopra di esso campeggia l'interesse dell'amministrazione, che, assistita dalle superiori ragioni interesse pubblico, esercita il potere autoritativo di individuazione delle controparti negoziali. Agli scopi predetti, quindi, è sufficiente una qualificazione in termini di maggiore rappresentatività e non è necessaria la definizione di indici quantitativi oggettivamente misurabili, che appaiono invece preordinati a radicare vere e proprie posizioni di diritto per le organizzazioni sindacali.

Il doppio criterio associativo-elettorale, previsto dal d.lgs. n. 396 del 1997 (il primo decreto emanato sulla base della delega contenuta nella legge n. 59 del 1997), oltre a rivitalizzare la democrazia partecipativa attraverso il massimo di democrazia possibile, il principio universalistico del voto, allo stesso tempo fornisce il sistema di regole certe e verificabili per la misurazione della rappresentatività sindacale. Quest'ultima viene legata ad indici oggettivi di consenso, in grado di garantire all'organizzazione in possesso degli indici percentuali richiesti dalla norma un diritto perfetto per l'esercizio delle prerogative sindacali e per la fruizione dei diritti contrattuali, liberamente azionabile di fronte al giudice ordinario.

Le RSU, a loro volta, sono incentivate dalla ristrutturazione normativa operata dal d.lgs. n. 396 del 1997, in quanto garantite *ex lege* ed immediatamente esigibili (per cui ne è assicurata la stabilità nel tempo). Esse costituiscono al contempo una forma organizzativa in grado di ricomporre la scissione fra sindacato e lavoratori di base e lo strumento di democrazia sindacale idoneo a legare l'esercizio dei diritti sindacali al consenso effettivo di cui godono i sindacati nei luoghi di lavoro.

(Segue nel prossimo numero. La prima parte è stata pubblicata nel numero 75 di Lavoro@Confronto.)

Note

[12] Orsi Battaglini, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto di impiego con enti pubblici*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 1993, 461. La richiamata sentenza della Corte costituzionale n. 313 è del 25 luglio 1996 ed è, fra l'altro, pubblicata in *Foro italiano*, 1997, I, 307, con il commento di Amalia Falcone, *La mezza riforma della dirigenza pubblica al vaglio della Corte costituzionale*.

[13] Cfr. D'Antona, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro*, cit. 36.

[14] Il d.lgs. n.396 del 1997 ristruttura il sistema di relazioni collettive nel lavoro pubblico, ivi compreso il regime della rappresentatività sindacale; il d.lgs. n.80 del 1998 completa la privatizzazione del rapporto di lavoro (mansioni, mobilità, dotazioni organiche...), intervenendo altresì sul trasferimento della giurisdizione dal giudice amministrativo al giudice ordinario in materia di rapporto di lavoro e "contrattualizza" i dirigenti generali; il d.lgs n.387 del 1998



“corregge” i primi due decreti e dispone originali norme in tema di accesso alla dirigenza pubblica.

[15] D'Antona, *La revisione del decreto legislativo 29/93: la distinzione fra politica ed amministrazione e la riforma della dirigenza*. Intervento al Forum sulla Pubblica Amministrazione, 9 maggio 1998, dattiloscritto.

[16] Si veda, per tutti, Cassese, *L'ombra dei politici sui manager di Stato*, in *La Repubblica*, 11 dicembre 1998 e *Allarme lottizzazione*, in *La Repubblica*, 21 febbraio 1998.

[17] Cfr. D'Antona, *Dirigenti pubblici: meglio se a tempo*, in *Il Sole 24 ore*, 4 marzo 1998, e altresì, Talamo, *Le funzioni dei dirigenti*, in *Commentario al d.lgs n. 29/1993* diretto da Franco Carinci e Massimo D'Antona, cit. (soprattutto il paragrafo finale, *Conclusioni: ancora sulla distinzione fra politica ed amministrazione*).

[18] Pinelli, *Ministri dirigenti e amministrazioni. Uno sguardo costituzionale sulla nuova disciplina*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 5, 1998, 814.

[19] Cassese, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 1983, 69 ss.

[20] Si vedano a tal proposito le illuminanti pagine di Carlo D'Orta, *La riforma della dirigenza: dalla sovrapposizione alla distinzione fra politica ed amministrazione?*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1994, 190.

[21] D'Orta, *op. cit.*

[22] Cfr., tra gli altri, i pareri del Cons. Stato, comm. spec., pareri n. 302/1993 del 15 novembre 1993 e

n. 349/1995 del 20 marzo 1995; Cons. Stato, Ad gen., parere n. 86/1996 del 4 luglio 1996; Cons Stato, sez. II, parere n. 2981/1996 del 12 febbraio 1997; Cons. Stato pareri n. 1251/1993, del 24 novembre 1993; n. 848/1992 del 19 maggio 1993; n. 625/1993 del 30 giugno 1993.

[23] Vedila Relazione della Corte dei Conti sull'attuazione del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, approvata con deliberazione n. 101/1997 (soprattutto p. 69 ss., e, in generale, il capitolo III), ma anche le successive deliberazioni delle Sezioni riunite nn. 25/1998 e 22/1999 (recanti, rispettivamente: "Osservazioni in tema di direttive ministeriali generali di indirizzo politico-amministrativo per l'esercizio finanziario 1998" e "Osservazioni al Presidente del Consiglio ed al Ministro della funzione pubblica in tema di direttive generali di indirizzo politico-amministrativo per l'esercizio finanziario 1999").

[24] V. ad esempio Corte dei conti, sez. controllo, III collegio, deliberazione n. 104/1995, del 5 luglio 1995.

[25] D'Antona, *La revisione del decreto legislativo 29/93: la distinzione fra politica ed amministrazione e la riforma della dirigenza. cit.* L'immobilità nuoce all'efficienza ed il nuovo sistema struttura la mobilità che deriva da un'applicazione del principio ordinario di valutazione. Il dirigente è posto in condizione di misurarsi con gli obiettivi dati in piena responsabilità ed in piena autonomia. Ma nel nuovo sistema il principio della mobilità viene fortemente bilanciato da un apparato di garanzie che attenuano la discrezionalità delle scelte politiche. Si pensi fra l'altro all'esistenza di una "riserva" in materia di gestione autonoma dei dirigenti, derogabile solo legislativamente ed espressamente (art. 3, comma 3 d.lgs 29/1993); all'inesperibilità di ricorsi gerarchici al ministro (art. 16, comma 4) e, in generale, alla soppressione (*quasi totale*) dei poteri straordinari di intervento dell'organo politico sull'amministrazione attiva (art. 14, comma 3), nonché alla previsione, in un'elencazione "chiusa", delle funzioni esercitabili dallo stesso (artt. 3, comma 1 e 14, comma 1); all'accesso solo per concorso alla qualifica dirigenziale (art. 28, comma 1); all'istituzione di un Comitato dei garanti, strutturato come un Collegio di conciliazione, che interviene nel caso di irrogazione delle più gravi sanzioni ai dirigenti (art. 21, comma 3); all'obbligo di adeguamento per le amministrazioni non statali ai principi della distinzione (art. 27 bis) ed alla particolare efficacia retroattiva di tale distinzione (art. 45, comma 1 del d.lgs n. 80 del 1998).

[26] Cfr. D'Orta, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni fra diritto pubblico e diritto privato, cit.*

[27] Romagnoli, *La nuova disciplina del pubblico impiego. L'improbabile addio del giudice amministrativo*, in *Lavoro e diritto*, 1994, 3.

[28] Per una ricostruzione di questa vicenda, prima e dopo la seconda privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico, si rinvia nuovamente a D'Orta, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni*, cit. (soprattutto il paragrafo 2) e a D'Antona, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro*, cit., 43-44.

[29] Cfr. F. Carinci, *La dirigenza nella seconda fase della privatizzazione: la legge delega n. 59/1997 e i decreti legislativi nn. 396/1997 ed 80/1998*, in *I contratti collettivi per le aree dirigenziali*, Commentario diretto da Franco Carinci e Carlo D'Orta, XXXIII.

[30] Cfr. D'Antona, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro*, cit., 42 ss.; Liso, *Commento alla sentenza della Corte Costituzionale n. 309/1997*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1998.

[31] D'Antona, *Lavoro pubblico*, cit., 48.

[32] D'Antona, *Contratto collettivo, sindacati e processo del lavoro dopo la "seconda privatizzazione" del pubblico impiego*, in *Foro italiano*, 1999, 624 ss..

[33] Corte cost., 309 del 1997.

[34] D'Antona, *Contratto collettivo*, cit., 625.

[35] Cfr. D'Antona, *Lavoro pubblico*, cit., 61-62.

[36] Cfr. D'Antona, *Contratto collettivo*, cit., 627 e 631.

[37] Cfr. D'Antona, *Nel "cratere" dei referendum sulla rappresentatività sindacale (lavoro pubblico e lavoro privato alla ricerca di nuovi equilibri costituzionali nei rapporti collettivi)*, in *Foro italiano*, 1996, I, 6.

[38] Corte cost, sent. 12 luglio 1996, n. 244, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1996, III, 447.

[39] Cfr. D'Antona, *Nel cratere*, cit., 17 ss. e *Lavoro pubblico e diritto del lavoro*, cit., 52 ss.

[40] Cfr. Di Stasi, *Le rappresentanze sindacali unitarie nel pubblico impiego*, Torino, 1998, 19.

[41] F. Carinci e M.T. Carinci, *La privatizzazione del rapporto di lavoro*, in *Inserito di diritto e pratica del lavoro*, 1993, XIII. Con un evidente paradosso, la definizione delle nuove regole era rimessa dall'art. 47 del d.lgs. n. 29 del 1993 (vecchio testo), ad un accordo tra le stesse confederazioni la cui maggiore rappresentatività era stata accertata proprio sulla base dei criteri che si intendeva superare.

[42] TAR Lazio, I sez., 4 ottobre 1996, n.1748, cit.

[*] Direttore Generale dell'Ufficio Relazioni Sindacali del Dipartimento della Funzione Pubblica - Presidenza del Consiglio dei Ministri.