

LAVORO PUBBLICO E DIRITTO DEL LAVORO: LA SECONDA PRIVATIZZAZIONE DEL PUBBLICO IMPIEGO NELLE «LEGGI BASSANINI»

di MASSIMO D'ANTONA

SOMMARIO: 1. Il « secolo breve » del pubblico impiego. — 2. Sviluppo e crisi del pubblico impiego come ordinamento speciale. — 3. Ibridazione della contrattazione collettiva con il diritto amministrativo: la legge quadro n. 93 del 1983. — 4. La prima « privatizzazione »: innovazioni e compromessi del d.lgs. n. 29 del 1993. — 5. La seconda « privatizzazione »: i caratteri della legge delega n. 59 del 1997. — 6. Prime prove della legislazione delegata: il d.lgs. 396 del 1997 sulla contrattazione collettiva. — 7. (*segue*) e sulla rappresentatività sindacale.—8. Il lavoro pubblico dopo la seconda « privatizzazione »: la parificazione dei poteri di gestione del lavoro. — 9. (*segue*) la contrattazione collettiva come libertà negoziale e non come potere normativo.

1. Il « secolo breve » del pubblico impiego.

Il definitivo ritorno dei rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni nell'alveo normativo del diritto del lavoro privatistico dovrebbe compiersi, se i tempi della delega contenuta nella l. n. 59 del 1997 saranno rispettati, nel corso del 1998, novant'anni dopo la legge giolittiana (il t.u. 22 novembre 1908 n. 693) che, codificando gli orientamenti giurisprudenziali della IV sezione del Consiglio di Stato, definì per la prima volta lo statuto giuridico degli impiegati civili dello Stato.

Se si considera che soltanto con le riforme De Stefani del 1923 e con l'attribuzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie di lavoro pubblico (regi decreti n.1054 e 1058 del 1924), il « pubblico impiego » ha assunto definitivamente i caratteri di un ordinamento speciale, interamente separato dal diritto comune, si può dire — secondo la felice immagine dello storico Hobsbawm — che la vicenda del pubblico impiego si è consumata in un « secolo breve » aperto e chiuso nel corso del novecento.

Il « secolo breve » del pubblico impiego si identifica con il periodo storico che ha visto — attraverso l'ultima fase dello Stato liberale, il periodo fascista, e una parte non breve della vita della Repubblica — il monopolio dello Stato centrale, del suo livello di Governo, del suo modello di amministrazione. Non è dunque sorprendente che esso si chiuda in coincidenza con l'attuazione di una riforma di vasto respiro che punta a ridurre nel sistema amministrativo italiano il peso abnorme dello Stato centrale, esaltando il ruolo delle Regioni e degli enti locali attraverso il principio di sussidiarietà, ed offrendo, con una serie di concrete misure di semplificazione, risposta al bisogno di trasparenza ed efficienza dall'attività delle pubbliche amministrazioni che promana dalla società.

Nelle « leggi Bassanini » (leggi n. 59 e n. 127 del 1997) viene stabilito un nesso esplicito tra il definitivo superamento della specialità del pubblico impiego e la organica riforma amministrativa che anticipa alcuni caratteri di orientamento federale della riforma della Costituzione (sui quali è emersa una certa convergenza nella Commissione bicamerale). Le deleghe contenute nelle « leggi Bassanini » impegnano il Governo ad affrontare alcuni temi cruciali delle riforme amministrative del nostro tempo. Uno è la tendenziale differenziazione organizzativa delle pubbliche amministrazioni (decentramento; deconcentrazione; frammentazione delle competenze). L'altro è la più diretta finalizzazione dell'azione amministrativa a risultati ed obiettivi (valutazione; sperimentazione). Entrambe le tendenze si rivelano obiettivamente incompatibili con il mantenimento di un ordinamento speciale del pubblico impiego, e in ciò risiede il nesso tra il completamento della privatizzazione del pubblico impiego e le riforme amministrative di orientamento federalista delle « leggi Bassanini ». Il superamento dell'uniformità organizzativa fa venir meno una delle fondamentali giustificazioni del pubblico impiego come ordinamento pubblicistico speciale, la sua pretesa coerenza con certe esigenze specifiche e comuni dell'organizzazione pubblica in quanto tale. Dal canto suo, la finalizzazione ad obiettivi e risultati — piuttosto che la mera uniformazione a regole di decisione e a procedure precostituite—accentua il rilievo del principio di responsabilità rispetto al principio di legalità. La condizione di chi, come amministratore pubblico o dirigente, è chiamato a rispondere dei risultati dell'attività di una pubblica amministrazione, si avvicina a quella di chi risponde dell'attività di un'organizzazione privata come l'impresa. Anche sotto questo profilo, il mantenimento di un

ordinamento speciale del lavoro pubblico si dimostra obiettivamente insostenibile. Non vi sarebbe coerenza nel richiedere ad amministratori pubblici e dirigenti una pianificazione per obiettivi dell'attività amministrativa, e poi negare loro l'accesso agli strumenti di gestione flessibile propri del lavoro privato; e ancor meno nel considerarli autonomi e responsabili dei risultati e poi vincolarli al rispetto degli schemi di gestione « legittima » elaborati, attraverso operazioni puramente logico argomentative, da giudici amministrativi non responsabili dei risultati.

2. Sviluppo e crisi del pubblico impiego come ordinamento speciale.

Il ritorno dei rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni al diritto del lavoro ha dunque diverse concause. La prima è il carattere multiorganizzativo che vanno assumendo le pubbliche amministrazioni, che rende preferibile la duttilità del diritto del lavoro privatistico. Il secondo è la più chiara ripartizione della responsabilità (politica e dirigenziale) per i risultati dell'attività amministrativa, che sollecita una parificazione degli strumenti di gestione delle risorse umane. Ma ve n'è una terza, che è data dai vistosi limiti del modello del pubblico impiego, quale il diritto amministrativo italiano è andato elaborando nel corso del « secolo breve » che ne ha visto l'ascesa e la crisi.

In nessun paese a diritto amministrativo si è avvertita infatti l'esigenza di una così radicale « privatizzazione » del rapporto di lavoro dei funzionari pubblici, inclusi i dirigenti. Ma va detto che in pochi paesi il « pubblico impiego » aveva assunto una pari estensione — andando ben al di là dei funzionari in senso proprio, per attrarre, come effetto della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, nel circuito dell'ordinamento speciale e dei suoi principi una così vasta gamma di rapporti di lavoro — e che in pochi paesi l'ordinamento speciale pubblicistico dei rapporti di lavoro si era dimostrato altrettanto soffocante, a scapito dell'efficienza, e aveva consentito una altrettanto capillare ingerenza dei giudici amministrativi nei fatti organizzativi grandi e piccoli.

Ha notato Sabino Cassese che, mentre la privatizzazione del pubblico impiego sembra essere un processo diffuso, non in tutti i paesi le forme sono paragonabili a quelle che ha assunto in Italia. In Francia, si sono mantenute le forme del sistema pubblicistico, ma assunti i contenuti normativi del modello privatistico. Il pubblico impiego si è privatizzato innestando le regole private in un ordinamento del lavoro pubblico che, per il resto, ha mantenuto la sua specialità di diritto amministrativo.

In Inghilterra, si è mantenuta la disciplina tradizionale del « civil service », ma lo si è svuotato assegnando un numero crescente di funzioni svolte da pubbliche amministrazioni ad agenzie con personale a regime di diritto privato. Il pubblico impiego non si è privatizzato, ma si è privatizzata la pubblica amministrazione, e si è ridotto di riflesso l'ambito del « civil service ».

In Italia, l'osmosi normativa tra pubblico impiego e diritto del lavoro privato è stata strenuamente contrastata, quando i tempi sarebbero stati propizi, da una tradizione pubblicistica visibilmente condizionata dalle origini autoritarie e stataliste del modello del pubblico impiego. La « via francese » della parificazione dei contenuti normativi, fermo restando il diverso regime giuridico, non è stata mai seriamente presa in considerazione, e neppure si è voluta imboccare la « via tedesca », suggerita dal Rapporto Giannini, della privatizzazione del rapporto di lavoro del personale privo di funzioni di autorità o di effettiva rappresentanza della pubblica amministrazione. All'inizio degli anni ottanta, con la « legge quadro » n. 93 del 1983, si è tentata la carta dell'ibridazione della contrattazione collettiva con il diritto amministrativo, con effetti di definitivo discredito del modello pubblicistico. Non è rimasta poi altra strada che quella di imporre la cura drastica del diritto comune, sia pure con una certa gradualità e, in un primo tempo, con alcuni compromessi ed esclusioni. Quella strada che nel corso del 1998 dovrebbe essere completata e senza ulteriori compromessi o esclusioni.

Guardando alla vicenda storica del pubblico impiego, non è eccessivo affermare che se i rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni tornano, e in blocco, inclusi i dirigenti e i corpi professionali, al diritto del lavoro privatistico, è anche perché il diritto amministrativo non ha saputo aggiornare, quando sarebbe stato il tempo, il modello pubblicistico abbozzato nella fase finale dello Stato liberale e perfezionato ed esteso durante il fascismo.

Risalgono infatti alle riforme De Stefani del 1923 e all'attribuzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie di lavoro pubblico (regi decreti n. 1054 e 1058 del 1924) le radici del « pubblico impiego » come ordinamento speciale, con al centro un rapporto non contrattuale caratterizzato dalla supremazia dell'amministrazione, ma anche da un forte corredo di garanzie individuali affidate al potere normativo del Governo, e dunque tali da legare la sorte del ceto burocratico alla benevolenza del potere politico. Il fascismo non ebbe bisogno di epurazioni per garantirsi la fedeltà delle burocrazie dello Stato liberale, ed il modello del pubblico impiego venne esteso entusiasticamente agli enti pubblici creati dal regime.

Nei sessant'anni successivi alle riforme del 1923 non vi è stato, ad uno sguardo d'insieme, molto più che conservazione dell'esistente. L'avvento della Costituzione repubblicana, nella quale il principio di tutela del lavoro è affermato vigorosamente attraverso un articolato catalogo di diritti di rango costituzionale, non ha scalfito il pubblico impiego, prontamente ricollocato dal giudice amministrativo sotto l'usbergo della riserva di legge in materia di organizzazione degli uffici pubblici sancita dall'art. 97 Cost. Sotto questo usbergo, i caratteri essenziali dell'ordinamento speciale del lavoro pubblico—quella miscela di autoritarismo e garantismo paternalista che la giurisdizione esclusiva del Consiglio di Stato aveva frattanto elevato a dignità di sistema — si sono conservati intatti nel passaggio dal fascismo all'ordinamento repubblicano. La natura non contrattuale dei rapporti di lavoro e il dominio delle fonti unilaterali nell'ordinamento speciale hanno d'altra parte impedito, nei primi vent'anni dello Stato repubblicano, che l'azione sindacale dei dipendenti pubblici assumesse i caratteri fisiologici della rivendicazione conflittuale e della contrattazione collettiva. Ha prevalso il sindacalismo autonomo, il lobbismo per ottenere « legghine » di privilegio, il particolarismo normativo.

Non sono mancati naturalmente, in quei sessant'anni, seri tentativi di affrontare la modernizzazione del lavoro pubblico, sia in connessione con qualche riforma della pubblica amministrazione sia di per sé stessa. Due leggi delega, quella del 1954 e quella del 1970, hanno commesso al Governo impegnative riforme, ed entrambe sono state neutralizzate dall'alleanza degli interessi favorevoli alla conservazione dell'esistente: la prima ha finito per rafforzare, nell'organico disegno del t.u. 10 gennaio 1957 n. 3 il carattere separato e autoreferenziale del lavoro pubblico; la seconda ha prodotto una limitata riforma della dirigenza. Neppure una grande legge sul lavoro, fortemente improntata ai valori costituzionali, come lo Statuto dei diritti dei lavoratori (l. n. 300 del 1970) è riuscita davvero a mettere in discussione la separatezza del lavoro pubblico. Dall'art. 37 della l. n. 300 del 1970 non viene smentito il carattere speciale del pubblico impiego e la sussidiarietà della legislazione lavoristica nell'ordinamento speciale.

3. Ibridazione della contrattazione collettiva con il diritto amministrativo: la legge quadro n. 93 del 1983.

La pura conservazione dell'esistente è stata interrotta, sessant'anni dopo la riforma De Stefani, dalla « legge quadro » sul pubblico impiego (l. n. 93 del 1983). Una riforma organica, fatta con legge generale applicabile a tutte le pubbliche amministrazioni, che stabiliva alcune rilevanti novità, in coerenza con l'evoluzione dei rapporti di lavoro nella società italiana, ma che confermava la natura speciale del pubblico impiego e forniva anche nuovi ed inediti elementi di specialità.

La « legge quadro » è la risposta alla sindacalizzazione del settore pubblico e alla diffusione della contrattazione collettiva in via di fatto, e, nello stesso tempo, è il tentativo di realizzare l'omogeneità dei trattamenti attraverso una regolazione « centrale » dello stato giuridico ed economico delle diverse categorie dei dipendenti pubblici, correggendo per questa via le clamorose sperequazioni venute alla luce sotto il nome di « giungla retributiva ».

Con la « legge quadro » il pubblico impiego conserva la tradizionale natura di ordinamento speciale e resta assoggettato alla giurisdizione del giudice amministrativo. Ciò che cambia, essenzialmente, è il regime delle fonti e il ruolo delle organizzazioni sindacali dei dipendenti. La disciplina dei rapporti di lavoro è affidata ad accordi collettivi nazionali negoziati tra una delegazione del Governo e i sindacati maggiormente rappresentativi, il cui contenuto viene trasfuso in regolamenti del Governo, emanati con decreti del Presidente della Repubblica.

Dunque, con la « legge quadro » un fenomeno tipico del lavoro privato, come la contrattazione collettiva, viene rielaborato dal diritto amministrativo, secondo le categorie del diritto pubblico.

Il contratto collettivo diventa la « fase negoziale » di un procedimento che sfocia comunque in un atto normativo unilaterale, il regolamento del Governo. Emergono nella « legge quadro » n. 93 del 1983 due tratti peculiari, che influenzeranno anche la fase successiva al superamento di questa legge.

Il primo è la concentrazione nel Governo nazionale di una funzione di regolazione « centrale » dei rapporti di lavoro con tutte le pubbliche amministrazioni. Il Governo, attraverso negoziati diretti con le grandi confederazioni, diventa arbitro degli assetti generali economico normativi del lavoro pubblico.

Il secondo è una visione deformata della contrattazione collettiva, intesa non come attività libera esercitata in virtù di una generale capacità negoziale degli enti pubblici, ma come una fonte dell'ordinamento speciale pubblicistico caratterizzata essenzialmente dal necessario consenso del sindacato. Di qui la tecnica normativa di individuare e separare le materie rispettivamente riservate alle fonti unilaterali o alla contrattazione collettiva (in realtà, rimesse in entrambi i casi ad una fonte unilaterale, ma nel secondo soggette alla condizione del previo accordo sindacale).

Di qui la diffusa percezione della contrattazione collettiva pubblica come vincolo consociativo.

Ai difetti di rigidità e uniformità del modello prodotto dall'elaborazione giurisprudenziale dalla riforma De Stefani in poi, la « legge quadro » aggiunge gli ulteriori difetti della centralizzazione forzata, del coinvolgimento diretto del Governo nel confronto con i sindacati e della complessità procedurale. Inoltre, sugli accordi-regolamenti si sviluppa un vasto contenzioso davanti al giudice amministrativo che esalta il profilo pubblicistico dell'accordo-regolamento, e genera una progressiva normalizzazione degli apporti privatistici della contrattazione collettiva.

La « legge quadro », anziché trasferire nel pubblico alcune virtù del privato, accentua i difetti strutturali del pubblico impiego. Per di più, trasformando la contrattazione collettiva in un negoziato politico istituzionalizzato tra sindacati e Governo, spinge la spesa per il personale pubblico fuori controllo.

4. La prima « privatizzazione »: innovazioni e compromessi del d.lgs. n. 29 del 1993.

Paradossalmente, la prima legge generale sul pubblico impiego — tale si deve considerare la « legge quadro », a differenza di tutte quelle precedenti che riguardavano fondamentalmente gli impiegati civili dello Stato ed un numero variabile di altri rapporti di lavoro a questi assimilati — è stata anche l'ultima.

La crisi finanziaria degli anni novanta crea drammaticamente le condizioni per l'abbandono del modello del pubblico impiego. La legge delega del Governo Amato n. 421 del 1992 — che fa seguito al « blocco » delle retribuzioni dei dipendenti pubblici — contiene misure straordinarie per riportare sotto controllo la spesa pubblica. Tra queste, vi è il superamento del pubblico impiego come ordinamento speciale.

La legge delega prevede l'applicazione graduale del codice civile e delle leggi sul lavoro nell'impresa al pubblico impiego; la creazione di una Agenzia tecnica per la rappresentanza delle pubbliche amministrazioni nella contrattazione collettiva; il passaggio della giurisdizione sulle controversie dei dipendenti al giudice ordinario entro tre anni. Essa prevede altresì la separazione tra indirizzo politico e gestione amministrativa, quest'ultima affidata ai dirigenti, che assumono pertanto una autonoma legittimazione e una diretta responsabilità per la gestione.

Con il d.lgs. n. 29 del 1993 e i successivi decreti correttivi vengono meno i cardini della separatezza del pubblico impiego.

La svolta consiste essenzialmente nella contrattualizzazione del rapporto di lavoro (« i rapporti di lavoro sono regolati contrattualmente ») che riduce la pubblica amministrazione alla veste paritaria di parte contrattuale e ne riqualifica — in termini privatistici, e quindi neutri rispetto all'interesse pubblico — la posizione rispetto alle vicende dei rapporti di lavoro. Cade così la supremazia speciale della pubblica amministrazione nel rapporto di lavoro con i propri dipendenti, principio base della teoria dell'ordinamento speciale, dalla legge Giolitti in poi. I poteri del datore di lavoro pubblico, non escluso il potere disciplinare e di licenziamento, sono gli stessi del datore di lavoro privato, e identiche al privato sono le situazioni soggettive nelle quali restano fissate le vicende del rapporto di lavoro.

L'abrogazione dell'ordinamento speciale di fonte pubblicistica, e il passaggio al codice civile ed alla legislazione sul lavoro nell'impresa, è graduale. Ai contratti collettivi è affidato un generale potere di delegificazione dell'ordinamento speciale (esercitabile perfino contro le leggi sopravvenute che riproducano la legificazione dei rapporti di lavoro pubblici: art. 2 comma 2bis). In ogni caso, con la sottoscrizione dei contratti collettivi per il quadriennio 1998/2001 tutte le disposizioni dell'ordinamento speciale si rendono inapplicabili (art. 72 d.lgs. n. 29 del 1993).

Quella del d.lgs. n. 29 del 1993 è però una svolta ancora condizionata dal peso della tradizione pubblicistica, che si fa sentire in particolare sui temi cruciali della natura del potere di organizzazione e dell'incidenza della riserva di legge. E della tradizione pubblicistica fanno parte anche alcune vere e proprie distorsioni concettuali, generate dall'esperienza della « legge quadro », e in particolare la concezione della contrattazione collettiva come vincolo del previo consenso del sindacato, anziché « come libertà negoziale delle pubbliche amministrazioni ».

Sotto il peso di questa non rimarchevole tradizione, nella l.n. 421 del 1992 e in misura più estesa nel d.lgs. n. 29 del 1993 la riserva di legge ex art. 97 Cost. viene proposta come il canone fondamentale della separazione tra pubblico e privato in materia di lavoro. Essa è intesa, nel medesimo tempo e con qualche evidente contraddizione, come esclusione della contrattazione collettiva, come garanzia dell'autonomia organizzativa della pubblica amministrazione e come riserva di regime pubblicistico.

Sotto il manto della riserva di legge, si stabilisce così una discutibile saldatura concettuale tra l'autonomia organizzativa della pubblica amministrazione, l'esclusione della contrattazione collettiva e il regime pubblicistico degli atti organizzativi.

Dove la contrattazione collettiva arretra, avanza il giudice amministrativo.

Dove la pubblica amministrazione è immune dal vincolo del previo consenso sindacale, resta soggetta al vincolo della funzionalizzazione e del controllo sugli atti.

E questo non è tutto. L'art. 4 del d.lgs. n. 29 del 1993 riconosce che il datore di lavoro pubblico, nella gestione dei rapporti di lavoro, esercita i « poteri del privato datore di lavoro ». Ma l'art. 68 lascia alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie

di lavoro che riguardino una serie di « materie » riservate alla fonte unilaterale pubblicistica dalla l. n. 421 del 1992. Si profila in tal modo una virtuale sovrapposizione di regimi e di giudici nella zona cruciale dell'organizzazione del lavoro — dove organizzazione degli uffici e gestione dei rapporti di lavoro inevitabilmente si intersecano. Le giurisdizioni risultano separate, non dalla natura del rapporto controverso, ma dalla natura della fonte che ha prodotto la regola applicabile al rapporto controverso, con conseguente duplicazione dei giudici dotati di cognizione sul rapporto di lavoro (quella medesima situazione che la riforma del 1924 intese correggere attribuendo la giurisdizione esclusiva al Consiglio di Stato).

Un secondo punto nevralgico riguarda il controllo centralizzato sulla contrattazione collettiva, che vede il Governo impartire direttive all'ARAN ed autorizzare la stipulazione di contratti collettivi per conto di tutte le pubbliche amministrazioni, anche di quelle con autonomia costituzionalmente garantita, come Regioni, Enti locali o Università. L'autorizzazione alla sottoscrizione, in quanto atto del Governo, sollecita il controllo di legittimità della Corte dei Conti, che inevitabilmente si estende dall'atto di autorizzazione al contenuto del contratto collettivo autorizzato, e inoltre, in quanto provvedimento amministrativo, ripropone il controllo del giudice amministrativo, anch'esso fatalmente tentato di passare dal sindacato sull'atto di autorizzazione a quello sul contratto collettivo autorizzato.

Nel d.lgs. n. 29 del 1993 il contratto collettivo è il prodotto finale di un procedimento a più stadi, alcuni negoziali e privatistici, altri discrezionali e pubblicistici. Lo schema non è troppo dissimile da quello del contratto ad evidenza pubblica. Ma l'articolazione tra le fasi pubblicistiche e quelle privatistiche non è lineare, e l'abito mentale dei giudici dell'amministrazione inclina naturalmente ad estendere il raggio dei controlli pubblicistici.

La riforma del d.lgs. n. 29 del 1993 produce una situazione rovesciata rispetto alla « legge quadro » n. 93 del 1983. Alla « contrattualizzazione » del rapporto individuale di lavoro — nella quale questa prima « privatizzazione » essenzialmente si risolve — si accompagna una iperlegificazione della contrattazione collettiva e una

articolazione reticente della separazione tra la dimensione privatistica dei rapporti di lavoro contrattualizzati e la dimensione pubblicistica dell'organizzazione degli uffici.

La prima privatizzazione è una combinazione di innovazioni e compromessi. Viene meno l'ordinamento speciale del pubblico impiego e i rapporti di lavoro sono ricondotti, sia pure con una graduale applicazione delle norme sostanziali affidata all'opera di delegificazione dei contratti collettivi—non troppo coraggiosa, secondo alcuni, ma comunque sufficiente a dimostrare la non essenzialità di un ordinamento separato — al diritto del lavoro comune. Ma la permanenza del diritto amministrativo in ambiti che nell'impresa non sono neppure giuridificati, perché appartengono o alla libertà di impresa o alla capacità negoziale individuale e collettiva dell'imprenditore, ostacola il definitivo superamento della cultura del pubblico impiego — ancor più che delle norme e dei giudici dell'ordinamento speciale — nell'area critica della gestione delle risorse umane. Inoltre, la contrattazione collettiva, inquadrata in un procedimento a più stadi, scopre di aver assunto natura privatistica, ma di essere soggetta a momenti di discrezionalità amministrativa dai quali dipendono gli effetti utili del contratto collettivo (al punto che, perfino in ambiente giuslavoristico, qualcuno ha cominciato a parlare di « funzionalizzazione » della contrattazione collettiva). Tre giurisdizioni, ordinaria, amministrativa e contabile, hanno titolo per pronunciarsi sulla legittimità dei contenuti contrattuali.

5. La seconda « privatizzazione »: i caratteri della legge delega n. 59 del 1997.

Prima ancora che la fase transitoria della prima privatizzazione del pubblico impiego giungesse a compimento, l'avvio, con le « leggi Bassanini », di una organica riforma della pubblica amministrazione ha sollecitato una seconda privatizzazione, estesa anche ai dirigenti di massimo livello dello Stato che erano stati esclusi dalla prima.

La l. n. 59 del 1997 riprende e sviluppa istanze di riforma della pubblica amministrazione indicate da tempo e in parte già trasfuse in leggi, in particolare nella l. n. 537 del 1993, ma si colloca volutamente su un terreno nuovo e diverso rispetto a quello della mera razionalizzazione degli apparati amministrativi.

Il terreno prescelto dalle « leggi Bassanini » è quello del conferimento ai « governi locali » (Regioni, Province e Comuni) dei compiti amministrativi attualmente esercitati dallo Stato che corrispondono alla cura di interessi di comunità locali o che sono comunque localizzabili nel territorio — escluse solo

le materie tassativamente riservate allo Stato, e secondo il principio della sussidiarietà —conferimento di compiti e funzioni a cui corrisponde il ridimensionamento e la deconcentrazione degli apparati dello Stato centrale. La riforma dell'amministrazione anticipa in tal modo il processo di riforma costituzionale di orientamento federalista, ricercando nel vasto campo di interessi e di forze che premono per un ridimensionamento del peso politico della Stato centrale, la spinta per quel cambiamento della burocrazia che, per via di autoriforma, si è rivelato fino ad ora impossibile.

Vi è, come si è detto, un nesso esplicito tra le riforme amministrative di orientamento federalista delle leggi Bassanini e il completamento della privatizzazione del pubblico impiego.

L'art. 11 comma 4 della l. n. 59 del 1997 delega il Governo a completare la privatizzazione mediante decreti integrativi e correttivi delle disposizioni del d.lgs. n. 29 del 1993 « allo scopo di conformarlo ai principi di cui alla presente legge e di coordinarle con i provvedimenti emanati « in attuazione delle relative deleghe, attenendosi ai principi della l. n. 421 del 1992 nonché, in sostituzione ed integrazione di quelli, di alcuni altri principi e criteri direttivi elencati nel medesimo art. 11 comma 4.

L'oggetto della delega consiste dunque nella ulteriore correzione del d.lgs. n. 29 del 1993, sulla base dei medesimi principi della legge delega n. 421 del 1992 — dei quali viene enfatizzato il principio della separazione tra politica e amministrazione — integrati dai nuovi principi introdotti dalla medesima l. n. 59 del 1997. Ma l'oggetto della delega è ulteriormente qualificato dal riferimento ai principi generali della l. n. 59 del 1997 ed ai fini — di decentramento, deconcentrazione e semplificazione — della riforma organica del sistema amministrativo che essa prevede.

La prima privatizzazione assumeva essenzialmente obiettivi interni alla pubblica amministrazione, quali la razionalizzazione organizzativa in base a criteri uniformi e il controllo centrale della spesa per il personale, mentre sviluppava debolmente il principio di separazione tra indirizzo politico e gestione amministrativa.

La seconda privatizzazione del pubblico impiego trascende i temi dell'efficienza dell'amministrazione come apparato, e si collega direttamente ad una riforma che investe il rapporto tra il sistema amministrativo, il sistema politico e la società. Le tendenze alle quali si accennava in apertura — il carattere multi organizzativo delle pubbliche amministrazioni, la più diretta finalizzazione dell'azione amministrativa a risultati ed obiettivi, anziché soltanto al rispetto di norme e procedure, la conseguente rivalutazione del principio di responsabilità, vuoi politica vuoi amministrativa, rispetto al principio di legalità investono anche l'assetto del lavoro pubblico.

Ne derivano i caratteri essenziali della seconda privatizzazione.

Il primo è il completamento dell'« unificazione normativa tra lavoro pubblico e privato », non solo come definitiva estensione della legislazione e del sistema di fonti proprie del lavoro privato, ma anche, e soprattutto, come definitiva distinzione tra rapporti di lavoro e organizzazione degli uffici pubblici.

Sotto questo specifico profilo, l'« unificazione normativa » tra lavoro pubblico e privato comporta la parità di diritti tra lavoratori pubblici e privati, ma anche la parificazione degli strumenti di gestione del lavoro a disposizione dei dirigenti e quindi l'unificazione normativa dei poteri del datore di lavoro privato o pubblico.

Che l'unificazione normativa riguardi i poteri e non solo i diritti è confermata, sul piano sistematico, dalla riconduzione al giudice del lavoro di tutte le controversie inerenti al rapporto, senza ulteriore riserva di una giurisdizione amministrativa esclusiva su certe materie organizzative. Di fronte ai poteri vi sono soltanto diritti soggettivi dei lavoratori e questi ricadono nella esclusiva giurisdizione del giudice del lavoro. La seconda privatizzazione si caratterizza dunque per la riconduzione ad unità, nella categoria generale della capacità di diritto privato, del potere delle pubbliche amministrazioni di organizzare i mezzi e il personale necessari al funzionamento degli apparati, riconduzione ad unità che dovrebbe normalizzare i rapporti controversi tra autonomia organizzativa, contrattazione collettiva e regime pubblicistico degli atti organizzativi.

Il secondo carattere è la ridefinizione del ruolo dei dirigenti generali dello Stato, in base al principio della separazione tra politica e amministrazione e al di fuori della tradizionale disciplina di *status*. La contrattualizzazione comporta, per la dirigenza di vertice, una nuova articolazione tra la titolarità dell'ufficio (l'incarico dirigenziale) e il rapporto di lavoro (fondato su un contratto di durata determinata o indeterminata). La responsabilità politica richiede che il Governo abbia una effettiva libertà di scelta nel conferimento degli incarichi di direzione dai quali dipende concretamente l'attuazione dell'indirizzo politico; ma la responsabilità della gestione comporta a sua volta che il dirigente, una volta scelto e incaricato di funzioni di alta dirigenza, sia garantito dai condizionamenti politici e valutato obiettivamente in base ai risultati della sua gestione.

Lo schema, alternativo allo *status*, dell'incarico dirigenziale di vertice a termine — con il corredo delle necessarie garanzie di autonomia del dirigente, corrispondenti alla forte assunzione di responsabilità per i risultati — è coerente con il principio della separazione, ed è compatibile con diversi moduli di regolazione contrattuale del rapporto di lavoro, quali l'affidamento dell'incarico a termine a dirigenti in servizio in continuità del relativo rapporto di lavoro oppure l'assunzione dall'esterno di persone con adeguata professionalità con contratto di lavoro a tempo determinato (nel primo caso, l'incarico di alta dirigenza comporterebbe soltanto una novazione del contenuto obbligatorio e delle condizioni economico e normative, ma non una interruzione, del rapporto di lavoro dirigenziale in atto; nel secondo richiederebbe invece la stipulazione di un apposito contratto di lavoro a tempo determinato). Questo è del resto il modello di dirigenza di massimo livello che si afferma negli enti locali e nelle università, secondo la l. n. 127 del 1997, e in svariate leggi regionali (ad es. Emilia Romagna e Lombardia).

Il terzo carattere è il riconoscimento della soggettività delle pubbliche amministrazioni ai fini della contrattazione collettiva.

La seconda privatizzazione non elimina la specificità del sistema di relazioni sindacali del settore pubblico, ne riformula i caratteri in coerenza con gli obiettivi di decentramento, deconcentrazione e semplificazione portati dalla riforma amministrativa.

Resta fermo il modello dell'Agenzia nazionale che esercita la rappresentanza legale delle pubbliche amministrazioni di tutti i comparti ai fini della contrattazione collettiva nazionale. Ma in tutti i suoi passaggi essenziali, il processo negoziale è concertato tra l'Aran e le istanze rappresentative delle amministrazioni del comparto, anziché essere dominato dal Governo nazionale come è avvenuto fino ad oggi. Almeno per quanto riguarda le amministrazioni che fanno capo a governi locali o a enti con autonomia funzionale — come le Regioni, le Provincie, i Comuni e le Università — si delinea un circuito procedurale, scandito da atti di indirizzo e da pareri, che, ferma restando la rappresentanza legale dell'Aran, consente l'espressione delle volontà negoziali della parte pubblica e favorisce l'aggregazione su base associativa di interessi collettivi di categoria delle pubbliche amministrazioni, come avviene per le imprese private. Inoltre, le pubbliche amministrazioni sono abilitate a sviluppare, nel quadro del contratto collettivo nazionale, una contrattazione collettiva integrativa nell'ambito dei propri bilanci.

Il quarto carattere è la transattività della riforma, che non si risolve nella « *pars destruens* » dell'abrogazione di norme e istituti dell'ordinamento speciale del pubblico impiego per consentire l'espansione della legislazione lavoristica. Su alcuni importanti temi, come la rappresentatività sindacale o le forme di risoluzione delle controversie di lavoro, il fatto che le pubbliche amministrazioni costituiscano un sistema dotato di una forte omogeneità; o che il comportamento dei datori di lavoro pubblici si possa orientare attraverso norme di azione, oltreché attraverso disposizioni incidenti sui rapporti di lavoro; o che la rappresentanza contrattuale della parte pubblica sia unificata; o

infine che la generale osservanza dei contratti collettivi pubblici sia garantita dalla legge, sono altrettanti elementi di contesto che fanno della seconda privatizzazione un terreno avanzato di sperimentazione di alcune riforme della legislazione del lavoro che, nel settore privato, sono discusse da tempo ma stentano a decollare o sono surrogate dalla contrattazione collettiva ed hanno quindi una applicazione disomogenea. Il lavoro pubblico, come è avvenuto in altri momenti, anziché limitarsi ad importare i modelli del diritto del lavoro privatistico, funziona da fattore propulsivo della evoluzione di questo.

6. Prime prove della legislazione delegata: il d.lgs. 396 del 1997 sulla contrattazione collettiva.

La legislazione delegata ha offerto la sua prima prova con il d.lgs. 4 novembre 1997 n. 396, che ha esercitato la delega dell'art.11 comma 4 del d.lgs. n. 29 del 1993 nella parte in cui prevede l'adeguamento del quadro normativo delle relazioni sindacali e della contrattazione collettiva. Viene riformato il sistema di contrattazione collettiva, riorganizzata e potenziata l'Aran e vengono stabiliti criteri certi per la misurazione della rappresentatività sindacale ai fini della contrattazione collettiva e dei diritti sindacali. Attuando la delega su questa materia ben prima del termine previsto (31 marzo 1998) e con priorità rispetto alle altre, si è inteso evitare che la riforma del quadro normativo della contrattazione collettiva interferisse con il rinnovo dei contratti collettivi pubblici, venuti a scadenza in tutti i comparti il 31 dicembre 1997.

Il d.lgs. n. 396 del 1997 riduce nettamente il grado di legificazione della contrattazione collettiva, rispetto al modello del d.lgs. n. 29 del 1993 e soprattutto disloca diversamente l'intervento della legge rispetto all'autonomia collettiva. L'Aran mantiene la rappresentanza legale delle pubbliche amministrazioni — ed ha quindi una legittimazione *ex lege* ai fini della negoziazione e della conclusione dei contratti collettivi nazionali—ma l'esercita con modalità che assicurano alle amministrazioni rappresentate l'espressione diretta di una volontà negoziale. Ai comitati di settore compete di formulare l'indirizzo all'Aran per le trattative e di esprimere il parere sull'ipotesi di accordo da cui dipende la facoltà dell'Aran di procedere alla definitiva sottoscrizione del contratto collettivo.

Viene meno la fase pubblicistica dell'autorizzazione governativa alla sottoscrizione, punto critico del sistema precedente, e si assegna rilevanza diretta, ai medesimi fini, all'espressione volontaria degli interessi collettivi delle amministrazioni. Tenuto conto che il comitato di settore è centro di imputazione dei medesimi interessi collettivi

che l'Aran rappresenta legalmente nella negoziazione del contratto collettivo, il parere del comitato di settore all'Aran si deve considerare, non un'autorizzazione

alla sottoscrizione, ma l'espressione di un concerto — tra l'ente esponenziale di interessi collettivi che ha impartito gli indirizzi per la contrattazione e l'agenzia tecnica che ha condotto le trattative sulla base di quelli fino all'ipotesi di accordo — dal quale dipende la specifica legittimazione dell'agenzia stessa a sottoscrivere definitivamente il contratto collettivo (non il potere di rappresentanza negoziale, si noti, che l'Aran esercita in base alla legge; il che spiega come la legge possa rinviare alle « istanze rappresentative o associative » di fatto esistenti nei comparti, cosa che del resto avveniva già nel sistema del d.lgs. n. 29 del 1993, nel quale si richiedeva l'« intesa » sul testo concordato ad istanze rappresentative che al tempo non erano pienamente istituzionalizzate, come la conferenza dei presidenti delle Regioni, oppure direttamente ad associazioni, come l'Anci e l'Upi per i comuni e le provincie).

Una diversa dislocazione della legge rispetto all'autonomia collettiva si ha anche con riguardo alla struttura contrattuale. A parte il riconoscimento dei due livelli contrattuali (« in coerenza con il settore privato », come prescritto dalla legge delega) tutte le opzioni concernenti l'articolazione contrattuale (suddivisione in comparti; definizione delle aree dirigenziali; individuazione di sezioni specifiche per tipologie professionali; rapporti tra livello nazionale e livelli decentrati) sono rimesse alla stessa contrattazione collettiva.

Tuttavia il d.lgs. n. 396 del 1997 sancisce la prevalenza del contratto collettivo nazionale su quello di livello decentrato, comminando, con una soluzione tecnica che non ha riscontri nel settore privato, la sanzione della nullità delle clausole degli accordi difformi rispetto ai vincoli posti dal contratto collettivo nazionale. Così facendo, al di là di ogni apparenza, la legge non antepone, alle opzioni autonome della contrattazione collettiva un modello eteronomo; prescrive piuttosto a ciascun soggetto pubblico, nella fase di applicazione del contratto collettivo, un forte vincolo di coerenza con le scelte fatte autonomamente a livello nazionale. Da questo punto di vista, la legge si disloca, non prima, ma dopo le libere scelte dell'autonomia collettiva.

E la preferenza accordata al livello nazionale sembra inevitabile, considerando realisticamente che il sistema amministrativo è ancora oggi fortemente centralizzato sotto il profilo legislativo e finanziario. Solo rendendo vincolanti le opzioni compiute autonomamente, ma ad un livello capace di realizzare sintesi di interessi diversi, si possono scongiurare i rischi del decentramento contrattuale: il rischio di incrementare i differenziali salariali tra amministrazioni o aree geografiche di un medesimo comparto, senza alcun riferimento alla produttività, a scapito dell'equità e dell'efficienza; e quello della minore controllabilità delle dinamiche complessive delle retribuzioni pubbliche, a scapito dell'equilibrio della finanza pubblica e del rispetto dei vincoli derivanti dall'unione monetaria.

7. (segue) e sulla rappresentatività sindacale.

Al riconoscimento della soggettività delle pubbliche amministrazioni e al decentramento del sistema contrattuale, corrisponde, nel d.lgs. n. 396 del 1997, la fissazione di criteri certi per la misurazione della rappresentatività sindacale ai fini della contrattazione collettiva e, di riflesso, ai fini dei diritti sindacali nei luoghi di lavoro. Si tratta di un'esigenza posta dalla legge delega della prima privatizzazione, la l. n. 421 del 1992 che, all'art. 2 comma 1 lettera b), demandava alla decretazione delegata il compito di « prevedere criteri di rappresentatività ai fini dei diritti sindacali e della contrattazione compatibili con le norme costituzionali ». Il d.lgs. n. 29 del 1993 fece un uso discutibile della delega formulando l'art. 47, che è stato successivamente abrogato dal referendum del 1995. Esercitando la seconda delega per introdurre modifiche e integrazioni del d.lgs. n. 29 del 1993 — in coerenza con i nuovi principi ed obiettivi della l. n. 59 del 1997, ma anche con quelli della l. n. 421 del 1992 — il Governo ha colmato il vuoto normativo, richiamandosi ai principi della prima delega, ma con soluzioni del tutto diverse dalla precedente disposizione abrogata dal referendum.

L'esigenza di « prevedere criteri di rappresentatività ai fini dei diritti sindacali e della contrattazione compatibili con le norme costituzionali » si pone in termini specifici nel settore delle pubbliche amministrazioni per due principali ragioni: la impossibilità di trasferire il modello base dell'art. 19 dello Statuto dei lavoratori, che fa leva sull'« effettività », ossia sull'effettiva partecipazione alla contrattazione collettiva; e le caratteristiche peculiari del

quadro normativo dei diritti sindacali nel settore pubblico, che richiede misurazioni della « rappresentatività » in termini confrontabili, e non solo giudizi sintetici sulla « maggiore rappresentatività ».

Quanto alla prima ragione, il punto cruciale sta nel fatto che la contrattazione collettiva pubblica non è un fenomeno interamente volontario e basato sui rapporti di forza, come nel settore privato. Le leggi della prima e della seconda privatizzazione del pubblico impiego, nel momento stesso in cui assoggettano la regolazione dei rapporti individuali ai contratti collettivi e di questi ultimi fissano agenti di parte pubblica, procedure e controlli, istituzionalizzano il fenomeno della contrattazione collettiva e lo rendono necessario per l'ordinata regolazione dei rapporti di lavoro pubblici.

A causa di questa vistosa differenza, il modello base dell'art. 19 dello Statuto dei lavoratori, nella versione conseguente al referendum parzialmente abrogativo, nel settore pubblico è tecnicamente inutilizzabile. Dove la contrattazione collettiva è un processo istituzionalizzato e reso necessario dalla legge, la selezione degli interlocutori sindacali non è mai affidata alla pura dinamica dei rapporti di forza, ma richiede una qualche regola precostituita. Questo infatti è il primo terreno sul quale, come si ricava testualmente dalla legge delega n. 421 del 1992, si pone l'esigenza di fissare con la decretazione delegata « criteri di rappresentatività sindacale per la contrattazione collettiva ».

Ma vi è una seconda ragione. La cornice legale della contrattazione collettiva pubblica assicura l'applicazione generale e uniforme dei contratti collettivi da parte delle pubbliche amministrazioni del rispettivo comparto. La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 309 del 1997, ha escluso che la disciplina dei contratti collettivi pubblici sia in contrasto con il quarto comma dell'art. 39 Costituzione, distinguendo concettualmente la natura del contratto collettivo dal regime dei suoi effetti. L'efficacia generale sarebbe l'effetto indiretto dell'obbligo legale gravante sulle pubbliche amministrazioni di osservare i contratti collettivi, non un effetto diretto della fonte contrattuale, la cui natura giuridica sarebbe quindi quella di contratto collettivo di diritto comune. La distinzione tra natura del contratto collettivo e regime legale dei suoi effetti — per quanto ormai sperimentata nella giurisprudenza della Corte relativa alla compatibilità, con l'art. 39 quarto comma Cost., delle molteplici figure di contratti collettivi con effetti legali — non toglie che al contratto collettivo pubblico, e solo ad esso, sia assegnata dalla legge una efficacia verticale rafforzata. Anche senza scomodare il quarto comma dell'art. 39 Cost., sembra ineludibile, in un simile contesto normativo, che la legge fissi anche una qualche regola obiettiva per verificare che la coalizione sindacale che presta il consenso necessario alla stipulazione del contratto collettivo sia dotata di una sufficiente rappresentatività nell'ambito categoriale o professionale di riferimento.

E la valutazione della rappresentatività complessiva di una coalizione di sindacati, rispetto a quella di tutti gli altri, richiede che la rappresentatività di ciascuno sia misurata in termini obiettivi e confrontabili.

Infine nelle pubbliche amministrazioni i diritti sindacali (permessi e aspettative) sono ancora regolati in forma del tutto diversa dal settore privato, e al di là delle affermazioni di principio contenute in varie leggi, il titolo III dello Statuto dei lavoratori non ha trovato fino ad oggi attuazione. La legislazione di contenimento della spesa pubblica prima e lo stesso d.lgs. n. 29 del 1993 poi, hanno disboscato la giungla di trattamenti particolari e variamente privilegiati fioriti all'interno dell'ordinamento speciale del pubblico impiego.

Con un apposito accordo recepito nel d.p.r. n. 770 del 1994 sono state quantificate le ore per distacchi o permessi sindacali autorizzabili in tutto il pubblico impiego in base alle normative vigenti al tempo. L'ammontare complessivo è stato ridotto della metà e ripartito tra i comparti e, in ciascuno di essi, tra le diverse organizzazioni sindacali in base alla loro rappresentatività (misurata, al tempo, secondo gli indici quantitativi e qualitativi utilizzati dalla legge quadro n. 93 del 1983 e richiamati in via transitoria dall'art. 47 d.lgs. n. 29 del 1993). Quella ripartizione è venuta a scadenza il 29 dicembre 1997. Senza una misura della rappresentatività (non della « maggiore rappresentatività ») di ciascun sindacato espressa in termini obiettivi e confrontabili con quella degli altri, la valutazione dell'applicazione del titolo III dello Statuto dei lavoratori sui contingenti massimi globali definiti dal d.p.r. n. 770 del 1994 sarebbe impossibile.

La scelta del d.lgs. n. 396 del 1997 è quella di utilizzare i tradizionali indici quantitativi del consenso dei lavoratori (adesione all'associazione sindacale espressa mediante le deleghe per il versamento di contributi e voti ottenuti nelle elezioni di organismi di rappresentanza unitaria a livello aziendale) secondo una combinazione originale: si

tiene conto delle percentuali che il sindacato considerato vanta, rispettivamente, sul totale delle deleghe e sul totale dei voti di tutti i sindacati e si considera la media ponderata tra le due percentuali (il 10% delle deleghe totali e il 18% dei voti totali equivale ad una media ponderata del 14% nell'ambito considerato). Il criterio di misurazione è dunque il peso relativo del sindacato tra i lavoratori sindacalizzati o comunque sindacalmente attivi (e non tra tutti i lavoratori) e l'unità di misura è la media ponderata tra adesioni e voti. Una scelta tecnica che incentiva i sindacati a ricercare il consenso dei lavoratori sia sul terreno associativo sia su quello elettorale, nella stessa misura in cui penalizza chi rinuncia a priori all'una o all'altra forma di democrazia sindacale. La rappresentatività sindacale, valutata in base alla nuova unità di misura, assume poi un triplice rilievo: come rappresentatività sufficiente, per l'ammissione alle trattative nazionali, e, in via derivata, per l'esercizio dei diritti sindacali nei luoghi di lavoro; come rappresentatività complessiva, per la verifica del consenso necessario alla valida sottoscrizione dei contratti collettivi nazionali; e infine come rappresentatività comparata, per la ripartizione delle prerogative sindacali espresse in ore (permessi o aspettative sindacali).

Quanto alla prima, l'Aran ammette alle trattative le organizzazioni sindacali che abbiano una rappresentatività minima nel comparto (che a regime è il 5% considerando la media ponderata tra percentuale delle deleghe per i contributi sindacali e percentuale dei voti per la elezione delle rappresentanze unitarie del personale; mentre nel primo anno, è il 4% nel comparto, considerando la sola percentuale delle deleghe). Quanto alla seconda, l'Aran sottoscrive i contratti collettivi verificando previamente che i sindacati che aderiscono all'ipotesi di accordo rappresentino nel loro insieme almeno il 51% nella media delle due percentuali, oppure il 60% dei voti in percentuale dei voti totali.

Dalla rappresentatività sufficiente per essere ammessi alle trattative nazionali si ricava in via derivata la rappresentatività sufficiente per costituire rappresentanze aziendali e per fruire dei diritti sindacali nei luoghi di lavoro. I sindacati rappresentativi nel senso detto, possono costituire le Rsa nei luoghi di lavoro, secondo l'art. 19 1. n. 300 del 1970. Ma la previsione ha carattere residuale, poiché il d.lgs. n. 396 del 1997 incentiva vigorosamente la elezione di rappresentanze unitarie del personale, destinate ad assorbire le Rsa dei sindacati che aderiscono.

Le modalità di elezione e funzionamento delle RSU sono rinviate dall'art. 47 del d.lgs. n. 396 del 1997 ad un apposito accordo. Si tratta però di un rinvio « chiuso », non di una clausola in bianco, perché l'accordo già esiste e il rinvio legale ne consente la modificazione solo fino al 30 giugno 1998. Il protocollo 23 luglio 1993 tra Governo, imprenditori e sindacati sull'elezione delle Rsu è stato infatti recepito nel settore pubblico mediante protocolli tra Aran e Confederazioni (praticamente tutte le Confederazioni rappresentative). Sulla base di tali protocolli, oggi vigenti anche se scarsamente applicati, le RSU potranno essere elette in ogni caso dopo il 30 giugno 1998, qualora entro quella data non sia intervenuto un nuovo e diverso accordo.

8. Il lavoro pubblico dopo la seconda « privatizzazione »: la parificazione dei poteri di gestione del lavoro.

Il ritorno del lavoro pubblico nell'alveo normativo del diritto del lavoro privatistico corona un processo di riunificazione che la Costituzione consente, ma non prescrive. Nella Costituzione non vi è un divieto di assoggettare i dipendenti pubblici ad una legislazione speciale o a fonti diverse da quelle dei lavoratori privati, purché non si determinino violazioni dei principi sostanziali di tutela o ingiustificate disparità di trattamento.

Nella privatizzazione del pubblico impiego non vi è, detto altrimenti, nulla di ontologico, così come nulla di ontologico vi era nell'ordinamento speciale pubblicistico previgente.

La privatizzazione è uno dei possibili modelli consentiti alla legge ordinaria dai principi costituzionali di riferimento. La Corte costituzionale nella sentenza n. 313 del 1996 ha colto prontamente il senso del processo in atto che, in un passaggio significativo, ha collegato ad una nuova e diversa graduazione tra i principi dell'imparzialità e del buon andamento, richiesta dai compiti nuovi delle pubbliche amministrazioni e dal loro più diretto confrontarsi con la società. Il regime pubblicistico dei rapporti di lavoro non consente — per i principi che lo reggono e per la

natura dei controlli che implica — la flessibilità normativa e organizzativa che sono necessarie ad una pubblica amministrazione che sta superando il monismo organizzativo imposto dal dominio dello Stato, come regolatore e come finanziatore, e dei suoi giudici centrali, e che cerca un rapporto nuovo con la società, anche rendendo più esplicite e verificabili le responsabilità per i risultati della sua attività di fronte alle comunità amministrative.

In questa nuova combinazione di fonti e principi, il carattere pubblico del datore di lavoro non cessa di avere rilievo nell'assetto dei rapporti di lavoro. La privatizzazione dei rapporti di lavoro non implica e non presuppone la privatizzazione dell'ente o amministrazione che ha la veste di datore di lavoro.

La pubblica amministrazione continua a distinguersi dall'impresa perché, a differenza di questa, ha una missione che trova nella legge il suo fondamento.

La sua attività è dunque finalizzata dalle norme che ne stabiliscono la missione. L'impresa privata è invece espressione della libertà economica dell'imprenditore, che per definizione non è vincolata a scopi predeterminati dallo Stato, che può essere solo indirizzata o conformata, mai funzionalizzata, ed incontra limiti solo esterni nei diritti dei terzi. E lo stesso si può dire, su basi costituzionali diverse ma non meno rilevanti, per le organizzazioni non imprenditoriali che si pongano come datori di lavoro, siano esse associazioni, fondazioni, enti religiosi o altro.

Il superamento del pubblico impiego come ordinamento speciale non nega la differenza intrinseca alla natura del soggetto pubblico, nega i corollari che la tradizionale concezione pubblicistica ha dedotto da quella differenza.

Con la prima privatizzazione se ne potevano considerare accantonati due:

- a) che la regolazione contrattuale del rapporto di lavoro risultasse « ontologicamente » incompatibile con lo svolgimento a titolo professionale di un'attività che implichi rappresentanza della pubblica amministrazione o assunzione di atti o provvedimenti a quest'ultima riferibili;
- b) che la natura pubblicistica dell'attività svolta imponesse — « ontologicamente » o per derivazione necessaria dalla riserva di legge dell'art. 97 Cost. — alle pubbliche amministrazioni di provvedere all'organizzazione del lavoro negli uffici con atti amministrativi.

Il d.lgs. 29 del 1993 già ha offerto, sul piano del diritto positivo, elementi sufficienti a considerare superato sia l'uno che l'altro (a meno di non assegnare un rilievo metapositivo e prevalente sulla legge sopravvenuta al precipitato di concetti e principi generati da novant'anni di ordinamento speciale del pubblico impiego, rilievo metapositivo e prevalente sulla legge nuova che una parte della giurisprudenza e della dottrina giuspubblicista ha seriamente sostenuto).

La seconda privatizzazione fa giustizia di due ulteriori corollari, entrambi legati all'impiego eccedente della riserva di legge ex art. 97 Cost. quale canone della separazione tra pubblico e privato:

- a) che vi sia una « ontologica » diversità normativa tra i datori di lavoro privati e le pubbliche amministrazioni, perché mentre i primi provvedono al funzionamento dell'azienda organizzando il fattore lavoro esclusivamente mediante la capacità di diritto privato, le seconde dovrebbero necessariamente operare in un regime provvisorio e con atti alternativamente negoziali e provvedimentali, come tali soggetti a due giurisdizioni, ordinaria e amministrativa;
- b) che la contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni sia, per effetto del particolare quadro normativo che ne disciplina i soggetti, le procedure e taluni effetti, una fonte normativa in senso tecnico, sia pure di tipo consensuale, e pertanto collocata in alternativa logica rispetto all'autonomia organizzativa della pubblica amministrazione, che essendo manifestazione di discrezionalità implicherebbe invece la fonte unilaterale protetta dalla riserva di legge.

Il primo dei due corollari che è destinato a cadere per effetto del nuovo impulso che la l. n. 59 del 1997 imprime al processo di privatizzazione. Il « completamento dell'unificazione normativa » tra lavoro pubblico e privato comporta necessariamente l'unificazione del regime giuridico dei poteri di gestione del personale. Qui si coglie il punto di massima tensione con la tradizione giuridica del pubblico impiego come ordinamento speciale, soprattutto nella versione successiva all'avvento della Costituzione, che ha avuto il suo architrave nell'assimilazione concettuale tra l'organizzazione degli apparati preordinati alla cura di interessi pubblici e l'organizzazione dei mezzi e del personale necessari al funzionamento degli apparati medesimi.

Sappiamo ormai che la riserva di legge ex art. 97 Cost. e' relativa e vincola alla fonte primaria le determinazioni inerenti alla configurazione organizzativa degli apparati — i principi organizzativi, gli organi, le risorse, le procedure — ma non impone alla legge ne' di fissare i dettagli dell'organizzazione ne' di riservare al regime pubblicistico l'organizzazione dei mezzi e del personale necessari al funzionamento.

Il modello dell'ente pubblico economico costituisce la espressione piu' nota di come la fonte primaria possa provvedere direttamente, o mediante rinvio ad una fonte pubblicistica subprimaria, alla configurazione dell'ente, e lasciare alla capacita' di diritto privato dell'ente l'organizzazione dei mezzi e del personale necessari al funzionamento. Con la seconda privatizzazione, tutto il sistema delle pubbliche amministrazioni muove un passo verso quel modello. Il principio del completamento dell'unificazione normativa tra lavoro pubblico e privato implica, come si e' rilevato, non solo la parita' dei diritti dei dipendenti pubblici rispetto ai privati, ma anche la parificazione degli strumenti di gestione del personale a disposizione dei dirigenti pubblici.

Superata la ripartizione per « materie » riservate o meno alla legge, cio' che determina il riparto della giurisdizione non e' la fonte pubblicistica o meno della norma applicabile o la natura provvedimentoale o negoziale degli atti rilevanti nella controversia, ma il fatto che si controverta su diritti soggettivi del lavoratore inerenti al rapporto di lavoro.

L'unificazione normativa dei poteri di gestione del personale comporta che siano definitivamente ricondotte alla capacita' di diritto privato le determinazioni riguardanti il funzionamento degli apparati, che si collocano al di sotto della configurazione strutturale degli uffici pubblici, la quale rimane riservata a fonti normative primarie o secondarie o atti organizzativi in regime pubblicistico.

La qualificazione come provvedimentoale dell'attivita' di organizzazione dei mezzi e del personale necessari al funzionamento degli apparati rappresenta, secondo la limpida dimostrazione di Massimo Severo Giannini, una creazione della giurisprudenza amministrativa, che ha considerato provvedimenti tutti gli atti di organizzazione, non il riflesso necessario dell'inerenza di un potere pubblico in questo ambito. Con la seconda privatizzazione, quella convenzione giurisprudenziale non ha piu' basi nel diritto positivo. I poteri di gestione del personale devono rispondere, nel lavoro pubblico e nel lavoro privato, ad uno schema normativamente unificato, che non e' quello del potere pubblico ma quello dei poteri privati. La sequenza normativa che caratterizza i poteri privati non e' norma-potere-fatto, tipica del potere pubblico funzionalizzato da norme alla cura in concreto di interessi, e' piuttosto fatto-norma-potere, tipica delle facolta' di autotutela che nei rapporti interprivati sono subordinate a fatti di giustificazione o a vincoli procedurali, riassunti normativamente nella fattispecie legale del relativo potere.

Come tutte le facolta' di autotutela nei rapporti interprivati, anche i poteri del datore di lavoro di cui la legge fissa la fattispecie astratta per stabilirne le condizioni di esercizio, talvolta in forme del tutto analoghe a quelle usate per assoggettare al principio di legalita' il potere pubblico, sono espressione della generale capacita' di diritto privato.

La seconda privatizzazione del pubblico impiego accorcia, dunque, e non di poco la distanza dal modello giuridico organizzativo dell'ente pubblico economico (anche se una distanza resta se non altro perche' l'ente pubblico economico opera in regime di diritto privato, non solo per la gestione dei mezzi e del personale, ma anche per l'esercizio dell'attivita' economico produttiva che la legge gli assegna). Sara' inevitabile che la legislazione delegata provveda alla riformulazione delle disposizioni del d.lgs. n. 29 del 1993 sulle fonti e sull'organizzazione, dando atto della separazione ormai consumata tra la configurazione strutturale degli apparati — sempre riservata, sulla base della legge, a regolamenti o ad atti organizzativi in regime pubblicistico, i quali dovranno stabilire il modello organizzativo e i principi fondamentali di organizzazione degli uffici, individuare gli uffici di maggiore rilevanza, le competenze per gli atti di natura provvedimentoale e le dotazioni organiche complessive — e le determinazioni riguardanti il funzionamento degli uffici, che saranno assunte dai dirigenti responsabili della gestione con la capacita' di diritto privato, entro lo spazio adeguato che la configurazione organizzativa stabilita mediante le fonti unilaterali dovra' lasciare alla loro responsabilita'.

9. (segue) la contrattazione collettiva come liberta' negoziale e non come potere normativo.

La nuova disciplina della contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni (introdotta in attuazione della delega dell'art. 11 comma 4 della l. n. 59 del 1997 dal d.lgs. n. 396 del 1997) consente di accantonare il secondo corollario, chiarendo cio' che nella prima privatizzazione poteva essere, e puntualmente e' stato, controverso: la natura delle pubbliche amministrazioni non ha influenza sulla natura dei contratti collettivi che esse, direttamente o attraverso la loro rappresentanza sottoscrivono.

Il fatto che l'agire delle pubbliche amministrazioni nella negoziazione, formazione e applicazione dei contratti collettivi sia inquadrato in una cornice legale ad *hoc*, che fissa le regole di azione, non giustifica la conclusione che il contratto collettivo pubblico e' una fonte normativa in senso tecnico, sia pure di tipo consensuale. E neppure, sotto l'altro profilo, che in quanto fonte normativa consensuale, esso e' logicamente alternativo al potere di autodeterminazione organizzativa della pubblica amministrazione, che sarebbe invece riservato al regime unilaterale delle fonti pubblicistiche.

La contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni e' oggi espressione di liberta' negoziale e non di potere normativo. E' la naturale proiezione della capacita' contrattuale in forza della quale le pubbliche amministrazioni costituiscono, regolano ed estinguono i rapporti individuali di lavoro. Trova fondamento, come ha chiarito la Corte Costituzionale, nella generale autonomia collettiva garantita ai datori di lavoro in base all'art. 39 primo comma Cost. Seppure nessuna norma regolasse, come invece fa opportunamente il d.lgs. n. 396 del 1997, l'agire delle pubbliche amministrazioni nella negoziazione, formazione e applicazione dei contratti collettivi, non si potrebbe ritenere preclusa ad esse, in forme volontarie e compatibili con i rispettivi ordinamenti di autonomia, la facolta' di dare un assetto collettivo ai rapporti di lavoro con i propri dipendenti mediante accordi con i sindacati.

In questo senso si puo' dire che la cornice legale del d.lgs. 396 del 1997, che definisce i soggetti e le procedure dei contratti collettivi pubblici, ha funzione conformativa, e non permissiva, della contrattazione collettiva, e come tale dovrebbe essere sempre interpretata.

Se la contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni e' espressione di liberta' negoziale e non di potere normativo, si rivela un errore la contrapposizione concettuale tra contrattazione collettiva e poteri di autodeterminazione organizzativa della pubblica amministrazione. Un errore tralattivamente derivato da un impianto normativo, quello della legge quadro n. 93 del 1983, che infatti dava per presupposto che la contrattazione collettiva non fosse manifestazione di liberta' negoziale — non essendo negoziale il regime dei rapporti individuali di lavoro — e che, sulla base di questo dato di specialita' normativa, traduceva la contrattazione collettiva in assoggettamento della fonte unilaterale pubblicistica al vincolo del previo consenso sindacale, su materie accuratamente ripartite.

La contrattualizzazione dei rapporti di lavoro e l'unificazione normativa dei poteri datoriali sotto il regime del diritto privato comporta un assetto diametralmente opposto: la pubblica amministrazione esercita la capacita' di diritto privato sia quando determina unilateralmente, mediante i poteri di gestione dei dirigenti, il funzionamento degli apparati sia quando si vincola attraverso contratti collettivi, o partecipando alla formazione della volonta' negoziale che attraverso la rappresentanza negoziale dell'Aran conduce alla sottoscrizione dei contratti nazionali, o negoziando e sottoscrivendo direttamente con i sindacati i contratti collettivi integrativi. La riserva di legge, e il complesso delle fonti secondarie incidenti sull'organizzazione o sui procedimenti, incidono sulla liberta' negoziale, individuale o collettiva, della parte pubblica alla stessa stregua delle norme imperative di diversa origine e funzione che costituiscono limiti legali all'autonomia negoziale. I limiti legali presuppongono la capacita' negoziale, anche se ne fissano i confini.

Non vi e' alcuna necessaria coincidenza, in conclusione, tra fonti pubblicistiche e autonomia organizzativa della pubblica amministrazione. L'autonomia organizzativa delle pubbliche amministrazioni si esercita anche attraverso la capacita' di diritto privato. E non vi e' reciprocamente alcuna coincidenza tra capacita' di diritto privato e contrattazione collettiva. La capacita' di diritto privato comprende anche i poteri di gestione che competono ai dirigenti, i quali si esprimono attraverso atti unilaterali e definitivi. La contrapposizione logica tra autonomia organizzativa e contrattazione collettiva si rivela un retaggio concettuale di una fase superata del diritto positivo. Nel quadro normativo della seconda privatizzazione, la negoziazione e la sottoscrizione di contratti collettivi

rappresenta, esattamente come avviene per i datori di lavoro privati, un mezzo per esercitare autonomia organizzativa attraverso la capacità di diritto privato.

E' agevole cogliere la strumentalità « virtuosa » che si può realizzare tra contrattazione collettiva e autonomia organizzativa delle pubbliche amministrazioni, una volta che la prima sia intesa correttamente come libertà negoziale e non come potere normativo. La si coglie chiaramente sotto due profili legati all'innovazione organizzativa: quello dell'adeguamento delle normative di lavoro e quello della composizione dei conflitti generati dall'innovazione.

Attraverso i contratti collettivi si possono introdurre nell'assetto normativo dei rapporti di lavoro quelle modificazioni, richieste dall'innovazione organizzativa, che non possono essere determinate senza il consenso dell'altra parte perché formano il contenuto obbligatorio dei contratti individuali (ad esempio, modificazioni della composizione della retribuzioni o dell'inquadramento professionale). In questo primo senso, i contratti collettivi sono uno strumento insostituibile di adattamento dinamico delle normative.

In secondo luogo, attraverso i contratti collettivi si può ottenere il consenso preventivo dei sindacati su quelle innovazioni organizzative che, rientrando nel potere gestionale dell'amministrazione, possono essere attuate unilateralmente, ma che, se non condivise dai lavoratori interessati, possono essere anche contrastate attraverso il conflitto sindacale. In questo secondo senso, la contrattazione collettiva può essere uno strumento, delicato da maneggiare ma efficiente, di gestione consensuale dei riflessi collettivi dei processi di innovazione organizzativa.

Nel primo caso, il consenso sindacale è necessario; nel secondo non è necessario, ma può essere utile. Nel primo caso, si hanno contratti collettivi a contenuto normativo; nel secondo accordi che creano obbligazioni tra le parti collettive. E' questione di diritto positivo stabilire limiti e condizioni degli uni e degli altri nel contesto normativo del d.lgs. n. 396 del 1997. Ma limiti e condizioni, se esistono, incidono sull'esercizio e non sulla titolarità dell'autonomia collettiva riconosciuta alle pubbliche amministrazioni.

Nota: le norme sulla privatizzazione (in materia dirigenza, relazioni collettive, rapporto di lavoro e giurisdizione), sono confluite nei tre dd.lgs n.396 del 1997, nn.80 e 387 del 1998, emanati ai sensi della delega contenuta nell'art.11, commi 4-6, della legge n.59 del 1997 (delega per la seconda privatizzazione del lavoro pubblico). Questi decreti legislativi si sono innestati, con la tecnica della novella, nel corpo del d.lgs n.29 del 1993, a sua volta confluito nel d.lgs n.165 del 2001.