



Università degli Studi di Catania
Facoltà di Giurisprudenza

Franco Carinci

Massimo D'Antona e la "contrattualizzazione" del pubblico impiego: un tecnico al servizio di un'utopia

WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 80/2008



© Franco Carinci 2008
Facoltà di Giurisprudenza - Università di Bologna
carinci@felsinalavoro.it

ISSN - 1594-817X
Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona"
Via Crociferi, 81 – 95124 Catania (Italy)
Tel: + + 39 095 230464 – Fax: + +39 095 313145
centrostudidantona@lex.unict.it
www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione

**Massimo D'Antona e la "contrattualizzazione" del
pubblico impiego:
un tecnico al servizio di un'utopia* ****

**Franco Carinci
Università di Bologna**

1. Rileggendo "Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle 'leggi Bassanini'"	2
2. Uno Stato "diverso" per una pubblica amministrazione riformata	3
3. Storia e cronaca: dalla legge quadro alla prima fase	6
4. Continuità e discontinuità fra la prima e la seconda fase	10
5. La "formula magica" costituita dall'art. 12, co. 4, lett. a)	15
6. Il d.lgs. n. 396/1997	18
7. Gli scritti successivi del 1998/99: un bilancio della tornata contrattuale 1998-2001	24
8. (segue) Uno sguardo retrospettivo sull'intera seconda fase: all'indomani dei d.lgs. n. 80 e n. 387 del 1998	26
9. <i>Heri dicebamus</i>	29

* Si tratta della riscrittura della lezione da me tenuta presso l'Università di Urbino "Carlo Bo" il 19 ottobre 2007, nell'ambito dell'iniziativa intitolata "Rilettura D'Antona".

** Il saggio sarà pubblicato sul fascicolo speciale del 2009 del *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* dedicato alle riletture delle opere di Massimo D'Antona.

1. Rileggendo "Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle 'leggi Bassanini'"

Confesso a caldo di aver trovato l'intervento di Caruso molto bello, pronunciato da chi gli è stato allievo brillante, facendo apprendistato nella sua bottega; è venuto il mio turno, da collega più anziano e da amico fraterno, di parlare di Massimo, da cui più il tempo ci distanzia, più l'insegnamento ci ritorna lucido ed anticipatore. Non mi farò prendere la mano dal ricordo del lungo tratto di strada percorso assieme, con a meta la privatizzazione del pubblico impiego: Massimo mi aggregò alla Commissione ministeriale da lui presieduta, che avrebbe dovuto farsi carico della seconda fase - la stesura della decretazione delegata ex l. n. 59/1997- forse anche perché ero stato co-protagonista di tutta la prima fase; poi, mi fu *partner* nella pubblicazione della rivista " Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni" e della seconda edizione del Commentario Giuffrè sulla riforma.

Un *flash-back*, però, sul nostro ultimo incontro, poco prima del suo assassinio, credo di potermelo permettere. Eravamo ospiti al collegio Ghislieri di Pavia, invitati da Mariella Magnani per un seminario. Dopo cena, ci ritrovammo nella sua cameretta, seduti fianco a fianco, a conversare per un paio d'ore sull'agenda futura, piena zeppa di scadenze. Due tipi profondamente diversi per età, esperienza, carattere, ambito di riferimento, ma uniti dalla stessa identica vocazione, quella di costruire e realizzare progetti, che mettessero al servizio di scelte di politica del diritto le disponibilità ideali e le capacità tecniche di molti colleghi ed allievi: valorizzare l'elaborazione collettiva, con la precisa consapevolezza della discontinuità creatasi rispetto ad un'esperienza passata irripetibile, dominata dalle grandi figure che avevano gettato le fondamenta del diritto del lavoro post-costituzionale. Una vocazione, questa, che in Massimo ha raggiunto la vera e propria eccellenza, per la sua piana e naturale predisposizione ad una *leadership*, che riusciva ad esercitare senza forzatura alcuna, con calma intelligenza e dolce ironia.

Massimo era un politico del diritto, ma nel senso vero e nobile del termine. Sapeva ben distinguere il ruolo che poteva giocare *de iure condito* e *de iure condendo*: nel primo caso, si doveva rispettare il dato legislativo, privilegiando il senso meglio rispondente al decalogo di valori deducibile dal testo costituzionale nell'ambito del più o meno ampio spettro interpretativo; nel secondo, si doveva tener fede al mandato politico ricevuto, apprestando lo strumentario tecnico al tempo stesso più corretto concettualmente e più congruo operativamente. Ne sono una testimonianza destinata a durare, da un lato, le molte opere frutto della

sua straordinaria operosità scientifica ed ora consultabili nella raccolta in cinque volumi, di cui c'è da essere grati a Bruno Caruso ed a Silvana Sciarra; dall'altro, le attività di progettazione legislativa, svolte nella redazione della novella alla legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali e nella gestione della seconda privatizzazione del pubblico impiego.

All'interno di questa meritoria iniziativa presa dagli amici di " Su e giù"- di una rilettura delle opere di Massimo - ho creduto di scegliere un articolo «Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle " leggi Bassanini"» per un motivo nostalgico: quell'articolo apparve sul n. 1, di gennaio-febbraio 1998, de "Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni", la rivista co-fondata e co-diretta da Massimo, Gaetano D'Auria ed il sottoscritto, proprio a mezzo dell'attività svolta dalla Commissione ministeriale da lui presieduta. Un motivo nostalgico, ma non solo, perché, pur essendo stato scritto all'indomani del d. lgs. n. 396/1997 ed alla vigilia dei dd. lgs. n. 80/1998 e n. 387/1998, permette di ricostruire il suo intero progetto riformatore, collocato nel graduale e faticoso processo di privatizzazione del pubblico impiego, da lui condiviso fin dall'inizio, con in mente un modello coerente ed armonico. Per tutta la prima fase, aperta dalla legge delega n. 421/1992, rimase spettatore simpatetico, ma attento a cogliere eccessi di prudenza, ritardi, problemi irrisolti, punti ambigui; nella seconda, iniziata dalla legge delega n. 59/1997, divenne protagonista, capace di curvare il mandato politico ricevuto a misura del suo progetto, con l'utilizzo di un sofisticato *know-how*: mantenendo aperto un dialogo costante con il Ministro, i presidenti delle Commissioni parlamentari, i rappresentanti sindacali; cercando di sciogliere i nodi, superare i contrasti, allargare i consensi; contrastando i ritorni ed i rigurgiti di studiosi e magistrati contabili e amministrativi. Tutto questo, tenendo sempre la barra ben fissa sulla stella polare di una privatizzazione effettiva, idonea a realizzare la finalità perseguita di una maggiore efficienza ed efficacia dell'azione delle pubbliche amministrazioni, come parte essenziale di una nuova concezione ed organizzazione dello Stato.

2. Uno Stato "diverso" per una pubblica amministrazione riformata

Il saggio da cui prendo le mosse (*Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle "leggi Bassanini*, in *LPA*, 1998, I, pp.35-64, ma qui citato da Massimo D'Antona, *Opere*, a cura di Bruno Caruso e Silvana Sciarra, IV, *Scritti sul pubblico impiego e sulla pubblica amministrazione*, pp. 233-260) come dicevo è stato steso all'indomani della legge delega n. 59/1997 e del primo

importante decreto delegato, n. 396/1997, che riscrive il diritto sindacale del pubblico impiego privatizzato. Da quel che considera un punto d'arrivo, se pur tutto consegnato per il futuro agli attori della riforma – organi di governo, dirigenti, organizzazioni sindacali, giudici del lavoro – D'Antona ripercorre con lo sguardo quel che battezza come il "secolo breve" di un pubblico impiego, visto, ricostruito e vissuto come ordinamento speciale, dalla riforma De Stefani del 1923 e dall'attribuzione della giurisdizione esclusiva alla magistratura amministrativa del 1924 fino alla legge delega del 1992. E di tale ordinamento enfatizza un dato essenziale, cioè il suo stretto nesso con un modello di Stato monolitico, centralizzato, autoritario, gerarchico, legalista, pre-sociale; nesso dotato di un elevato grado di sopravvivenza, tanto da essere tenuto a battesimo dallo Stato liberale pre-bellico col t. u. giolittiano del 1908, formalizzato dal regime fascista *statu nascenti* nel 1923-24 e - si potrebbe aggiungere- salvato dagli stessi padri costituenti. Anche se, a dire il vero, secondo un approccio al nostro testo fondamentale tutto "attualizzante", D'Antona non vi riconosce il continuismo amministrativo-burocratico ben evidente negli articoli dedicati alla pubblica amministrazione (97 e 98) ed alla giurisdizione amministrativa (103 e 113); ma tende a considerare la loro successiva interpretazione evolutiva - capace di dar piena legittimazione costituzionale alla privatizzazione - come quella rispondente alla lettera ed alla *ratio* originaria, ma rimasta imprigionata nei lacci e laccioli di una cultura e di una giurisprudenza amministrativa vecchia e superata.

Una rilettura dell'art. 97 cost, quale quella dovuta a Massimo Severo Giannini e ad Andrea Orsi Battaglini non sarebbe bastata. Ci voleva qualcosa di più di qualche autorevole voce per far crollare un edificio secolare di principi canonizzati, di orientamenti giurisprudenziali consolidati, di testi unici iperdettagliati, di insegnamenti dottrinali tralatici, di comportamenti sclerotizzati. Ci voleva, prima, la crescente consapevolezza della sostanziale uguaglianza del lavoro prestato al servizio altrui, fosse questa un'impresa privata o un'amministrazione pubblica, con una progressiva sindacalizzazione del settore pubblico ed un'osmosi fra regimi e trattamenti, che porterà alla formula compromissoria della legge quadro del 1983; poi, la crisi strisciante di quella formula, fatta esplodere da una congiuntura economico-finanziaria drammatica, che condurrà alla legge delega n. 421/1992; ed, infine, la prospettiva di uno Stato "diverso", che sfocerà nella legge delega n. 59/1997.

Di uno Stato "diverso" Massimo parlava già in uno scritto del 1996 (*Stato "diverso", riforma amministrativa e sindacato*, in *RGL*, 1996, I, pp. 213-223, ma qui citato da Massimo D'Antona, *Opere*, op. cit.,

pp. 113-127), con lo sguardo rivolto al nuovo che si annunciava, cioè al disegno di legge del primo Governo Prodi sul decentramento amministrativo, battezzato con formula suggestiva " federalismo a costituzione invariata": «Uno Stato " diverso" che si fa più leggero e si avvicina ai cittadini; che attua il principio di sussidiarietà e costruisce il centro in funzione della periferia, riconoscendo ampiamente l'autogoverno e l'auto-amministrazione delle comunità locali, che è decentrato e deconcentrato per quanto attiene alle funzioni amministrative finali; forte al centro quanto a capacità programmatiche e di indirizzo; organizzato al proprio interno con moduli differenziati su base funzionale e secondo norme di lavoro comuni al settore privato; che non tradisce l'impegno di proteggere i cittadini dal bisogno economico e di assicurare a tutti alcuni servizi essenziali, ma che preferisce ogni volta che sia possibile agire come regolatore di soggetti privati efficienti, piuttosto che come soggetto erogatore in forma diretta» (*Stato "diverso"*, cit. p. 115). E, non per nulla, con un senso di orgoglioso compiacimento, nello scritto che ho preso a riferimento, pubblicato più di un anno dopo, fin dal titolo egli colloca la seconda privatizzazione che lo vede protagonista nell'alveo delle "leggi Bassanini"(nn. 59 e 127 del 1997): vi « 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"»(*Lavoro pubblico*, cit. p. 234).

E' questo il macro-progetto in cui D'Antona colloca la privatizzazione, conferendole una rilevanza ed una dignità di cui prima era priva: da componente di un'operazione complessiva di riduzione e razionalizzazione della spesa pubblica, dettata da una drammatica emergenza e gestita da una maggioranza tecnica; a parte essenziale di una riforma proiettata verso una riscrittura federalista del tit. V parte II della Costituzione e promossa dalla prima maggioranza repubblicana che realizza la fine della *conventio ad excludendum* nei confronti della

sinistra. Ma lo Stato federale *in itinere* ha bisogno di una privatizzazione meno compromissoria, tale da poter dispiegare tutta la sua carica positiva, in termini di libertà di azione delle parti sociali in sede di contrattazione collettiva, nonché delle dirigenze in sede di gestione, secondo il circolo virtuoso costituito da autonomia e responsabilità; da favorire una rottura del modello unico di organizzazione costituito da quello ministeriale, gerarchico e centralizzato, in vista di una modulazione e di una decentralizzazione rispondente alle peculiarità delle singole amministrazioni; da far da premessa indispensabile ad un passaggio di giurisdizione, dalla magistratura amministrativa all'ordinaria, radicandola non più sulla qualificazione degli atti, ma sull'esistenza di diritti soggettivi, pieni ed incondizionati.

3. Storia e cronaca: dalla legge quadro alla prima fase

C'è una caratteristica che contraddistingue fin dall'inizio la riforma italiana del lavoro nella pubblica amministrazione, di non trovare corrispondenza per estensione in nessun'altra esperienza europea. Chi ne fu protagonista fin dalle sue prime battute, ricorda bene che in sede di Commissione mista Governo/Organizzazioni sindacali, costituita all'indomani della proposta sindacale unitaria, qualsiasi correzione limitativa dell'ambito soggettivo di applicazione suggerita dai rappresentanti governativi venne bocciata: sia quella che voleva distinguere fra amministrazioni titolari di funzioni autoritative (Ministeri, Regioni, Enti locali) e, rispettivamente, erogatrici di beni e servizi (scuola, sanità, previdenza), mantenendo fuori le prime; sia quella che intendeva separare le dirigenze dai rispettivi dipendenti, mettendo dentro solo questi ultimi. La posizione sindacale poteva sembrare dettata da una sorta di coerente radicalità, ma di fatto rispondeva sia alla situazione esistente, sia alla prospettiva coltivata. La situazione era quella di una scelta di vertice, consapevole e convinta, ma tutt'altro che condivisa da tutta la base, dove era largamente diffusa l'idea che la disciplina pubblica fosse più favorevole rispetto alla privata, sul piano sostanziale e – a maggior titolo – processuale, sicché ogni differenziazione sarebbe stata vista e vissuta come discriminatoria. La prospettiva era quella di una contrattazione collettiva dove proprio i Ministeri e le Regioni/Enti locali avrebbero giocato un ruolo guida, e, con riguardo alle varie amministrazioni, le dirigenze avrebbero fatto da referenti con riguardo ai loro sottoposti.

Questa, però, è stata la causa prossima di una privatizzazione a tutto campo, vistosa eccezione nel panorama europeo. D'Antona ne individua le cause remote, di cui la più risalente attiene proprio al DNA del modello dell'impiego pubblico come "ordinamento speciale": un

modello fondato sul presupposto di un rapporto organico onnipresente ed onnipervasivo, comportante un'immedesimazione totale ed incondizionata, secondo un'opinione profondamente introiettata. Tant'è che tale modello trova eco nello stesso art. 98, co. 1, Cost. laddove si dice che «I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione», sia pur sostituendo il termine Stato o Repubblica con quello in auge nel regime precedente di "Nazione"; e viene, in seguito, considerato estendibile all'intero universo dei soggetti pubblici, in forza e ragione del loro essere tali, a prescindere dall'attività svolta, eccezion fatta per l'ipotesi in cui ne venisse meno la stessa praticabilità, come nell'ipotesi tormentata degli Enti pubblici economici.

L'eccessiva rigidità e generalizzazione del modello avrebbe creato una crescente pressione destinata a produrne la deflagrazione. Due leggi delega di respiro, quelle del 1954 e del 1970, che finiscono quasi nel nulla: sfociata, la prima nel t.u. 10 gennaio 1957, n. 3, vero e proprio perpetuatore organico del passato; e la seconda in una timida riforma della dirigenza. Una legge storica, lo Statuto dei lavoratori, figlio di una cultura e mobilitazione industrialista, che dimentica il pubblico impiego, se non l'articolo 37, che non rimette affatto in discussione il suo carattere di ordinamento speciale.

Come spesso succede, l'eccesso di pressione non viene diminuito da misure che solo in apparenza dovrebbero costituire degli sfiatatoi, ma che in realtà puntano solo a rabberciare le crepe: questo si è puntualmente verificato con la legge quadro n. 93 del 1983, che D'Antona rubrica come un' "ibridazione della contrattazione collettiva con il diritto amministrativo": a livello individuale il pubblico impiego mantiene il suo carattere di ordinamento speciale, separato ed autoreferenziale, soggetto al giudice amministrativo; a livello collettivo, il contratto viene recuperato all'interno del diritto amministrativo, cioè come " fase negoziale" di un procedimento culminante in un atto normativo, decreto presidenziale o legge regionale. Il giudizio di D'Antona è quello stesso pronunciato dal breve e tormentato periodo di sopravvivenza dell'intervento legislativo, lapidario e definitivo: «La legge-quadro, anziché trasferire nel pubblico alcune virtù del privato, accentua i difetti strutturali del pubblico impiego. Per di più spinge la spesa per il personale pubblico fuori controllo» (*Lavoro pubblico*, p. 239).

Un giudizio *double face*, che, nel suo primo passaggio, enfatizza come il rimedio peggiori e non migliori il male costituito dall'esistente e persistente modello di un pubblico impiego come ordinamento speciale; e, nel suo secondo, anticipa implicitamente quello che sarà il motivo determinante e condizionante della prima privatizzazione, cioè il contenimento della spesa pubblica. E sembra ricollegare tale

contenimento non – stando al punto di vista classico, dominante nel mondo occidentale dell'ultimo scorcio di secolo scorso- alla crescita di efficienza, in ragione di una massiccia introduzione di managerialità; bensì - seguendo un ulteriore punto vista, prevalente nell'Italia del decennio '90 – alla decelerazione della dinamica salariale, in forza di una gestione unitaria della politica retributiva di tutto l'universo del lavoro subordinato da parte delle tre confederazioni maggiori, dotate di rappresentanza universale: gestione unitaria destinata a riallineare un settore pubblico affidato al mercato politico con un settore privato rimesso al mercato economico.

Il discorso critico sulla legge quadro si congiunge con quello sulla prima privatizzazione, per un qual sorta di effetto trascinamento. A proposito della legge quadro sottolinea come ne emergano « 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 di tutte le amministrazioni 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» (*Lavoro pubblico*, p 238 s.). Un rilievo, questo, che ritorna quando passa a parlare della prima privatizzazione: enfatizza, quale punto nevralgico, il permanere di un "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" (*Lavoro pubblico*, p. 241 s.), fra l'altro con una procedura inquinata dalla perdurante influenza pubblicistica; e questo dopo che poco sopra aveva attribuito alla " tradizione pubblicistica ... alcune vere e proprie distorsioni, generate dall'esperienza della 'legge quadro', fra cui *in primis* la stessa " concezione della contrattazione collettiva, come vincolo del previo consenso del sindacato, anziché come libertà negoziale delle pubbliche amministrazioni". (*Lavoro pubblico*, p. 241).

Dell'eccesso di centralismo, come del tutto incompatibile con uno Stato " diverso", D'Antona aveva già parlato ed avrà occasione di riparlare nel prosieguo dello scritto, costituendo per lui un punto assolutamente essenziale; ma, non meno, anzi, teoricamente più importante, è il riconoscimento agli enti pubblici di una capacità negoziale generale, che non deve essere esplicitamente attribuita, ma può solo essere esplicitamente limitata: il che vizia una elencazione delle materie contrattabili, come nella legge quadro, dove, poi, c'era l'ulteriore

complicazione costituita da una lista parallela delle materie non negoziabili, con inevitabili sovrapposizioni e carenze; ma vizia, altresì, un'elencazione generica e debordante delle sole materie riservate alla legge ed alla regolamentazione amministrativa, come nella prima privatizzazione.

Da qui D'Antona trae un'importante applicazione che è occultata nel titolo del saggio, ma esplicitata in tutta la sua elaborazione: nel titolo si parla di seconda privatizzazione; ma l'espressione preferita non era questa, bensì quella -cara alla posizione sindacale- di contrattualizzazione. Se alla fine anche lui ha creduto di doversi piegare alla denominazione con cui la riforma veniva comunemente chiamata, certo non lo ha fatto per una sorta di conversione alla diversa portata sottintesa; leggendolo, lo riesco a capire meglio di qualcun altro, perché su questo sorse e rimase un dissenso fra me e lui.

Come ebbi occasione di scrivere a suo tempo, mi sembrava preferibile battezzare la riforma con la stessa espressione usata dal suo antesignano, Massimo Severo Giannini, pur con la consapevolezza che era ideologicamente carica e tecnicamente ambigua, data l'inevitabile curvatura derivante dalla difficile convivenza fra un'amministrazione rimasta pubblica ed un personale reso privato. Essa suonava più consona alla storia ed alla portata della riforma, sia con rispetto alla fase iniziale, quando la mera e semplice contrattualizzazione, individuale e collettiva, pur se accompagnata dal rinvio al codice civile e alla legislazione del lavoro, dovette apparire dotata di una non sufficiente resistenza a fronte della ben collaudata abilità della dottrina e della giurisprudenza amministrativa a panpubblicizzare e panfunzionalizzare tutto, sì da consigliare l'aggiunta al secondo e terzo comma dell'art. 2 (sottoposizione alla legislazione giuslavoristica e contrattualizzazione), del primo comma, primo capoverso dell'art. 4 (riconduzione della gestione del personale ai poteri del privato datore di lavoro); sia con riguardo alla fase successiva, quando c'era stata un'autentica accelerazione, tradotta e realizzata tramite la sottoposizione alla disciplina privatistica della dirigenza generale e dell'organizzazione strettamente correlata alla gestione del rapporto di lavoro, la c.d. micro o bassa organizzazione.

Di quell'autentica accelerazione era promotore e gestore in prima persona proprio D'Antona. Ma - è questo il punto - per lui privatizzazione equivaleva a contrattualizzazione, espressione a cui teneva, perché, una volta ritenuta originaria e limitabile solo esplicitamente la capacità negoziale delle pubbliche amministrazioni, tutta l'area privatizzata era *ipso facto* assoggettabile a contrattazione; che, però, come inevitabile contropartita, diveniva facoltativa, nel senso non dell'assenza di un obbligo a trattare, ma della possibilità di recuperare una piena libertà di

regolamentazione unilaterale da parte delle pubbliche amministrazioni, una volta esaurita senza successo la trattativa. Il che risulta evidente, già nella lettura da lui fatta della prima fase; poi, nella svolta realizzata nella seconda fase: la privatizzazione dell'organizzazione micro o bassa, avrebbe avuto come coerente conseguenza che, pur laddove fosse prevista solo una consultazione od un esame congiunto, potesse ben seguire un accordo collettivo, considerato *extra ordinem*, cioè non contemplato e procedimentalizzato, ma pur sempre vincolante per l'amministrazione.

Qui nasceva il dissenso. D'Antona rivelava un'assoluta coerenza teorica, perché come nel privato, così nel pubblico privatizzato, tutto il "privato" poteva essere portato su un tavolo collettivo; coerenza di per sé non compromessa dall'essere funzionale ad una politica sindacale di pancontrattualizzazione. Ma tale coerenza "esterna" era destinata a rivelarsi un'incoerenza "interna", per quella convivenza coatta fra natura pubblica del datore e qualificazione privata del rapporto di impiego che egli aveva pur presente, tanto da fargli prendere le distanze da ogni forzatura dottrinale a favore di una lettura coordinata degli artt. 39 e 97 Cost.: fosse, questa, tale da privilegiare *in toto* il primo (incostituzionalità di qualsiasi disciplina ad hoc della contrattazione collettiva) o, viceversa, il secondo (funzionalizzazione della contrattazione collettiva). E, dunque, non gli poteva sfuggire che la difesa dei c.d. *managerial rights* che, nel privato, era affidata allo stesso imprenditore, collettivo ed individuale, costretto a tener conto del mercato o almeno del pareggio economico; nel pubblico era rimessa ad un trio di protagonisti tutto da inventare: un potere politico dotato di *self control*, una dirigenza educata a coniugare autonomia e responsabilità, una controparte sindacale non meramente rivendicativa. Un trio che era allora, e sarà poi, come avrebbe avuto tempo di sospettare, frutto di un'utopia, cioè di una rappresentazione della realtà collocata al di là della linea dell'orizzonte, visibile solo agli occhi di chi fa prevalere l'ottimismo della volontà sul pessimismo della ragione.

4. Continuità e discontinuità fra la prima e la seconda fase

Tutto questo riesce più chiaro nel prosieguo del saggio, dove D'Antona ritorna sulla prima privatizzazione, per evidenziarne continuità e discontinuità rispetto alla seconda. Si tratta di una sintesi di valutazioni adesive e critiche già sviluppate in tutta una serie di scritti precedenti, con ben altra ampiezza e ricchezza argomentativa; ma che qui acquistano una diversa rilevanza, cioè di preparazione e giustificazione delle modifiche già tradotte nella legge delega n. 59/1997 e nella successiva

prima decretazione delegata. Richiamato ancora una volta lo scopo della legge delega n.421/1992, cioè di un recupero di controllo sulla spesa pubblica, tale da curvare a sua misura anche il nuovo regime del pubblico impiego, egli vi vede l'auspicata certificazione di morte dell'impiego pubblico come ordinamento speciale. Ma al di là di quell'eccesso di centralizzazione (che, nel pieno dispiegamento del suo pensiero, è rappresentato dal monismo del modello organizzativo di riferimento, cioè ministeriale, ancor prima che dal rigoroso e rigido accentramento del processo contrattuale) destinato a venir superato solo nell'ambito di uno Stato diverso; al di là di questo, c'è un duplice rilievo teorico, supporto essenziale del salto operato fra la prima e la seconda privatizzazione. Su uno, costituito dall'esistenza di una capacità negoziale delle pubbliche amministrazioni, originaria e limitabile solo esplicitamente e ragionevolmente, ho già avuto occasione di soffermarmi, sottolineandone la carica suggestiva, ma anche la pericolosa ricaduta operativa. Posso solo aggiungere che D'Antona non sembra farsi troppo carico della contraddizione fra l'esistenza di una capacità negoziale, che deve logicamente procedere dalla dimensione individuale a quella collettiva, sì da risultare predicabile e declinabile (prima) per l'una e (poi) per l'altra; ed una riforma che finisce per ridurre il contratto individuale a mero atto costitutivo ed elevare il contratto collettivo ad atto regolativo potenzialmente a tutto campo. Pare non aver niente da eccepire al fatto che il contratto individuale non possa derogare *in melius* il regime collettivo, come pure sarebbe deducibile dal suo approccio tutto giuslavoristico; ed, anzi, condividere l'insegnamento da subito prevalente circa significato e rilievo di quell'obbligo confuso ed equivoco posto fin dall'inizio a carico delle pubbliche amministrazioni, per cui sono tenute a garantire « ai propri dipendenti ... parità di trattamento contrattuale e comunque trattamenti non inferiori a quelli previsti dai rispettivi contratti collettivi»: un *continuum* a scalare di due principi - quello di parità e quello di osservanza dei minimi - che sembrano fare a pugni fra loro. E, neppure, pare aver da puntualizzare alcunché circa la palese discontinuità fra la sua premessa di una capacità negoziale che giustificerebbe una contrattazione collettiva divenuta facoltativa - come visto, tale da restituire alle pubbliche amministrazioni una libertà di regolamentazione unilaterale alla fine di una trattativa infruttuosa- e la riserva assoluta a pro della stessa contrattazione della materia negoziale *par excellence*, «il trattamento economico fondamentale ed accessorio».

Ritorna quanto già visto sopra a proposito del recupero del contratto collettivo *extra ordinem*, cioè un affidamento al limite del fideismo nei confronti del sindacalismo confederale che aveva il merito ed il vanto di aver promosso, patrocinato, accompagnato il processo

riformatore; ma che, ormai da tempo, stava subendo un mutamento significativo nel suo *melting pot*, sì da esser sempre più rappresentativo dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni e dei pensionati e sempre meno degli occupati delle imprese. Il che aveva prodotto uno spostamento del baricentro interno di tale sindacalismo, già avanzato all'inizio del decennio '90, ma maturato pienamente nel corso di quello stesso decennio. Uno spostamento, questo, dal blocco " progressista", costituito dalle categorie industriali, che avrebbe dovuto far da traino ad una visione della riforma come riconduzione alla casa comune della legislazione giuslavoristica e della genuina contrattazione collettiva; da qui al blocco " conservatore", rappresentato *sia* dalle aree e dai comparti introdotti con la riforma, scettici se non diffidenti rispetto ad una tale visione, dipendenti com'erano da finanziarie e continue novelle legislative, tentati da nostalgie pubblicistiche e portati a chiusure corporative; *sia* dalle classi variegiate dei percettori di pensioni, redditi definiti e gestiti solo in base e forza di leggi.

Il secondo rilievo teorico è nel saggio posticipato al primo, anche se logicamente preliminare, dato che attiene alla stessa lettura dell'art. 97, co. 1 Cost., vera e propria spada di Damocle tenuta sulla testa della riforma fino alla sua piena "costituzionalizzazione" da parte del Giudice delle leggi. Il motivo è tutto interno all'uso che intendeva farne D'Antona, cioè per giustificare non più la prima privatizzazione, nella sua attribuzione alle pubbliche amministrazioni di poteri uguali a quelli dei privati imprenditori, nonché nella sua legittimazione della contrattazione collettiva; ma la rottura di quell'autentico muro di Berlino rimasto in piedi, fra una organizzazione mantenuta pubblica ed una gestione del personale resa privata, effettuata dalla seconda privatizzazione.

La lettura di D'Antona è mutuata da Andrea Orsi Battaglini. Il senso dell'art. 97, co. 1 non suonerebbe così come interpretato da tutto il dominante pensiero amministrativo, di una riserva al tempo stesso di legge e di disciplina pubblicistica, ma solo di riserva di legge, fermo restando che, poi, la disciplina potrebbe essere combinata secondo una relazione equilibrata, capace di coniugare efficienza ed imparzialità; senso, quest'ultimo, confortato da ultimo dallo stesso Giudice delle leggi. A conferma di quanto appena detto a proposito dell'intento qui perseguito da D'Antona, mi interessa sottolineare come così egli scarti in partenza la via più facile, quella di scindere, nella frase «I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge» - di cui all'art. 97, co. 1 - organizzazione e gestione del personale, ritenendola scritta solo per l'organizzazione; e, a mio giudizio, la scarti perché inidonea a dar fondamento all'estensione della privatizzazione alla stessa organizzazione. E come, altresì, una volta scelta la via ben argomentata

da Andrea Orsi Battaglini e confortata dal Giudice delle leggi, non la usi per la finalità da quella perseguita, di legittimare la presenza della contrattazione collettiva in materia di trattamento economico e normativo del personale; bensì per far crollare il suo muro di Berlino: la assoluta e totale discontinuità di natura e di disciplina fra organizzazione e gestione del personale. Discontinuità, questa, che è da lui ritenuta l'eredità più pesante e condizionante lasciata dalla fase precedente alla stessa prima privatizzazione, perché tale da "immunizzare" le decisioni organizzative immediatamente a monte degli atti gestionali, con una tendenziale "ripubblicizzazione" strisciante degli stessi.

Il tutto gli sembra aggravato dal modo in cui la prima privatizzazione ha operato, unificando e definendo in negativo l'ambito copribile dalla gestione privatistica, dalla giurisdizione ordinaria e dalla contrattazione collettiva, cioè come quello residuale rispetto all'elenco delle sette materie "regolate con legge ovvero sulla base della legge e nell'ambito dei principi dalla stessa posti, con atti normativi o amministrativi", di cui all'art. 2, co.1, lett. c) della legge delega n. 421/1992. In presenza di un tale elenco, non solo esteso all'intero spazio organizzativo ed altresì a qualche significativo momento gestionale, ma anche espansivo nel suo carattere generico ed equivoco, la mera esistenza di una legge nella contestata terra di confine avrebbe portato dottrina e giustizia amministrativa a presumere la contestuale esistenza di una disciplina pubblicistica, tale da giustificare di per sé la legittimità di regolamenti e di atti amministrativi. Con una conseguenza facile da intuire, cioè, al tempo stesso, di esclusione dell'esercizio di poteri uguali a quelli di un imprenditore, di limitazione della contrattazione collettiva, di sottrazione alla giurisdizione ordinaria.

Sullo sfondo di uno Stato "diverso" e sul presupposto di tale duplice rilievo teorico - come visto costituito dall'attribuzione alle pubbliche amministrazioni di una capacità negoziale originaria e dalla legittimazione costituzionale di una privatizzazione estesa anche all'organizzazione collocata immediatamente a monte della gestione, poi comunemente conosciuta come micro o bassa - si svolge tutto il successivo pensiero di D'Antona: ripreso, aggiornato, innovato, ma secondo un *continuum* ben percepibile. Per questo mi riesce difficile scandirne temporalmente i momenti ed i passaggi, ma facile ritrovarne nel saggio in parola il disegno anticipato da un D'Antona simpatizzante, ma critico della prima privatizzazione e realizzato da un D'Antona protagonista orgoglioso della seconda, se pur consapevole del costo pagato - in termini di concessioni, soluzioni compromissorie, forzature - per vararla.

Un pensiero, quello sintetizzato nel saggio di D'Antona, che contiene alcuni snodi essenziali. *Primo*, la configurazione della pubblica amministrazione come una datrice di lavoro fornita di tutti i relativi classici poteri direttivi e disciplinari, rinvia ad una dirigenza capace di interpretarne il ruolo: quindi autonoma rispetto ad un vertice politico o istituzionale; sottoposta tutta alla disciplina privatistica, senza distinzione fra generale e non; strutturata secondo una logica non solo gerarchica, ma anche funzionale; garantita secondo una distinzione fra stabilità del rapporto e variabilità dell'incarico; responsabilizzata in relazione non al singolo atto, ma al risultato complessivo. *Secondo*, la considerazione della contrattazione collettiva quale genuina espressione di autonomia collettiva, riporta ad una ricostruzione sostanzialmente associativa dell'ARAN, titolare di una rappresentanza legale, cui *in primis* va ricondotta la sua efficacia generalizzata la quale, a sua volta, *da una parte*, trova legittimazione politico sindacale nella rappresentatività effettiva, associativa-elettiva, delle oo.ss. trattanti e, *dall'altra*, rinvia ad una procedura liberata della sua impalcatura pubblicistica, sì da rassomigliare ad un contratto ad evidenza pubblica, dove resta ben distinto il processo formativo del volere dell'Ente pubblico, assoggettato al diritto amministrativo, dal contratto, sottoposto al diritto privato, come tale libero nello scopo, cioè non funzionalizzato.

Ma era il cambio di giurisdizione a costituire per D'Antona una specie di ossessione. Certo gli sembrava coerente che del diritto del lavoro fosse giudice quello del lavoro, con un naturale *continuum* fra regime sostanziale e processuale; però, all'inizio avrebbe anche considerato praticabile un mantenimento del giudice amministrativo, con un debito aggiornamento del bagaglio professionale e del rito. Ma fu l'ostinato e rigido conservatorismo dei Tar, trasformatosi in autentico boicottaggio, a convincerlo del contrario. Sicchè, divenuto consulente del legislatore, fece di tutto per accelerare il passaggio e per liberare il processo riformatore da qualsiasi residuo pubblicistico che potesse essere utilizzato dai Tar per sostituire surrettiziamente il loro giudizio a quello espresso in un atto privatistico, individuale e collettivo, come tale a scopo libero, non sindacabile in relazione ad un qualche presunto interesse pubblico. Come mi è successo di dimostrare altrove, se il punto del passaggio alla giurisdizione ordinaria è stato forse quello più rivisitato nel corso di tutta la seconda privatizzazione, lo si deve al suo intento di rispondere colpo su colpo a questo o a quell'intervento dei giudici amministrativi, intenti a riportare sotto il loro dominio un qualche pezzo del territorio una volta posseduto per intero: sia semplificando un processo di contrattazione collettiva, iperegolamentato, con un intreccio di momenti pubblicistici e privatistici; sia riformulando l'ambito riservato

al giudice ordinario, fino a farlo dipendere non dalla natura dell'atto impugnato come lesivo, ma dall'esistenza stessa di un diritto pieno e perfetto.

Tutto questo è merito di quella seconda privatizzazione di cui lui scende a parlare direttamente nella parte più corposa del suo saggio, sempre tenendo la prima a termine di confronto, per enfatizzare l'autentico salto di qualità di cui può considerarsi regista; sicché riprende non poco di quanto anticipato in apertura, con un'attenzione tutta particolare alla rimodulazione del "diritto sindacale" effettuata dal d. lgs. n. 396/1997.

5. La "formula magica" costituita dall'art. 12, co. 4, lett. a)

Il fondamento della seconda privatizzazione viene ritrovato nell'art. 12, co. 4, passaggio introduttivo e lett. a) della seconda legge delega, la n. 59/1997: *nel passaggio introduttivo*, che concede al Governo la delega ad emanare «ulteriori disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni», perché nel precisarne il fine, cioè di "conformare le disposizioni" del decreto in parola "alle disposizioni della presente legge", confermerebbe lo stretto ed inscindibile collegamento fra lo Stato "diverso" - decentralizzato, deconcentrato, semplificato - e l'ulteriore passo sul cammino della privatizzazione - considerato del tutto compatibile con gli artt. 97 e 98 cost. - di cui ai successivi principi e criteri direttivi; e, rispettivamente, *principio e criterio direttivo sub lett. a)* che delega il Governo a «completare l'integrazione della disciplina del lavoro pubblico con quella del lavoro privato e la conseguente estensione al lavoro pubblico delle disposizioni del codice civile e delle leggi sui rapporti di lavoro privato nell'impresa», perché costituirebbe una specie di principio/criterio madre, tale non solo da contenere tutti gli altri, ma da poter legittimare aggiornamenti e correttivi non esplicitamente previsti.

Il fatto è che al di là di questo principio/criterio madre, buono per tutti gli usi, la delega si interessa esplicitamente quasi solo della figura del dirigente, della contrattazione collettiva e della giurisdizione: della prima - figura del dirigente - nel passo introduttivo (riaffermazione del "«principio di separazione tra compiti e responsabilità di direzione politica e compiti e responsabilità di direzione dell'amministrazione») e nelle successive lett. a) e b) (estensione del regime di diritto privato ai dirigenti generali ed equiparati e, rispettivamente, istituzione di un ruolo unico interministeriale presso la presidenza del Consiglio); della seconda - contrattazione collettiva - nelle lett. c), d), e), f) e h) (rivisitazione dell'Aran, introduzione di una disciplina distinta per le tipologie

professionali, costituzione di autonomi livelli di contrattazione integrativa, riforma della procedura di contrattazione, nonché previsione di una consultazione sindacale sugli "atti interni di organizzazione aventi riflessi sul rapporto di lavoro"); della terza – giurisdizione – nella lett. g) (attribuzione della giurisdizione al giudice ordinario entro il 30 giugno 1998).

Dunque, D'Antona proprio quel principio / criterio direttivo deve richiamare per dedurre quello che dal suo punto di vista costituisce il passaggio essenziale dalla prima alla seconda privatizzazione, cioè «la riconduzione ad unità, nella categoria generale della capacità di diritto privato, di organizzare i mezzi e il personale necessario al funzionamento degli apparati», con a referente prossimo l'ente pubblico economico. E, consapevole del supporto generico offerto in proposito dal legislatore delegante, tende a tradurlo in un vincolo per il legislatore delegato: «Sarà 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 provvedimentale e le dotazioni organiche complessive – e le determinazioni riguardanti il funzionamento degli uffici che saranno assunte dai dirigenti responsabili della gestione con la capacità di diritto privato, entro lo spazio adeguato che la configurazione organizzativa stabilita mediante le fonti unilaterali dovrà lasciare alla loro responsabilità» (*Lavoro pubblico*, p. 257).

C'è qui, scritto a chiare lettere, il superamento dell'elenco di cui all'art. 2, co. 1, lett. c) della prima legge delega, peraltro portato avanti senza esplicitarlo chiaramente, sì da dar vita a quello da me battezzato a suo tempo come "il giallo delle sette materie". D'Antona procede senza altro appiglio che quello costituito dal visto art. 12, co. 1, lett. a) della seconda legge delega, generale e generico, seppur confortato da un passo di Corte cost. n. 309/1997, secondo cui "l'organizzazione debba essere conservata pubblica limitatamente al suo nucleo essenziale"; e procede, nel corso della decretazione attuativa della seconda legge delega, col sopprimere sistematicamente il preesistente rinvio a quell'elenco, come limite posto all'esercizio dei poteri datoriali, alla contrattazione collettiva, alla giurisdizione del giudice del lavoro. E, così, l'art. 2, co. 1 del d. lgs. n. 29/1993 (novellato dall'art. 2 del d. lgs. n. 80/1998, successivo allo scritto qui commentato) stabilirà che "Le amministrazioni pubbliche definiscono, secondo principi generali fissati da

disposizioni di legge e, sulla base dei medesimi, mediante atti organizzativi secondo i rispettivi ordinamenti, le linee fondamentali di organizzazione degli uffici; individuano gli uffici di maggiore rilevanza; determinano le dotazioni organiche complessive".

E' fin troppo facile accorgersi come la penna sia la stessa: quanto anticipato in questo suo saggio, viene dallo stesso D'Antona tradotto nel successivo decreto delegato. Attenzione, però, non si tratta di un mero ridimensionamento dell'originario elenco, tale da far parlare di una risalita a monte della privatizzazione, sicché, una volta ristretta alla sola gestione del personale, sia ora estesa alla stessa organizzazione, con una parte, micro o bassa, che diventa privata ed una parte, macro od alta, che resta pubblica. Perché, se con riguardo all'esercizio dei poteri datoriali ci sarà un esplicito richiamo a tale nuovo limite (tant'è che l'art. 4, co.2 del d.lgs. n. 29/1993 - novellato dall'art. 2 del d. lgs. n. 80/1998 - dice testualmente che «Nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'articolo 2, co. 1, le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato imprenditore»); invece, con rispetto alla contrattazione collettiva ed alla giurisdizione ordinaria, tale esplicito richiamo mancherà del tutto. A dire il vero, l'ambito della contrattazione collettiva è già ridefinito al momento di questo saggio di D'Antona, nei termini di cui all'art. 45, d. lgs. n. 29/1993 - come novellato dall'art. 1, d. lgs. n. 396/1997- co. 1 («La contrattazione collettiva si svolge su tutte le materie relative al rapporto di lavoro ed alle relazioni industriali»); e, rispettivamente, co. 2 («Gli atti interni di organizzazione aventi riflessi sul rapporto di lavoro formano oggetto delle procedure di informazione e di esame regolate dall'art. 10 e dai contratti collettivi», dove l'art. 10 dello stesso d. lgs. n. 29 / 1993 non rimarrà quello originario, ma diverrà quello riscritto dall'art. 6 del successivo d. lgs. n. 80/1998, per cui «I contratti collettivi disciplinano i rapporti sindacali e gli istituti di partecipazione anche con riferimento agli atti interni di organizzazione aventi riflessi sul rapporto di lavoro»). Mentre, a sua volta, l'ambito della giurisdizione ordinaria verrà rimodulato in prosieguo, nei termini di cui all'art. 68, co. 1 d. lgs. n. 29/1993 - come novellato dagli artt. 29, d. lgs. n. 80/1998 e 19, d. lgs. n. 387/1998 («Sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro ..., incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale, nonché quelle concernenti le indennità di fine rapporto, comunque denominate e corrisposte, ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti»).

A ben guardare, si parte dalle "materie" coperte; ma queste sono dotate di una particolare capacità espansiva, perché sono individuate *per relationem* e non sono accompagnate da alcuna limitazione esplicita. Come appena visto, nel caso della contrattazione collettiva, ne sono oggetto «tutte le materie *relative* al rapporto di lavoro e alle relazioni industriali», cioè tutte quelle in cui si possano avere ricadute sulle condizioni di lavoro o sulle relazioni fra le parti, tanto da ricomprendervi surrettiziamente, gli "atti interni di organizzazione", in ragione dei loro "riflessi sul rapporto di lavoro", a prescindere dal loro essere atti privati o pubblici; surrettiziamente – mi è venuto da dire – perché, laddove la contrattazione collettiva formale sembrerebbe doversi fermare, scattano quelle "procedure di informazione e di esame", lasciate alla libera determinazione della stessa contrattazione collettiva, con a possibile sbocco accordi classificabili come *extra-ordinem*. E, a sua volta, nel caso della giurisdizione del giudice del lavoro, ne costituiscono contenuto «tutte le controversie *relative* ai rapporti di lavoro»: cioè tutte quelle in cui siano rivendicati diritti soggettivi, che preesistono e resistono anche a fronte di atti pubblici lesivi; tanto da includervi esplicitamente le controversie circa i conferimenti d'incarico, veri e propri provvedimenti amministrativi, anche se, poi declassati dalla Corte di Cassazione ad atti privatistici, con un evidente ed ingiustificata forzatura.

6. Il d.lgs. n. 396/1997

Tutto questo costituirà lo sviluppo legislativo del pensiero di D'Antona, peraltro chiaramente delineato ed anticipato nel saggio in esame. Ma qui c'è già il commento relativo al primo pezzo, il d. lgs. n. 396/1997, dedicato al nuovo "diritto sindacale" dell'impiego pubblico privatizzato, che l'autore considera come "Prime prove della legislazione delegata", avendo in mente l'ulteriore percorso, poi concretizzatosi nei dd.lgs. nn. 80 e 387 del 1998. Un pezzo assolutamente essenziale per lui, che, come ho già avuto modo di dire, vedeva la privatizzazione come contrattualizzazione, data la parte assolutamente prioritaria assegnata a quest'ultima nell'uniformizzazione della disciplina del settore pubblico a quella del settore privato, nella crescita di efficienza, nella decongestione di una struttura centralistica e monolitica. Dal che non può che derivarne un'unica riforma della riforma, cioè una contrattazione più ampia, più incisiva, più resistente rispetto ad ogni possibile *revanche* pubblicistica. *Prima*, enfatizza nuovamente la base teorica della sua argomentazione, cioè la capacità negoziale collettiva delle pubbliche amministrazioni, che, ora, giudica esplicitamente fondarsi «come ha chiarito la Corte costituzionale, nella generale autonomia collettiva garantita ai datori di lavoro in base all'art. 39 primo comma Cost.; *poi*, interpreta il "nuovo"

diritto sindacale, smorzandone la specialità - residuata dall'attenta ed ampia potatura da lui stesso curata nel redigere il d.lgs. n. 396/1997 – si da renderla del tutto compatibile con la configurazione della contrattazione collettiva come libertà negoziale e non come potere normativo», di per sé esercitabile anche nell'area di autodeterminazione organizzativa da parte delle pubbliche amministrazioni. Questo è affermato col consueto rigore logico e stilistico nel passo seguente: «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 è una fonte normativa in senso tecnico, sia pure di tipo consensuale. E, neppure, sotto l'altro profilo, che in quanto fonte normativa consensuale, esso è logicamente alternativo al potere di autodeterminazione organizzativa della pubblica amministrazione, che sarebbe invece riservato al regime unilaterale delle fonti pubblicistiche» (*Lavoro pubblico*, p. 258).

I punti toccati sono sostanzialmente tre: Aran e procedura negoziale; struttura, estensione ed efficacia della contrattazione; rappresentatività sindacale. Una volta elevata a postulato la capacità negoziale originaria delle singole amministrazioni, tanto da ritenere che sarebbe esercitabile anche in assenza della cornice legale, D'Antona ne ricava la piena coerenza di una sua rivisitazione. L'Aran è vista e ricostruita come un'associazione di associazioni, che si esprimono attraverso i rispettivi Comitati di settore, dotati di poteri di indirizzo per le trattative e di concerto sulle ipotesi di accordo. Il tutto con un elevato tasso di de-pubblicizzazione, perché «viene meno la fase pubblicistica dell'autorizzazione governativa, punto critico del sistema precedente, e si assegna rilevanza diretta, ai medesimi fini, all'espressione volontaria degli interessi collettivi delle amministrazioni» (*Lavoro pubblico*, p.248). Col venir meno della fase pubblicistica dell'autorizzazione governativa, è tagliata l'erba sotto i piedi a quei Tar che ne avevano fatto l'occasione per sindacare nel merito i contratti collettivi sottoscritti ed autorizzati; ma, cosa ovvia per D'Antona, questo non basta ad eliminare tutta la specificità richiesta dalla natura pubblica delle amministrazioni. Solo che, da un lato – come visto- la confina nella procedura interna di formazione della volontà delle amministrazioni (sul tipo dei contratti ad evidenza pubblica) e su quella di verifica preventiva e successiva dei costi; dall'altro, la ammortizza nella rappresentanza legale, esercitata dall'Aran in base alla legge: la rappresentanza legale risponde alla necessità di una gestione coordinata e tendenzialmente uniforme dell'intero universo dell'impiego pubblico privatizzato; ma, al tempo stesso, proprio perché

riempita dall'attività condizionante dei Comitati di settore, riesce del tutto conciliabile con l'impostazione privatistica.

Una operazione del tutto simile vale per la struttura della contrattazione collettiva: «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 contrattuali; rapporti tra livello nazionale e livelli decentrati) sono rimesse alla stessa contrattazione collettiva» (*Lavoro pubblico*, p. 248). Ma c'è una variante, costituita dalla subordinazione al contratto nazionale di quello decentrato, riconoscendogli un'efficacia reale, cioè sanzionata con la nullità della clausola difforme, priva di riscontro nel settore privato. Una variante, però, giustificabile, perché tale da compensare un decentramento altrimenti foriero di rischi assolutamente inaccettabili nel settore pubblico: di alimentare differenziali retributivi scollegati dalla produttività, sacrificando l'uguaglianza senza promuovere l'efficienza; e di rendere incontrollabili i costi complessivi, con effetti negativi sul deficit e, quindi, sul vincolo derivante dall'ingresso nell'euro. Non solo giustificabile, ma anche conciliabile con l'opzione privatistica, perché «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 forte di 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» (*Lavoro pubblico*, p. 248 s.).

L'estensione della contrattazione collettiva, vista quale parte di una complessiva risalita a monte della privatizzazione verso l'organizzazione degli uffici è già stata ampiamente considerata sopra, quale effetto dell'eliminazione dell'elenco delle sette materie di cui all'art. 2, co. 1, lett. c); anzi, si è aggiunto, che nell'ipotesi della contrattazione collettiva e della giurisdizione tale risalita a monte pare prescindere dalla natura privata degli atti in questione, tanto da finire per riguardare anche " gli atti interni di organizzazione aventi riflessi sul rapporto di lavoro" e, rispettivamente, provvedimenti amministrativi come i conferimenti di incarichi. Estensione, questa, che D'Antona considera essenziale, tanto da ritornarvi a conclusione del saggio: «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» e continua col dire che «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» (*Lavoro pubblico*, p. 259 e s.), cioè laddove, per necessità giuridica o per convenienza operativa, bisogna contare sulla disponibilità dei dipendenti.

A riguardo dell'efficacia D'Antona fa propria l'argomentazione di Corte cost. n. 396/1997, che - per dirla con una espressione popolaresca di grande capacità suggestiva- salva 'capra e cavoli': la capra dell'efficacia generalizzata ed i cavoli della natura privatistica. Qui, per la Corte, si trattava di conciliare la consolidata ritrosia a dar via libera ad una diretta trasgressione dell'art. 39, co. 2 e ss. cost. con la dichiarata simpatia per la privatizzazione, così forte ed evidente da farle rovesciare la precedente lettura dell'art. 97, co. 1 cost. La via di uscita è costituita da una distinzione sofista: l'efficacia *erga omnes* di cui all'art. 39, co. 4 è "intrinseca", cioè prodotta direttamente ed immediatamente dal contratto, in quanto partorito da quel particolare procedimento ivi previsto; mentre l'efficacia generalizzata di cui alla riforma è "estrinseca", vale a dire ricollegata dall'esterno al contratto, in forza di un obbligo legale di osservarlo imposto alle amministrazioni. Verrebbe da commentare - con un'altra dose di saggezza popolare- che "se non è zuppa è pan bagnato"- perché è pur sempre un'efficacia estesa *urbi et orbi*; ed estesa in forza e ragione del fatto che il contratto sia stato figliato secondo un ben preciso e dettagliato concepimento, gestazione e parto.

Il fatto è che l'efficacia generalizzata era una scelta obbligata per un pubblico impiego privatizzato, ma considerato ancora nel cono d'ombra dell'art. 97, co. 1, con riguardo ad un trattamento generale ed uniforme, fra l'altro ritenuto del tutto necessario per poterlo governare finanziariamente. *Hic Rhodus, hic salta*, solo che la Corte, lungi dal saltarlo, lo guarda, accettando di bagnarsi i piedi; e a D'Antona non rimane che seguirla, se pur con l'uso pudico del condizionale e con l'avvertimento che trattasi di un comportamento già tenuto dal Giudice delle leggi: nota come «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»; ed osserva, sia pure *en passant*, che «La distinzione tra natura del contratto collettivo e regime legale dei suoi effetti» sia 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» (*Lavoro pubblico*, p. 250 e s.)

E' interessante notare come traspaia qui il coinvolgimento di D'Antona, perché parla esplicitamente di contratto collettivo di diritto comune: ora, questo nome è stato inventato a misura di un figlio di N.N., cioè un contratto non battezzato dalla legge, ma ospitato e fatto crescere dalla dottrina e dalla giurisprudenza nell'ambito anonimo ed impersonale del libro IV del codice civile; mentre il contratto collettivo di comparto nasce iper-legittimato ed iper-regolato. Ne parla per sottolineare come il frutto, quello di cui lui ha cercato di assottigliare il guscio legislativo, con il d. lgs. n. 396/1997 e con un processo interpretativo all'insegna del diritto privato, è sempre lo stesso: un atto di autonomia collettiva, rispetto a cui la interferenza legislativa dev'essere quella minima dettata da una ragione giustificabile alla luce della Carta costituzionale. Coinvolgimento che lo porta a recepire la distinzione sofista della Corte costituzionale, accompagnandola con una rilettura forzata della sua precedente giurisprudenza, perchè, se è vero che precedentemente aveva distinto fra "natura del contratto e regime legale dei suoi effetti" (come nel caso dell'efficacia generalizzata riconosciuta alla scelta dei criteri di messa in cassa integrazione e nel caso della individuazione delle prestazioni indispensabili e delle misure idonee ad assicurarle in presenza di scioperi nei servizi pubblici essenziali), lo aveva fatto attraverso la mediazione costituita dall'auto-regolamentazione dei poteri imprenditoriali.

Casomai sorprende che D'Antona non aggiunga *ad adiuvandum* lo strumento a suo tempo ritenuto quello principe per spiegare l'efficacia generale, cioè la rappresentanza legale attribuita all'Aran. Ma c'è da sospettare che vi sia stato indotto dalla stessa ragione sottesa alla scelta esclusiva della stessa Corte a favore dell'obbligo costituito *ex lege* a capo delle amministrazioni; cioè dall'aver quest'ultimo portata omnicomprensiva, cioè non limitata alla contrattazione nazionale, ma estesa anche a quella decentrata. Di fatti per la prima, ma non per la seconda è chiamata in causa l'Aran; cosa, questa, assai rilevante per uno come lui che intendeva valorizzare proprio la contrattazione decentrata.

Rimaneva, però, una contropartita logicamente coerente e praticamente indispensabile, dell'efficacia generale, quella di un'effettiva misurazione della rappresentatività delle organizzazioni sindacali chiamate a trattare; a sottoscrivere i contratti; a garantire la tenuta di una struttura contrattuale tutta all'insegna di una centralizzazione non rigida, ma coordinata ed articolata; a lucrare la rendita promozionale costituita dai diritti sindacali. Una volta deciso di lasciarsi alle spalle qualsiasi soluzione comportante un'interferenza pubblica e constatato la

impraticabilità della disciplina di un art. 19 dello Statuto, così come resa monca dal referendum abrogativo ormai del tutto avvilita su se stessa; una volta deciso e verificato tutto questo, opta nettamente per una rappresentatività (non per una maggiore rappresentatività) quantificata in un 5%, frutto di una media fra associati ed elettori nelle consultazioni per le Rsu. A prescindere dal numero, che, certo risente al ribasso dell'inevitabile compromesso politico-sindacale, c'è in questa opzione tutta una politica del diritto radicata profondamente nella sua cultura e nella sua formazione: la necessità di legittimare le organizzazioni sindacali, chiamate a trattare per l'intero universo del pubblico privatizzato; la opportunità di conciliare la preferenza 'cislina' per il dato associativo (come espressivo di un associazionismo volontario) con quella 'cigiellina' per il dato elettorale (come meglio rispondente ad un sindacalismo tendenzialmente universale, ricordato allo stesso *status* di dipendente); la simpatia per una istanza di base come le Rsu, che pur continuando a convivere con le Rsa, vengono privilegiate ed incentivate. E tale rappresentatività verrà a costituire nel d. lgs. n. 396/1997, il perno di un sistema complesso, da lui sintetizzato in modo che non può essere riassunto, ma solo riprodotto: «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)» (*Lavoro pubblico*, p. 252).

A tirare le somme, una battaglia tutta all'insegna di una riformulazione e reinterpretazione contrattualista della riforma, con l'attenzione rivolta al pluridecennale *acquis* della legislazione, della dottrina, della giurisprudenza cui si doveva quel diritto sindacale vivente, nato e cresciuto nel vuoto dovuto alla mancata attuazione dell'art. 39, co. 2 e ss. cost.; ma condotta con la precisa consapevolezza che quella stessa riforma era dotata di forza espansiva: il nuovo diritto sindacale dell'impiego pubblico privatizzato che tanto doveva al classico diritto sindacale dell'impiego privato, ora avrebbe potuto restituirglielo. Nell'elenco delle caratteristiche della seconda privatizzazione, cita, come ultima, una estremamente significativa, la transattività della riforma: «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

secondo 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» (*Lavoro pubblico*, p. 246 e s.).

Non per nulla al primo posto c'è la rappresentatività sindacale, funzionale a quella generale osservanza dei contratti collettivi pubblici garantita *ex lege*. Trovare la possibilità di esportare questa inscindibile accoppiata nel settore privato, a Costituzione invariata, con un'interpretazione sostanzialista dell'art. 39, ult. comma, costituirà l'ultima fatica di D'Antona: anche qui splendido tecnico al servizio di una splendida utopia (*Il quarto comma dell'art. 39 della costituzione, oggi*, in *GDLRI*, 1998, 665-698 e in Massimo D'Antona *Opere*, a cura di Bruno Caruso e Silvana Sciarra, II, *Scritti sul diritto sindacale*, pp. 399-438). Meglio, l'ultima lezione, quella che termina con la toga abbandonata sulla cattedra: una lezione animata da un'idea resa con una logica ineguagliabile e con una passione forte, anche se tenuta sotto traccia. Ragione e cuore, anzi cuore e ragione: più lungo e faticoso è il cammino percorso, più vero ritorna il famoso passo di Pascal: "Le coeur a ses raisons, que la raison ne connaît point".

7. Gli scritti successivi del 1998/99: un bilancio della tornata contrattuale 1998-2001

Il compito che mi ero prefisso - conformemente all'incarico ricevuto - era di rileggere un saggio, a scelta, di Massimo D'Antona. Ma non posso ignorare che in seguito egli ebbe a scriverne altri tre: i primi due relativi alla tornata contrattuale post-seconda privatizzazione, svoltasi all'indomani del varo del d.lgs. n. 80/1998, apparsi entrambi ne "Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni", uno nel 1998 e l'altro - inviato qualche giorno avanti al suo assassinio - nel 1999; il terzo, a commento di due sentenze della Suprema Corte in tema di giurisdizione, ma che, steso e pubblicato su il Foro italiano del 1999, dopo l'entrata in vigore del d. lgs. n. 387/1998, costituisce una specie di aggiornamento del suo pensiero alla luce dei tre decreti legislativi da lui stesso curati. Credo, dunque, di doverne far cenno, per cogliere nell'indubbio *continuum*,

prima, il giudizio sulla tornata contrattuale stessa, vero e proprio banco di prova dell'effettività ed efficacia della riforma; poi, un bilancio dell'intera seconda privatizzazione, consegnato idealmente all'estensore di quel testo unico da lui prefigurato come un vero e proprio codice dell'impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, ma realizzato dopo la sua morte solo *pro forma*: di fatto il d. lgs. n. 165/2001 risulterà un testo meramente riproduttivo del d.lgs. n. 29/1993, così come modificato nel corso del precedente decennio.

Ne "Il rinnovo dei contratti collettivi delle pubbliche amministrazioni 1998-2001: verso l'Europa a più velocità" (qui citato da Massimo D'Antona, *Opere*, op. cit., pp. 261-270), egli constata con soddisfazione come l'avvio del rinnovo dei contratti collettivi delle pubbliche amministrazioni per il biennio economico 1998-1999 e per il quadriennio normativo 1998-2001 sia avvenuto nel pieno rispetto di quanto previsto dal "nuovo" diritto sindacale: sintonico rispetto all'avvio di uno Stato "diverso"; liberato dal precedente sovraccarico pubblicistico; caratterizzato da un duplice livello, con l'integrativo legittimato ad utilizzare risorse aggiuntive a quelle determinate globalmente nella legge finanziaria; funzionale riguardo al varo di un modello organizzativo diverso per il ruolo assegnato ai dirigenti nella gestione e per il regime giuridico della micro-organizzazione; idoneo a far da apri-pista al settore privato in tema di rappresentanza sindacale e di contrattazione collettiva. E trova largamente condivisibile le tematiche affrontate, in parte riguardanti il superamento di un vecchio retaggio, come per l'inquadramento professionale, il trattamento di fine rapporto, i fondi per la previdenza integrativa nel settore pubblico; in parte attinenti all'aggiornamento del modello organizzativo, come l'accento posto sulle componenti retributive accessorie variabili.

Vi è qui un'enfasi tutta particolare sulla contrattazione integrativa, vista come la strumentazione elettiva per una modifica consensuale dell'organizzazione, onde rendere la base più coinvolta e più disponibile all'innovazione. Del che egli vede le Rsu co-protagoniste, legittimate e rese responsabili proprio dal fatto di essere elette da tutti i lavoratori; si da prefigurarsi con piacere le consultazioni su liste sindacali, previste per la fine di novembre di quello stesso 1998, con la potenziale partecipazione di tre milioni di dipendenti. Maggiore opportunità, anche maggiori rischi, tanto che egli conclude col porsi la domanda cruciale, «sopravviverà la pubblica amministrazione italiana alla contrattazione collettiva integrativa?». E trova la possibile risposta al di fuori della riforma, con la precisa consapevolezza che essa necessita una cultura ed una politica coerente: «Solo nel quadro di un grande progetto nazionale di rivalutazione del lavoro pubblico, la scommessa incentrata

sull'autonomia delle amministrazioni, sul decentramento del sistema contrattuale e sulla rivalutazione delle relazioni sindacali a livello di amministrazione, che costituisce il fattore di novità, il rischio e insieme l'opportunità del ciclo contrattuale del quadriennio 1998-2001, potrà offrire chance a molti e non a pochi». (*Il rinnovo*, da Massimo D'Antona, Opere, op. cit., p. 270).

Né meno positivo e compiaciuto è il bilancio che egli trae a rinnovo avvenuto dei principali contratti collettivi dei comparti pubblici nell'articolo "Contratti nuovi e contraenti vecchi. Riflessioni dopo il rinnovo dei contratti collettivi pubblici" del 1999 (qui citato da Massimo D'Antona, Opere, pp.271-276). Il *mix* fra cornice legale e contrattazione collettiva realizzato dalla seconda privatizzazione ha funzionato, permettendo di rivedere gli inquadramenti professionali, se pur secondo un duplice modello, di cui uno più conservatore e l'altro più innovativo, nonché di riservare risorse finanziarie per i livelli decentrati; anche se il processo di smobilizzazione del precedente *corpus* normativo - costituito da leggi, regolamenti, decreti presidenziali incorporanti accordi ai sensi della legge quadro del 1983- non è stato portato avanti come dovevasi da quegli stessi contratti collettivi cui era stato delegato.

Anche qui, però, ritorna il dubbio che tortura il giurista al termine del suo lavoro, quando, scritto il copione, deve lasciare la scena a coloro che lo devono recitare: «Contratti nuovi per contraenti vecchi: il discorso vale anche per i sindacati del pubblico impiego, i quali dopo il bagno di democrazia della elezione delle Rsu, sembrano ansiosi di tornare alle vecchie conosciute pratiche..... Attenzione ai tempi delle altre parti delle riforme, dunque. Se fosse una vecchia amministrazione e un vecchio sindacato ad applicare i nuovi contratti, di nuovo resterebbe ben poco» (*Contratti nuovi*, da Massimo D'Antona, Opere, op. cit., p.276)

8. (segue) Uno sguardo retrospettivo sull'intera seconda fase: all'indomani dei d.lgs. n. 80 e n. 387 del 1998

Ecco, però, nel terzo scritto, " Contratto collettivo, sindacati e processo del lavoro dopo la 'seconda privatizzazione' del pubblico impiego (Osservazioni sui d. lgs. n. 396 del 1997, n. 80 del 1998 e n. 387 del 1998)" del 1999 (qui citato da Massimo D'Antona, Opere, op. cit., pp. 271-303), D'Antona riprende il tono sicuro di chi fa da guida in un percorso perfettamente conosciuto. Nato come commento adesivo a due sentenze della Suprema Corte, sezioni unite, che risolvono conflitti di giurisdizione - insorti con riguardo ad altrettante decisioni di Tar in tema di

ammissione dei sindacati alle trattative con l'Aran - attribuendola *in toto* al giudice ordinario; lo scritto acquisisce via via il rilievo e lo spessore di un saggio ricognitivo dell'intera sequenza di decreti delegati che hanno dato attuazione alla seconda fase della riforma.

A premessa del suo giudizio fortemente critico nei confronti dei giudici amministrativi, D'Antona enfatizza il fatto che proprio in ragione delle modifiche apportate in forza della l. delega n. 59/1997, questo problema non si sarebbe neppure presentato, visto che l'art. 68, co. 3 d. lgs. n. 29/1993, come novellato dall'art. 29 d. lgs. n. 80, era venuto a risolverlo *in apicibus*: «Sono devolute al giudice ordinario, in funzione del giudice del lavoro, le controversie relative a comportamenti antisindacali ai sensi dell'art. 28 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e le controversie promosse da organizzazioni sindacali, dall'Aran o dalle pubbliche amministrazioni, relative alle procedure di contrattazione collettiva di cui all'art. 45 e seguenti del presente decreto». Un auto-apprezzamento che parte da qui, anche se poi è esteso all'intero percorso riformatore da lui gestito; parte da qui non per caso, perché D'Antona ha sempre considerato il giudice amministrativo il nemico numero uno della privatizzazione, capace di sfruttare ogni vuoto ed ogni equivoco per recuperare il terreno perduto, sì da vedersi condannato ad inseguirlo o a precederlo, sfrondando il testo del d. lgs. di ogni appiglio pubblicistico fino ed oltre il limite del possibile.

Intanto gli occorre parare una critica, che alla fin fine un semplificatore - come lui pretendeva di essere - avesse contribuito alla creazione di un diritto sindacale iperegolato; certo, ammette c'è un profluvio di regole, ma - premesso che il superamento del diritto speciale dell'impiego pubblico - «non si risolve nella delegificazione e nell'estensione del diritto comune», sostiene con forza esser «proprio l'emancipazione dal diritto speciale del soggetto pubblico (il diritto speciale dell'autorità e del vincolo di scopo) e la riduzione della pubblica amministrazione alla posizione formalmente paritaria, a sollecitare la produzione di regole *ad hoc*, il cui scopo è garantire che gli istituti fondamentali del diritto del lavoro comune operino senza distorsioni nelle condizioni specifiche delle pubbliche amministrazioni, che agiscono come datori di lavoro privati, ma in assenza di mercato, senza fini di lucro e senza il vincolo della missione pubblica in funzione della quale sono state istituite» (*Contratto collettivo*, p. 284). Di fatto questo passo confrontato con l'entusiasmo demolitore coltivato all'inizio della privatizzazione, ci dice come D'Antona sia venuto accorgendosi, una volta passato da spettatore a protagonista, come un certo sovraccarico regolativo fosse necessario proprio al fine che perseguiva, col risultato di diversificare e non omogeneizzare i due regimi, del pubblico impiego privatizzato e

dell'impiego privato. Ma l'importante per lui è mantenere la barra sulla direzione giusta, cioè quella di una ricostruzione in chiave privatista/contrattualista. Esempio è la "riclassificazione" del contratto collettivo, una volta che la seconda privatizzazione lo abbia caricato di una disciplina che costituisce «una vistosa deviazione dai principi consolidati dei contratti collettivi di diritto comune. Ai contratti collettivi nazionali stipulati dall'Aran, e a quelli soltanto, è espressamente riservato il trattamento proprio degli atti normativi: a) l'istituto della pubblicazione legale (ai fini della conoscenza, dato che l'efficacia si produce al momento della sottoscrizione: art. 45, 5 comma, d. lgs. n. 29 del 1993 modificato e 44, 6 comma, d. lgs. n. 80 del 1998); b) l'ammissibilità del ricorso per cassazione per violazione e falsa applicazione di norme collettive (art. 68, 6 comma, d. lgs. n. 29 del 1993 modificato); e infine c) l'accertamento in via pregiudiziale dell'interpretazione, validità ed efficacia delle norme contrattuali come questione di diritto, soggetta al particolare procedimento di impugnazione diretta in Cassazione (art. 68 bis d. lgs. n. 29 modificato)» (*Contratto collettivo*, p.288). Ma, questo appare pienamente giustificato alla luce del peculiare carattere del datore pubblico, riflettendosi non sulla natura, ma sulla disciplina del contratto collettivo, che, però, deve ammettere, proprio perché previsto e regolato non può più essere considerato di "diritto comune", pur restando atto di autonomia privata: «Qui si coglie il tratto massimo della riforma: i contratti collettivi delle pubbliche amministrazioni sono contratti privatistici ma "nominati", e non "di diritto comune", poiché la legge ne disciplina soggetti, modalità di formazione ed effetti giuridici» (*Contratto collettivo*, p. 286). Non sarebbe sopravvissuto abbastanza per vedere come la generalizzazione del ricorso per Cassazione ai contratti collettivi del settore privato (per effetto dell'art. 420 *bis* c.p.c., così come introdotto dal d.lgs. n. 40 del 2006) gli avrebbe dato una qualche ragione: da un lato, perché non avrebbe mutato il giudizio largamente maggioritario circa il fatto che i contratti collettivi sono atti privati; dall'altro, perché avrebbe segnato l'unico punto a vantaggio dell'auspicato influsso di ritorno, dal settore pubblico, in quanto privatizzato, restituito ad un ruolo guida. L'unico e neppure il principale, perché resterà lettera morta il recepimento da parte del settore privato del sistema basato sullo scambio fra efficacia *erga omnes* e rappresentatività effettiva, associativa-elettorale: scambio che, come già accennato, egli aveva cercato di liberare dall'ipoteca dell'art. 39, co. 2 e ss. con l'ultimo suo saggio, modello esemplare di come un giurista può cercare di curvare un testo al bisogno dei tempi, rispettandone il principio ispiratore ed adeguandone la lettera con un gioco logico sfavillante.

Di fatto molto dell'*aliquid novi* era stato previsto in ragione di un pericolo, tanto enfatizzato al momento dell'effettivo passaggio di giurisdizione, quanto svuotato completamente dal successivo corso degli eventi. Ed è proprio a tale nodo centrale che egli ritorna, per sottolineare come in forza delle modifiche apportate dal d. lgs. n. 80/1998, tale passaggio sarà pieno, blindato rispetto ad un eventuale tentativo di esproprio da parte del giudice amministrativo: «L'elemento cardine del nuovo assetto processuale è naturalmente la scelta, finalmente non equivoca, di fare del giudice ordinario il giudice esclusivo dei rapporti pubblici 'privatizzati', esclusivo nel significato 'chiovendiano' che l'attore può ottenere dal giudice ordinario, anche quando una delle parti è la pubblica amministrazione, 'tutto quello e proprio quello' è necessario per soddisfare la domanda di tutela» (*Contratto collettivo*, p.291). Questo rinvia all'altro elemento cardine, quello del nuovo sistema sostanziale, costituito dal pieno riconoscimento ai dirigenti di una autonomia gestionale esercitabile con una capacità di diritto privato fino alla c.d. micro o bassa organizzazione.

Di più non è il caso di dire, se non è che proprio da qui prende lo spunto per ritornare approfonditamente sulla nuova disciplina dettata in materia di controversie collettive, cioè sulla repressione della condotta sindacale, sulla censurabilità in Cassazione della violazione di norme collettive, sul procedimento incidentale per l'accertamento in via 'pregiudiziale' delle questioni di interpretazione, validità o efficacia delle norme collettive, sull'interpretazione autentica. Siamo alle ultime pagine della sua vita di studioso e di uomo, che ancora impressionano per lucidità ed attualità; e commuovono perché quasi certamente sono passate anche per quella borsa, trovata accanto al suo corpo insanguinato: un'umile compagna di tanto camminare e viaggiare, inanimata ma fedele fino alla morte.

9. Heri dicebamus

Ho battezzato Massimo come un tecnico al servizio di un'utopia; e ho parlato dell'utopia come di qualcosa collocata al di là della linea dell'orizzonte, visibile solo agli occhi di chi fa prevalere l'ottimismo della volontà sul pessimismo della ragione. Ma voleva essere un apprezzamento, perché solo oggi sappiamo, ad un decennio della morte, che era un'utopia; ma attenzione, un'utopia della ragione pratica, cioè meta proposta all'operare, non isola felice partorita dall'immaginazione. Sicché la domanda vera da farsi non è se sia stata un'utopia, come credo secondo la definizione offertane; ma quanto sia servita esserlo, per trovare una parziale, ma rilevante attuazione, con una prospettiva di ulteriore crescita, come una casa completata solo per un paio di piani, ma

con i fili di acciaio spuntanti dal tetto provvisorio, destinati domani a far da supporto per sopraelevazioni. Quel domani non pare proprio essere oggi, a fronte del disegno di legge delega predisposto dal "ciclone" Brunetta, che punta a riscrivere il d.lgs. n. 165/2001, cioè il consolidato della prima e seconda privatizzazione, attraverso di cocktail micidiale di ripubblicizzazione e di aziendalizzazione, predispostogli da un *brain-trust* costituito da cultori di diritto amministrativo - magistrati e professori- e da conoscitori della gestione aziendale: coi primi a scrivere lo spartito ed i secondi ad inserirvi qualche assolo strumentale. Ma se un passo indietro è possibile, tenuto conto che in tempo di crisi tutto tende ad essere riportato sotto il cono d'ombra di quel centro romano che conosce assai più e meglio il linguaggio pubblicistico che quello privatistico; se questo è possibile, non è assolutamente possibile un ritorno alle origini. E quanto più il sistema verrà squilibrato, tanto prima sarà destinato a collassare, tenendo presente quanto insegnatoci da D'Antona che Stato "diverso" e modernizzazione delle pubbliche amministrazioni debbono andare di pari passo, cosa ben lungi dall'aver avuto luogo; e che ogni riforma ha bisogno, per camminare, delle gambe degli uomini, cosa questa affidata alla crescita culturale e professionale di quanti vi sono interessati, tale da richiedere a volte ad un cambio di generazione.

A chiusura, un grazie obbligato, ma sincero agli amici di " Su e giù"- in particolare a Paolo Pascucci ospite impareggiabile- per avermi dato occasione di riprendere a dieci anni dalla sua morte un "dialogo" con Massimo: col suo pensiero, certo, ma rivissuto come se fosse non quello freddo ed impersonale congelato in uno scritto, ma quello vivo, tranquillo nel tono ma serrato nel ragionamento, che dipanava con uno sguardo acuto ed un volto pensoso, ma a tratti illuminato da un sorriso fra l'ingenuo ed il sornione. Di tanto in tanto, il gracidare proveniente da una pozza fangosa sotto la mia finestra diveniva assordante; mi toccava alzarmi per chiuderla, ritornando poi al mio computer, con un senso di colpa per l'interruzione. Sicchè, a mo' di scusa, mi dicevo, come se lui mi ascoltasse: sono cresciuto pigmeo in un mondo di giganti, mi ritrovo, al momento del congedo, gigante in un mondo di pigmei; dovrei inorgogliarmi, ma, a dire il vero, sono rimasto quello di sempre, alto un metro ed ottanta, anzi, per effetto degli anni, qualche centimetro in meno. Ma al mio dire ritornava solo il silenzio; ed il silenzio dei morti è assai meno sopportabile di quello di Dio, perché di loro abbiamo conosciuto la voce.