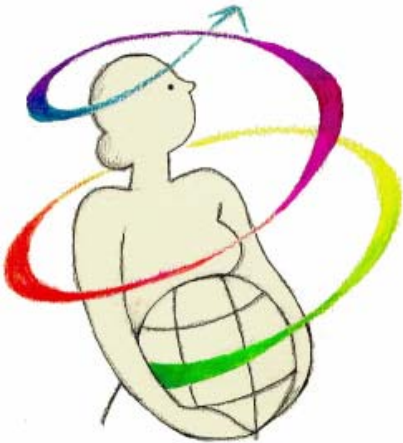




UIL Federazione Poteri Locali
Segreteria Nazionale

Via Tor Fiorenza, 35
00199 ROMA



Progetto SEME

**Sindacato Europeo, Mainstreaming ed Empowerment
della partecipazione e della presenza femminile
nei ruoli decisionali e di rappresentanza**

approvato dal MLPS con D.M. 22 Dicembre 2005

Prof. Bruno Fiorai

Diritto del Lavoro nella P.A.

DISPENSA

**DISPENSA DI
DIRITTO DEL LAVORO DELLA P.A**
Trascrizione sintetica di un intervento seminariale

Prof. Bruno Fiorai

Docente di Diritto del Lavoro - Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Siena

Tenteremo di fare, in maniera piuttosto sintetica, una sorta di carrellata sui temi principali, sugli elementi fondamentali.

Iniziamo con l'introdurre due concetti di fondo: perché la riforma ha voluto cambiare questo aspetto sostituendo alla disciplina pubblico-amministrativa la disciplina privatistica del diritto del lavoro.

Secondo concetto: perché tutto questo ha visto la richiesta di coinvolgimento delle grandi organizzazioni sindacali da parte dei poteri pubblici e perché queste hanno risposto positivamente alla proposta. Sul primo punto: è indubbio che le regole del diritto del lavoro, sia quelle per gestire il rapporto individuale di lavoro sia quelle per gestire le vicende collettive e quindi il conflitto sindacale, lo sciopero o la serrata, che per gestire il momento della pace, il contratto collettivo. Tutti questi sono istituti nati a seguito dello scontro tra capitale e lavoro e quindi nell'ambito squisitamente privatistico. Queste sono regole che nascono pian piano nel tempo dalla rivoluzione industriale in poi, quindi da più di due secoli a questa parte, per regimare il conflitto di interessi o di classe tra due ceti sociali: uno che apportava i propri capitali e l'altro che apportava e apporta tuttora le proprie energie lavorative.

Lo stesso nostro ordinamento nasce segnato, per così dire, da questa differenza di discipline: il diritto amministrativo per il funzionamento della pubblica amministrazione e per regimare il rapporto di lavoro o il lavoro dei dipendenti pubblici, il resto per regimare il rapporto di lavoro di quelli privati.

Quindi, ci riferiamo all'art. 39 della nostra Costituzione, al principio delle libertà sindacali, le regole sulla contrattazione collettiva, l'art. 40 Cost., che segnala il riconoscimento del conflitto, l'istituzionalizzazione, evidentemente a certe condizioni, dello scontro di interessi, cioè il diritto di sciopero. Quando nell'assemblea costituente si è votato per questi principi si è pensato al conflitto di classe, allo scontro tra capitale e lavoro e queste regole sono state introdotte per regimare questo tipo di conflitto di interessi. I nostri padri costituenti hanno lasciato intatto, possiamo dire così, non si sono occupati comunque degli aspetti lavoristici del pubblico impiego per una ragione molto semplice. Perché fin dai tempi più antichi, fin da quando si sono formate le pubbliche amministrazioni, dette in senso più moderno, ma si possono richiamare anche le esperienze dell'impero austroungarico oppure della Francia monarchica pre-rivoluzionaria o della stessa Inghilterra, il pubblico impiego nasce allora e in sostanza il Sovrano ha bisogno di aiutanti che rispondono a lui direttamente.

Nascono così i funzionari pubblici, la Facoltà di Scienze politiche nasce nell'impero austroungarico, non una vera e propria facoltà, ma un percorso formativo proprio per formare funzionari pubblici al servizio dell'Imperatore.

Anche dopo la rivoluzione francese, Napoleone realizza la riforma dell'amministrazione e dello Stato francese. Anche in quella esperienza c'è bisogno sul territorio di rappresentanti immediati e diretti del potere che risiedeva a Parigi. Insomma la P.A. tradizionalmente è sempre stata vista come quell'apparato che interpretava o garantiva i fini stabiliti come prioritari dallo Stato o dalla forma di Governo in quel momento esistente e questo ha portato anche un assorbimento degli aspetti lavoristici, dello svolgimento dell'attività di lavoro da parte di un funzionario pubblico, nell'attività in quanto tale della pubblica amministrazione. C'è stata una sorta di incorporazione, l'attività di lavoro è stata incorporata nell'attività della P.A. perché appunto il dipendente pubblico tradizionalmente è stato visto come l'esecutore dei fini per cui la P.A. è stata posta e voluta da quel determinato ordinamento statale e la sua attività di lavoro era una manifestazione dell'azione della P.A. Sul piano concettuale non si distingueva il rapporto di lavoro dal rapporto di servizio, dal rapporto organico.

E' ovvio che in questa visione non si potessero applicare le regole del diritto del lavoro tipiche che sono invece regole dirette a regimare il conflitto di interessi. Perché se è vero che l'attività lavorativa del pubblico dipendente si identifica nell'attività della pubblica amministrazione è evidente che non ci può essere scontro di interessi tra il dipendente in quanto tale e la P.A., ma anzi c'è una sintonia totale perché entrambi si muovono per raggiungere il medesimo fine che è quello di realizzare gli interessi pubblici. Quindi anche nella nostra esperienza, anche nell'ordinamento giuridico nato dalla Costituzione repubblicana rimane intatta questa concezione, questa separazione.

Da una parte il mondo del lavoro vero e proprio con le sue regole volute per regolamentare lo scontro di interessi tra il datore di lavoro e i suoi dipendenti, dall'altra la P.A. che agisce con tutt'altre regole e tutt'altri scopi.

Questo era il punto di partenza, ma poi è successo che i meccanismi introdotti dal diritto del lavoro si sono poi estesi anche all'area della P.A. e di quello che è stato il pubblico impiego, per una ragione molto semplice, perché i dipendenti pubblici si sono accorti che anch'essi, pur con la loro attività di lavoro, servendo a raggiungere i fini pubblici previsti per la P.A. fossero anch'essi dei veri e propri lavoratori che avevano le stesse esigenze dei lavoratori dell'area privata. Cioè in sostanza avevano anch'essi il desiderio di un orario di lavoro migliore, di retribuzioni più alte. Si sono resi conto che le condizioni di lavoro tendono a ripetersi identiche, indipendentemente dalla natura del datore di lavoro, privata o pubblica. Perché la struttura del lavoro moderno è una struttura che si ripete in modo quasi clonato ovunque, cioè è una struttura gerarchica che presuppone un centro direzionale, il dirigente ed al di sotto, a vari livelli, una serie di esecutori.

Quindi la questione della regolamentazione delle condizioni di lavoro ha cominciato a porsi anche nell'area pubblica ovviamente con maggior vigore proprio perché il nostro ordinamento aveva accolto al suo interno istituti fondamentali proprio per la regolamentazione delle condizioni di lavoro. Non a caso, infatti, la prima richiesta dei pubblici dipendenti si è avuta in materia di diritto di sciopero. Se noi andiamo a vedere l'attività dei giudici italiani in questo settore ed andiamo a vedere l'attività della Corte Costituzionale noi troviamo appunto che la prima sollecitazione viene proprio in questa materia perché i dipendenti pubblici hanno preteso di fare sciopero per esercitare quel diritto garantito dall'art. 40 ai loro colleghi del privato.

La Corte costituzionale in alcune sentenze rimaste famose (1958, 1962, 1969, ecc.) ponendo le basi per la disciplina dello sciopero nei servizi pubblici essenziali, affermò che anche il dipendente pubblico era titolare del diritto di sciopero. Questa affermazione della C.C. andò ben al di là del suo significato immediato (riconoscimento al dipendente pubblico della titolarità del diritto di sciopero). Badate si trattava di cancellare norme penali: l'abbandono del pubblico ufficio da parte del dipendente (artt. 330 e 333 del C.P. vigente allora). Questo insegnamento della C.C. andò ben al di là del semplice riconoscimento del diritto di sciopero per il dipendente pubblico. Volle dire in sostanza che al più alto livello dell'ordinamento venne accettata l'idea che lo scontro di interessi tra i lavoratori ed il datore di lavoro, quale sedimentato normalmente nel privato, veniva a realizzarsi anche nel pubblico e che quindi il dipendente pubblico potesse entrare in conflitto di interessi con il proprio Ente o con il proprio ramo della P.A., nella stessa identica maniera e con la stessa forza di quello che si aveva nel privato.

Nasce da qui il lungo cammino (40 anni) di avvicinamento del sistema di lavoro privato all'area pubblica. Quella tendenza che appunto si formalizzerà con il decreto legislativo n. 29 del 1993 con gli interventi successivi e oggi con il decreto legislativo n. 165 del 2001. Avremo un paio di leggi delega, quelle del 1992 e del 1997. Un cammino abbastanza difficoltoso che dura ormai da una dozzina di anni anticipato dal tentativo di riforma contenuto nella legge 93 del 1983.

La conclusione è stata che anche nell'ambito del lavoro pubblico vigono le regole del diritto del lavoro. L'attività di lavoro del dipendente pubblico viene regolata e dal punto di vista individuale nella relazione che lega il singolo lavoratore al singolo datore di lavoro oppure, sotto il profilo collettivo dell'organizzazione del gruppo di lavoratori, vigono le stesse regole del diritto del lavoro.

Per questo si usa dire privatizzazione del lavoro pubblico che non è una contraddizione in termini.

Il lavoratore continua a lavorare all'interno della P.A. che continua ad operare per il raggiungimento di fini pubblici, che appartengono a tutta la collettività. Quindi noi oggi possiamo dire che a parte alcune specificità, regole particolari delle quali vale comunque la pena di parlare, dopo alcuni interventi sempre più decisi nel senso della privatizzazione del lavoro, oggi l'attività del dipendente pubblico è disciplinata dalle regole del diritto del lavoro, quelle ordinarie, quelle normali, proprio perché è filtrato nell'ordinamento dopo il lungo cammino iniziato con le sentenze della Corte costituzionale l'idea che tra il datore di lavoro pubblico ed il suo dipendente esista un contrasto di interessi almeno per quanto riguarda le condizioni secondo le quali deve essere prestato il lavoro.

L'altra osservazione: tutto questo processo di riforma prende corpo attraverso il coinvolgimento delle OO.SS. confederali. Se ci fate caso i primi tentativi di contrattualizzare il rapporto di lavoro si avranno a metà degli anni '70, soprattutto nel settore della sanità e poi avremo l'intervento della legge quadro n. 93 del 1983 e poi avremo la successiva concreta privatizzazione, dove le architravi su cui si regge tutto il sistema e tutto il tentativo di riforma sono principalmente le OO.SS. confederali, che sono state chiamate dal legislatore a contribuire alla riforma della P.A. Perché non so se ve ne siete accorti ma il coinvolgimento delle OO.SS. in questo programma di riforma, dove si riconosce come fondamentale l'idea del conflitto di interessi tra i dipendenti pubblici e la P.A., ha significato non soltanto lo slittamento nell'area pubblica dei meccanismi principali del diritto del lavoro e quindi il contratto collettivo, il diritto di sciopero e l'esercizio dei diritti

sindacali, la possibilità di formare rappresentanze dei lavoratori all'interno dei luoghi di lavoro, ecc. Non c'è solo questo, c'è qualcosa di più, la chiamata in causa ad esempio delle grandi OO.SS. ha il significato di affidare la riforma della P.A. a grandi organizzazioni di massa che rappresentano non solo i lavoratori di quei settori ma che rappresentano anche i cittadini.

E' un po' come se l'ordinamento avesse inteso dire alla società civile ho bisogno di una mano per riformare la P.A. Perché che cosa accade quando un ente pubblico qualsiasi che svolge un'attività che lo porta ad entrare in contatto con il pubblico stabilisce di comune accordo con le rappresentanze dei propri dipendenti quanto deve essere aperto al pubblico quel determinato ufficio, magari con un orario pomeridiano, con un orario flessibile? Che cosa fa questo ente pubblico se non cercare di realizzare un'amministrazione più efficiente, più vicina ai bisogni dei cittadini con il concorso delle OO.SS.? Efficienza, efficacia della P.A. sono state cercate con il concorso delle grandi OO.SS., le quali quindi nell'ambito del lavoro pubblico non gestiscono soltanto il tema delle condizioni di lavoro dei dipendenti pubblici ma finiscono per gestire anche gli stessi fini pubblici per cui quel ramo della P.A. è posto.

La sfida è stata raccolta dalle grandi OO.SS. perché hanno visto, in questo, una grande opportunità, quella appunto di poter intervenire a riordinare, a riorganizzare l'attività della P.A., quella di rompere meccanismi squisitamente corporativi in senso negativo perché il pubblico impiego era il terreno di elezione dei sindacati autonomi ed avveniva anche che questi sindacati potessero spingere il potere pubblico approfittando della vicinanza con il potere politico e con l'esecutivo a tutti i livelli, nazionale, regionale, provinciale, comunale. Era molto semplice.

Adesso invece questo è l'altro obiettivo: la trasparenza ed anche l'imparzialità nell'utilizzo delle risorse. Si spera che sia assicurato attraverso i meccanismi di contrattazione collettiva che, comunque sia, hanno alcuni vincoli che obbligano i soggetti ad agire alla luce del sole. Perché ci sono vincoli di spesa precisi che non possono essere superati e poi ci sono meccanismi di contrattazione collettiva che inevitabilmente finiscono sui giornali. Quindi potrà ancora accadere che quel sindacalista o quel sindacato riesca ad ottenere condizioni di favore da quel determinato settore di potere politico o esecutivo, ma se voi pensate a che cosa accade quando si tratta di rinnovare un CCNL questo diventa un fatto non più privato tra il potere esecutivo e quei dipendenti ma diventa un fatto sociale, un fenomeno enorme e tutti stanno lì con gli occhi puntati, la stampa, i mass media. Questa grande attività di riforma dovrebbe portare la nostra P.A. e la sua azione a livello europeo, cioè allo stesso grado di efficienza e di trasparenza delle amministrazioni pubbliche di altri paesi europei, in modo da permettere al nostro Stato, alla nostra società di poter concorrere alla pari con gli altri partner dell'U.E. Tutto questo sta scritto nell'art. 1 del Dlgs. n.1 del 2001, se andate a vedere troverete efficienza, razionalizzazione del costo del lavoro e le finalità di ingresso del nostro Paese in quella più ampia area che è l'Unione Europea. Nell'ambito della P.A. inoltre devono trovare spazio politiche di pari opportunità (art. 1, lett. c, del Dlgs 165/2001) tra uomini e donne e, quindi, il rapporto di lavoro pubblico anche come veicolo per affermare il principio di uguaglianza tra i cittadini indipendentemente dal sesso o da altre forme di discriminazione: razza, lingua, religione, ecc. Questi profili diventeranno sempre più importanti tanto più quanto la nostra società diventerà multi-etnica.

Pensate agli aspetti dell'organizzazione da questo punto di vista. Pensate al problema di far accedere ai posti di lavoro nell'area pubblica cittadini extracomunitari. E' una sfida che le OO.SS. hanno raccolto, perché se esse non fossero in grado di colloquiare o anche di scontrarsi con il potere pubblico, secondo questi obiettivi indicati, rischierebbero molta della loro credibilità. Perché se questo tentativo di riforma fallisce non è il fallimento soltanto dei poteri pubblici ma è anche il fallimento della loro capacità di governare processi di questo tipo.

L'impianto della riforma: la legge ha tentato di individuare quali sono le materie interessate da questo profondo processo di privatizzazione, da questa assimilazione con il diritto del lavoro privato e ha detto che per quanto riguarda l'instaurazione del rapporto di lavoro quindi dall'atto giuridico con cui esso si instaura, da quel momento si applicano le regole del diritto privato del lavoro.

Tutto ciò che sta a monte di questo momento rientra ancora nella sacra potestà della legge e quindi nella disciplina pubblica amministrativa, direttamente posta dal legislatore, dal potere esecutivo e gestita dalla P.A. in quanto tale.

Quindi l'organizzazione degli uffici, il reclutamento. In sostanza si sottolinea il tentativo del legislatore di mantenere nel diretto controllo della P.A. tutto ciò che serve ad organizzare la P.A. in quanto tale, distinguendolo da ciò che invece serve a regolamentare il singolo rapporto di lavoro. Si spiega così perché quelle materie sono rimaste esterne, lo dice proprio la legge delega 421 del 1992, all'art. 2, da tutto il resto che è stato privatizzato. Questo tentativo di separare nettamente questi due aspetti che inevitabilmente hanno innumerevoli punti di contatto non può essere un tentativo riuscito al 100%. Perché, sia per quanto

riguarda l'organizzazione degli uffici, sia per quanto riguarda il reclutamento, la contrattazione collettiva o altre forme di concertazione molto spesso sfociano in accordi sindacali.

Certamente questo è uno dei punti di frizione maggiori di questo nuovo assetto, perché, per ciò che sta a monte, poiché appartiene con pieno diritto al regime pubblicistico amministrativo, la competenza processuale è del giudice amministrativo mentre, invece, tutto ciò che sta a valle è di competenza del giudice ordinario.

Ci sono nel Dlgs 165/2001 dei meccanismi precisi che sicuramente danno una mano ad un processo di erosione della parte privatistica verso quella pubblicistica, perché è vero che, una volta che si innescano meccanismi di contrattazione collettiva, si sa sempre da dove si comincia ma non si sa mai dove si va a finire. Perché il processo di contrattazione collettiva è tendenzialmente espansivo nel senso che, per sua natura, tende ad interessarsi sempre di più materie, di più aspetti, di più elementi, di più profili.

Una contrattazione a qualunque livello sulla retribuzione finisce inevitabilmente per coinvolgere l'organizzazione del lavoro, ma non solo per questo, perché l'art. 2, comma 2, seconda parte del 165/2001 contiene un meccanismo preciso. Basta andare a vedere che cosa capita a livello di reclutamento anche di singolo ente, come vengono decisi i concorsi, quindi in una materia che formalmente dovrebbe essere estranea alla contrattazione collettiva.

Questo meccanismo pone una regola eccezionale, ovvero il contratto collettivo può derogare alla legge o ad un atto che ha forza di legge, quindi anche ad un DPCM, ad un DPR, ad una norma statutaria del singolo ente, con la specificazione che questa deroga non può a sua volta essere messa in forse da un nuovo regolamento o da un nuovo statuto. Per ipotesi, un nuovo DPCM che si occupi di quella materia deve uniformarsi a quanto è stabilito nel contratto collettivo. Solo una legge successiva può prevedere una disciplina differente rispetto a quella prevista nella clausola collettiva che, a sua volta, aveva derogato la legge precedente.

Quindi il rapporto tra la legge ed il contratto collettivo sembra assolutamente paritario, il contratto collettivo viene posto sullo stesso piano della legge. Capite quindi l'importanza dei meccanismi di contrattazione collettiva e qual è anche la responsabilità delle OO.SS.. Sulle dispense troverete che questo potere di deroga non significa potere di annullare la disposizione legislativa ma semplicemente bloccarne l'efficacia.

Se ad esempio nell'area della sanità blocco una disposizione di legge che vale per tutto il settore pubblico, quella disposizione di legge sarà derogata per il comparto della sanità ma continuerà a valere per gli altri comparti. Il contratto collettivo non può abrogare la legge, si limita a stopparla per quanto riguarda l'ambito di efficacia dello stesso contratto collettivo.

Si è posto il problema di quale sia il contratto collettivo che può derogare la legge. Per una questione di ragionevolezza ed anche di armonia del sistema lo statuto interno di un Ente può essere derogato da un accordo sindacale decentrato che non può ovviamente derogare ad una Legge. Ci vuole sempre un'equivalenza, almeno per quanto riguarda l'area di competenza territoriale delle fonti che vengono messe a confronto.

Organizzazione e disciplina degli uffici e dotazione organica (art. 6 dlgs 165/2001)

L'organizzazione e la disciplina degli uffici viene lasciata alla Legge o agli atti aventi forza di Legge. Ma c'è già un elemento: "previa consultazione delle OO.SS. rappresentative".

Quindi è lo stesso legislatore che, dopo aver stabilito che questa materia è sottratta alla privatizzazione, nello stesso momento afferma che le OO.SS. devono essere previamente consultate.

Sembra difficile che l'ente non tenga conto delle osservazioni emerse nel corso della consultazione, anzi è facile che la stessa consultazione si concluda con un accordo. Un altro aspetto da richiamare è questa nuova definizione: non si parla più di pianta organica ma di dotazione organica. Non è un caso che si parli di dotazione organica e non di pianta perché il concetto di dotazione organica dovrebbe rinviare ad una P.A. più capace di muoversi, più dotata di mobilità, più capace di adattarsi in tempo, il più possibile reale, alle mutevoli esigenze della società, ai mutevoli bisogni di quel particolare territorio.

Perché si è ritenuto che la pianta organica fosse un elemento troppo fisso, troppo stabile, troppo rigido. Il numero è quello, i dipendenti sono fissati in quella loro collocazione, irreggimentati ognuno nel proprio posto di lavoro, nella propria qualifica, nella propria attività lavorativa, inamovibili, non spostabili, non gestibili in nessun modo. Quindi con un risultato di totale irrigidimento e di impossibilità di manovrare da parte dell'Ente pubblico. Ho l'impressione che la differenza tra pianta e dotazione organica sia una questione terminologica presa per poi giustificare quei poteri riconosciuti alla P.A. di riordino, di mobilità del personale, di destinazione di uno o più dipendenti ad altro comparto o settore.

Se legghiamo il tema della dotazione organica al tema della mobilità del personale allora il termine dotazione acquista un senso.

Il reclutamento del personale (art. 35 del dlgs 165/2001)

Questa disposizione conclude in qualche modo questa parte che dovrebbe nella sostanza essere rimasta immune dal processo di privatizzazione nel senso che questa materia dovrebbe ancora essere regolata dalla legge o da atti aventi forza di legge. Cioè nel momento in cui il legislatore ha voluto affrontare un tema così enorme come la riforma della P.A. ed ha voluto spostare nell'ambito del lavoro privato le regole sulle condizioni di lavoro dei dipendenti pubblici ha inteso anche però mantenere quei meccanismi di accesso al lavoro del vecchio impiego pubblico.

Il legislatore ha dovuto confrontarsi con un elemento di stabilità e di legittimità non piccolo: la regola del concorso prevista dall'art. 97 della Costituzione per assicurare imparzialità e trasparenza nella scelta dei candidati da assumere poi in pianta più o meno stabile nell'ambito del lavoro pubblico. L'art. 35 rinvia a tre meccanismi di reclutamento: la prova selettiva da svolgersi in due modalità e poi l'avviamento al lavoro per quei cittadini portatori di handicap o appartenenti a particolari categorie protette. Mi preme segnalarvi questa formula della lettera a) dell'art. 35: "l'assunzione nelle amministrazioni pubbliche avviene tramite procedure selettive conformi ai principi del comma 3," ecc.

Mentre nella Costituzione si usa il termine concorso, qui si usa quello di selezione che, in precedenza, veniva utilizzato soltanto per quelle procedure che permettevano all'ente pubblico di rivolgersi direttamente all'ufficio di collocamento, tramite richiesta numerica, per assumere lavoratori chiamati a svolgere compiti di non particolare prestigio. Ora, per tutti, si fa riferimento a procedure selettive anche se rimane la differenza tra quelle della lettera a) e quelle della lettera b) dell'art. 35. La procedura selettiva concorsuale ha una finalità ben precisa: individuare i migliori, quelli più bravi, mentre quella ordinaria ha lo scopo di individuare tutti coloro che sono abili. Non individua il migliore in assoluto ma stabilisce l'idoneità a svolgere quel determinato mestiere. Il problema è che la lettera a) viene interpretata abitualmente come sinonimo di concorso, però allora come la mettiamo con il corso-concorso, con le promozioni di massa, con le stabilizzazioni? Come la mettiamo quindi con il problema di scegliere il migliore? La Corte costituzionale, ha sempre ribadito il concetto del concorso sia nel momento dell'accesso che in quello del passaggio di carriera. Tutta questa materia va, in qualche modo, combinata con tutte quelle regolette sull'attribuzione delle mansioni superiori.

In questa materia si fa riferimento alla mansione per la prima volta nel dlgs 165/2001, il che significa non alla qualifica, non al profilo professionale, ma all'attività svolta in concreto. La distinzione tra sub-livelli nelle singole aree è funzionale non solo al trattamento economico ma anche ad individuare profili professionali che si attagliano a mansioni differenti.

Anche nell'impiego pubblico il termine di paragone non è la qualifica formalmente descritta ma è l'attività di lavoro svolta concretamente.

Allora come si può conciliare tutta questa materia che, da un sistema dove si prevedeva l'accertamento di una professionalità formale, quando il termine di paragone è diventata la mansione concretamente svolta? E' per questo che il meccanismo del concorso è in sofferenza e la contrattazione collettiva può dettare tutta quella serie di regolette al di fuori della Legge. Vorrei semplicemente cercare di spiegare i temi sui quali varrebbe la pena di riflettere.

Sempre il nostro art. 35 fa un'affermazione precisa: una volta superate queste prove selettive l'assunzione presso la P.A. avviene con contratto individuale di lavoro. L'atto giuridico che dà inizio al rapporto di lavoro è il contratto, non è più l'atto di nomina, squisitamente amministrativo, ma è un negozio giuridico. L'Ente pubblico in questo caso agisce come normale datore di lavoro, la sua natura pubblica non è in discussione ma agisce, nel caso specifico, come un normale datore di lavoro privato. Da questo momento scattano tutte le regole del diritto del lavoro, salvo alcune deroghe.

Nel dlgs 165 possiamo notare uno spostamento marcato verso la privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico, perché queste affermazioni così categoriche erano un pochino più sfumate nei precedenti decreti legislativi.

E' dal 1998 che questa scelta, nel senso della privatizzazione, viene così formalmente sottolineata. Si possono ammettere alcune deroghe, giustificate dal fatto che comunque quei lavoratori sono inseriti all'interno di un Ente pubblico che non persegue un fine egoistico proprio ma è al servizio dei cittadini e amministra risorse di cui deve dare conto. La differenza sta tutta qui: l'imprenditore privato paga di tasca propria, se compie scelte azzardate fallirà e ci saranno conseguenze ma solo per i suoi dipendenti, mentre il datore di lavoro pubblico non ha questa libertà di manovra perché viene finanziato dall'Erario pubblico.

Ed allora le deroghe al regime privatistico del rapporto di lavoro del dipendente pubblico sono tutte più o meno riconducibili a questa ragione di tipo economico. Il rapporto di lavoro non nasce soltanto da un contratto individuale a tempo indeterminato ma dai comuni contratti di lavoro che circolano nell'ordinamento e quindi può essere anche il contratto a tempo determinato, a tempo parziale, cioè trova ingresso anche

nell'ambito del lavoro pubblico il tema della flessibilità o della atipicità dei contratti di lavoro. Mentre l'art. 36 del dlgs 165/2001 dice che hanno corso nell'area pubblica tutte le forme flessibili conosciute in quel momento e quelle che sarebbero venute dopo, il dlgs 276/2003, all'art. 1, 2° comma, dice che quelle forme flessibili non si applicano al datore di lavoro pubblico, con una serie di conseguenze. Però ci sono delle ricadute proprio in termini di interpretazione perché allora, prima del dlgs 276, i tipi della flessibilità erano il contratto a termine, il tempo parziale, il lavoro interinale.

Queste due ultime forme di contratto sono state profondamente modificate dal dlgs 276. Il tempo parziale non è più quello disciplinato nel decreto 61/2000, ma è disciplinato dall'art. 46 del 276 che ha modificato, in alcuni punti in maniera profonda, il vecchio testo. E' stata introdotta anche una nuova clausola elastica, prima ce n'era un solo tipo, ora ce ne sono due, è stato regimato in maniera differente il lavoro supplementare.

Si pone questo problema: nell'area pubblica il tempo parziale ed il lavoro in affitto, perché adesso il lavoro interinale si chiama lavoro somministrato, hanno corso ma in quali forme, in quelle vecchie precedenti al 276 del 2003 o quelle invece previste in questo dlgs? L'art. 46 del dlgs 276/2003 ci dice, sia pure in via indiretta, che le pubbliche amministrazioni possono utilizzare la somministrazione di lavoro a tempo determinato. Il lavoro in affitto potrà essere utilizzato dagli enti pubblici sotto l'aspetto della somministrazione a tempo determinato, qual'è disciplinata nel dlgs 276/2003. La somministrazione a tempo determinato assomiglia ma non è il lavoro interinale vecchio tipo, se non altro per una ragione importantissima dal punto di vista della P.A..

La vecchia disciplina diceva che il lavoro interinale era possibile soltanto in presenza di esigenze temporanee. Adesso, invece, poiché nelle nuove regole non è più contemplato il riferimento alle esigenze temporanee c'è spazio per ritenere che la somministrazione di lavoro a tempo determinato possa essere utilizzata anche per gestire esigenze di lavoro a carattere permanente, semplicemente rinnovando a tempo indefinito la somministrazione. Se così fosse questo significherebbe che l'ente pubblico, invece di assumere, potrebbe ricorrere alla somministrazione di lavoro a tempo determinato pagando un surplus.

Queste forme di lavoro possibile non potranno mai essere trasformate in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Nel pubblico impiego la precarietà e la flessibilità sono destinate a restare tali. La questione si presenta ancor più complicata e difficile per quanto riguarda il tempo parziale perché, almeno per quanto riguarda il lavoro in affitto, c'è questa disposizione dell'art. 46 che ci dice espressamente che l'Ente pubblico può ricorrere alla somministrazione a tempo determinato.

Tutt'altra cosa per il tempo parziale perché il decreto 61/2000 dettava regole per entrambi i settori, pubblico e privato (art. 10), quindi non c'era nessun dubbio che, prima del dlgs 276/2003, le regole fossero uguali nel privato e nel pubblico. Era espressamente stabilito così.

Adesso ci troviamo di fronte ad un d. lgs. che compie due operazioni, distinte e separate tra loro e di segno totalmente diverso: la prima (art. 1, comma 2) dice che le regole del 276/2003 non sono applicabili all'area pubblica, poi però l'art. 46 cambia le regole del dlgs 61/2000 sul tempo parziale, regole che prima valevano sia per il privato che per il pubblico. Quindi c'è una modifica della fonte sul tempo parziale, senza distinguere tra privato e pubblico. Quindi o il legislatore con il dlgs 276/2003 è andato al di là della delega ricevuta dal Parlamento, oppure dobbiamo concludere che le nuove regole valgono anche per la P.A.

Gestione del rapporto di lavoro nell'area pubblica

Le regole del rapporto di lavoro sono sostanzialmente quelle del rapporto di lavoro privato ed allora si applica il decreto sull'orario di lavoro (dlgs 213/2004), sulla sicurezza nei luoghi di lavoro (dlgs 626/1994).

Inoltre il rapporto di lavoro si gioca sulle due famose obbligazioni: prestazione di lavoro e retribuzione. Se è vero che il rapporto di lavoro pubblico segue le regole del codice civile significa anche, allora, che la diligenza richiesta al lavoratore pubblico è come quella chiesta al lavoratore privato (art. 2104 C.C.), grazie al quale, nel 2° comma, troviamo scritto che il lavoratore ha un dovere di obbedienza verso il datore di lavoro ma, per quanto riguarda il 1° comma, troviamo scritto che la diligenza del lavoratore subordinato è la diligenza dovuta alla natura della prestazione che è il criterio ordinario per misurare la diligenza di qualsiasi debitore.

Se io sono pagato per spostare dei pesi con la carriola potrò fischiettare, parlare con il collega, cioè la mia diligenza nell'adempiere all'obbligazione che ho assunto nel contratto di lavoro deve essere commisurata al lavoro che svolgo.

La diligenza richiesta al lavoro subordinato secondo l'art. 2104 del c.c. varia secondo la natura della prestazione dovuta e questa è la regola che vale anche per il lavoratore pubblico perché il rapporto di lavoro è stato contrattualizzato. Perché il rapporto di lavoro vive dello scambio tra prestazione e retribuzione. Il rapporto di lavoro contrattualizzato non è però totalmente mercificato. C'è l'art. 36 della Costituzione (principio di retribuzione sufficiente) cioè il diritto del lavoro ha introdotto dei correttivi grazie alla Costituzione

sul compenso da dare, correttivi che alterano profondamente il tipico scambio mercificato che è alla base del diritto privato. Io vendo la mia casa a seconda di quanto questa vale sul mercato.

L'attività di lavoro non viene remunerata secondo il valore di mercato ma deve essere remunerata anche in funzione dell'esistenza libera e dignitosa del cittadino lavoratore. Però queste sono regole comuni del diritto del lavoro. Non si può aggiungere un aggravio di diligenza per il lavoratore pubblico.

Il potere disciplinare

Il potere disciplinare ha evidentemente molto a che fare con i comportamenti del lavoratore.

Il lavoratore potrà essere sanzionato disciplinarmente se viene meno proprio a quei doveri dell'art.2104 c.c., se non adempie nel modo dovuto con la natura richiesta dalla prestazione alla sua diligenza o se non obbedisce nella maniera dovuta, quindi non rispetta il dovere di obbedienza. Ma se andiamo a vedere le norme del dlgs 165/2001 sull'esercizio del potere disciplinare noi troviamo che ci sono tre articoli (54, 55 e 56), ma quelli che più ci interessano sono il 54 e il 55, dove si prevede il cosiddetto codice di comportamento. Cioè la legge stabilisce che nell'area del lavoro pubblico debba esistere un codice di comportamento che in qualche modo aggiunge un qualcosa in più rispetto a quello schema sulla diligenza che abbiamo visto contenuto nell'art. 2104 altrimenti non avrebbe senso parlare di codice di comportamento. La P.A. deve avere un codice di comportamento generale, poi all'interno dei singoli comparti devono esistere più codici, quindi uno per la sanità, uno per gli enti locali, uno per la scuola, ecc.

Nella predisposizione di questi codici devono essere sentite le OO.SS.. Quindi sembrerebbe che anche qui alla definizione delle regole sulla deontologia professionale del lavoratore pubblico dovrebbero concorrere, sia pure per interposta persona, gli stessi lavoratori, attraverso le loro OO.SS. Però poi sempre il dlgs ci dice che le infrazioni disciplinari possono essere considerate come tali soltanto se sono espressamente previste nella contrattazione collettiva.

Quindi il codice di comportamento che è atto unilaterale della P.A. di per sé non ha valore per quanto riguarda l'esercizio del potere disciplinare, perché è il contratto collettivo che deve stabilire quali sono le infrazioni. Qui noi abbiamo una deviazione molto decisa dalle regole contenute nell'art. 7 dello Statuto dei lavoratori sull'esercizio del potere disciplinare. Tutto il resto è uguale: la contestazione preventiva degli addebiti, il diritto al contraddittorio, quello di difesa, la possibilità di sospendere l'applicazione della sanzione.

Ci sono due varianti del tutto tipiche, l'una concatenata all'altra. Mentre nel privato è il datore di lavoro che deve preconstituire la normativa disciplinare, deve indicare quali sono le infrazioni, le sanzioni, le procedure di contestazione e tutto questo deve essere contenuto in un documento da affiggere in un luogo accessibile a tutti, qui è il contratto collettivo invece che deve definire tutti questi elementi. Cioè il datore di lavoro pubblico non è l'autorità indicata dall'ordinamento per decidere quali sono i comportamenti indisciplinati. L'autorità è il contratto collettivo. Da qui la lontananza tra i due sistemi, almeno in termini concettuali, è immensa, perché nel privato il datore di lavoro è parte ma anche giudice, qui il datore di lavoro deve invece applicare quelle regole che altri hanno posto, cioè il contratto collettivo. Inoltre il datore di lavoro pubblico non può applicare direttamente la sanzione con il proprio dirigente ma deve creare l'ufficio apposito, l'ufficio competente almeno per le sanzioni più gravi, la sospensione ed il licenziamento.

Quelle più leggere (rimprovero verbale e scritto) possono essere applicate direttamente dal superiore gerarchico. Nell'area del lavoro pubblico si tenta di rendere il più neutrale possibile l'esercizio del potere disciplinare, sottraendo al datore di lavoro una serie di competenze che, invece, rimangono nell'ambito privatistico. Ed in più nel pubblico è ammesso il patteggiamento anche per quanto riguarda la sanzione disciplinare. Il patteggiamento comporta la rinuncia alla contestazione in sede giudiziale.

Vi ricordo che sul potere di licenziamento si applicano le medesime regole del privato, però con una variante non piccola, cioè l'art. 51 del dlgs 165/2001 stabilisce che lo Statuto dei lavoratori si applica, in questo caso, indipendentemente dal numero dei dipendenti. Quindi la regola della reintegrazione, in caso di licenziamento non sorretto da giustificato motivo o da giusta causa, troverà applicazione anche se l'Ente pubblico ha un solo dipendente.

Per quanto riguarda la mobilità dovuta a esubero di personale come sapete nel privato abbiamo la cassa integrazione ed il licenziamento per esubero di personale. Nel primo caso il rapporto di lavoro viene salvato, anche se ridotto a zero ore, nel secondo caso invece il rapporto di lavoro si risolve subito, anche se va in mobilità, avendo diritto all'80% della retribuzione per due anni.

Questi due istituti nell'area pubblica sono concentrati in uno solo perché, in caso di esubero di personale, il lavoratore viene messo in mobilità, ha diritto all'80% della retribuzione per due anni e soltanto se alla scadenza dei due anni non ha trovato una soluzione occupazionale il rapporto di lavoro si risolve.

Pari opportunità

L'art. 57 del dlgs 165/2001 riprende quell'indicazione contenuta nella lettera c) dell'art. 1, la sviluppa e richiama quindi anche nell'area del lavoro pubblico tutte le regole sulla parità di trattamento, sulle pari opportunità almeno per quanto riguarda la differenza di sesso o, come si dice oggi, la differenza di genere.

Domanda sull'incompatibilità nel rapporto di lavoro tra pubblico dipendente e amministrazione

Il dipendente pubblico può esercitare un'altra attività soltanto su sua espressa richiesta ed in seguito ad autorizzazione del datore di lavoro. Ma se è vero che il rapporto di lavoro è stato privatizzato e, di conseguenza, valgono le regole del diritto del lavoro privato e se è vero che la diligenza richiesta al lavoratore non ha un aggravio in più nel pubblico rispetto al privato e quindi valgono le regole dell'art. 2104 c.c., devono valere anche le regole del 2105. Cioè deve valere, per il lavoratore pubblico come per quello privato, la regola che il lavoratore privato ha due soli vincoli: non può svolgere un'attività in concorrenza con il suo datore di lavoro fin quando lavora, perché quando smette di lavorare è un libero cittadino e può fare quello che vuole, a meno che non intervenga un patto espresso di non concorrenza e poi conserva sempre nel tempo, anche dopo la cessazione del rapporto di lavoro, l'obbligo di non diffondere notizie attinenti all'impresa in modo da arrecare pregiudizio alla stessa. Nel codice civile, tra gli obblighi del lavoratore privato, non è compresa l'incompatibilità, quindi, se è vero che il lavoratore pubblico ha una diligenza esattamente uguale a quella del lavoratore privato e il suo obbligo nei confronti del datore di lavoro si esaurisce nello svolgimento dell'attività lavorativa che è oggetto del contratto di lavoro, non si vede perché per il lavoratore pubblico debba valere l'incompatibilità. Quanto meno c'è una violazione del principio di uguaglianza. Situazioni uguali devono essere trattate in modo uguale o l'incompatibilità deve essere giustificata da qualche ragione. Questa disposizione dell'art. 53 del dlgs 165/2001 introduce un trattamento difforme, rispetto a quanto è previsto per il lavoro privato, non giustificato da una qualche ragione pratica. L'unico limite che il diritto del lavoro conosce è l'attività in concorrenza con il mio datore di lavoro. Per il lavoratore pubblico è previsto quindi un aggravio non giustificato da nessuna ragione pratica e quindi c'è una violazione del principio di uguaglianza. Stabilire un divieto generale non ha senso perché i dipendenti pubblici non svolgono tutti funzioni delicate. Se la seconda attività del lavoratore pubblico non danneggia l'Ente pubblico da cui questo signore dipende perché non dovrebbe essere un comportamento legittimo ed autonomo del lavoratore?

Domanda sui rapporti di lavoro parasubordinati e flessibili e la coerenza rispetto ed altre norme che conferiscono ai pubblici dipendenti la qualifica di responsabile del procedimento

Il conferimento di particolari funzioni o poteri alla persona fisica che agisce per lo svolgimento di quei poteri o di quelle funzioni è indipendente, di per sé, dal regime giuridico con cui è svolta l'attività lavorativa, perché il vincolo della subordinazione non segnala di per sé una maggiore organicità tra il lavoratore singolo e l'organizzazione del lavoro, privata o pubblica che sia. La subordinazione segnala soltanto un certo particolare modo di lavorare che è contraddistinto, da una parte, dal diritto di comandare e, dall'altra, dall'obbligo di obbedire. Non solo, ma la subordinazione descrive un particolare obbligo lavorativo e le modalità di esecuzione dell'attività di lavoro. Allora l'affidamento ed il conferimento di particolari funzioni e poteri può tranquillamente affiancare qualsiasi modalità di svolgimento dell'attività di lavoro, sia essa subordinata o parasubordinata. Non esiste la scissione tra l'attività amministrativa in quanto tale e l'attività di lavoro e per questo la subordinazione, di per sé, non qualifica i compiti affidati ma è solo un modo di qualificare sul piano giuridico l'esecuzione di quella determinata attività lavorativa. Questo ragionamento potrebbe non essere giusto soltanto se nelle regole sul procedimento amministrativo fosse stabilito per legge che il conferimento di particolari funzioni di responsabile del procedimento amministrativo sia riconoscibile solo a dipendenti che siano anche lavoratori subordinati.

Domanda sull'ultrattività del contratto collettivo scaduto

Uno dei principi che regola il contratto collettivo è quello dell'ultrattività che lo porta ad essere applicato anche dopo la sua scadenza ed in attesa del rinnovo. La clausola collettiva continua a vivere fin quando non se ne trova un'altra che la sostituisce oppure non interviene una legge nuova che la cambia.

Diritti sindacali

La parte sindacale è composta da almeno tre parti: l'esercizio dei diritti sindacali, l'organizzazione sindacale, a cui è connesso il tema del sindacato maggiormente rappresentativo, ed il sistema di contrattazione collettiva, a cui è connesso il tema del contratto collettivo nell'area del lavoro pubblico.

Per quanto riguarda i diritti sindacali, valgono per il lavoro pubblico gli stessi principi costituzionali del lavoro privato: libertà sindacale e diritto di sciopero. **L'organizzazione sindacale:** anche nel lavoro pubblico vale il fenomeno del pluralismo sindacale perché la libertà di scelta dei singoli lavoratori provoca inevitabilmente una pluralità di OO.SS. ed il pluralismo comporta anche il problema di scegliere quali sindacati possano essere ammessi allo svolgimento di particolari compiti. Per quanto riguarda il tema della maggiore rappresentatività, nel lavoro pubblico abbiamo delle regole molto più precise che nel lavoro privato, proprio perché si tratta di identificare quei soggetti sindacali che hanno il prestigio, la credibilità e l'affidabilità necessarie per poter spendere le risorse pubbliche e quindi si hanno meccanismi abbastanza ferrei. Dalla maggiore rappresentatività semplice si è passati al sindacato comparativamente più rappresentativo. Chi arriva al 5% è comunque maggiormente rappresentativo e quindi può essere ammesso alla contrattazione collettiva. La rappresentatività comparata invece introduce un'altra regola, quella di ripartire in misura proporzionale i benefici collegati alla maggiore rappresentatività (permessi e distacchi).

Il sistema di contrattazione collettiva nel pubblico è uguale a quello nel privato. Sono ripetuti i tre livelli di contrattazione collettiva. Sono tre, e non due come abitualmente si ritiene, perché l'accordo intercompartimentale nel pubblico e quello interconfederale nel privato servono a disciplinare un istituto che si applica all'universo del privato ed all'universo del pubblico. L'accordo sulle R.S.U. ad esempio è un accordo interconfederale. I due effettivi contratti che stabiliscono quali sono le condizioni di lavoro sono il CCNL (di categoria nel privato, di comparto nel pubblico) e l'accordo aziendale nel privato o l'accordo decentrato nel pubblico. Nel privato il contratto collettivo è un contratto che obbedisce alle regole in tema di libertà contrattuale, nel senso che, formalmente parlando, il datore di lavoro privato può scegliere il proprio interlocutore. Non c'è una regola che obbliga il datore di lavoro privato a contrarre un contratto collettivo con quei determinati sindacati. Nel pubblico invece tutto è stato regolato proprio in funzione della trasparenza e questo procedimento è stato regolamentato perché, da una parte, si è detto che il rappresentante dei datori di lavoro è uno solo, l'ARAN, tanto a livello intercompartimentale che di comparto, mentre a livello di singolo ente c'è la delegazione trattante composta dai dirigenti. Dalla parte dei lavoratori, la stessa cosa: l'ARAN non può scegliere i propri interlocutori ma deve ammettere alle trattative tutti quei sindacati che superano il 5%. Anche il procedimento con cui si arriva alla stipula è particolare perché l'ARAN potrà siglare l'accordo soltanto se le OO.SS., ammesse alla trattativa e disposte a firmare l'accordo, rappresentano almeno il 51% dei lavoratori presenti in quella unità contrattuale. Quindi abbiamo un procedimento dove sono individuati i reciproci soggetti. Il datore di lavoro pubblico dovrà applicare ai propri dipendenti un trattamento non inferiore a quello previsto nel contratto collettivo. E' esplicitamente previsto che nel pubblico l'unica autorità salariale accettata è il contratto collettivo. Se voi collegate queste due disposizioni salta fuori che il datore di lavoro pubblico non può che applicare quel che è scritto nel contratto collettivo a tutti i dipendenti, iscritti e non.

Domanda sull'art. 39 Cost.

Nell'art. 39, 4° comma, sta scritto che l'agente negoziale che può stipulare un contratto collettivo con l'efficacia generale anche per i lavoratori non iscritti è la rappresentanza unitaria, formata in maniera proporzionale agli iscritti dai sindacati registrati. E' un'applicazione del principio di maggioranza. Il problema è stato che quel tipo di peso è calibrato solo sul numero degli iscritti, non sull'universo dei lavoratori, mentre invece in tutte le democrazie e nei sistemi sindacali più moderni il peso dei sindacati è calibrato sull'universo dei lavoratori. Anche per noi oggi la rappresentanza abilitata a trattare non può essere altro che la rappresentanza della maggioranza dei lavoratori. L'evoluzione del sistema sindacale è avvenuta in questa direzione. I meccanismi di democrazia sindacale: l'assemblea ed il referendum, sono strumenti di democrazia sindacale che vengono utilizzati da tutti i lavoratori e quindi la rappresentanza finisce per essere calibrata sull'universo dei lavoratori. Il problema è che la realtà dei fatti ha spinto tutti gli operatori del settore ad abbandonare il modello dell'art 39, calibrato solo sugli iscritti, per allargare il discorso anche ai lavoratori non iscritti.