

PERCORSO ISPETTORATO DEL LAVORO – INAIL E MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI

Videolezione 12.1 – I principi del rapporto di lavoro pubblico contrattualizzato

Introduzione

Benvenuti!

In questa lezione tratteremo la disciplina del rapporto di lavoro con le Pubbliche Amministrazioni che ha il suo testo fondamentale nel Decreto Legislativo n. 165/2001.

In particolare, tratteremo la storia delle modifiche che hanno riguardato questo rapporto, che va riepilogato per capire a fondo le norme che attualmente lo regolano.

Bene, non ci resta che cominciare...

Art. 2093 del Codice Civile

L'articolo del codice civile che dobbiamo prendere a riferimento è senz'altro l'art. 2093 del cod. civ., a mente del quale agli Enti pubblici si applicano le disposizioni contenute nel libro V del codice civile (ossia il Libro dedicato al lavoro), salvo diverse disposizioni di legge. Questa norma non può essere letta senza il filtro di quanto stabilito nell'articolo 2129 del cod. civ., secondo il quale le disposizioni dedicate alla regolamentazione del rapporto di lavoro si applicano anche ai dipendenti degli Enti pubblici, salvo che il rapporto sia regolato diversamente dalla legge.

Il sistema, quindi, era così regolamentato: le norme codicistiche prevedevano un'applicazione estesa anche ai dipendenti degli Enti pubblici, salvo diversa disciplina. Diversa disciplina che puntualmente era prevista, tant'è che ogni amministrazione (Stato, Enti pubblici, Enti locali) era provvista di una disciplina legislativa o regolamentare che riguardava il rapporto di lavoro di "pubblico impiego". In altre parole le disposizioni contenute nelle norme del codice civile non hanno mai trovato attuazione per il semplice fatto che la regola in esse stabilita ha sempre subito la relativa eccezione, ossia le norme speciali per le diverse Amministrazioni.

Rapporti di lavoro con la PA prima della privatizzazione

In questa situazione di eterogeneità legislativa, va segnalato lo sforzo sistematico della dottrina e della giurisprudenza nell'elaborazione di categorie generali che sussumessero le caratteristiche particolari del rapporto nel pubblico impiego. Tra tali caratteristiche si evidenziava anzitutto l'attrazione della disciplina di questo rapporto nel diritto amministrativo dipesa dall'azione della Pubblica Amministrazione, mediante atti amministrativi, nei confronti dei propri dipendenti. Da ciò deduciamo che il pubblico impiego prima della privatizzazione era un rapporto caratterizzato dal potere autoritativo della Pubblica Amministrazione. In pratica c'era un soggetto (il datore di lavoro-Pubblica Amministrazione) che emetteva provvedimenti amministrativi, quindi atti unilaterali, anche per la disciplina e per la gestione del rapporto di lavoro con i propri dipendenti. È evidente come tale impostazione fosse assolutamente antitetica rispetto alla logica del contratto che si fonda, invece, sul consenso di entrambe le parti. Questo potere unilaterale della Pubblica

Amministrazione lo si vedeva bene sin dall'atto genetico del rapporto. Infatti, non solo per accedere alla Pubblica Amministrazione era – ed è tutt'ora – necessario un concorso (e non potrebbe essere altrimenti stante la norma costituzionale), ma a seguito di superamento del concorso l'inserimento "ufficiale" del soggetto risultato vincitore del concorso era subordinata al cosiddetto "atto di nomina", a seguito del quale c'era la cosiddetta presa di servizio che faceva sorgere in capo all'Amministrazione l'obbligo di corrispondere la retribuzione e in capo al dipendente l'obbligo di lavorare. Dalla, seppur breve, descrizione del procedimento di accesso al pubblico impiego ante privatizzazione, deduciamo come di contrattuale non ci fosse nulla. Il tutto era caratterizzato da atti unilaterali della Pubblica Amministrazione, tutti di matrice amministrativa. Ciò avveniva non solo nella fase genetica del rapporto, ma anche nella fase di gestione del rapporto stesso. Tant'è che la vita del rapporto di lavoro con una Pubblica Amministrazione prima del 1993 era estremamente statica, in quanto tutto avveniva in via unilaterale (progressioni di carriere, mutamento del luogo di lavoro e così via).

Passaggio alla privatizzazione

Questa struttura ha caratterizzato il rapporto di lavoro per moltissimi anni, anche dopo l'entrata in vigore della Costituzione che nell'art. 97 sancisce il principio del concorso, nonché il principio del buon andamento oltre che dell'imparzialità della Pubblica Amministrazione. In proposito la Corte costituzionale ha sempre ritenuto che tali principi fossero assolutamente coerenti con la struttura pubblicistica del rapporto che portava inevitabilmente con sé anche la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. È opportuno ricordare che la divisione delle giurisdizioni risale al 1865, pertanto tutto andava fatto davanti al giudice amministrativo.

La spinta che ha portato alla privatizzazione, in parte è partita anche dal fatto che il lavoratore pubblico, dopo l'introduzione del processo del lavoro nel 1973, guardava con grande invidia il lavoratore privato. Questo perché il lavoratore privato poteva godere del pretore del lavoro. In questo modo si poteva beneficiare di un processo imperniato sulla celerità, sull'immediatezza, sull'oralità, mentre il dipendente pubblico doveva fare ricorso al Tar, i cui tempi per ottenere giustizia erano esageratamente più dilatati.

Questa spinta dei lavoratori ha portato il sindacato ad aderire a questo progetto della privatizzazione, pensando di essere più tutelati, ma in realtà l'impiego pubblico, prima della privatizzazione aveva una tutela molto forte che, in parte, ha perduto.

Prima della privatizzazione è vero che c'era una gestione unilaterale del rapporto, che avveniva tramite provvedimento amministrativo, ma è vero anche che ogni atto di quel rapporto doveva essere motivato e giustificato, pena il vizio di eccesso di potere e ciò comportava che vi era un controllo generalizzato e a tappeto sull'atto, che era anche atto di gestione.

Stratificazione delle tutele

Con l'avvento della Costituzione si è verificata una circostanza che ha coinvolto sia il rapporto di lavoro privato, che pubblico: si è verificata una stratificazione delle tutele. In altre parole, anche al lavoro pubblico furono applicate indiscriminatamente tutte le tutele costituzionali (art. 39 e 40 Cost.) e successivamente le tutele riconosciute dallo Statuto dei lavoratori, in particolare l'art. 28 sulla condotta antisindacale.

Questo fenomeno comportò il fatto che dopo l'entrata in vigore della Costituzione il dipendente pubblico godesse, oltre che della stabilità del posto di lavoro, del controllo motivazionale su tutti gli atti

amministrativi di gestione del rapporto, anche del diritto di sciopero, della libertà di organizzazione sindacale e dei contratti collettivi.

Sulla scia di tale fenomeno fu inevitabile il rafforzamento dei sindacati del pubblico impiego, i quali arrivarono a stipulare contratti collettivi che il Governo regolarmente recepiva in DPR con relativo campo di applicazione erga omnes.

Il radicamento e la diffusione dell'organizzazione sindacale nel pubblico impiego ha avuto un ruolo fondamentale, in quanto non ha trovato una adeguata controparte. Il sindacato non ha fatto altro che assicurare una supertutela al dipendente pubblico. In sostanza ciò che è successo è che la disciplina del rapporto di lavoro era diretta a tutelare più l'interesse del dipendente pubblico, anziché l'interesse pubblico.

Privatizzazione del rapporto di lavoro nella PA

Nel 1992, con la legge delega n. 421 viene delegato il Governo ad emanare il Decreto Legislativo di privatizzazione del rapporto di lavoro con la Pubblica Amministrazione nella dichiarata finalità di accrescere l'efficienza per ottemperare alla regola costituzionale del buon andamento.

Questo processo, che ha coinvolto milioni di lavoratori, non si è ancora compiuto interamente, tanto è vero che il legislatore è dovuto intervenire ripetutamente su questa materia. In proposito si parla di prima, seconda e terza privatizzazione:

- 1) la prima avvenuta con il Decreto n. 29 del 3 febbraio 1993
- 2) la seconda con il Decreto n. 80 del 31 marzo 1998
- 3) e la terza privatizzazione avvenuta con il D.Lgs. n. 165 del 30 marzo 2001 (poi novellato con il c.d. Decreto Brunetta ossia il D.Lgs. n. 150 del 27 ottobre 2009)

Rapporti di lavoro non privatizzati dal D.Lgs. 165/2001

All'art. 1 del D.Lgs. 165/2001 troviamo il campo di applicazione della privatizzazione della Pubblica Amministrazione. Per l'esattezza nell'art. 1, comma 2, troviamo l'elencazione di quali sono i rapporti soggetti a questa nuova disciplina dai quali possiamo dedurre quali sono invece quelli che rimangono nel settore del lavoro pubblico. Partendo da questi ultimi, possiamo notare come non sono stati privatizzati i rapporti di lavoro dei magistrati, dei professori universitari, degli ambasciatori delle forze armate, delle forze di polizia, degli avvocati dello Stato.

Pianta organica

L'architettura della riforma si vede bene all'art. 2 del D.Lgs. 165/2001, nel quale il legislatore ha cercato di conciliare le opposte esigenze di una normativa secondo la quale uno stesso soggetto veste i panni di datore di lavoro che agisce mediante atto amministrativo e che, ad un certo punto, diventa datore di lavoro privato. È comprensibile come questa operazione normativa non fosse affatto semplice. Del resto è noto come un imprenditore di lavoro privato quando istituisce una organizzazione produttiva deve anzitutto predisporre la divisione del lavoro ai fini del prodotto che vuole ottenere. La trasposizione di questo concetto nella Pubblica Amministrazione la troviamo all'art. 2, comma 1, sempre del D.Lgs. 165/2001, secondo il quale: "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.” In altre parole la Pubblica Amministrazione compie dei c.d. atti amministrativi di macro organizzazione attraverso i quali l’Amministrazione organizza se stessa stabilendo la propria pianta organica.

La pianta organica può essere impugnata per eccesso di potere e per la sua eventuale incoerenza nei confronti della funzione pubblica. Ad esempio, se il Comune decide di istituire quattro farmacie comunali invece che una in un Comune con pochissimi abitanti, quello è un atto di macro organizzazione che deve essere spiegato davanti ad un giudice amministrativo, adducendo le ragioni che giustificano la presenza di quattro farmacie e ad esempio l’assenza di un asilo.

Ambiti di macro organizzazione

Dalla lettura del primo comma dell’art. 2 del D.Lgs. 165/2001 deduciamo che secondo la norma sono tre gli ambiti che investono questi atti di macro organizzazione:

- 1) l’organizzazione degli uffici
- 2) l’individuazione degli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi
- 3) e, infine, le dotazioni organiche complessive

La legge poi vincola, queste determinazioni, ad una serie di criteri, prevedendo che tali determinazioni devono essere funzionali rispetto ai compiti, garantire l’imparzialità, armonizzare gli orari di servizio e così via.

Un altro profilo di cui bisogna occuparsi è il rapporto tra gli atti di macro organizzazione di cui all’art. 1 comma 2 del D.Lgs. 165/2001 e i c.d. atti presupposti (o atti di micro organizzazione) di cui all’art. 5, comma 2 del D.Lgs. 165/2001.

Ma prima di passare ad analizzare tale rapporto è bene soffermarci sulla prima delle due “grundnorm”, ossia, ricordando gli insegnamenti di Kelsen, di una delle norme che costituiscono la base di tutto l’ordinamento.

Rivoluzione normativa del rapporto di lavoro unilaterale

Nel D.Lgs. 165/2001 abbiamo due basi fondative di tutto. La prima la troviamo nell’articolo 2, comma 2 in cui troviamo la rivoluzione normativa del rapporto di lavoro unilaterale retto dall’atto amministrativo. Infatti, secondo quello che è il tenore letterale di questa norma “I rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell’impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto. Eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata non sono ulteriormente applicabili, salvo che la legge disponga espressamente in senso contrario”.

Il legislatore del 2001 ribadisce lo stesso concetto appena espresso anche in un’altra norma del Decreto Legislativo, ossia l’art. 51 nel quale, il legislatore, dopo aver affermato che il lavoro dei dipendenti delle amministrazioni è disciplinato dall’art. 2, aggiunge che “Si applica lo Statuto dei lavoratori a prescindere dal numero dei dipendenti”.



A tale rivoluzionaria previsione normativa va aggiunta la previsione stabilita all'art. 2, comma 3 del D.Lgs. in commento secondo il quale "I rapporti di lavoro di cui al comma 2 sono regolati contrattualmente".

Il Contratto nel pubblico impiego

Questo è il momento normativo in cui per la prima volta il contratto si affaccia nel mondo del pubblico impiego. È facile capire come il contratto di lavoro al quale il legislatore del 2001 fa riferimento è un contratto che presenta qualche particolarità, in quanto nel momento genetico del rapporto c'è sempre una scelta della Pubblica Amministrazione che avviene mediante concorso.

Ma la differenza sta nel fatto che, secondo questa norma, dopo la vittoria del concorso c'è l'incontro di volontà delle parti. È da tale incontro che scaturisce il contenuto del rapporto, anche se va sottolineato come in questo caso, cioè nel contratto di costituzione di un rapporto di lavoro con la Pubblica Amministrazione, l'autonomia negoziale è davvero molto limitata dal fatto che il contenuto del rapporto è già ampiamente predeterminato nel bando di concorso. Del resto già nel rapporto di lavoro privato la fase contrattuale rinvia quasi in tutto e per tutto alla legge e alla contrattazione collettiva, specificando nella lettera di assunzione quasi esclusivamente le mansioni e l'orario di lavoro pattuite liberamente dalle parti. Nell'impiego pubblico questo margine di autonomia negoziale è ancora più ridotto dal fatto che anche le mansioni sono già previste nel bando di concorso. Ciò vuol dire che l'oggetto del contratto è già predeterminato nel bando.

Un'autonomia negoziale così ristretta non significa però che la norma che ha sottolineato la contrattualità del rapporto di lavoro con la Pubblica Amministrazione sia una norma inutile. Anzi. Dall'entrata in vigore di questa norma ne è derivata una differenza sostanziale per il rapporto di lavoro privato.

È bene tener conto che, in un rapporto come quello di lavoro ci sono molte sfaccettature, molti aspetti diversi da regolare, e non è possibile prevedere tutto tramite la legge, sicché quando si riscontrano delle lacune nella disciplina del rapporto, è possibile ricorrere alla disciplina generale del contratto.

Conclusioni

Bene, questa video lezione è finita.

Ti ricordo che abbiamo visto i principi che regolano il rapporto di lavoro pubblico contrattualizzato e i passaggi storici che hanno portato alla privatizzazione del pubblico impiego.

Grazie per l'attenzione!