

## BIBLIOTECA

### Gli atti di gestione del rapporto di lavoro pubblico e la loro natura

#### Introduzione

Benvenuti!

In questa lezione parleremo degli atti di gestione del rapporto di lavoro pubblico e, in particolare, ne approfondiremo la natura,

in quanto, come vedremo, a loro non si applica tutta la disciplina del rapporto di lavoro.

Iniziamo.

#### Rapporto di lavoro pubblico

Come abbiamo già visto, in origine il lavoro pubblico aveva natura non contrattuale, ma autoritativa, in funzione del prevalente interesse pubblico che costituiva la base giuridica di questi rapporti di lavoro, che erano conseguentemente costituiti e disciplinati da atti eteronomi di natura amministrativa, con esclusione dell'autonomia privata individuale e collettiva. Di conseguenza, la giurisdizione su tali rapporti era riservata in via esclusiva al giudice amministrativo, che conosceva, dunque, sia dei diritti, sia degli interessi legittimi del pubblico dipendente.

Abbiamo anche detto che la rivoluzione normativa del rapporto di lavoro unilaterale retto dall'atto amministrativo la troviamo nell'art. 2 comma 2 del D.Lgs. 165/2001. Infatti il legislatore dopo aver affermato che "i rapporti di lavoro con le Amministrazioni Pubbliche sono disciplinati dal capo I, titolo secondo, del libro V del codice civile e dalle leggi sul rapporto di lavoro subordinato nell'impresa", chiude il periodo facendo salve le disposizioni contenute nel Decreto Legislativo 165/2001 che costituiscono "disposizioni a carattere imperativo". Quest'ultima dicitura (introdotta dalla c.d. Riforma Brunetta) è una delle due "norme fondamentali di cui abbiamo anticipato l'importanza.

La prima fondamentale informazione che questa norma ci fornisce è che il rapporto di lavoro con la Pubblica Amministrazione è un rapporto di lavoro subordinato, privatistico, ma speciale, nel senso che non si applica integralmente tutta la disciplina del rapporto di lavoro di diritto comune.

#### Specialità del rapporto di lavoro con la PA

La specialità del rapporto di lavoro con la PA risiede nel fatto che il rapporto soggiace al principio della regola e dell'eccezione alla regola, nel senso che tutto ciò che non è eccettuato nel Decreto Legislativo n. 165/2001 è regolato dalla disciplina ordinaria.

Tale principio costituisce un salto di qualità enorme a livello di legislazione, in quanto ogni problema interpretativo del rapporto può essere risolto mediante l'applicazione della disciplina del rapporto con le Pubbliche Amministrazioni o delle norme di diritto comune. Questo metodo interpretativo rappresenta una

semplificazione essenziale, tanto da poter affermare che la locuzione contenuta nell'art. 2 comma 2 del D.Lgs. n. 165/2001 porta a compimento la privatizzazione del pubblico impiego.

A confermare quanto ora detto è il confronto tra la formulazione della norma operata nel 1993 e la formulazione della norma dopo la riforma del 1998. Infatti, nella sua prima formulazione, la norma disponeva nel senso dell'applicazione della disciplina lavoristica del rapporto privato ai rapporti di lavoro con le Pubbliche Amministrazioni, escludendo però quelle norme del rapporto comune di lavoro che fossero state incompatibili con la specialità del rapporto e con il perseguimento degli interessi generali nei termini definiti dal decreto.

È facilmente comprensibile come una norma generale come questa lasciava aperti grandissimi spazi di interpretazione tali da rimettere qualunque aspetto del rapporto di lavoro in discussione. Infatti, con l'inserimento della frase "Non compatibili con il perseguimento degli interessi generali", qualsiasi giudice poteva utilizzare tale dicitura per svuotare di contenuti la privatizzazione del pubblico impiego, ritenendo non compatibile con gli interessi generali la disciplina di qualsiasi aspetto del rapporto, dalle mansioni all'orario di lavoro, al procedimento disciplinare e così via.

Ciò ha portato il legislatore del 1998 a modificare parzialmente la norma in commento con il D.Lgs. n. 80/1998 mediante l'eliminazione del criterio dell'eccezione costituita dal perseguimento degli interessi generali e l'introduzione della formulazione attuale.

### **Atti di macro organizzazione e Atti presupposti**

Una volta analizzate le due norme fondamentali che sorreggono l'intero processo di privatizzazione del pubblico impiego, possiamo ora occuparci di quanto avevamo in precedenza solo accennato, ossia 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.

Nella c.d. seconda privatizzazione il legislatore ha introdotto all'art. 5 del Decreto Legislativo n. 80 la definizione espressa delle competenze dell'atto amministrativo rispetto a quelle del potere di gestione dei rapporti di lavoro.

Infatti mentre per quanto riguarda l'atto di macro organizzazione non sussistono dubbi circa la sua appartenenza al diritto amministrativo in quanto si colloca al di sopra del rapporto di lavoro, l'atto di micro organizzazione, ossia l'atto presupposto, è un atto che inerisce direttamente la gestione del rapporto individuale di lavoro.

Ora è vero che, come abbiamo detto, anche il rapporto di lavoro con la Pubblica Amministrazione è regolato da un contratto, ma mentre nel contratto di lavoro privato c'è il datore di lavoro a cui la legge attribuisce determinati poteri che presuppongono una scelta organizzativa, nel lavoro pubblico il presupposto non è semplicemente una scelta organizzativa, ma è una scelta di carattere organizzativo-amministrativo che, a differenza di quella adottata dal privato imprenditore, è funzionalizzata all'interesse pubblico.

### **Differenze tra Atti di macro organizzazione e Atti presupposti**

Ma bisogna fare attenzione. Mentre l'atto di macro organizzazione di cui all'art. 2 comma 1 non è definito espressamente dal legislatore, l'atto presupposto di cui all'art. 5 comma 2 è un atto che il legislatore definisce in modo specifico.

Infatti, secondo il comma 2 dell'art. 5 del D.Lgs. n. 165/2001 recita: "Nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'art. 2, comma 1, le determinazioni degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro..."

Ciò significa che nell'ambito dell'atto amministrativo di macro organizzazione, l'Amministrazione fa le sue scelte concrete organizzative, sempre tramite atti amministrativi, mentre le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e soprattutto le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte in via esclusiva con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro.

Con questa previsione normativa il legislatore "ha chiuso il cerchio", eliminando ogni dubbio circa la natura dell'atto di gestione del rapporto di lavoro che è quindi certamente un atto di natura privatistica e non un atto amministrativo.

Quindi, tenendo sempre presenti le distinzioni tra atto amministrativo e potere di gestione, sappiamo con certezza che tutti i poteri con cui viene amministrato il rapporto di lavoro sono poteri di gestione.

La norma ci dice che, in questi poteri di gestione, rientrano l'esercizio dei poteri dirigenziali, e le misure inerenti la gestione delle risorse umane e la direzione e organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici. È quindi evidente come in realtà in questa previsione normativa rientrino tutti gli aspetti del rapporto di lavoro dipendente.

## Costituzionalità della norma

Analizzando questa norma non possiamo tralasciare un'informazione importante, ossia che questa norma è stato oggetto di una questione di costituzionalità sollevata ipotizzando una violazione dell'art. 97 della nostra Costituzione. Infatti, facendo leva sulla norma costituzionale che prevede la funzionalizzazione al pubblico interesse dell'attività della Pubblica Amministrazione, si è sostenuta l'incompatibilità con tale funzionalizzazione dei poteri privatistici, che per definizione non debbono tener conto di alcun interesse se non quello dell'organizzazione imprenditoriale nell'ambito della quale vengono assunti.

In realtà, la Corte costituzionale ha ritenuto questa norma del tutto legittima e del tutto compatibile con il dettato costituzionale dell'art. 97.

L'argomentazione sulla quale la Corte ha fatto leva per dichiarare la legittimità costituzionale della norma che stiamo analizzando, è basata sulla volontà del legislatore di attribuire alla PA poteri di gestione del rapporto di lavoro come quelli del privato datore di lavoro, in quanto la Pubblica Amministrazione nell'organizzare i propri uffici e nel gestire i rapporti con i propri dipendenti gestisce interessi appartenenti non in via immediata alla collettività, ma suoi propri, nel senso che agisce come soggetto "egoistico" - citando il termine utilizzato nella sentenza n. 309/1997 - mirando a soddisfare un interesse interno, ossia l'interesse organizzativo del soggetto datoriale.

Ciò non vuol dire che venga meno la strumentalità della Pubblica Amministrazione alla realizzazione dell'interesse pubblico, ma vuol dire solo che tale strumentalità si sposta su un piano differente. Infatti, mentre nel precedente sistema si pretendeva di garantire in via diretta l'efficienza del rapporto di strumentalità rispetto all'interesse pubblico (e quindi ogni atto di gestione del rapporto prima doveva essere funzionale all'interesse pubblico), ora, invece, si garantisce principalmente in via indiretta l'efficienza di quel rapporto, facendo affidamento sulla strutturale flessibilità consentita dalla strumentazione privatistica.

Questa sottile distinzione non toglie che il risultato atteso, e cioè il buon andamento, resta comunque la finalità di questa legge dichiarata all'art. 1 della stessa, ossia quello di accrescere l'efficienza della PA.

## Poteri direttivi della PA

In questo regime privatistico, il collegamento con l'efficienza viene rimesso nelle mani del dirigente che lo attua con i poteri del datore di lavoro. In sostanza, l'interesse pubblico viene soddisfatto da una Pubblica Amministrazione più efficiente e una Pubblica Amministrazione più efficiente può essere tale se i poteri di gestione vengono esercitati come quelli del privato datore di lavoro.

Ad ogni modo, la Pubblica Amministrazione, come un'impresa privata, ha un obiettivo, che è quello di conseguire nel modo più efficiente un interesse pubblico, concreto e specifico, che la legge gli ha assegnato. Per fare questo la legge gli attribuisce gli stessi poteri che ha il privato per raggiungere il profitto, ma si tratta sempre di poteri strumentali al raggiungimento dell'obiettivo della maggiore efficienza. Quindi non c'è contraddizione.

Ora, parlando dei poteri della Pubblica Amministrazione non possiamo non soffermarci su quello forse più importante, ossia il potere organizzativo. Tale locuzione nasconde una multiforme realtà che è necessario scandagliare in quanto risulta essere fondamentale in ogni fase del rapporto.

Infatti, mentre il potere disciplinare e il potere di licenziare ineriscono il rapporto di lavoro nella sua accezione patologica, il potere organizzativo e più in generale il potere direttivo, ineriscono il rapporto di lavoro nella sua ordinarietà, ossia nella gestione ordinaria del rapporto stesso.

Ora nel lavoro pubblico è necessario operare una analisi particolarmente approfondita del potere direttivo per arrivare a determinare quali siano gli atti di gestione che il dirigente pubblico esercita con i poteri privatistici.

## Poteri direttivi del Dirigente pubblico

Nell'intraprendere tale operazione di analisi dobbiamo partire dal presupposto che il rapporto di lavoro sul quale viene esercitato il potere direttivo è senz'altro un rapporto di lavoro subordinato, il che significa che il nostro archetipo di riferimento sarà la definizione di lavoratore subordinato che ci viene fornita dall'art. 2094 del nostro codice civile. I lavoratori sanno che la definizione di lavoratore subordinato fornita dal nostro legislatore nell'art. 2094 c.c. è completata dall'art. 2104, 2° comma, in base al quale il lavoratore deve obbedire alle direttive per l'esecuzione della prestazione lavorativa impartitegli dal datore o dai suoi dirigenti.

Quindi il combinato disposto dell'art. 2094 e del 2° comma dell'art. 2104 c.c. ci forniscono il perimetro del potere direttivo all'interno del quale si collocano poteri anche sensibilmente diversi tra di loro.

Senz'altro nella cornice del potere direttivo rientra il potere di impartire istruzioni al lavoratore su come svolgere la prestazione. L'esercizio del potere direttivo nella Pubblica Amministrazione, prima della privatizzazione, doveva avvenire necessariamente attraverso l'emanazione di bandi amministrativi, mentre dopo il processo di privatizzazione, ora, le istruzioni e le direttive inerenti la prestazione lavorativa possono essere semplicemente comunicate mediante un ordine verbale. I vantaggi di un simile cambiamento sono ovviamente intuitivi.

## Il potere di trasferimento e di conformazione del Dirigente pubblico

Ma il potere direttivo comprende anche il potere di organizzare nello spazio e nel tempo la prestazione di lavoro. Questo significa che il potere di trasferimento del lavoratore non è altro che una specificazione del potere direttivo.

Possiamo vedere che, prima della c.d. Riforma Brunetta, poteri come quello di trasferimento potevano essere esercitati solo passando attraverso una trattativa sindacale. Nel sistema attuale, invece, è sufficiente il fatto di aver sentito il sindacato in merito all'atto di gestione che si sta compiendo, ma senza alcuna necessità di instaurare una trattativa in proposito.

L'altro aspetto importantissimo del potere direttivo, che nel lavoro privato costituisce il discrimen rispetto subordinazione e autonomia, è il potere di conformazione o di scelta. Quando si conclude un contratto di lavoro, l'oggetto di tale contratto sono le mansioni, ossia il tipo di attività che il lavoratore si obbliga a svolgere, in modo subordinato evidentemente. Si deduce in contratto un tipo di attività lavorativa da svolgere in modo subordinato. Per questo si dice che il contratto di lavoro subordinato è un contratto di scambio, in cui da una parte si promette una determinata prestazione e dall'altra si promette la retribuzione. Tuttavia le mansioni che le parti pattuiscono nel contratto è rarissimo che consistano in un unico compito, ossia che siano unimansionali. In realtà, normalmente, qualsiasi prestazione lavorativa è riassunta sinteticamente nel termine di qualifica. Ad esempio se nel contratto di lavoro si deduce la qualifica di segretaria non sarà necessario specificare ogni mansione rientrante in tale qualifica (ricevere le persone, rispondere al telefono, fare le fotocopie o dattiloscivere); mansioni che normalmente non potranno essere svolte contemporaneamente, e che il datore di lavoro in virtù del suo potere di conformazione deciderà di volta in volta tra quelle dedotte in contratto quali mansioni vuole che il lavoratore svolga in quel momento.

## Conclusioni

Bene, questa video lezione è finita.

Ti ricordo che abbiamo parlato della natura del lavoro pubblico prima della privatizzazione e dopo la privatizzazione.

Abbiamo anche approfondito:

- la specialità dei rapporti con la PA
- le differenze tra Atti di macro organizzazione e Atti presupposti
- e visto quali sono i poteri direttivi del Dirigente pubblico

Grazie per l'attenzione!