amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 1/2024

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudia, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Giuseppe Doria, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giuseppina Lofaro, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Marcin Princ, Sara Pugliese, Bianca Nicla Romano, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Stefania Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Il pubblico impiego dal diritto amministrativo al diritto del lavoro: viaggio di andata (e ritorno?)

di Fiorenzo Liguori

(Professore ordinario di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli "Federico II")

Sommario

Sommario: 1. Le ragioni (anche) culturali della svolta di trent'anni fa; – 2. Il passaggio dal diritto amministrativo al diritto del lavoro; – 3. Le necessarie ibridazioni della disciplina lavoristica. È utile un diritto misto?; – 4. Riformismo giuridico e capacità amministrativa. Il fattore umano.

Abstract

The testimonies of Giuliano Amato and Mario Rusciano reminded us of the cultural reasons for privatization-contractualization: at the time, there was a need to free public work from the authoritarian logic of special supremacy, which was expressed with unilateral powers and provisions administrative even when there was no need. The parable of the prefect and the usher gives a good idea.
It was therefore necessary to make the transition from administrative law to labor law and with it adapt public work to private work, configuring the employment relationship with public administrations in more equal terms.

* *La decisione di pubblicazione del presente lavoro è stata assunta dalla Direzione scientifica della Rivista, considerata l'autorevolezza dell'autore, l'originalità e lo spessore del contributo.*

1. Le ragioni culturali della svolta di trent'anni fa.

Le testimonianze di Giuliano Amato e di Mario Rusciano ci hanno ricordato le ragioni culturali della privatizzazione-contrattualizzazione: si avvertiva, all'epoca, l'esigenza di affrancare il lavoro pubblico dalla logica autoritaria della supremazia speciale, che si esprimeva con poteri unilaterali e provvedimenti amministrativi anche quando non c'era necessità. La parabola del prefetto e dell'usciere rende bene l'idea.

Occorreva, dunque, realizzare il passaggio dal diritto amministrativo al diritto del lavoro e con esso adeguare il lavoro pubblico al lavoro privato, configurando il rapporto di impiego con le amministrazioni pubbliche in termini maggiormente paritari.

Il cambiamento dell'involucro giuridico (Cassese) era visto – ed è un punto importante da rimarcare – come un valore in sé, in quanto espressione di una visione culturale e ideologica non più autoritaria ma democratica; e doveva, allo stesso tempo, servire, per la sua maggiore duttilità e modernità, a razionalizzare un comparto inefficiente, dove imperversavano corporativismi e leggine di favore, avendo di mira il miglioramento dei servizi resi alla comunità, che ne sostiene gli oneri.

Ragioni culturali ed esigenze di contenimento della spesa convergevano, in quella visione, nella direzione della privatizzazione.

È in definitiva l'impostazione del Rapporto Giannini (1980), che delinea proposte di riforma basate sull'assunto che alle amministrazioni pubbliche si dovessero applicare le medesime tecniche sperimentate per le imprese private.

La legge 421/1992 riprenderà proprio quel programma per disporre la prima delega legislativa "per la razionalizzazione e la revisione delle discipline in materia di sanità, di pubblico impiego, di previdenza e di finanza territoriale".

Una riforma pensata per fronteggiare le serie difficoltà finanziarie dell'epoca e che aveva tra gli obiettivi la razionalizzazione del pubblico impiego e il miglioramento della sua produttività, da ottenere mediante la graduale sostituzione del regime in vigore con uno di impianto privatistico.

Per certo molto influì nell'assunzione di una tale scelta quella fortunata corrente di pensiero nota come *new public management*, secondo la quale le tecniche di gestione sperimentate nelle grandi imprese consentivano un miglioramento della produttività ed i tradizionali controlli sul rispetto delle regole riguardanti i processi produttivi andavano sostituiti da controlli sulle performance, sui risultati.

La spinta verso la privatizzazione proveniva anche dalle forze sindacali e dalla parte della cultura giuridica ad esse più vicina, che puntava a ridurre le differenze tra

* Il testo riprende il contenuto delle conclusioni al Convegno "Le metamorfosi del lavoro pubblico a trent'anni dalla privatizzazione", tenutosi a Napoli il 29-30 novembre 2023 presso l'Università Federico II.

ISSN 2036-7821

lavoro pubblico e lavoro privato. Ma ebbe una certa influenza anche la tentazione di chi, chiamato a ricoprire incarichi di governo, con le regole nuove avrebbe potuto sbarazzarsi dei dirigenti sgraditi perché non li aveva scelti o anche solo perché si mostravano troppo rigorosi (Della Cananea).
Questa idea della trasposizione delle logiche aziendalistiche nell'ambito della pubblica amministrazione, consolidata in numerosi atti di indirizzo e disposizioni legislative, aveva però sottovalutato le differenze tra le pubbliche amministrazioni e le imprese, e specialmente il peso dell'imparzialità, principio a cui le amministrazioni devono attenersi, ma che non condiziona, se non per libera scelta, l'attività delle imprese private.
In effetti, gli esiti di questa forse troppo ideologica trasposizione sono stati deludenti, come hanno riconosciuto anche coloro che quelle innovazioni pensarono e adottarono.
Mi pare che colga il punto la Corte dei conti, nella Relazione sul costo del lavoro pubblico 2020, secondo la quale "importare" astrattamente modelli che hanno dato buoni risultati in ambiti diversi dalla pubblica amministrazione non assicura di per sé l'obiettivo di aumentare la produttività del lavoro e, di conseguenza, l'efficienza e la qualità dei servizi resi alla collettività.
Le politiche del pubblico impiego, in Italia, hanno privilegiato un approccio teorico, costruendo modelli di disciplina del personale ispirati a grandi ragioni ideali, ma la cui applicazione ha spesso innescato dinamiche diverse da quelle attese.
La "simulazione dell'efficienza dei privati", evocata da Bernardo Mattarella, non ha funzionato.

2. Il passaggio dal diritto amministrativo al diritto del lavoro.

Vi è un ulteriore aspetto, connesso ai rilievi già svolti, che il dibattito ha toccato avendo riguardo a più profili della disciplina oggi vigente e che, a mio avviso, richiede una riflessione complessiva, che in questa sede mi limiterò soltanto ad accennare.
Mi riferisco a quello che Mario Rusciano ha definito il passaggio dal diritto amministrativo al diritto del lavoro ed alla visione di un tale passaggio in termini di conquista di diritti per la parte più debole e di affrancamento dalle visioni più autoritarie ancorate ad un passato precostituzionale, spesso identificato col Ventennio fascista, che aveva visto realizzarsi, peraltro in continuità con la pubblicizzazione di inizio Novecento, una sorta di militarizzazione del pubblico impiego.
Dal dibattito è, in verità, emersa una realtà che appare significativamente più articolata e diversa, se si guarda all'oggi, e cioè a quello che sono diventate oggi le due discipline messe a confronto.

ISSN 2036-7821

Gli atti che istaurano e regolano il rapporto e che un tempo erano concepiti – per via della famigerata supremazia – alla stregua di provvedimenti sono stati, dunque, trasformati in atti di diritto privato.
Ma cosa cambia davvero per effetto di questo cambiamento di regime? Il livello delle garanzie per il dipendente – e per la collettività che si accolla il costo del personale pubblico – aumenta o si affievolisce?
Il dibattito ci ha consegnato alcuni spunti davvero interessanti, specialmente le relazioni di Alessandro Riccobono e Pasquale Monda.
Particolarmente significativa la tematica della motivazione, che, in particolare nel caso del conferimento degli incarichi, non può essere omessa e deve essere totalmente esaustiva nella logica del diritto amministrativo, laddove, nella logica del rapporto di lavoro privatizzato, viene invece faticosamente ricostruita, quando non ritenuta del tutto inutile, al più come una giustificazione che non va necessariamente esternata *ab origine*, ma che si può fornire anche in sede di giudizio.
Quanto alle clausole di correttezza e buona fede, queste vengono utilizzate con spericolate acrobazie per giungere a risultati garantistici – che Monda ritiene opinabili per via delle fragili basi tecniche sui quali poggiano – comunque lontani da quelli assicurati dal diretto rispetto delle regole dettate dalle l. 241/1990.
Riccobono ha sottolineato, poi, quella che ha definito l'ontologica diversità in punto di tutele, posto che dalla Costituzione, come la Corte costituzionale ha nel 2008 chiarito, si ricava l'indefettibilità della tutela reale e, quindi, reintegratoria, che dunque va assicurata anche a seguito della privatizzazione-contrattualizzazione del rapporto.
La tutela dell'interesse pubblico all'imparzialità, che è per certo il *focus*, assicura al contempo una protezione forte al dipendente; all'imparzialità, del resto, si può anche guardare come ad un diritto da garantire a tutti coloro che entrano in contatto con le pubbliche amministrazioni (Piazza).
Questi spunti, ai quali altri se ne potrebbero aggiungere, sono, a mio avviso, sufficienti per osservare come nel guardare al diritto amministrativo contemporaneo non si sia adeguatamente messo a fuoco come e quanto si è ampliata nel corso del tempo la matrice garantistica di una disciplina nata come "macchina dell'obbedienza". E sembra anche che, nel guardare al diritto del lavoro, sia rimasto in ombra quel che Mario Rusciano ha ricordato, e cioè che, se la sua origine è determinata dall'esigenza di contenere lo sfruttamento vetero-capitalistico della forza-lavoro, da allora in poi anche questa branca del diritto ha fatto tanta strada ed oggi la tutela del lavoro è soltanto una delle sue componenti.
Tornando al diritto amministrativo, la sua trasformazione in strumento di garanzia per gli amministrati si coglie sul piano generale, se è vero che è il regime pubblicistico a comportare l'assoggettamento della decisione dell'amministrazione ai

ISSN 2036-7821

principi di corrispondenza tra decisione e fine legale, imparzialità, ragionevolezza, proporzionalità, e inoltre a sancire la rilevanza giuridica di interessi terzi ed a garantire la fruizione di una tutela di tipo reale, che mira ad attribuire lo specifico bene della vita in discussione e non un suo succedaneo economico. Del resto, da tempo una scuola di pensiero individua nelle ipertrofie garantistiche del diritto amministrativo uno dei principali ostacoli allo sviluppo economico.
La forma pubblica è stata però a lungo percepita, non senza ragione, come un modo per conservare "un assetto che, fondandosi sulle ragioni del soggetto (lo Stato portatore dell'interesse pubblico) trova i suoi (più congrui) riferimenti negli ordinamenti dello Stato precostituzionale" (Marzuoli). Ed è una tale visione ad aver prodotto tecniche di pubblicizzazione che vanno al di là dell'esigenza irrinunciabile di assicurare all'amministrazione poteri di intervento unilaterale che consentano di curare l'interesse pubblico anche senza il consenso dei privati.
L'uso di questi strumenti se, specie per effetto dell'estensione progressiva delle garanzie procedimentali, finirà per comportare maggiori vincoli in punto di principi e regole da osservare, si accompagna però ad una serie di privilegi, riconducibili essenzialmente all'area dell'autotutela decisoria ed esecutiva, che si proiettano, in termini francamente esorbitanti, anche nell'area del pubblico impiego.
È vero, dunque, che allontanarsi dal diritto amministrativo significa abbandonare le visioni autoritarie centrate sulla supremazia speciale, e dunque affrancarsi dai privilegi pubblicistici, ma è vero anche che un tale allontanamento, tenendo conto delle trasformazioni in senso democratico e partecipativo dell'amministrazione, equivale anche a ridimensionare le garanzie apprestate ai cittadini.
Quando si è scelto di privatizzare si è guardato evidentemente ai privilegi da eliminare e assai meno alle garanzie che il diritto amministrativo aveva col tempo imparato ad assicurare.
Oggi dobbiamo constatare che per molti aspetti il diritto amministrativo è più garantistico e che per "salvare" la compatibilità costituzionale della privatizzazione occorre in più punti ibridare il diritto del lavoro, come nei casi ricordati della tutela reintegratoria e della motivazione-giustificazione.
Anche la interessante proposta ricostruttiva di M.D. Ferrara in tema di contrattazione, e specialmente l'idea che il sindacato che rappresenta il lavoro pubblico sia portatore di "un interesse collettivo a vocazione generale", mi pare espressione di questa tendenza all'ibridazione, che per certo non semplifica il lavoro dell'interprete.

3. Le necessarie ibridazioni della disciplina lavoristica. È utile un diritto misto?

Si tratta di una questione che interessa tutti gli ambiti nei quali un'amministrazione pubblica ricorre al diritto privato, o fugge verso di esso proprio per aggirare qualche

ISSN 2036-7821

vincolo (l'evidenza pubblica, il concorso, il giusto procedimento, la motivazione, ecc.), e che viene in genere risolta imponendo, quando ad opera del giudice quando ad opera di un legislatore almeno in parte ravvedutosi, qualche significativa deviazione rispetto al diritto privato per c.d. ordinario. Basti pensare alla parabola infausta delle assunzioni nelle società pubbliche, ricordata da Anna Zilli.

Sul versante del personale, le logiche pubblicistiche hanno nel tempo riguadagnato terreno, a dispetto di aziendalizzazioni e privatizzazioni, come dimostra, ad esempio, lo sviluppo della giurisprudenza costituzionale in tema di *spoils system*, che, come ricorda nella sua interessante analisi Pasquale Monda, è stato ridimensionato rispetto alle scelte del legislatore nazionale e regionale, proprio in ragione dei tratti pubblicistici dell'organizzazione e della natura amministrativa dell'attività svolta dal dirigente, che fondano il richiamo ai principi di imparzialità e buon andamento, il cui rispetto richiede la garanzia del giusto procedimento e di rimedi giurisdizionali che non possono esaurirsi nel riconoscimento di un succedaneo economico ma devono consentire il conseguimento della specifica utilità in discussione.

La dimensione pubblicistica valorizzata dal giudice delle leggi, con le rilevantissime implicazioni in punto di tutele, sembra peraltro porre in crisi le stesse ragioni che sono alla base non solo della scelta di privatizzare il rapporto, ma anche di quella di aziendalizzare, per esempio, il S.S.N., per valersi dei più agili strumenti forniti dal diritto comune, nel cui ambito la fiduciarietà del rapporto col dirigente reca con sé anche la sua licenziabilità quando il rapporto fiduciario venga a cadere.

Ha ancora senso il ricorso al diritto privato se poi il dirigente pubblico è assistito da garanzie pubblicistiche capaci di stabilizzarlo ben oltre la misura assicurata al suo omologo privato?

La scelta di privatizzare e fare uso del diritto comune tutte le volte in cui l'interesse pubblico si può curare senza fare uso di strumenti autoritativi (art. 1, co. 1 bis, della legge 241 del 1990, opportunamente richiamato da Monda, per interpretare prudentemente le confuse modifiche all'art.19 del d.lgs. 165/01 nel senso che non comportano il ricorso al bando pubblico) ha indubbiamente avuto anche dei meriti.

È stato in particolare utile a far percepire il carattere non intrinsecamente provvedimentale ed autoritativo di ogni azione delle pp.aa., e perciò a far raggiungere la consapevolezza che il potere è una risorsa, non una necessità ineluttabile in ogni contesto in cui agisca una p.a., e, nello specifico, che un usciere è un usciere, sia che lavori presso questa Università che presso la compagnia di navigazione che ha la sede qui accanto.

Ma quel che è certo è che la cd. privatizzazione ha creato un altro pezzo di diritto misto di cui non si avvertiva il bisogno e prodotto una diminuzione del tasso di certezza del diritto su molti aspetti cruciali (per stare all'ambito della dirigenza: gli incarichi vanno motivati? chi sono veramente gli apicali? ecc.) di cui del pari non si

ISSN 2036-7821

avvertiva il bisogno.
E, dunque, pur riconoscendo le apprezzabili ragioni culturali delle scelte di trent'anni fa, è inevitabile domandarsi se valga davvero la pena di produrre innovazioni ispirate al diritto comune, poi destinate ad essere assorbite in buona misura dalle immanenti esigenze pubbliche, che, a quanto sembra, soltanto le discipline pubblicistiche riescono a salvaguardare adeguatamente.

4. Riformismo giuridico e capacità amministrativa. Il fattore umano.

Che fare, dunque? Forse è meglio fermarsi, interrompere questo flusso inarrestabile di riformismo giuridico che, come ha sottolineato Cassese, non ha cambiato stile, cultura e metodo del pubblico impiego.
In effetti, è proprio il riformismo giuridico che va rimesso in discussione e che ha riguardato la pubblica amministrazione nel suo complesso, non solo il settore del personale, interessato da quattro riforme in trent'anni.
Forse, come è stato rilevato, c'è un'errata presunzione da ridiscutere, e cioè che il diritto sia di per sé in grado di produrre efficienza. Il diritto ha certamente la funzione ineludibile di delineare la cornice giuridica all'interno della quale le organizzazioni pubbliche e private esercitano la propria attività, ma non basta a determinare l'efficienza di queste organizzazioni.
"Non è certo il Codice civile a determinare l'efficienza di un'impresa, bensì le capacità dell'imprenditore, così come non è il diritto pubblico a determinare l'efficienza delle pubbliche amministrazioni "(Mazzamuto).
Se non si sono raggiunti i risultati immaginati ciò è probabilmente accaduto perché le cause non stanno nel diritto, ma nello svuotamento delle capacità amministrative, determinato, in particolare, dalle politiche di reclutamento del personale, le cui stranezze sono state ampiamente analizzate nel corso del dibattito, in particolare da Riccobono, e che richiederebbero, per dirla con Stefano Battini, una saldatura dell'attuale cesura tra i due mondi, il reclutamento e il lavoro, per tenere effettivamente conto nel primo di ciò che davvero occorre nel secondo.
Se, dunque, da qualcosa bisogna partire è dal reclutamento, che merita di essere ripensato con scelte razionali, coerenti e non confuse come quelle da ultimo poste in essere.

ISSN 2036-7821