

Riflessioni sul pubblico impiego: a mo' di introduzione

di O. Mazzotta - 2 Dicembre 2024

1. Quella del pubblico impiego “contrattualizzato” ed affrancato dal diritto amministrativo è stata ed è tuttora una lunga e bella avventura culturale.

L'atto di nascita per noi giuslavoristi è stato lo studio, all'epoca pioneristico, di Mario Rusciano (*L'impiego pubblico in Italia*, Il Mulino, 1978). Fino a quel momento il pubblico impiego era una branca (anche) minore del diritto amministrativo coltivata da pochi (per tutti, come è noto, Pietro Virga).

Se si guarda bene tutta l'evoluzione della regolamentazione giuridica del rapporto di pubblico impiego si è svolta nel Novecento (il secolo breve). Sono infatti all'incirca 90 gli anni che intercorrono fra il Testo Unico giolittiano 22 novembre 1908, n. 693 che, legificando gli orientamenti giurisprudenziali della IV Sezione del Consiglio di Stato, regolò lo statuto giuridico degli impiegati civili dello stato, da una parte, e i decreti Bassanini del 1998, che costituiscono, come è ben noto, la svolta regolativa del fenomeno, dall'altra.

L'assetto precedente, come si sa, rispondeva a logiche speculari rispetto a quelle che sono al fondo del diritto del lavoro. Quest'ultimo è infatti calibrato sul metro della *effettività*, a partire dalla qualificazione del rapporto giù giù fino alla corrispondenza fra attività e inquadramento contrattuale.

Al contrario nella regolamentazione originaria del pubblico impiego tutto è filtrato dall'atto amministrativo e dai poteri di supremazia speciale dell'ente-datore di lavoro, che, almeno alle origini, faceva affievolire le situazioni soggettive di cui era titolare il lavoratore al livello di interessi legittimi e non di diritti a tutto tondo.

Il cuore dell'ingiustizia sostanziale si toccava sul terreno della tutela dei diritti (di qui un ulteriore tratto di ineffettività della regolamentazione). Le posizioni di diritto del pubblico impiegato erano infatti filtrate dagli *atti amministrativi* che ne scandivano la carriera e dunque il giudizio aveva ad oggetto proprio l'esame di questi, per di più affidato al vaglio di una sorta di giudice domestico (una specie di *longa manus* dell'amministrazione).

Chi mi legge sa bene che sto volutamente estremizzando il quadro di riferimento del sistema che abbiamo alle spalle, anche se non più di tanto dal punto di vista dell'effettività.

2. Agli inizi degli anni Ottanta matura la svolta con la legge-quadro del 1983, anche se a lungo la legislazione ha un andamento altalenante con fughe in avanti e repentini ritorni indietro, con molte fasi transitorie in cui le due opposte visuali (diritto del lavoro *versus* diritto amministrativo) si confrontano a muso duro.

Penso in particolare alla prima fase successiva al d.lgs. n. 29/93 in cui la riforma è insidiata da quella che Massimo D'Antona definiva la neo-lingua del pubblico impiego contrattualizzato. Ispirandosi al capolavoro di Orwell, Massimo ipotizzava che i poteri forti (Tar, Consiglio di Stato, Corte dei conti, alta burocrazia) avessero inventato una nuova lingua con cui si divertivano ad eludere ed in alcuni casi a ridicolizzare le profonde novità della disciplina. Per i poteri forti infatti si scriveva “contratto”, ma si leggeva “rapporto di diritto pubblico” o si scriveva “contratto collettivo” ma si leggeva “provvedimento amministrativo in base ad un

accordo” o, ancora, si scriveva “rappresentatività contrattuale” ma si leggeva “partecipazione dei sindacati maggiormente rappresentativi”.

Erano i tempi in cui il Consiglio di Stato poteva tranquillamente scrivere che «la privatizzazione generale, astratta e globale, del pubblico impiego *non è obiettivamente possibile (sic!)*, giacché né con interventi puramente nominali né con la contrattualizzazione si può alterare la sostanza dei rapporti giuridici, i quali traggono la loro qualificazione dalla natura pubblica degli interessi che vi sono implicati... [per cui] l’introduzione del contratto individuale può avere una valenza solo formale, non potendosi ravvisare adeguati margini per una trattativa fra l’ente ed il singolo».

È questa la prima delle tante incomprensioni che hanno accompagnato ed ancora accompagnano l’ingresso della materia del pubblico impiego entro l’area vasta del diritto del lavoro.

Un epifenomeno recente di questa battaglia culturale è ad esempio quello che riguarda la materia relativa al conseguimento del titolo di avvocato “specialista”. Orbene, in questo ambito, la scelta del legislatore (v. il decreto Min. Giustizia 1° ottobre 2020, n. 163) è stata nel senso di contrapporre il “diritto del pubblico impiego non privatizzato e della responsabilità amministrativa”, affidato a noi giuslavoristi al “diritto del pubblico impiego e della responsabilità amministrativa” affidato alla competenza degli amministrativisti.

È una scelta avallata dal Consiglio di Stato (v. la sentenza 31 gennaio 2023, n. 1106) che richiama, condividendola, la relazione illustrativa dello schema di decreto ministeriale, che avalla l’opportunità “*di prevedere, nei percorsi formativi (...), approfondimenti tematici relativi al rapporto di pubblico impiego, pur contrattualizzato, dei dipendenti pubblici, senza i quali non appare possibile comprendere appieno gli assetti organizzativi, la disciplina della dirigenza, delle funzioni e dei servizi (si pensi ad esempio al rapporto di impiego dei dirigenti medici), in disparte la non infrequente attività difensiva degli avvocati amministrativisti davanti al giudice del lavoro, quando sia parte un ente pubblico*”

È una scelta, per il massimo consesso giudiziale amministrativo, scevra da irragionevolezza, posto che la medesima:

- a) applica pur sempre il criterio orientativo generale della omogeneità disciplinare, inteso nell’accezione più ampia, trattandosi pur sempre di un’unica oggettiva “materia” rappresentata dall’impiego lavorativo presso le pubbliche amministrazioni (a prescindere dalle varie previsioni normative e partizioni giurisdizionali);
- b) tiene ragionevolmente conto delle ricadute pratiche della decisione, costituite dall’ottimale contenuto dei corsi formativi, che rappresentano uno dei due percorsi di conseguimento del titolo di specialista, senza trascurare del tutto l’altro canale costituito dalla pratica professionale nel settore (a tale specifico fine la relazione menziona “*la non infrequente attività difensiva degli avvocati amministrativisti davanti al giudice del lavoro, quando sia parte un ente pubblico*”).

In sostanza, la scelta ministeriale per il Consiglio di Stato valorizza un aspetto sostanziale (quello della materia latamente intesa) e soprattutto un profilo didattico (quello della formazione da impartirsi) in modo certamente opinabile, per esservi alcune opzioni alternative, ma non viziato da alcuna figura sintomatica di eccesso di potere.

3. Si tratta, come abbiamo detto, di una battaglia culturale che viene da lontano.

Ricordo che autorevolissimi giuristi – penso a Luigi Mengoni o a Giuseppe Pera – dopo la legge quadro n. 93 del 1983 espressero molti dubbi sulla scelta del legislatore.

Il primo, infatti, la definì come “insana”, mentre il secondo espresse disagio e “difficoltà di comprensione”, oltre che “estraneità culturale” fra i due mondi.

Al fondo della diffidenza non vi è dubbio che vi fossero buone ragioni: il rapporto di lavoro privato nasce dal e nel mercato e il diritto del lavoro si sviluppa a partire dalla figura del lavoratore economicamente dipendente, come parte debole di un rapporto sperequato, basato sulla logica del profitto; il rapporto di pubblico impiego si muove su un terreno in cui grande rilevanza hanno i fini (non di profitto) dell’attività amministrativa vincolata al perseguimento di interessi pubblici.

Ciò non toglie che se l’enfasi cade sui *mezzi* anziché sui *fini* – come ricordavano autorevoli amministrativisti della statura di Sabino Cassese – la presunta alterità o diversità del pubblico impiego si stempera abbastanza.

Non a caso precursori ed anche molto autorevoli come Vittorio Emanuele Orlando sostenevano che non vi fosse alcuna differenza sul piano giuridico nell’acquisizione delle energie lavorative fra pubblica amministrazione e privati: ambedue avrebbero potuto e dovuto essere regolate da un contratto.

È forse per questa antica origine che ho sempre preferito riferirmi al fenomeno di cui discutiamo come una forma di “contrattualizzazione” più che di “privatizzazione”. Privatizzazione è espressione polisenso che, dietro la magia delle parole, cela realtà profondamente diverse e distanti. Pensiamo alla distinzione fra privatizzazione *formale* e privatizzazione *sostanziale* che ha avuto rilievo rispetto agli enti pubblici economici. In tale contesto sappiamo bene che da tempo immemorabile è acquisito che un rapporto di lavoro privatistico può ben prescindere dalla natura pubblica o privata dell’ente datore di lavoro.

La vera privatizzazione è invece quella che presuppone un mutamento delle fonti di regolamentazione del rapporto (che passa dalla legge o dall’atto amministrativo al contratto collettivo ed al contratto individuale).

Ne deriva che per rispondere alla domanda relativa alla effettività della contrattualizzazione del pubblico impiego è ineludibile interrogarsi sul sistema delle fonti e quindi sulla scelta legislativa di affidare alla contrattazione collettiva buona parte della relativa regolamentazione.

4. Volendo esaminare criticamente tale scelta, anzitutto a partire dal quadro costituzionale, dobbiamo osservare che i *dubbi di costituzionalità* del sistema (specie con riferimento all’art. 39 Cost.) appaiono ampiamente superati.

I problemi nascono dalla circostanza che si tratta di un contratto che esplica *direttamente la propria efficacia* nei confronti dei rapporti di pubblico impiego, senza la mediazione di atti di recepimento, essendo le pubbliche amministrazioni obbligate a darvi applicazione in sede di stipulazione dei contratti individuali. L’efficacia diretta è poi confermata dall’altrettanto obbligatorio rispetto della *parità di trattamento*, quale garanzia del buon andamento e dell’imparzialità dell’azione amministrativa.

Le due precedenti affermazioni hanno come logica inferenza che il contratto collettivo pubblico si applica a prescindere dall'iscrizione e/o adesione del singolo lavoratore al sindacato e dunque anche al di fuori della regola dell'iscrizione all'associazione sindacale che lo ha stipulato. Esso agisce per forza propria e non in funzione di una forma di rappresentanza privatistica.

Sotto il descritto profilo il contratto collettivo pubblico si allontana dalla struttura e dalle caratteristiche del contratto collettivo (privatistico) di diritto comune ed è anche per questo che si è posta la questione della sua compatibilità con il profilo delineato dall'art. 39 Cost.

Senonché, come tutti sanno, sul punto si è pronunciata, a più riprese, la Corte costituzionale (in particolare con la sentenza n. 309/1997), che ha salvato la costituzionalità complessiva della riforma estendendo, in qualche modo, al contratto collettivo pubblico un ragionamento analogo a quello già elaborato a proposito dei cosiddetti contratti gestionali del settore privato. Secondo la Corte, infatti, non può porsi un problema di incompatibilità con l'art. 39 Cost. perché l'efficacia *erga omnes* del contratto collettivo pubblico non discende direttamente dalla sua natura intrinseca, ma «si colloca sul diverso piano delle conseguenze che derivano per un verso dal vincolo di conformarsi imposto alla pubblica amministrazione, e, per l'altro, dal legame che avvince il contratto individuale al contratto collettivo»; per il lavoratore l'obbligo discende dal rinvio al contratto collettivo (necessariamente) contenuto nel contratto individuale.

Che questa pronuncia avalli una concezione privatistica del contratto collettivo pubblico (come sembra ritenere buona parte dell'opinione) o ne sottolinei i profili di specialità è e resta questione aperta.

Quel che semmai può essere rilevante rimarcare è che – come che lo si riguardi – il contratto collettivo pubblico ha spiccati tratti di «inautenticità» che gli derivano dalla strutturale disomogeneità di *funzioni* rispetto a quello del settore privato. Quest'ultimo è infatti centrato su una logica *acquisitiva*, mentre l'altro ha la funzione di calmierare l'impiego nell'ambito della pubblica amministrazione, garantendo la parità di trattamento, ma essendo costretto entro i vincoli di bilancio. Il che illumina il suo dato più caratteristico: una sorta di interiorizzazione (per il sistema e per le parti negoziali) della *funzionalizzazione al perseguimento dell'interesse pubblico*, che l'allontana – volenti o nolenti – dalla temperie che si respira nell'ambito della contrattazione nel settore privato, che è invece espressione di *libertà negoziale* (sia pure collettiva).

Insomma, se si vuole mantenere ferma la natura privatistica (anche) del contratto collettivo pubblico occorre rassegnarsi all'idea che comunque esso sia portatore di notevoli *profili di specialità*.

5. Il superamento dei dubbi di costituzionalità non può però oscurare l'impressione di una scommessa perduta, quella – come ha scritto Mario Rusciano – di «accreditare la penetrazione nel settore pubblico, per il tramite del diritto del lavoro, dei criteri di efficienza organizzativa inventati e sperimentati nell'impresa privata».

Più in concreto attraverso il contratto individuale, e con l'esercizio dei poteri che gli sono sottesi, si sperava di rendere più efficiente il lavoro pubblico. In parte, ma solo in parte, ci si è riusciti, anche se resta comunque ineludibile la contrapposizione fra poteri di gestione pro-

pri del privato, da una parte, e lo stigma del “buon andamento” della pubblica amministrazione, dall’altra.

Altrettanto dubbia è la genuinità della contrattazione collettiva, mancando al tavolo delle trattative la spinta del mercato, supremo regolatore delle condizioni di acquisizione della forza-lavoro nel settore privato.

6. Le osservazioni appena svolte sollecitano una riflessione ed un interrogativo circa la misura in cui appaiano davvero totalmente sovrapponibili i due modelli. In sostanza la domanda è: è sovrapponibile la logica del profitto datoriale con ogni mezzo (ovviamente lecito) alla necessità di garantire un servizio pubblico in modo imparziale?

Una risposta al quesito c’è e proviene dalla giurisprudenza delle alte Corti. Ce lo ricorda Vito Tenore nel capitolo introduttivo dell’ampio ed informatissimo volume *Il manuale del pubblico impiego privatizzato* (a cura di V. Tenore e con contributi di L. Busico, M. Gentile, P. Sordi e lo stesso Tenore, Roma, 2024).

La Corte di cassazione, dovendosi pronunciare sull’applicabilità dell’art. 18 dello statuto dei lavoratori post-riforma del 2012 ha scritto: «una eventuale modulazione delle tutele nell’ambito dell’impiego pubblico contrattualizzato richiede da parte del legislatore una ponderazione di interessi diversa da quella compiuta per l’impiego privato, poiché, come avvertito dalla Corte costituzionale, mentre in quest’ultimo il potere di licenziamento del datore di lavoro è limitato allo scopo di tutelare il dipendente, nel settore pubblico il potere di risolvere il rapporto di lavoro, è circondato da garanzie e limiti che sono posti non solo e non tanto nell’interesse del soggetto da rimuovere, ma anche e soprattutto a protezione di più generali interessi collettivi... viene cioè in rilievo non l’art. 41 Cost., commi 1 e 2, bensì l’art. 97... che impone di assicurare il buon andamento e l’imparzialità della pubblica amministrazione».

Ecco quindi spiegato il senso della “specialità” del rapporto di impiego pubblico, pur se contrattualizzato.

A complicare un quadro già di per sé complicato poi non possiamo dimenticare il travagliato andamento del rapporto tra le fonti, sempre suscettibile di modifiche da parte dei decisori politici. Il che è dimostrato dal passaggio dalla c.d. riforma Brunetta alla c.d. riforma Madia, con la prima che aveva restituito alla legge una sorta di primato che la seconda le toglie anche se limitatamente alla materia di pertinenza della contrattazione collettiva.

Ed è quasi inutile rammentare che si tratta di un travaglio che si scarica sul delicato lavoro dei giudici, che sono chiamati ad una complessa opera di ricucitura del sistema.

Il ruolo della giurisprudenza resta dunque essenziale per garantire quel processo di osmosi fra la lingua e le scelte *in apicibus* del legislatore e le applicazioni concrete al caso singolo in un *continuum* che rappresenta l’essenza più caratteristica della dimensione giuridica.

Oronzo Mazzotta, professore emerito nell’Università degli Studi di Pisa