

UN (ETERODOSSO) AUSPICIO DI UNA ALMENO PARZIALE CONTRORIFORMA

DI ALBERTO ROMANO

È bene, e più onesto, dichiarare immediatamente l'impostazione di fondo da cui parto. Perché sempre vi è una impostazione di fondo, espressa o tacita, che ogni dire presuppone.

E, allora, dichiaro di essere molto critico sulla c.d. privatizzazione del rapporto di impiego con le amministrazioni. Perché ogni passaggio dell'attività di queste dal regime pubblicistico a quello privatistico, comporta sempre un *deficit* di garantismo nei suoi confronti, già sul piano del diritto sostanziale: una attenuazione del vincolo di funzionalità di ogni sua scelta, ed una minore incidenza dei parametri di sua valutazione che si sono progressivamente affinati attraverso una elaborazione secolare che è gran merito del giudice amministrativo. E perché la tutela giurisdizionale che questo assicura è infinitamente più efficace di quella che può impartire il giudice ordinario, sia per penetrazione di sindacato che per incisività di dispositivi: c'è qualcuno che ha dovuto aspettare l'esperienza giurisprudenziale di questi anni sul contenzioso dell'ex pubblico impiego per esserne convinto?

Per questo, considero una strada profondamente sbagliata quella che ha scelto il legislatore a partire dalla l. n. 421 del 1992, e nella quale si è sempre più inoltrato a partire dal d.lgs. n. 29 del 1993. Quanto meno, per la misura così radicale con la quale quella scelta è attuata. Soprattutto, per quel che riguarda la dirigenza. E, quindi, soprattutto per la dirigenza, auspicherei un ripensamento.

Qui si è parlato molto di coerenza del sistema. Ma a senso unico: a partire dalla scelta legislativa di fondo, nel senso della privatizzazione, e con la tendenza a considerare ingiustificatamente contraddittori, perciò, i pochi elementi pubblicistici sopravvissuti.

Ma, stranamente, non mi pare che sia stato ricordato il fattore che, rispetto a tale scelta, appare più in contrasto: la sopravvissuta disciplina delle selezioni di accesso agli impieghi con le amministrazioni. Che è rimasta pubblica tanto sul piano

I del diritto sostanziale, del carattere di provvedimenti degli atti relativi, che su quello delle tutele giurisdizionali, che sono rimaste affidate alla giurisdizione amministrativa. E che è rimasta pubblica su entrambi questi versanti, non solo per il rapporto dei pochi dipendenti che, con soave sindacalese, sono qualificati come « *non contrattualizzati* », ma anche per quelli per così dire privatizzati, e pure per livelli ben inferiori a quelli dirigenziali.

Si dirà: ma, su questo punto (almeno su questo punto, mi permetto di sottolineare), c'è un vincolo costituzionale: un vincolo espresso. Però, sia pure con molto timore, mi azzarderei a notare che il relativo dato testuale non parrebbe univoco: l'art. 97, comma 3, Cost., infatti, richiede sì il concorso per l'accesso agli impieghi con le *pubbliche* amministrazioni, ma riserva questa aggettivazione ai soli soggetti che i laburisti chiamerebbero datori di lavoro, e non la ripete a proposito del mezzo attraverso il quale pone il presupposto per la costituzione del rapporto. La norma costituzionale, cioè, qui parla di « *concorso* » *tout-court*; eppure una sua qualificazione sarebbe stata opportuna: se non altro, perché il termine avrebbe assunto qui un significato diverso, di definizione della natura degli atti, e non di generalizzazione dei soggetti cui questi si rivolgono. E potrebbe essere esplorata la possibilità che il termine comprenda anche le selezioni compiute con procedimenti ed atti di diritto privato, e sottoposte al sindacato del giudice del lavoro: come è avvenuto e avviene, per esempio, per gli istituti di credito che una volta erano enti pubblici, e che adesso non lo sono più.

È con timore, dicevo, che accenno a questa considerazione: perché non vorrei che venisse interpretata come un suggerimento a privatizzare anche quel poco che è rimasto pubblico, mentre, personalmente, preferirei ri-pubblicizzare almeno in parte quel troppo che, a mio avviso, è stato privatizzato.

E, d'altra parte, la accenno quasi come *argumentum per absurdum*. Perché non c'è dubbio che il costituente avesse in mente la soluzione pubblicistica. Se non altro, perché, allora, non poteva che essere fuori dal suo orizzonte mentale quella privatistica. E non solo per quel che riguarda le selezioni preordinate alla successiva instaurazione dei rapporti di impiego. Ma anche per quel che concerne la natura di questi: all'epoca, era ben salda la connessione tra carattere pubblico dell'ente, e ca-

rattere pubblico del rapporto di esso con i propri dipendenti. E neppure era indiscussa la deroga a questo principio per gli enti pubblici economici: si ricorderà con questa pertinacia, per lunghi anni, dopo la caduta dell'ordinamento corporativo, e proprio a causa di questa caduta, il Consiglio di Stato difendesse poi la propria giurisdizione, nei confronti della Cassazione e del giudice ordinario, sul contenzioso di impiego dei dipendenti di tali enti pubblici; quelli che, nella formula dell'art. 429, n. 3, del testo originaria del codice di procedura civile, rimasero definiti fino al 1970 « *inquadrati nelle associazioni sindacali* » (come si sa, è stato l'art. 37 della l. n. 300/70 a sostituirvi la locuzione non più legata al passato, di « *...enti pubblici che svolgono esclusivamente o prevalentemente attività economica* »).

Sta di fatto, comunque, che tuttora la norma costituzionale viene interpretata ed applicata nel senso che impone carattere provvedimentale alle procedure di selezione dei futuri dipendenti da amministrazioni, e giurisdizione amministrativa al sindacato su di esse. È solo omaggio ad una ricostruzione storico-sistemica della disposizione, che deve prevalere sulla (relativa) ambiguità del dato letterale? Mi illudo di no. Spero, ma anche credo, che il persistere di questo orientamento ancora in questi anni, derivi da una sequenza logica, normalmente inespressa, ma che si potrebbe far emergere più o meno con questi passaggi. Il comma 3 dell'art. 97 Cost., impone il concorso per l'accesso agli impieghi con gli enti pubblici, come strumento per assicurare quella imparzialità che il primo comma del medesimo articolo proclama tanto radicalmente come canone fondamentale dell'azione amministrativa. E lo impone, come assicurazione di rispetto di questo principio in un momento così tipico di questa azione, come la selezione di chi di tali enti diverrà poi dipendente: particolarmente, di coloro i quali saranno chiamati a formulare e a realizzare in futuro la medesima azione. Quindi, quell'orientamento rivela la consapevolezza, sia pure taciuta, che sono quel carattere pubblico e quella giurisdizione amministrativa, la più efficace garanzia di questa imparzialità.

Ma allora, di questa premessa, è ineludibile una precisa conseguenza: non è il carattere amministrativo degli atti e della giurisdizione sui concorsi ad impieghi con l'amministrazione, ad apparire asimmetrico rispetto ad un sistema per tutto il resto, o quasi, ormai privatizzato. È questa privatizzazione, o, meglio,

I certi suoi eccessi, che appaiono contraddittori rispetto al conclamato fine di assicurare l'imparzialità all'amministrazione.

Anzitutto, vi sono incoerenze interne alla disciplina oggi vigente. Perché, per esempio, al carattere amministrativo di atti delle selezioni, e della giurisdizione al riguardo, si contrappone il carattere privatistico dei licenziamenti e delle sanzioni disciplinari anche espulsive? Davvero è credibile la tesi che la lettera del comma 3 dell'art. 97 Cost. richieda angustamente il massimo di garanzie di imparzialità solo quando si tratta di stabilire chi può diventare dipendente da amministrazioni? E non è imposta da una interpretazione sistematica la soluzione che queste maggiori garanzie riguardino anche l'individuazione di chi dipendente di pubbliche amministrazioni può essere in genere, e, quindi, in particolare, anche rimanerlo?

Naturalmente, come ho già accennato, il *punctum dolens* che mi pare più acuto, è costituito dalla dirigenza. Mi fa paura la valutazione ricorrente, riecheggiata anche qui stasera, di una dirigenza in funzione di collaborazione del Ministro. Qui non si tratta di una scelta del suo *staff*, la quale si può essere fiduciaria. Qui si tratta, viceversa, di selezione dei vertici dell'amministrazione: quelli che l'amministrazione fanno al più alto livello (sia pure al di sotto della politica), se non addirittura quelli che l'amministrazione, al vertice, costituiscono. Ed è proprio nell'esercizio di questa funzione amministrativa, in un certo senso riproduttiva, che mi pare che le garanzie di imparzialità debbano essere massime. Anche per questo, trovo sacrosante le aspre critiche che non da oggi Sabino Cassese avanza, allo *spoils system*: non solo nella sua così allargata versione vigente, ma anche in quella più ridotta introdotta dalla passata maggioranza, che, malauguratamente, ha aperto la strada a successivi più ampi abusi.

È assai significativo, comunque, che Massimo Severo Giannini, nel suo « *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato* » (FA, 1979, V, 289), che, seppur ormai non più recente, può considerarsi ancora un testo sacro per i riformisti della pubblica amministrazione, pur ritenendo possibile la privatizzazione del rapporto di impiego con le amministrazioni, non la volesse estendere ai dirigenti e, anzi, neppure ai direttivi: « *C'è allora da chiedersi se un'altra strada percorribile non sia quella di privatizzare i rapporti di lavoro con lo Stato non collegati all'eser-*

cizio della potestà pubblica, conservando come rapporto di diritto pubblico solo quello di coloro ai quali tale esercizio è affidato o affidabile, cioè gli attuali direttivi e dirigenti » (ibid., 301). E queste parole riecheggiano nella motivazione della sentenza della Corte costituzionale 5 maggio 1980, n. 68 (rel. Elia; FI, 1980, I, 1553): « Ed anche se si intendesse privatizzare i rapporti di lavoro con lo Stato non collegati all'esercizio di potestà pubbliche, dovrebbero pur sempre essere conservati come rapporti di diritto pubblico quelli dei dipendenti, cui tale esercizio è o potrebbe essere affidato » (ibid., 1555); sia detto incidentalmente, sembra che le ultime pronunce della Corte in materia, completamente appiattite sulle scelte di privatizzazione del legislatore, non abbiano tenuto il minimo conto di questo precedente, autorevole se non altro per le persone del relatore, e dello studioso il cui pensiero è stato ripreso: neppure per dissentirne autorevolmente. E, d'altra parte, Fabio Merusi, quando presiedette una commissione di studio sulle possibili modificazioni alla legislazione del 1992-93, che aveva mantenuto pubblico il rapporto di impiego dei dirigenti generali, propose di ri-pubblicizzare il rapporto di impiego degli altri dirigenti. Con l'esito che sappiamo: non solo rimasero privati, per così dire, questi, ma furono privatizzati anche quelli.

Vanno segnalati, poi, alcuni recenti contorcimenti legislativi, su una materia affine: quella dell'attribuzione e della revoca degli incarichi dirigenziali. Il primo comma dell'art. 68 del d.lgs. n. 29 del 1993, delineando l'estensione della giurisdizione del giudice ordinario sulle controversie di lavoro dei dipendenti dalle pubbliche amministrazioni, non ve le includeva: né nel testo originario, né in quello risultante dalla riscrittura che ne ha fatto l'art. 29 del d.lgs. n. 80 del 1998. E la Cassazione aveva preferito la soluzione della loro attribuzione al giudice amministrativo. È per reagire a questo orientamento giurisprudenziale, pare, che l'art. 18 del d.lgs. n. 387 del 1998 ha esteso anche nei loro confronti la giurisdizione ordinaria, con una innovazione che, poi, è rotolata nel vigente art. 63 del t.u. approvato col d.lgs. n. 165 del 2001. Senonché, l'art. 3, comma 1, della l. 15 luglio 2002, n. 145, alla lett. *b*, modificando il comma 2 dell'art. 19 di questo testo unico, qualifica come provvedimento l'atto di attribuzione degli incarichi dirigenziali. Quest'ultima legge non tocca l'art. 63 del testo unico stesso; ma è ragionevole supporre che la qualificazione pubblicistica di atti che incidano sui rapporti di impiego con le

I amministrazioni, comporti la giurisdizione amministrativa al riguardo. Non che il giudice ordinario non possa conoscere di provvedimenti: al contrario, questo lo avevano ammesso già gli artt. 2 e 4 della vetusta legge abolitrice del contenzioso, che fin da allora aveva adottato questo termine, a torto da considerare solo moderno. Ma perché una lettura del vigente riparto di giurisdizioni tra giudice ordinario e giudice amministrativo in materia di rapporti di impiego con pubbliche amministrazioni, la quale non lo renda inammissibilmente avulso dal diritto sostanziale, non può che avere questa conclusione: la giurisdizione del giudice ordinario, in materia, segue il carattere privatistico degli atti sindacati, e può intervenire su provvedimenti, solo se presupposti, e solo col potere di loro disapplicazione; mentre non sfugge alla giurisdizione amministrativa il sindacato diretto su provvedimenti comunque incidenti su quei rapporti, con pieno potere di loro annullamento.

L'attuale larghissima privatizzazione dei rapporti di impiego con le amministrazione, ed estensione della giurisdizione ordinaria al riguardo, sicuramente è il frutto di un processo di riforma, che si è snodato attraverso numerosi interventi legislativi. Ve ne è uno, peraltro, che appare di particolare rilevanza.

Il d.lgs. n. 29 del 1993, nella sua versione originaria, regolando le fonti della disciplina dei « *...rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche...* » (art. 2, comma 2), aveva rinvio (solo) alle « *...disposizioni delle sezioni II e III, capo I, titolo II, del libro V del codice civile...* ». Ossia, del libro V « *Del lavoro* », del suo Titolo II « *Del lavoro nell'impresa* », del suo capo I « *Del'impresa in generale* », aveva richiamato solo la sezione II intitolata « *Dei collaboratori dell'imprenditore* », e la sezione III, intitolata « *Del rapporto di lavoro* ». Ma non anche la sezione I, intitolata « *Dell'imprenditore* ». Però, questa limitazione è presto caduta: già nella riscrittura di tale art. 2, operata dal secondo dei decreti correttivi del medesimo anno, ossia dall'art. 2 del d.lgs. 23 dicembre 1993, n. 546. Da allora, dunque, l'amministrazione, dovremmo dedurne, non è più solo un soggetto pubblico che gestisce i suoi rapporti di impiego con la sua capacità di diritto privato. È diventata, parrebbe, un vero e proprio imprenditore, almeno nei confronti di tali rapporti.

Vorrei permettermi di dire che mi sembra proprio una aberrazione.