

ISSN 1720-4526

Diritto amministrativo

RIVISTA TRIMESTRALE

Giuffrè editore · Milano

1/2003

ANNO XI - FASCICOLO 1 - 2003

Sped. in a.p. - 45% - art. 2 comma 20/b
legge 662/96 - Filiale di Varese

In questo numero:

**Validità, efficacia e
disapplicabilità del provvedimento**

ROBERTO CAVALLO PERIN

LE RAGIONI DI UN DIRITTO INEGUALE E LE PECULIARITÀ DEL RAPPORTO DI LAVORO CON LE AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE

SOMMARIO: 1. Il tradizionale rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni. — 2. Il contratto degli individui con le organizzazioni che esercitano un'attività a carattere professionale. — 3. Il « diritto degli ineguali » e le peculiarità dei rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni. — 4. L'evoluzione delle ragioni di un diritto ineguale verso le pubbliche amministrazioni.

1. Il sostantivo lavoro — che contraddistingue anche il titolo di queste breve trattazione (1) — indica il particolare rapporto giuridico che una persona può instaurare con le amministrazioni pubbliche.

È noto che le classificazioni tradizionali di diritto amministrativo individuano i rapporti che una persona fisica può instaurare con le pubbliche amministrazioni distinguendo, nel genere « rapporto di servizio », quello coattivo da quello volontario, articolando quest'ultimo in onorario o in professionale, il quale è differenziato ancora in rapporto di lavoro autonomo o subordinato (o dipendente) (2).

Normalmente distinto nelle trattazioni è il rapporto di servizio che un'organizzazione di servizi instaura con una pubblica ammi-

(1) Intervento al Seminario *Il lavoro tra pubblico e privato* (Torino 21 giugno 2000); il testo, corredato di note, è ora pubblicato.

(2) Per tutti F.G. SCOCA, *I modelli organizzativi*, in *Diritto amministrativo*, vol. I, a cura di Mazzaroli, Pericu, Romano, Roversi Monaco, Scoca, Monduzzi, 2001, 568-570; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1984, 243 e s.; P. VIRGA, *Diritto amministrativo, I principi*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2001, 98-99.

nistrazione, sia esso un appalto o una concessione di servizi, ovvero con carattere non professionale le prestazioni erogate dalle « associazioni di volontariato », più di recente i rapporti con le società di lavoro temporaneo (o interinale) (3).

La denominazione « pubblico impiego » ha contraddistinto nel tempo i rapporti di lavoro subordinato con le pubbliche amministrazioni utili alla relativa organizzazione per adempiere ai suoi compiti istituzionali: l'esercizio delle funzioni e l'erogazione di servizi pubblici.

La qualificazione « pubblico » non ha avuto il significato di individuare il lavoro subordinato con un soggetto pubblico (appunto la pubblica amministrazione) (4), ma piuttosto è valso a ricordare che tale rapporto giuridico di lavoro era disciplinato dal diritto amministrativo; più di recente si evidenzia comunque una disciplina che segna una deroga al codice civile (5).

Si ritiene comunemente che il XX secolo abbia aperto e chiuso l'epoca pubblica: cioè quella della disciplina di diritto amministrativo dei rapporti di lavoro subordinato con la pubblica amministrazione, in particolare dei rapporti che ad inizio secolo sono stati sottratti alla disciplina contrattuale, di cui gli esempi più significativi sono offerti dalle concessioni di beni e servizi e — appunto — dal pubblico impiego (6).

Si intende, o sottende, che il XX secolo abbia aperto e chiuso l'epoca « autoritativa » della pubblica amministrazione, l'epoca

(3) Per tutti: P. ICHINO, *Il diritto del lavoro ed i confini dell'impresa*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1999, 203 s.; ID., *Il lavoro interinale e gli altri varchi nel « muro » del divieto di interposizione*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1997, 503 s.

(4) G. PACINOTTI, *Contributo alla determinazione della natura giuridica del rapporto intercedente tra lo Stato o tra un'altra pubblica amministrazione e gli impiegati suoi*, Firenze, 1899, (con titolo in parte diverso, in *Riv. it. sc. giur.*, 1900) 27; ID., *L'impiego nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 1907.

(5) Si vedano: l. 12 giugno 1990, n. 146; d.lg. 3 febbraio 1993, n. 29; d.lg. 31 marzo 1998, n. 80, infine d.lg. 30 marzo 2001, n. 165, art. 2, c. II.

(6) Per tutti: Santi ROMANO, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, in *Giur. it.*, 1898, IV, 238 s.; E. PRESUTTI, *Lo Stato parlamentare e i suoi impiegati amministrativi*, Napoli, 1899. Non a caso per molto tempo le due ipotesi più rilevanti di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; sulla vicenda storica del pubblico impiego: S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, Cedam, 2000, 159 e s., spec. 239 e 258.

dei rapporti non paritari con i lavoratori subordinati e con le imprese concessionarie.

Il sillogismo si conclude normalmente ritenendo che l'affermazione del contratto e della sua disciplina (il diritto civile) segni l'avvenuta evoluzione di una « democrazia matura », di un rapporto paritario, dunque di un'emancipazione del suddito nei confronti dell'amministrazione pubblica; reciprocamente il declino dell'atto amministrativo e della sua disciplina (il diritto amministrativo) il recente passato autoritario che è bene avere superato.

2. Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare, o estinguere *tra loro* un rapporto giuridico *patrimoniale* (art. 1321 c.c.), senonché occorre riconoscere che il mito del contratto, come accordo tra soggetti *pari ordinati*, non è mai stato seriamente affermato neanche nel diritto *privato* del lavoro, al contrario la disuguaglianza dei due soggetti del rapporto è stato il fondamento, o se si preferisce il paradigma della disciplina differenziata, o di settore, del diritto del lavoro.

Dalla fine del XX secolo il carattere di un rapporto contrattuale tra pari è generalmente negato — ed assunto a fondamento il suo contrario — anche per ogni rapporto tra consumatori e organizzazioni di impresa (7); più di recente è altresì negato anche

(7) *L'attuazione delle Direttiva 99/44/CEE in Italia e in Europa. La tutela dell'acquirente dei beni di consumo*, a cura di G. CIAN, *Atti del Convegno internazionale dedicato alla memoria di A. Trabucchi - Padova 14-15 settembre 2001 - Padova, Cedam, 2002*; Corte giust. Cee, 24 gennaio 2002, n. 372/99, *Commiss. Ce c. Gov. Italia*, in *Foro it.*, 2002, IV, 317; CASSINIS e FATTORI, *Disciplina antitrust, funzionamento del mercato e interessi dei consumatori*, in *Contratti*, 2001, 416; V. ZENO ZENCOVICH, *Consumatore (tutela del) (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, vol. VIII; *I diritti dei consumatori e degli utenti*, a cura di G. Alpa e V. Levi, Giuffrè, Milano, 2001; G. ALPA, *Ancora sulla definizione di consumatore*, in *Contratti*, 2001, 205; ID., *Commercio elettronico e protezione del consumatore*, in *Mondo bancario*, 2000, 3; ID., *L'applicazione della direttiva sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori: primo bilancio*, in *Ec. e dir. terziario*, 2000, 773; ID., *Il diritto dei consumatori*, Laterza, Roma-Bari, 1999; ID., *La nuova cittadinanza e i diritti dei consumatori e delle "parti deboli"*, in *Rass. forense*, 1999, 777; V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir.*

tra imprenditori (abuso di posizione dominante, termini di pagamento di corrispettivi per forniture alle imprese).

Nel contratto per adesione del consumatore la vera scelta è tra una proposta di un'organizzazione e quella di una concorrente, sempreché sussistano diversità significative (non accordi taciti tra imprese, idonea opera di contrasto delle *authorities*, ecc.) e riconoscibili dall'utente (assenza di asimmetrie informative, idonea opera di contrasto delle istituzioni, o delle associazioni degli utenti, ecc.).

La disciplina di tali contratti è sempre più disciplina della proposta contrattuale che è manifestazione unilaterale della grande organizzazione professionale, che trova limite in norme di legge (imperative), o in accordi quadro (atti generali) con le associazioni degli utenti, di cui i singoli sono i terzi possibili beneficiari, non i contraenti.

La tutela del consumatore non scaturisce dall'assetto dei rapporti giuridici che lo stesso riesce ad ottenere in forza della sua autonomia contrattuale (art. 1322 c.c.), ma è disciplina imposta

privato, 2001, 769; M.R. MORELLI, *I contratti non negoziati*, in *Giust. civ.*, 2001, II, 495; R. QUADRI, *Inefficacia delle clausole vessatorie: problemi di qualificazione e relativi riflessi*, in *Dir. e giur.*, 1999, 36; P. PERLINGIERI, *La tutela del contraente debole nelle negoziazioni immobiliari*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 746; M. RAMAJOLI, *Sistema di asta, concorrenza e regolazione dell'importazione di energia elettrica*, in *Giornale dir. amm.*, 2001, 280; M. BIN, R. FADDA, A. CIATTI, M.G. FALZONE CALVISI, R. CALVO, L. DELOGU, A. PINNA, *Sette voci sulla direttiva comunitaria riguardante le garanzie nella vendita di beni di consumo*, in *Contratto e impr. - Europa*, 2000, 403; *Consumatori, contratti, conflittualità - Diritti individuali, interessi diffusi, mezzi di tutela*, a cura di C. Vacca, Giuffrè, Milano, 2000; R. CAPPUCIO, *Sulla nozione di « consumatore » tra diritto comunitario e nazionale*, in *Nuovo dir.*, 2000, 114; G. DE CRISTOFARO, *Contratti a distanza e norme a tutela del consumatore*, in *Studium juris*, 1999, 1189 e s.; A. ZITO, *Attività amministrativa e rilevanza dell'interesse del consumatore nella disciplina antitrust*, Giappichelli, Torino, 1998; Con riferimento ai servizi pubblici: oltre ai lavori di G. ALPA, *I contratti di utenza pubblica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, II, 107 e s., si vedano di recente: L. MANCINI, *I contratti di utenza pubblica*, in *Dir. amm.*, 2002, 113 s.; A. ORICCHIO, *Tutela del consumatore e servizi pubblici*, Giuffrè, Milano, 2001; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, Cedam, 2001; R. FERRARA, *Le professioni mediche e la tutela degli utenti*, in *Ragiusan*, 2000, 232; ID., voce *Salute (diritto alla)* del *Dig. discipl. pubbl.*, vol. XIII, Torino, 1997, 513; M. RAMAJOLI, *La tutela degli utenti nei servizi pubblici a carattere imprenditoriale*, in *Dir. amm.*, 2000, 383 s.

dalla legge, dal Trattato dell'Unione europea, dalle associazioni dei consumatori a favore dei consumatori, con limitazione dell'autonomia contrattuale delle grandi organizzazioni d'impresa.

La nascita del diritto amministrativo, non è solo — ma sicuramente è anche — la storia della tutela degli amministrati contro l'abuso di un tipo particolare di grandi organizzazioni, appunto le amministrazioni pubbliche, contro le quali la Destra storica si è definitivamente schierata — dall'opposizione — chiedendo con forza le riforme costituzionali approntate con le leggi *crispine* di fine ottocento (8).

Se ciò è vero si può affermare che vi è una storia comune della tutela dell'amministrato, poi del consumatore, più propriamente degli individui e poi delle piccole imprese, prima verso l'amministrazione pubblica, poi verso le grandi organizzazioni d'impresa. Disciplina dei rapporti giuridici tra ineguali, che storicamente si afferma prima verso l'amministrazione, poi nel diritto del lavoro, poi dei consumatori verso le organizzazioni d'impresa, infine delle piccole organizzazioni verso le maggiori.

3. In tale disciplina del diritto delle parti ineguali, che per crasi può dirsi il « diritto degli ineguali », si deve comprendere se riconoscere una peculiarità ai rapporti con la pubblica amministrazione, in particolare al rapporto di lavoro, più in generale di servizio, con l'amministrazione pubblica.

Una prima differenza pare affermarsi nell'attività svolta dall'amministrazione, più esattamente nella natura dei rapporti giuridici che la stessa inevitabilmente pone: il prevalente carattere non patrimoniale, l'inevitabile effetto verso i terzi dei rapporti che la

(8) Anzitutto con la pretesa istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato: S. SPAVENTA, *La politica della destra*, Bari, 1919, 101 e s.; Id., *Discorsi parlamentari*, Roma 1913, 448-460; su cui si vedano: *Le riforme crispine*, a cura di U. Allegretti, Milano, Giuffrè, 1990; G. MELIS, *Il socialismo riformista e la burocrazia nell'età liberale*, in *Studi storici*, XXXIII, 1992, n. 2-3, 285 e s.; B. SORDI, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale*, Milano, Giuffrè, 1985; R. DE FELICE, *Formazione ed evoluzione dello stato giuridico degli impiegati civili dello Stato*, in *Amm. civ.*, 1961, 185; L. MAROTTA, *Stato di diritto e pubblica amministrazione nel pensiero di Silvio Spaventa*, Napoli, 1979, 129 e s.

stessa instaura. Due elementi che sono negati nella definizione di contratto, così come l'abbiamo sinora conosciuta (artt. 1321, 1372 c.c.).

L'elaborazione a fine del XIX inizio del XX secolo di un atto giuridico (detto atto amministrativo) differenziato dal contratto (9) ritrova proprio nel carattere non patrimoniale del rapporto giuridico il suo principale impulso. È evidente nelle concessioni di beni: dalla causa (ragione) patrimoniale (fiscale) di concessione del bene si perviene alla necessità di un fine d'interesse pubblico, che relega il canone ad un indennizzo esattamente rovescio a quello dell'espropriazione, volto a compensare la privazione alla collettività dell'uso generale del bene pubblico (10).

Analogamente nelle concessioni di servizi ove il concessionario si distingue dall'appaltatore proprio perché solo nel primo caso l'imprenditore — che entra in un rapporto di servizio con l'amministrazione — assume lo *status di gestore pubblico*, cioè la diretta legittimazione verso l'utenza di tale posizione, comprensiva dei diritti e degli obblighi del gestore pubblico (11).

(9) Per le concessioni di beni pubblici: G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche e dei corpi morali*, vol. I, Firenze, Casa Ed. Libreria F.lli Cammelli, 1899, cit., vol. I, 365-374; G. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, Firenze, Barbera, 1882, 105 e s.; TIEPOLO, *Le acque pubbliche nella legislazione italiana*, Torino, 1889, 59 e s.; V. SCIALOJA, *Della revocabilità del precario in materia di acque*, in *La Legge*, 1880, III, 226; L. RATTO, *Concessione delle acque pubbliche*, in *La Legge*, 1893, 136 e s. e gli autori *ivi* citati; per una interpretazione della legge abolitrice dei privilegi feudali: Corte di Cassazione di Torino, 23 dicembre 1902, Ferrovie Mediterranee c. Durazzo, in *Giur. torinese*, 1903, 747. Per le concessioni di servizi pubblici si vedano i primi scritti di F. CAMMEO in nota a Corte di Appello di Torino 10 febbraio 1894, De Thierry c. Comune d'Intra, in *Giur. it. (Bettini)*, 1894, I, 2, 504; ID., *Le concessioni per l'illuminazione pubblica*, in *Giur. it. (Bettini)*, 1903, I, 1, 473, ID., nota a Cass. Firenze, 22 dicembre 1902, Comune di Venezia c. Società civile per la Illuminazione a gas di Venezia; ID., *La volontà individuale e i rapporti di diritto pubblico (Contratti di diritto pubblico)*, in *Giur. it. (Bettini)*, 1900, IV, 1; ID., *I monopoli comunali*, in *Arch. giur.*, 1895, vol. LIV, 296; vol. LV, 94, 304, 562; 1896, LVI, 71, 362, 521.

(10) Cfr. G. GIORGI, *op. cit.*, 372.

(11) Si consenta il rinvio a R. CAVALLO PERIN, *Riflessioni sull'oggetto e sugli effetti giuridici della concessione di servizio pubblico*, in *La concessione di pubblico servizio*, a cura di G. Pericu, A. Romano, V. Spagnuolo Vigorita, Atti del convegno di S. Margherita Ligure, 26-27 marzo 1993, Milano, Giuffrè, 1995, 187 e s.; ID., *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, Giappichelli,

È stato evidente altresì nel rapporto di pubblico impiego, ove l'accento non è posto su una prestazione e controprestazione a contenuto patrimoniale, il cui rapporto non è stato descritto come obbligazione di prestazione lavorativa per un corrispettivo in danaro (art. 2094 c.c.), ma si è posta al centro l'assunzione di uno *status* (12), più precisamente di una qualità giuridica che ha consentito di richiamare in chi l'assume una serie di diritti e doveri, non solo verso l'amministrazione di appartenenza, ma anzitutto verso coloro che rispetto al rapporto di servizio sono terzi amministrati, esattamente le posizioni soggettive che l'amministrazione pubblica — cui il dipendente appartiene — ha verso gli amministrati.

La costruzione ha consentito poi di pervenire ad affermare che i doveri o obblighi verso gli utenti non sono solo obbligazioni dell'organizzazione, ma degli stessi impiegati o funzionari pubblici (art. 28 Cost.).

Il carattere non patrimoniale e rapporti con i terzi hanno dunque diversamente configurato, all'inizio del XX secolo, il rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche, per un'essenziale ragione: l'impossibilità di ridurre l'attività delle amministrazioni pubbliche, dunque dei rapporti che le stesse instaurano con altri, ad un contenuto patrimoniale e bilaterale.

Se è vero che l'organizzazione è mezzo al fine (i rapporti con gli amministrati), era parso irrealistico ritenere che i rapporti con le risorse umane che costituiscono l'organizzazione pubblica potessero essere ridotti ad un contenuto meramente patrimoniale, ad un rapporto giuridico concluso tra amministrazione e lavoratore. Di ciò vi era traccia nello stesso corrispettivo, se così si può dire, del pubblico dipendente, che in parte era non patrimoniale, per i benefici e la posizione sociale un tempo riconosciuti al pubblico dipendente. Non a caso in forza dei principi costituzionali enunciati dagli artt. 97 e 98 Cost. si nega « che la valutazione del rapporto

1997, 45 e s. 62 s.; ID., *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, 2000, 41 s.

(12) Santi ROMANO, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, (1898), cit. 238 s.

di impiego sia ridotta alla pura logica del rapporto di scambio » (13).

Vero è che l'elaborazione ricordata sullo *status* dell'impiegato pubblico ha recato con sé altre possibili considerazioni: l'appartenenza organica allo Stato che è datore di lavoro, con la forse troppo facile conseguenza di confermare l'idea di una sussunzione — e dunque negazione — dell'individualità del lavoratore, in particolare della sua posizione socio-economica, infine dei suoi inconciliabili conflitti con il datore di lavoro. Considerazioni che pur tuttavia non si sono tramandate, poiché proprie di un'epoca ormai conclusa, di cui rimangono le soluzioni giuridiche o — se si preferisce — le utili interpretazioni, o attenzioni ai problemi, che appaiono più che mai attuali, che una necessaria mediazione *retorica* del tempo non può offuscare.

Si dirà ancora che — proprio grazie alle riforme degli anni Ottanta e Novanta del XX secolo — si può prescindere da tali costrutti e finalmente dal giudice amministrativo, che di tali principi istituzionali è stato in concreto lo strenuo difensore. Ma anche in materia di giurisdizione valgono analoghe considerazioni.

Non pare infatti che il Consiglio di Stato abbia avuto la forza di affermare una linea interpretativa unicamente per scelta ideologica, o vicinanza istituzionale al Governo — che pure vi sono state — ma anzitutto ciò è stato possibile per l'esistenza di ragioni oggettive, che si sono dette istituzionali, e che perciò si sono imposte nel controllo giurisdizionale del giudice amministrativo, le stesse ragioni che persistendo — ove non altrimenti superate — si rivolgeranno al giudice ordinario, cui ora è stata affidata la giurisdizione in materia (14).

(13) Cons. di Stato, Ad. pl., 18 novembre 1999, n. 22, in *Foro it.*, 2000, III, 13, in materia di mansioni superiori.

(14) Corte cost., 23 luglio 2001, n. 275, che respinge la questione di costituzionalità con riferimento all'art. 103, c. I, Cost.; Cass., sez. un., 4 febbraio 2000, n. 41, in *Lav. pubbl. amm.*, 2000, 307; per tutti da ultimo F. M. CANEVARI, *Privatizzazione del pubblico impiego e giurisdizione del giudice ordinario*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2001, 764-765; EVANGELISTA, *Le controversie in materia di pubblico impiego*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale, - Il lavoro privato e pubblico*, a cura di G. Santoro Passarelli, Milano, 2000, 1752 e s.; F. ROSSELLI, *Giurisdizione ordinaria e riforma del lavoro pubblico: prime questioni applicative*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2001, 1029 e s.

Un esempio può essere di utilità. Nella disciplina del diritto di sciopero (ma potrebbe sovvenire l'esempio dei concorsi pubblici, delle gare per la scelta del contraente) al limite naturale del mercato (nessuno sciopero può protrarsi sino al punto di provocare il fallimento dell'impresa) — che si afferma per i normali imprenditori privati — si è sostituito nei servizi pubblici essenziali il limite artificiale delle c.d. « procedure di raffreddamento e di conciliazione », prevedendo in legge un potere di rinvio e di precettazione, che correttamente è stato ritenuto inaccettabile nella disciplina di un ordinario rapporto di lavoro con l'imprenditore (15).

Tali limiti esterni ai rapporti di lavoro delle amministrazioni che svolgono attività di servizio a tutela « dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati, alla vita, alla salute, alla libertà e alla sicurezza, alla libertà di circolazione, all'assistenza e previdenza sociale, all'istruzione ed alla libertà di comunicazione » — che appaiono innaturali all'assetto dei rapporti giuridici tra parti di un rapporto di lavoro subordinato di natura patrimoniale — sono stati introdotti nell'evidente interesse dei terzi destinatari del servizio pubblico. Le giuste ragioni dei lavoratori trovano dunque un limite imposto dall'ordinamento giuridico — e non un limite intrinseco (fallimento) al rapporto bilaterale di lavoro — proprio nelle ragioni dei destinatari dell'attività dell'organizzazione cui appartengono: gli amministrati o utenti (16).

(15) L. 12 giugno 1990, n. 146, e s. m. i., art. 2, c. II, art. 8, c. II. Sulla disciplina del diritto di sciopero nei servizi essenziali da ultimo: G. SANTORO PASSARELLI, *Prime questioni in tema di sciopero nei servizi essenziali dopo la novella dell'11 aprile 2000*, n. 83, in *Argomenti dir. lav.*, 2001, 193; V. SPEZIALE, *La « nuova » precettazione e lo sciopero nei servizi essenziali: una svolta autoritaria?*, in *Riv. giur. lav.*, 2001, I, 19; L. NOGLER, *Proteste collettive dei lavoratori autonomi nei servizi essenziali: una disciplina con due anime?*, in *Quaderni dir. lav. relazioni ind.*, 2001, 87; *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali - Legge n. 146/1990 (modificata dalla l. n. 83/2000)*, a cura di P. Pascucci, E. Ales, E. Gragnoli, C. La Macchia, G. Orlandini, A. Pilati, Ipsoa, Milano, 2000; P. PASCUCCI, *Tecniche regolative dello sciopero nei servizi essenziali*, Giappichelli, Torino, 2000; F. SANTONI, *A proposito di un recente libro sulle tecniche regolative dello sciopero nei servizi essenziali*, in *Riv. giur. lav.*, 2000, I, 397.

(16) Cfr. R. FERRARA, *Contributo alla studio della tutela del consumatore*.

4. L'idea non è certo quella di un ritorno al passato, né si vuole tentare di affievolire la tutela dei lavoratori subordinati nel pubblico impiego, cui si appartiene. Si vogliono piuttosto ricordare i limiti istituzionali, non eludibili, di un rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche, dai quali non può non ripartire l'analisi sul contratto di lavoro con le pubbliche amministrazioni, tentando di delineare nuove soluzioni — anche di tutela del dipendente pubblico —, che non sono certo state assicurate con il mutamento del titolo giuridico del rapporto di lavoro (da atto unilaterale a contratto).

Non si tratta tanto di negare ciò che pare insuperabile in un rapporto di lavoro subordinato — la disuguaglianza delle parti che stipulano il contratto, tra datore di lavoro e pubblica amministrazione — quanto piuttosto di riconoscere che i principi di un diritto del lavoro verso le pubbliche amministrazioni non sono, né possono essere, quelli tradizionalmente elaborati dal diritto del lavoro nell'impresa, anche e soprattutto ove si intenda offrire un'effettiva tutela al dipendente pubblico.

Differenze che permangono marcate: talvolta di sfavore per il lavoratore (es. limitazione del diritto di sciopero, disciplina sul divieto di cumulo di impieghi e sulle incompatibilità: art. 98, c. I, Cost.), ma che in altre si affermano a migliore tutela di quest'ultimo, a partire dai principi costituzionali (17) che presiedono all'instaurazione del rapporto di lavoro subordinato e alle promozioni « di carriera » (art. 97, c. II, Cost.) (18), alla più generale attuazione dell'imparzialità nell'organizzazione degli uffici pubblici (art. 97, c. I, Cost.), alle garanzie contro i trasferimenti ingiustificati, in genere al dovere istituzionale di motivazione (19) e traspa-

Profili pubblicistici, Milano, Giuffrè, 1983; Id., voce *Salute (diritto alla)*, del *Dig. discipl. pubbl.*, vol. XIII, Torino, 1997, 513.

(17) Si consenta il rinvio R. CAVALLO PERIN, *Pubblico concorso e professionalità dei dipendenti pubblici: un diritto dei cittadini*, in *Foro amm.*, 2002, 62 e s.

(18) Il principio del pubblico concorso: art. 97, c. II; quello di accesso ai pubblici uffici in condizioni di uguaglianza: art. 51, Cost.; la disciplina sui rapporti con gli organi politici che esclude un potere gerarchico verso i dipendenti: art. 98, c. III, Cost., d.lg. n. 165 del 2001, art. 4.

(19) Sulla motivazione degli atti amministrativi, da ultimo si vedano: G.

renza degli atti dell'amministrazione (l. 7 agosto 1990, n. 241, artt. 3 e 22 e s.).

Dovere di motivazione che certo stupisce vedere taluno revocare in dubbio per gli atti di gestione del « personale » (20), nonostante la ridondanza dell'art. 3, l. n. 241 del 1990, cit., (« Ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento di pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato... »), ma soprattutto dimenticando che la motivazione è conquista risalente, che si colloca tra i primi strumenti giuridici di limitazione del potere pubblico.

Obbligo o dovere di motivazione che, stante il carattere pubblico del datore di lavoro, non può subire deroghe ad opera di leggi ordinarie, perché si afferma storicamente come principio istituzionale della nostra amministrazione pubblica, della cui evoluzione la scienza del diritto amministrativo ha in tal caso unicamente dato conto; obbligo di motivazione che occorre riconoscere

CORSO, *Motivazione dell'atto amministrativo*, in *Encicl. dir.*, Aggiornamento-V, Giuffrè, Milano, 2001, 774 s.; D. U. GALETTA, *La motivazione dell'atto amministrativo*, Cedam, Padova, 2001; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione nel diritto amministrativo*, in *Digesto pubbl.*, Appendice, Utet, Torino, 1997, vol. XIII; Id., *La motivazione dei giudizi di esame davanti alla corte costituzionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 352; A. SANDULLI, *La motivazione del provvedimento nei pubblici concorsi ed il sindacato di costituzionalità del diritto vivente*, in *Giur. cost.*, 2000, 3662; G. BERGONZINI, *Difetto di motivazione del provvedimento amministrativo ed eccesso di potere*, in *Dir. ammin.*, 2000, 181; R. SCARCIGLIA, *La motivazione dell'atto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1999; V. ANGIOLINI, *Sulla motivazione c.d. « implicita » degli atti amministrativi*, in *Studium iuris*, 1998, 363; E. CANNADA BARTOLI, *In tema di motivazione di atti a contenuto generale*, in *Foro amm.*, 1995, 1090; V. MAZZARELLI, *Motivazione (motivazione dell'atto amministrativo)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, vol. XX; A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Giuffrè, Milano, 1987.

(20) A favore della motivazione: ZOLI, *Subordinazione e poteri del datore di lavoro: privato e pubblico a confronto*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 407. Contrari al dovere di motivazione degli atti di gestione del rapporto di lavoro, sulla scorta che non si tratti più di provvedimenti e di legge anteriore alla c. d. privatizzazione del pubblico impiego: P. SORDI, *Il licenziamento del dipendente pubblico*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2001, 296; LISO, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, a cura di Carinci e D'Antona, Milano, 2000, 239; VIOLA, *Privatizzazione del pubblico impiego e procedimento amministrativo*, in *Foro amm.*, 1996, 3140; CORPACI, *La fase transitoria. Il nuovo quadro normativo sul pubblico impiego*, in *Foro it.*, 1995, V, 46.

non ha certo avuto uguale sviluppo nel diritto del lavoro nell'impresa (21).

Dal diritto comune degli ineguali — in cui il diritto amministrativo, il diritto del lavoro, il diritto dei consumatori e parte del più recente diritto dell'impresa si sono succeduti ed accompagnati nell'elaborazione degli istituti giuridici di tutela del soggetto debole del rapporto giuridico — si è pervenuti al diritto necessariamente ineguale (*rectius*: in deroga) dei rapporti di lavoro con l'amministrazione pubblica. Superati gli entusiasmi di una vulgata che vuole i soggetti del rapporto divenuti tra loro pari ordinati, è infatti ora possibile immaginare che la via contrattuale non riesca a reggere il peso dei rapporti che l'amministrazione pubblica non può non instaurare (22).

Si ripropone così di necessità la rilettura dei principi istituzionali dell'amministrazione pubblica nel nuovo contesto dettato dalla « contrattualizzazione » del pubblico impiego, con rielaborazione di una disciplina giuridica che, al di là del titolo — che senza dubbio permarrà contrattuale — ed oltre la comunanza, assuma come proprie le peculiarità che la distinguono senz'altro dal contratto di lavoro con l'imprenditore.

Imprenditore che, per non trattare d'altro, è soggetto a fallimento, può optare e scegliere di svolgere l'attività economica per esso più remunerativa, nel luogo più conveniente per i propri affari, ecc., cessandola quando ritenga di non doverla più prose-

(21) Da ultimo si veda: *I poteri del datore di lavoro nell'impresa*, Atti del convegno di Studi - Venezia 12 aprile 2002 - a cura di G. ZILIO GRANDI, Padova, Cedam, 2002; nega l'applicazione del principio di parità di trattamento nel rapporto di lavoro nell'impresa Cass. Sez. un., 17 maggio 1996, 4570, con commento di S. BATTINI, *Autonomia negoziale e parità di trattamento nel lavoro pubblico e privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 1996, II, 1035.

(22) Non solo le pubbliche amministrazioni, ma molte altre organizzazioni la cui attività non abbia un prevalente carattere patrimoniale, come le associazioni a fini sociali, i sindacati, i partiti: per un'interessante analisi sulla disciplina sul rapporto di lavoro di diritto privato, ma fuori dall'impresa: F. BANO, *Il lavoro senza mercato. Le prestazioni di lavoro nelle organizzazioni no profit*, Bologna, Il Mulino, 2001; per una diversa prospettazione in ragione dei rapporti tra le fonti (legge ordinaria - contratti collettivi), ma ritenendo la disciplina speciale del d.lg. n. 165 del 2001, inderogabile in senso assoluto: S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro...*, cit., 430 e s. spec. 448.

guire. Imprenditore privato che tuttavia sempre meno può disinteressarsi dei rapporti con la moltitudine degli utenti cui ha venduto o somministrato un bene, o ancor prima dell'ambiente in cui la relativa produzione si è localizzata.

Tutti caratteri — salvo gli ultimi — normalmente assenti nella disciplina giuridica delle amministrazioni pubbliche, che non possono non influire sulla definizione della *causa giuridica* del rapporto di impiego con la pubblica amministrazione (23), che trova essenziale — ma non esaustiva — definizione direttamente in un principio costituzionale, secondo il quale « I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione » (art. 98, c. III, Cost.).

Indirettamente, rispetto al ragionamento qui condotto, assume rilievo l'esperienza storica della pubblica amministrazione, la cui vicenda indica che ogni cosa, o attività, quanto più assume carattere ultraindividuale tanto più legittima la collettività di riferimento a sindacare la destinazione, l'uso, ecc., che della stessa hanno disposto gli amministratori (24).

Verso l'amministrazione pubblica il rapporto del lavoratore non solo è ineguale (in deroga) perché s'instaura con una grande organizzazione a carattere professionale, ma poiché emerge inevitabilmente il rapporto con i « cittadini » (25). Anzitutto si configura il rapporto, che essenzialmente non ha carattere patrimoniale, con coloro che sono i destinatari dell'attività dell'amministrazione (che sono terzi estranei rispetto al contratto di lavoro); poi assume rilievo — seppure indirettamente — il rapporto con i contribuenti, le cui prestazioni imposte (art. 23 Cost.) forniscono la « provvista » di finanza pubblica (art. 81, u.c., Cost.).

Vi è piuttosto da chiedersi se anche solo taluni degli accennati caratteri del pubblico impiego, che ben inteso non riguarda qualsiasi rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni, non

(23) In tal senso: Cons. di Stato, Ad. pl., 18 novembre 1999, n. 22, cit.

(24) Ciò può spiegare perché il finanziamento pubblico di un'attività privata sottopone in molti casi quest'ultima alla disciplina pubblica: cfr. Direttiva m. 93/37/CEE del Consiglio 14 giugno 1993, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, art. 2, c. II; vedi anche l. 7 agosto 1990, n. 241, art. 23.

(25) Cfr. S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro...*, cit., spec. 743, 745-746.

dovrà estendersi anche ad organizzazioni che, seppure non pubbliche, abbisognino di funzionari, cioè di coloro che svolgono un'attività nell'interesse altrui (funzione), ove, dal punto di vista del lavoratore, l'altrui non è il datore di lavoro, ma i destinatari dell'attività svolta dall'organizzazione, non importa più se pubblica o privata (26).

(26) F. BANO, *Il lavoro senza mercato*, cit., 17, 25, 78, 275.