

Il divieto di pantouflage nelle aziende sanitarie

S. Simonetti (www.ilpersonale.it 15/7/2015)

Nell'ambito delle disposizioni introdotte dalla legge n. 190 del 2012 per prevenire la corruzione e l'illegalità se ne può rilevare una di particolare complessità che è importata dal mondo della *governance* delle imprese private. Si tratta dell'art. 1, comma 42, che modifica ed integra l'art. 53 del d.lgs. n. 165/2001, introducendo il comma 16-ter. Il comportamento vietato riguarda, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, una attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della ex amministrazione di appartenenza: è il cosiddetto *pantouflage* o *revolving doors* (il termine inglese consente senz'altro una maggiore rappresentazione figurativa del fenomeno). La *ratio* della norma è volta al tentativo di ridurre il rischio di situazioni di corruzione connesse all'impiego del dipendente successivo alla cessazione del rapporto di lavoro. Si intende evitare che durante il periodo di servizio il dipendente possa preconstituirsì delle situazioni lavorative vantaggiose sfruttando la sua posizione e il suo potere all'interno dell'amministrazione per ottenere un lavoro con l'impresa o il soggetto privato con cui entra in contatto. Non si tratta di altro che di un particolare patto di non concorrenza che viene presuntivamente definito a tutela del principio di imparzialità sancito dall'art. 97 della Costituzione. Nell'ordinamento del pubblico impiego contrattualizzato si tratta di una novità assoluta anche se alcune anticipazioni di contenuto analogo si avevano avute con la legge n. 135/2012 (la cosiddetta *spending review*) che all'art. 5, comma 9, vietava di conferire incarichi di studio e consulenza ad un pubblico dipendente cessato dal rapporto che nel corso dell'ultimo anno di servizio avesse svolto funzioni e attività corrispondenti a quelle oggetto dello stesso incarico da conferire. In tema di divieti postumi, in ogni caso, già da quasi vent'anni è vietato conferire incarichi ad un pubblico dipendente dopo la cessazione volontaria dal rapporto da parte delle amministrazioni con le quali ha avuto rapporti negli ultimi cinque anni (art. 25 della legge n. 724/1994). Come detto, riguardo a quello introdotto dalla legge 190 si tratta di un vero e proprio patto di non concorrenza – disciplinato nel rapporto di lavoro subordinato dall'art. 2125 c.c. - che viene imposto per legge all'ex dipendente pubblico. Le differenze sono però notevoli in quanto il patto civilistico è definito nullo dal codice civile se “*non è pattuito un corrispettivo a favore del prestatore di lavoro*”, mentre al nuovo divieto non è correlata alcuna conseguenza economica a ristoro dell'interessato. Si potrebbe argomentare che la scelta del legislatore discende direttamente dagli artt. 97 e 98 della Costituzione e non implica necessariamente il rispetto dell'art. 2125. Se così fosse, peraltro, si nutrirebbero molti dubbi sulla costituzionalità della norma anche perché verrebbe imposto un divieto a chi “pubblico impiegato” non lo è più. Che la matrice della norma sia civilistica lo conferma d'altronde la stessa ANAC (all'epoca ancora CIVIT) laddove nel Piano Nazionale Anticorruzione - predisposto in realtà dalla Funzione pubblica - indica che “*nei contratti di assunzione del personale sia inserita la clausola che prevede il divieto di prestare ...*” (pag. 43, paragrafo 3.1.9). Ritengo che inserire una clausola di tal genere nel contratto individuale di assunzione senza valorizzazione economica non possa sfuggire alla declaratoria di nullità sancita dallo stesso art. 2125. Per cui: o la fonte del divieto è legale ed esso discende direttamente dal comma 16-ter senza interpolazioni contrattuali – con forti dubbi di costituzionalità – o va riportata nell'ambito del diritto comune e dell'art. 2125 con la manifesta nullità per la mancata previsione di un compenso economico. Un altro aspetto singolare è che nei confronti dell'ex dipendente non vi sono in pratica sanzioni (sarebbe peraltro impossibile, essendo appunto un ex dipendente) e l'effetto deterrente è costituito dalla dichiarazione di nullità dei contratti conclusi e degli incarichi conferiti in violazione del comma. Si ha ragione di credere che i “contratti conclusi” siano quelli tra l'ex dipendente e il fornitore e non certamente quelli tra quest'ultimo e la amministrazione.

Un'altra riflessione sorge spontanea, oltre a quella della non valorizzazione economica. Si tratta del periodo di interdizione che, quantificato in tre anni, va ben oltre la prassi consolidata nel mondo dell'impresa privata. In recenti casi di grande rilievo mediatico (l'ex ministro Grilli e l'ex presidente della Ferrari) è stato sottolineato che i due personaggi – infinitamente più autorevoli di un economo di una azienda sanitaria - possono passare alla “concorrenza” dopo un periodo di un anno/un anno e mezzo dalla cessazione dell'incarico.

A completamento del quadro normativo va detto che questo nuovo comma 16-ter si applica a tutto il personale contrattualizzato, per cui non riguarda il personale cosiddetto di diritto pubblico (Magistrati, Avvocati dello Stato, Militari e forze dell'ordine, Vigili del fuoco, Carriera diplomatica e prefettizia, Docenti universitari). Due aspetti hanno recentemente assunto una specifica rilevanza: l'esatta individuazione dei destinatari del divieto sia dal punto di vista della peculiarità delle attività esercitate sia dal punto di vista temporale. Cominciamo con quest'ultima perché sul sito dell'ANAC è comparsa una FAQ che desta molte perplessità. Si tratta della retroattività o meno della norma limitativa. A tale proposito l'Autorità, nella sezione Anticorruzione quesito 2.6, afferma testualmente che il divieto "non si applica nei confronti dei dipendenti assunti prima dell'entrata in vigore della citata legge". In altre parole più di tre milioni di dipendenti pubblici contrattualizzati (senza contare quelli in regime di diritto pubblico) escono indenni da una interdizione che costituiva senz'altro una delle maggiori caratterizzazioni della legge. È singolare che nel quesito immediatamente precedente la risposta era stata diametralmente opposta nel senso dell'applicabilità dell'art. 35-bis anche agli incarichi conferiti prima del 28 novembre 2012. Credo che le conclusioni cui è pervenuta l'Autorità costituiscano una fuorviante applicazione del principio *tempus regit actum*. È difficile ritenere che "fare concorrenza" alla propria ex amministrazione possa essere considerato un diritto quesito ormai intangibile e che non sia scalfito dalla successione delle leggi nel tempo. Le intenzioni del legislatore (non ci dimentichiamo cosa è enunciato nel titolo stesso della legge) e la circostanza che la norma attualmente si applicherebbe a poche decine di soggetti suggeriscono che l'interpretazione più corretta sarebbe probabilmente quella che il divieto non si applica nei confronti di chi è cessato dal rapporto di lavoro prima della entrata in vigore della legge n. 190/2012 e, conseguentemente, ai contratti con ditte fornitrici già sottoscritti alla data medesima. L'altro aspetto di cui si diceva sopra concerne i diretti interessati del divieto perché non vengono colpiti tutti indistintamente ma soltanto coloro che "negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni". Naturalmente il nocciolo della questione è l'interpretazione della locuzione "potere autoritativo o negoziale". A tale scopo non troviamo supporto nelle circolari della Funzione pubblica né in specifici FAQ dell'ANAC e il tema non viene affrontato – per la specificità del S.s.n. - nemmeno dall'Intesa in Conferenza Unificata del 24 luglio 2013, per cui dobbiamo ricorrere al diritto positivo per cercare di comprendere il contenuto di tale "potere". La norma che più si presta a definire la questione è la declaratoria della figura del pubblico ufficiale secondo l'art. 357 del cp. Infatti nel testo della norma si legge *"agli stessi effetti è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi, e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi"*. Riguardo alla natura e ai contenuti del potere autoritativo, secondo la giurisprudenza tale non è soltanto quello coercitivo, ma vi rientrano tutte le attività che sono comunque esplicazione di un potere discrezionale nei confronti di un soggetto che si trova su di un piano non paritetico rispetto alla pubblica amministrazione. Meno difficoltà comporta l'interpretazione della parola "negoziale" da porre in relazione alle attività disciplinate dal Codice degli appalti e a quelle di diritto comune dopo la contrattualizzazione del rapporto di lavoro. In conclusione l'esercizio di "poteri autoritativi" dovrebbe coincidere con la nozione stessa del pubblico ufficiale lasciando così esclusi coloro che rivestono la posizione di incaricato di pubblico servizio. Resta in ogni caso arduo calare la declaratoria del comma 16-ter nel contesto del Servizio sanitario nazionale, soprattutto nei confronti del personale medico e sanitario in generale.