

Quaderno della Rivista
Diritti Lavori Mercati

Mezzo secolo
dallo Statuto dei lavoratori
Politiche del diritto e cultura giuridica
II

a cura di

MARCO ESPOSITO, VINCENZO LUCIANI, ANTONELLO ZOPPOLI

Editoriale Scientifica

Il volume viene pubblicato con il contributo dei Dipartimenti: di Giurisprudenza dell'Università di Napoli Federico II, di Giurisprudenza dell'Università Parthenope di Napoli, di Giurisprudenza e di Scienze Politiche "Jean Monnet" dell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli", di Scienze economiche e Statistiche dell'Università di Salerno.

© Copyright maggio 2021

Editoriale Scientifica s.r.l.
Via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napoli

ISBN 979-12-5976-066-1

ISSN 1722-7666

indice

presentazione dei curatori

- 13 MARCO ESPOSITO, VINCENZO LUCIANI, ANTONELLO ZOPPOLI

sezione prima

La disciplina dei licenziamenti dentro e fuori lo Statuto

- 17 VINCENZO LUCIANI
Il licenziamento individuale a cinquant'anni dallo Statuto: cosa resta della tutela reale
- 31 LUCA CALCATERRA
Dell'irresistibile soggettività del giustificato motivo oggettivo di licenziamento (ovvero le ambiguità interpretative di una nozione anfibia)
- 49 MARIA TERESA CARINCI
Il licenziamento per ragioni soggettive dentro e fuori lo Statuto dei lavoratori: un disegno incompiuto
- 65 CHIARA DE FRANCO
L'onere della prova nei licenziamenti individuali dopo la riforma Fornero e il Jobs act, uno slittamento consapevole?
- 83 GIOVANNI ORLANDINI
L'art. 24 della Carta sociale europea e i possibili effetti della decisione del Comitato europeo dei diritti sociali "Cgil v. Italy" sulla disciplina del licenziamento
- 103 PAOLA SARACINI
La disciplina dei licenziamenti dentro e fuori lo Statuto: la riforma dell'apparato sanzionatorio, oggi
- 115 ROSA CASILLO
Tutela della dignità e art. 18 dello Statuto dei lavoratori
- 125 ALESSANDRO DI CASOLA
Il licenziamento illegittimo: effettività delle tutele e processo

- 133 MARIO QUARANTA
Il nuovo tabù ai tempi del Covid: dallo Statuto dei lavoratori al blocco dei licenziamenti
- 143 MARIA TERESA SALIMBENI
Una proposta di disarticolazione dell'obbligo di repaceage
- 151 IRENE ZOPPOLI
La cultura giuridica in tema di licenziamento nullo e discriminatorio: confini e potenzialità
- 159 RAFFAELE DE LUCA TAMAJO
I licenziamenti individuali tra resistenze ideologiche e incertezze interpretative

sezione seconda

Il contratto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni: dallo Statuto alla riforma Madia

- 163 ANTONELLO ZOPPOLI
Filosofia dello Statuto dei lavoratori, contratto di lavoro e organizzazione nelle pubbliche amministrazioni
- 173 ANTONELLA OCCHINO
Storia di una privatizzazione, a cinquant'anni dall'art. 37 dello Statuto
- 183 FRANCA BORGOGELLI
Le prerogative del datore di lavoro pubblico: l'eloquente caso delle sanzioni disciplinari
- 201 LUIGI FIORILLO
Tutela delle mansioni e professionalità: un bilancio dopo mezzo secolo
- 221 VITO PINTO
La tutela reintegratoria per i dipendenti pubblici e le sue ragioni costituzionali
- 245 EMILIA D'AVINO
I profili di specialità del reclutamento presso le società partecipate
- 251 MARIAGRAZIA MILITELLO
Il licenziamento tra tipizzazione e proporzionalità
- 259 GABRIELLA NICOSIA
Potere datoriale pubblico, lezione dello Statuto e management umanistico nello smart working post-emergenziale

- 269 GIULIO QUADRI
Lo smart working tra esigenze organizzative e tutela della persona del lavoratore pubblico
- 277 MARCO TUFO
Il whistleblowing nel lavoro pubblico: dal progetto statutario alla normativa “pubblicistica” anti-retaliation
- 283 CARLO ZOLI
Il contratto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni: dallo Statuto dei lavoratori alla riforma Madia e oltre

sezione terza

Statuto, conflitto e relazioni sindacali nel settore pubblico, oggi

- 305 BRUNO CARUSO
Statuto, conflitto, relazioni sindacali e organizzazione del lavoro nel settore pubblico, oggi
- 325 ANTONIO DI STASI
Categoria e rappresentatività nel pubblico impiego
- 335 ADRIANA TOPO
Dinamismo/istituzionalizzazione della contrattazione collettiva pubblica ed “efficienza” del contratto integrativo
- 349 MARCO ESPOSITO
Conflitto e condotta antisindacale nella pubblica amministrazione
- 359 SANDRO MAINARDI
Le relazioni sindacali nelle società a controllo pubblico
- 375 CARMINE RUSSO
Formazioni sociali e partecipazione nell’organizzazione dei servizi pubblici
- 383 CARLA SPINELLI
La prospettiva “digitale” delle relazioni sindacali nelle pubbliche amministrazioni
- 389 PAOLA BOZZAO
Sindacato e previdenza complementare nel pubblico impiego
- 395 GIUSEPPE GENTILE
Autonomia collettiva e flessibilità del lavoro pubblico alla prova dei rinnovi contrattuali

- 405 GIOVANNI CALVELLINI
La libertà di associazione sindacale dei militari: presente e prospettive per il futuro
- 411 ANTONIO VISCOMI
Le riforme della pubblica amministrazione: brevi annotazioni
- 419 *Notizie sugli autori*
- 423 *Abbreviazioni*

table of contents

foreword

- 13 MARCO ESPOSITO, VINCENZO LUCIANI, ANTONELLO ZOPPOLI

section I

The regulation of dismissals in and out of the Statute

- 17 VINCENZO LUCIANI
Individual Dismissals Fifty Years after the Workers' Statute: What Remains of the Effective Protection
- 31 LUCA CALCATERRA
The Irresistible Subjectivity of the Justified Objective Reason for Dismissals (or the Interpretative Ambiguities of an Amphibious Notion)
- 49 MARIA TERESA CARINCI
The Dismissals for Subjective Reasons Inside and Outside the Workers' Statute: an Unfinished Plan
- 65 CHIARA DE FRANCO
The Burden of Proof in Individual Dismissals after the Fornero Reform and Jobs Act, a Conscious Slippage?
- 83 GIOVANNI ORLANDINI
Article 24 of the European Social Charter and the Possible Effects of the Decision of the European Committee of Social Rights 'Cgil v Italy' on the Discipline of Dismissals
- 103 PAOLA SARACINI
The Discipline of Dismissals Inside and Outside the Workers' Statute: the Reform of the Sanctioning System, Today
- 115 ROSA CASILLO
Protection of Dignity and Article 18 of the Workers' Statute

- 125 ALESSANDRO DI CASOLA
Illegitimate Dismissals: Effectiveness of Safeguards and Trial
- 133 MARIO QUARANTA
The New Taboo in Times of Covid: from Workers' Statute to Block of Dismissals
- 143 MARIA TERESA SALIMBENI
A Proposal to Disarticulate the Obligation to 'Repechage'
- 151 IRENE ZOPPOLI
Legal Culture in Terms of Null and Discriminatory Dismissals: Boundaries and Potential
- 159 RAFFAELE DE LUCA TAMAJO
Individual Dismissals among Ideological Resistances and Interpretative Uncertainties

section II

The Contract of Employment in Public Administration: from the Workers' Statute to the Madia Reform

- 163 ANTONELLO ZOPPOLI
Philosophy of the Workers' Statute, Contract of Employment and Organization in Public administration
- 173 ANTONELLA OCCHINO
History of a Privatization, Fifty Years after Article 37 of the Workers' Statute
- 183 FRANCA BORGOGELLI
The Prerogatives of the Public Employer: the Eloquent Case of the Disciplinary Sanctions
- 201 LUIGI FIORILLO
Protection of Duties and Professionalism: an Assessment after Half a Century
- 221 VITO PINTO
The Reintegration Protection for Public Employees and its Constitutional Reasons
- 245 EMILIA D'AVINO
The Profiles of Speciality of the Recruitment in the State-owned Companies
- 251 MARIAGRAZIA MILITELLO
Dismissals between Typification and Proportionality

- 259 GABRIELLA NICOSIA
Public Managerial Prerogatives, Lesson of the Workers' Statute and Humanistic Management in Post-emergency Remote Work
- 269 GIULIO QUADRI
Remote work between Organizational Needs and Protection of the Public Employee
- 277 MARCO TUFO
The Whistleblowing in the Public Sector: From the Statutory Project to the 'Public' Anti-Retaliation Legislation
- 283 CARLO ZOLI
The Contract of Employment in Public Administration: from the Workers' Statute to the Madia Reform and Beyond

section III

Statute, Conflict and Labour Relations in the Public Sector, Today

- 305 BRUNO CARUSO
Statute, Conflict, Trade Union Relations and Labour Organization in the Public Sector, Today
- 325 ANTONIO DI STASI
Sector and Representativeness in the Public Sector
- 335 ADRIANA TOPO
Dynamism/ Institutionalisation of Collective Bargaining in the Public Sector and the Efficiency of the Second-level Agreement
- 349 MARCO ESPOSITO
Conflict and Anti-union Conduct in Public Administration
- 359 SANDRO MAINARDI
Trade Unions Relations in the State-owned Companies
- 375 CARMINE RUSSO
Social Associations and Participation in the Organization of Public Services
- 383 CARLA SPINELLI
The 'Digital' Perspective of Trade Unions Relations in Public Administration
- 389 PAOLA BOZZAO
Trade Unions and Supplementary Pensions in Public Employment

- 395 GIUSEPPE GENTILE
Collective Autonomy and Work Flexibility in the Public Employment as regards the Agreements Renewals
- 405 GIOVANNI CALVELLINI
The Military Forces' Freedom of Association: Present and Prospects
- 411 ANTONIO VISCOMI
Public Administration Reforms: Short Remarks
- 419 *Authors' information*
- 423 *Abbreviations*

Abstracts and keywords of each contribution can be found on the publisher's website (www.editorialescientifica.com)

Marco Esposito, Vincenzo Luciani, Antonello Zoppoli

I. Questo nuovo Quaderno, facendo seguito al Quaderno n. 8, completa la pubblicazione delle relazioni e degli interventi del ciclo di seminari “itineranti” programmato, a inizio 2020, dalla Rivista *Diritti Lavori Mercati* per celebrare il cinquantenario dello “Statuto di lavoratori”. È dedicato alle tematiche dei licenziamenti individuali e del lavoro pubblico (declinato nella prospettiva sia individuale sia collettiva) ed è, anch’esso, concepito e pubblicato in piena pandemia. Mutato è però lo scenario rispetto a quando si sarebbero dovuti svolgere i quattro incontri i cui esiti sono confluiti nel Quaderno n. 8.

In quel periodo (marzo-luglio 2020), pur nel forte disorientamento prodotto dagli effetti del Covid-19, tutto sommato vi era l’illusione che la parentesi pandemica sarebbe stata breve e che, quindi, occorresse rinunciare soltanto ai primi seminari del ciclo, nell’impossibilità di un’organizzazione in presenza destinati necessariamente alla sola “carta stampata”. Diversa, con il ritorno alla normalità, si immaginava la sorte per gli incontri successivi, previsti per ottobre-dicembre 2020. Come si sa, non è andata così.

Già a settembre ci si è resi conto che la pandemia avrebbe avuto vita più lunga e che bisognava adattarsi ai tempi, rassegnandosi a utilizzare il mezzo digitale, peraltro divenuto ormai strumento ordinario di comunicazione; nella certezza che la forzata rivisitazione dell’iniziativa avrebbe precluso soltanto il piacere di stare insieme in presenza, certo parte pure importante del confronto scientifico.

Il Quaderno che presentiamo, pertanto, si pone in continuità con il precedente. Raccoglie, tuttavia, relazioni e interventi che sono stati effettivamente tenuti nell’ambito di tre seminari, svoltisi in modalità a distanza presso l’Università di Salerno e le Università di Napoli Parthenope e Federico II.

L’obiettivo perseguito dai tre incontri è rimasto immutato, come si

evince anche dal titolo (che ricalca quello del Quaderno n. 8), vale a dire ricostruire l'evoluzione della cultura giuridica in materia di lavoro negli ultimi cinquant'anni, ponendo al centro, in questo volume – si diceva –, i licenziamenti individuali e il lavoro pubblico: rispetto ai quali lo Statuto dei lavoratori, per i primi, ha perso nel tempo la centralità che gli era incontestabilmente riconosciuta, almeno fino a un decennio fa, mentre, per il secondo, ha sempre avuto un ruolo relativo e variabile ma senz'altro emblematico.

Entrambe le tematiche risultano indicative della direzione imboccata dal diritto del lavoro: tra gli interrogativi inevitabilmente posti agli autori vi è, *in primis*, la verifica di quale sia, nel quadro normativo vigente, il significato della tutela reale sancita dall'art. 18 dello Statuto e di quale evoluzione abbia avuto il processo di unificazione normativa (tra lavoro pubblico e privato) prefigurato, certo ancora timidamente, dall'art. 37 della legge 300/70.

2. Anche in questo Quaderno lo Statuto ha quindi rappresentato un fondamentale punto di vista. Analizzando le due tematiche a cinquant'anni di distanza, risalta con ancora più evidenza la lunga e tormentata strada percorsa. I cambiamenti non potevano che essere radicali e profondi, perché dal 1970 ad oggi il mondo è cambiato, e solo una legge ben scritta e strutturata poteva resistere – certo mutilata – per decenni, mantenendo comunque una riconosciuta rilevanza nelle relazioni di lavoro, specie per la parte collettiva.

Nella prima sezione viene ripercorsa la parabola della disciplina dei licenziamenti individuali “dentro e fuori” lo Statuto. Si offre uno spaccato ampio e ricco dei profili più importanti del licenziamento individuale, trattando i temi classici del licenziamento disciplinare, discriminatorio ed economico, e non trascurando di leggere le disposizioni interne alla luce anche delle fonti sovranazionali. La centralità del profilo applicativo ha convinto dell'opportunità di ricorrere al contributo di protagonisti del mondo giudiziale, nonché dell'esigenza di esplorare anche i profili sanzionatori e la prospettiva processuale, con un'incursione nella legislazione “pandemica” in tema di licenziamenti.

Nella seconda sezione si passa al lavoro pubblico. Qui il centro del confronto è costituito dalla cd. privatizzazione, con riflessioni concernenti l'estensione, alle pubbliche amministrazioni, del contratto di lavoro, osservato tanto nella struttura quanto in relazione a significativi istituti della disciplina: per entrambi i piani muovendo da eloquenti acquisizioni dello Statuto, in

controleuce ma in tanta parte visibili nel già menzionato art. 37 e ora arricchite alla luce dell'importante e per molti versi problematico cammino riformatore. Nella sezione si riprendono questioni di fondo, come l'effettività della dimensione normativa o il reale assetto degli interessi dei contraenti – nella classica e sempre feconda tensione tra istanza di tutela e rilievo dell'organizzazione, l'una e l'altra contestualizzate –, accanto a cruciali profili regolativi, inerenti sia al versante dei poteri datoriali sia all'estinzione del rapporto. Costante è la cura nell'ancorare la riflessione dottrinale all'indagine del piano fenomenico o, se si preferisce, della concreta attuazione normativa, secondo la migliore impostazione giuridica, particolarmente utile nell'analisi di cambiamenti articolati e complessi.

Nella terza sezione, infine, sono analizzati gli sviluppi specifici dei temi della contrattazione collettiva, della rappresentatività sindacale e dei caratteri del conflitto nel pubblico impiego contrattualizzato; cercando comunque di cogliere anche ulteriori tratti, riguardanti sia il lavoro pubblico non contrattualizzato sia quello privato in ambito, però, semi-pubblicistico. Una riflessione focale – che attraversa pressoché tutti gli interventi – guarda, in particolare, alla centralità degli istituti partecipativi, pur nell'instabilità del quadro normativo di riferimento; ciò nella consapevolezza di un *proprium* reale della funzione sindacale all'interno della *governance* delle amministrazioni pubbliche.

Attraverso molteplici contenuti e punti di vista, le pagine che seguono confermano, da un lato, come lo Statuto segni una fase ben precisa del diritto del lavoro italiano, contraddistinta dalla maturazione di scelte e consapevolezze divenute ormai patrimonio della scienza lavoristica, dall'altro che questo patrimonio tanto più si rivelerà tale quanto meglio riuscirà ad accompagnare gli inevitabili cambiamenti della realtà, rinnovandosi nei contenuti e nelle forme di espressione.

Napoli-Salerno

Aprile 2021

sezione prima

La disciplina dei licenziamenti dentro e fuori lo Statuto

Vincenzo Luciani

Il licenziamento individuale a cinquant'anni dallo Statuto:
cosa resta della tutela reale*

Sommario: **1.** La crucialità della tutela reale negli equilibri del rapporto. **2.** Le cause della marginalizzazione. **3.** Ridimensionamento della tutela reale e compatibilità con i principi costituzionali e con le fonti sovranazionali. **4.** I privilegiati del settore pubblico. **5.** Cosa resta della tutela reale: le occasioni perse.

1. *La crucialità della tutela reale negli equilibri del rapporto*

Le misure che l'ordinamento appresta a protezione del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo sono le uniche, tra quelle che si applicano al contratto di lavoro, a riverberarsi sul complessivo *status* di lavoratore titolare di un rapporto, non solo nel segmento terminale, ma in tutte le fasi di svolgimento, con riflessi sul piano sia individuale sia collettivo¹.

Da un po' di anni ha assunto dimensioni sempre più consistenti, fino a raggiungere portata travolgente, l'idea che le regole sul licenziamento influenzino anche le sorti di chi aspira ad un posto di lavoro subordinato, nel senso che si è ritenuto che le aziende siano propense ad assumere in misura inversamente proporzionale al grado di stabilità di cui godono i lavoratori².

* Destinato agli scritti in onore del Prof. Oronzo Mazzotta.

¹ V. sul punto BALLESTRERO, *I licenziamenti*, FrancoAngeli, 1975; NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, FrancoAngeli, 1979; D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro. L'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, Cedam, 1979. Secondo ROMAGNOLI, *Lo Statuto ha 50 anni!*, in *Quad. DLM*, 2020, p. 51: "è innegabile che la deterrenza della reintegra è in grado di procurare alla parte debole del rapporto di lavoro un notevole margine di sicurezza".

² Tra i primi ICHINO, tra gli altri sull'argomento *Inchiesta sul lavoro*, Mondadori, 2011; ID., *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, Relazione al Convegno Centro studi "D. Napoletano", Pescara, 11 maggio 2012, in www.pietroichino.it. Secondo ZOP-

Forza travolgente, ma forse è meglio dire distruttiva, considerata la vera e propria mutilazione della tutela reale disciplinata dall'art. 18 l. 20 maggio 1970 n. 300 da parte della legge Fornero (l. 28 giugno 2012 n. 92) e, ancor di più, il suo totale superamento con il *jobs act* (d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23).

La crucialità del tema sul primo fronte (protezione complessiva del lavoratore), che ha indotto a considerare la norma statutaria quale presidio di irrinunciabili valori di civiltà giuridica, spiega perché, arrivati all'apice delle garanzie conquistate con l'art. 18 della l. 300/70, per quasi mezzo secolo ogni proposta di modifica, anche di tipo referendario, è stata "criminalizzata", in quanto equivaleva a far saltare consolidati bilanciamenti di interessi e ad incidere frontalmente su equilibri strutturali del rapporto di lavoro.

Quest'approccio si è talmente radicato che, anche dopo il drastico ridimensionamento dello strumento statutario, soprattutto nella giurisprudenza, sono sopravvissuti residui della vecchia tutela: come dire che, almeno all'inizio, si è faticato non poco ad accettare il punto d'arrivo del nuovo corso, secondo cui, il lavoratore estromesso non beneficia più, nella maggior parte dei casi, della reintegrazione del posto di lavoro³. La scia lunga della reintegra è passata o attraverso un'ostinata applicazione del principio di proporzionalità, anche nell'operazione di individuazione della tutela da riconoscere al licenziato, o tramite un'interpretazione estensiva delle clausole negoziali in

POLI L., *Il diritto del lavoro gialloverde: tra demagogia, cosmesi e paralisi regressiva*, in *WP CSDLE M. D'Antona*, n. 377/2018, p. 20, è vero il contrario, in quanto il contrasto alla precarietà richiede una "totale tranquillità del lavoratore nell'azione giudiziaria sul controllo delle condizioni".

³ Soprattutto le prime sentenze della giurisprudenza di merito hanno continuato a ritenere che la sanzione della reintegrazione può essere esclusa solo se sussiste il "fatto contestato", comprensivo di tutti i suoi elementi, oggettivi e soggettivi: Trib. Bologna 15 ottobre 2012, in *ADL*, 2012, II, p. 907; Trib. Ancona 26 novembre 2012; Trib. Milano 18 dicembre 2012; Trib. Milano 30 gennaio 2013; Trib. Ravenna 18 marzo 2013; Trib. Napoli 24 aprile 2015, in *FI*, 2015, I, c. 2198: in quest'ultima decisione è stata accordata la reintegra nel posto di lavoro ad un dipendente a cui era stato contestato l'accesso plurimo e ripetuto a siti internet non attinenti all'attività lavorativa, sia per la mancanza di prova di tutti i plurimi fatti addebitati sia per la sproporzione della sanzione rispetto alle altre fattispecie regolate dalla contrattazione collettiva e punite con sanzione conservativa. In questo senso anche App. Brescia 12 maggio 2015 n. 173, in *Il giuslavorista.it*, 2015, 10 giugno, secondo cui "la stessa mancanza di proporzionalità del fatto rispetto alla sanzione (...) conduce alla reintegra, attraverso il ragionato confronto che il giudice deve instaurare con le previsioni della contrattazione collettiva per cui il caso del fatto lieve non regolato a livello disciplinare non può certo – per un elementare principio di giustizia – essere trattato peggio di un caso più grave, ma espressamente punito con sanzione conservativa".

funzione dell'individuazione di una sanzione conservativa⁴. E ciò a dispetto di un quadro normativo che ha scelto di puntare, sempre più decisamente, ad un assetto diametralmente opposto: la reintegra deve rappresentare l'eccezione mentre la regola generale è la sanzione economica⁵. La tutela in forma specifica da "sole" del sistema di tutela contro il licenziamento illegittimo è stata relegata a ruolo di "pianettino"⁶.

Le novità normative hanno letteralmente stravolto l'apparato sanzionatorio, passandosi da un modello in cui vi era un'unica sanzione, ruotante intorno all'equazione licenziamento illegittimo=reintegrazione nel posto di lavoro, ad un altro in cui vi è una graduazione di sanzioni, in rapporto alla gravità del vizio⁷, con utilizzo di parametri a dir poco oscuri (tra gli altri il concetto di "insussistenza" e "manifesta insussistenza" del fatto)⁸. Tuttavia, la tecnica di modulare le sanzioni in relazione al tipo di illegittimità ha determinato un effetto, indiretto, di rideterminazione/ricalibratura delle causali di licenziamento, per la necessità, in particolare, di individuare gli esatti confini della "fattispecie"⁹.

⁴ Sul punto MARESCA, *Licenziamento disciplinare, contrattazione collettiva e sistema dei rimedi nell'art. 18, co. 4: i chiarimenti della Cassazione*, in *ADL*, 2019, I, spec. p. 1290 ss. e p. 1297, il quale osserva che "l'art. 18, co. 4, non apre la strada ad un'attività esplorativa che abbia ad oggetto il complessivo insieme delle clausole collettive del codice disciplinare e sia finalizzato a ricostruire l'intenzione delle parti stipulanti in ordine alla sanzione che avrebbero voluto applicare ad un'infrazione che non hanno, però, tipizzato". Tra le altre, tracce di un approccio "conservativo" si ritrovano anche in Cass. 11 febbraio 2015, n. 2692, che ha riconosciuto la tutela reintegratoria in virtù di un'interpretazione parametrica delle clausole contenute nel contratto collettivo.

⁵ Anche la S.C. ne ha preso ampiamente atto, evidenziando che l'attuale formulazione dell'art. 18 determina la limitazione della sanzione ripristinatoria ad ipotesi eccezionali e nominate, "da ritenersi espressione della volontà del legislatore di attribuire alla c.d. tutela indennitaria forte una valenza di carattere generale": Cass. Sez. Un. 27 dicembre 2017 n. 30985; nello stesso senso Cass. 17 giugno 2020 n. 11701, che ha sottolineato il "carattere eccezionale che la tutela reintegratoria assume nel contesto del novellato art. 18".

⁶ CARUSO, *Il contratto a tutele crescenti nella tenaglia della doppia pregiudizialità (tra illegittimità a formazione progressiva ed esigenza di razionalizzazione legislativa)*, in questa rivista, 2019, p. 417.

⁷ Il nuovo sistema è quadripartito (tutela reintegratoria piena, tutela reintegratoria con indennità limitata, tutela indennitaria forte, tutela indennitaria ridotta), con una pluralità di sottosistemi, a cui occorre aggiungere la tutela obbligatoria che si applica alle piccole imprese: sull'argomento SARACINI, *Reintegra monetizzata e tutela indennitaria nel licenziamento ingiustificato*, Giappichelli, 2018.

⁸ In tema MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in CIGNELLI, FERRARO, MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Giappichelli, 2013, p. 235 ss.

⁹ Si pensi all'accelerazione evolutiva che ha avuto, dal 2012 in poi, la nozione di giustificato motivo oggettivo: sul tema PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*,

2. *Le cause della marginalizzazione*

Non si intende, almeno per il momento, esprimere alcun giudizio sulla adeguatezza e opportunità della scelta di marginalizzare la reintegrazione, ma un punto non è oggettivamente contestabile: in un quadro giuridico “ideale”, focalizzato su strumenti improntati a “effettività” ed “efficienza” dell’apparato sanzionatorio, la tutela reale, con l’ordine di ripristinare lo *status quo ante*, costituisce, nel rapporto di lavoro, l’unico in grado di proteggere realmente e sostanzialmente gli interessi in gioco¹⁰.

La tutela ripristinatoria rappresenta d’altra parte il meccanismo più coerente anche in un ordinamento che mira a reagire nel modo più efficace ad un atto o fatto illecito. Infatti la tutela in forma specifica è ampiamente il rimedio preferito, quando possibile, e nell’ambito del rapporto di lavoro, innanzi all’allontanamento illegittimo dal posto di lavoro la scelta sistematicamente appropriata è che l’ordinamento risponda, appunto, con la neutralizzazione degli effetti dell’ingiustificato scioglimento¹¹.

Con altrettanta franchezza occorre ammettere che, proprio sul piano sistematico, il nostro ordinamento non si è dimostrato in grado di supportare adeguatamente l’istituto in esame: a segnare il destino della tutela “reale”, alimentando il vento neoliberista e le forze “demolitrici” della norma statutaria, hanno concorso almeno due fattori che, in un’inarrestabile progressione, hanno nel tempo preso il sopravvento.

Giappichelli, 2017; FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, Giappichelli, 2016; VARVA, *Il licenziamento economico*, Giappichelli, 2015; BRUN, *Il licenziamento economico tra esigenze dell’impresa e interesse alla stabilità*, Cedam, 2012; GARGIULO, *Il licenziamento “economico” alla luce del novellato art. 18*, in questa rivista, 2014, p. 87 ss.

¹⁰ Si è osservato che la tutela reale rappresenta il deterrente per impedire che venga disperso il bagaglio di diritti inderogabili che l’ordinamento riconosce al lavoratore subordinato. In proposito SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *RIDL*, 2012, I, p. 521 ss.

¹¹ I beni della vita tutelati dall’art. 18 sono due: “le retribuzioni perse a opera del recesso illegittimo e la sussistenza stessa, nella sua proiezione futura, del rapporto di lavoro (posto), la cui tutela in forma specifica era rimessa alla volontà del soggetto interessato”: così BARBIERI, *Statuto e tutele contro i licenziamenti illegittimi. Erosione e necessità della reintegrazione*, in *RGL*, 2020, I, p. 86. A tal proposito l’A. cita anche una sentenza del giudice di legittimità in cui s’è osservato, a proposito della crucialità dello strumento della reintegrazione in quanto tutela in forma specifica, che il lavoro “non è solo strumento di sostentamento economico, ma è anche strumento di accrescimento della professionalità e di affermazione della propria identità a livello individuale e nel contesto sociale” e ciò indipendentemente dalla difficoltà o impossibilità di attuare la reintegrazione nella fase esecutiva: Cass. 18 giugno 2012 n. 9966.

a) Il nostro sistema processuale: nonostante le modifiche del 1973, si è rivelato inidoneo a veicolare un'applicazione equilibrata e congrua della reintegrazione. Carenze di risorse, lentezza delle controversie, vischiosità delle regole processuali, hanno determinato in moltissimi casi, troppi, un'esecuzione dell'ordine di ripristino del rapporto a distanza di un arco temporale il più delle volte inaccettabile per il lavoratore¹² ma, soprattutto, per il datore di lavoro, che ha atteso una risposta giudiziale, rispetto al suo provvedimento risolutivo, spesso per svariati anni¹³. Come aveva da subito intuito D'Antona, "il sistema dell'art. 18 sconta tutte le difficoltà che sorgono da una tutela reintegratoria che opera, di regola, dopo un tempo relativamente lungo. Il tempo è una mina vagante del sistema dell'art. 18: esso funge da moltiplicatore degli effetti indennitari del licenziamento; e rende via via più difficoltosa la reintegrazione in un posto che, ad un certo punto, dovrà essere ricreato *ex novo*"¹⁴.

b) Ancora, con equivalente peso specifico, a favorire l'eclissi della tutela reale sono state le incertezze e le ambiguità delle causali a base del licenziamento: le nozioni di giusta causa e giustificato motivo sono ampie e dai confini sfumati, lasciate inevitabilmente alla discrezionalità, di per sé mutevole, del giudice. E ciò, nei contesti produttivi, nei quali la certezza delle decisioni da adottare costituisce un valore non obliterabile, ha contribuito ad alimentare la demonizzazione della tutela reale, in quanto la reintegra, soprattutto quando accordata a distanza di tempo, ha costituito un vero e proprio detonatore di tale incertezza. Nessun significativo e decisivo ruolo hanno giocato le clausole della contrattazione collettiva, anche sulla base di un inossidabile arresto giurisprudenziale secondo cui il giudice è vincolato unicamente alla legge, mentre le previsioni contrattuali hanno un ruolo meramente esemplificativo¹⁵.

¹² Il quale, con l'originario meccanismo *ex art. 18 l. 300/70*, una volta ripristinato il rapporto, percepiva tutte le retribuzioni perse, dalla data del licenziamento fino all'effettiva reintegra.

¹³ Sul punto di recente CARUSO, *Per un ragionevole, e apparentemente paradossale, compromesso sull'art. 18: riformarlo senza cambiarlo*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"*, n. 140/2012.

¹⁴ D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., p. 40.

¹⁵ Da ultimo Cass. 19 agosto 2020 n. 17321, secondo cui "non è vincolante la tipizzazione contenuta nella contrattazione collettiva, rientrando il giudizio di gravità e proporzionalità della condotta nell'attività sussuntiva e valutativa del giudice, avuto riguardo agli elementi concreti, di natura oggettiva e soggettiva, della fattispecie, ma la scala valoriale formulata dalle parti sociali deve costituire uno dei parametri cui occorre fare riferimento per riempire di contenuto la

Quindi lunghezza del processo e incertezza dell'esito hanno pesato in modo decisivo sui destini di uno strumento eppure ineccepibile sul piano del bilanciamento degli interessi.

C'erano i presupposti per mantenere fermo l'originario impianto dell'art. 18, incidendo sui tempi processuali e sulle clausole legali che legittimano il licenziamento¹⁶. L'opzione di politica del diritto è stata del tutto diversa, si è scelto di rivedere l'apparato sanzionatorio, introducendo un mero correttivo sul piano processuale (il c.d. Rito Fornero)¹⁷, che tuttavia è stato rinnegato – peraltro inspiegabilmente – con il *jobs act*¹⁸.

3. *Ridimensionamento della tutela reale e compatibilità con i principi costituzionali e con le fonti sovranazionali*

Si è molto discusso sulla legittimità costituzionale della scelta di relegare la tutela in forma specifica a casi residuali: si può dire che la conclusione ampiamente condivisa è che l'opzione di abbandonare la reintegra quale misura generale per sanzionare un licenziamento illegittimo non trova ostacoli né nella carta costituzionale né in fonti sovranazionali. Sul primo fronte è unanimemente accettato l'assunto della giurisprudenza costituzionale secondo cui, posto che la reintegrazione non costituisce un diritto fondamentale di rilevanza costituzionale¹⁹, la “regola generale dell'integralità della ripara-

clausola generale dell'art. 2119 c.c.”; in senso conforme Cass. 6 agosto 2020 n. 16784; 23 maggio 2019 n. 14063.

¹⁶ PEDRAZZOLI, *La giustificazione del licenziamento per motivi economico-oggettivi. Differenze e variazioni di fattispecie nei principali paesi europei*, in *RIDL*, 2019, I, p. 3 ss., il quale evidenzia che, per quanto concerne il licenziamento economico, in tutti gli ordinamenti (analizza Spagna, Francia, Germania, Portogallo e Regno Unito) la tecnica utilizzata è di individuare due/tre ambiti generali di motivi, cui seguono, sempre in via legislativa, previsioni di completamento e di specificazione, nelle quali vengono individuati, presupposti, condizioni e requisiti. “Ovunque – chiosa l'A. – ma non da noi”.

¹⁷ Ai sensi dell'art. 1, co. 47 ss., l. 92/12.

¹⁸ Sul punto BOSCATI, *Il licenziamento disciplinare nel contratto a tutele crescenti*, in *DRI*, 2015, p. 1032 ss.

¹⁹ Secondo C. Cost. 7 febbraio 2000 n. 46 “la reintegrazione non costituisce l'unico possibile paradigma attuativo dei principi espressi dagli articoli 4 e 35 della Costituzione” chiarendo, in occasione del referendum di abrogazione dell'art. 18 St. Lav., che “l'eventuale abrogazione della c.d. tutela reale avrebbe avuto il solo effetto di espungere ‘uno dei modi’ per realizzare la garanzia del diritto al lavoro, comunque salvaguardata dal principio della necessaria giustifica-

zione”, vale a dire la tutela reale in caso di licenziamento illegittimo, può essere surrogata, in virtù di una discrezionalità legislativa che non può essere compressa, da un risarcimento per equivalente, purché quest’ultimo sia adeguato, in modo da riconoscere al danneggiato una congrua riparazione e svolga una funzione deterrente, nel senso che l’atto illegittimo abbia un costo per il suo autore che non gli renda indifferente la scelta tra il rispetto o la violazione della norma²⁰.

Tale discrezionalità legislativa non si pone neppure in contrasto con le fonti sovranazionali, non risultando incoerente con l’art. 30 della Carta di Nizza²¹, secondo cui “ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto dell’Unione e alle legislazioni e prassi nazionali”. Posto che i parametri individuati da tale disposizione non possono ritenersi vincolanti in quanto, nella materia dei

zione del licenziamento”. In proposito anche C. Cost. 8 novembre 2018 n. 194, la quale, nel confermare il precedente arresto, ha negato “che il bilanciamento dei valori sottesi agli artt. 4 e 41 Cost., terreno su cui non può non esercitarsi la discrezionalità del legislatore, imponga un determinato regime di tutela (sentenza n. 46 del 2000, punto 5 del *Considerato in diritto*). Il legislatore ben può, nell’esercizio della sua discrezionalità, prevedere un meccanismo di tutela anche solo risarcitorio-monetario, purché un tale meccanismo si articoli nel rispetto del principio di ragionevolezza. Il diritto alla stabilità del posto, infatti, ‘non ha una propria autonomia concettuale, ma è nient’altro che una sintesi terminologica dei limiti del potere di licenziamento sanzionati dall’invalidità dell’atto non conforme” (sul punto richiamando espressamente C. Cost. 30 giugno 1994 n. 268). Nello stesso senso C. Cost. 11 novembre 2011 n. 303, in *RIDL*, 2011, II, p. 274.

²⁰ In dottrina sull’assenza di un rilievo costituzionale per la reintegrazione, fra gli altri, cfr. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell’epoca del bilanciamento tra i “principi” costituzionali*, in *DLRI*, 2007, p. 671; SPEZIALE, *Processo del lavoro, certezza del diritto ed effettività delle tutele*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, n. 215/2014, p. 7; FONTANA, *La riforma del lavoro, i licenziamenti e la Costituzione. Riflessioni critiche*, in *Costituzionalismo.it*, 2016, p. 13 ss. Più articolata la posizione di ZOPPOLI A., *Rilevanza costituzionale della tutela reale e tecnica del bilanciamento nel contratto a tutele crescenti*, in questa rivista, 2015, pp. 301-306, secondo cui la tutela reale, anche alla luce di una pluridecennale giurisprudenza costituzionale, ha comunque rilievo nella Costituzione, sì da essere rimessa alla discrezionalità del legislatore ma nell’ambito di un giudizio di bilanciamento tra gli interessi in gioco.

²¹ Non è la sede per soffermarsi sulla vincolatività di tale fonte per il nostro ordinamento: è sufficiente rilevare che la violazione delle norme della Carta può essere fatta valere dinanzi alla Corte di Giustizia soltanto nei casi in cui vi sia la c.d. norma interposta, ossia una fonte normativa secondaria dell’Unione che espressamente disciplini la materia: tale norma vi è per i licenziamenti collettivi, manca per i licenziamenti individuali: sul punto ALES, *La dimensione “costituzionale” del modello sociale europeo tra luci e ombre (con particolare riferimento ai diritti collettivi e al licenziamento)*, in CARINCI M.T. (a cura di), *L’evoluzione della disciplina dei licenziamenti. Giappone ed Europa a confronto*, Giuffrè, 2017, p. 176.

licenziamenti individuali, è assente una specifica disciplina del diritto europeo²², si è osservato che il nucleo duro del diritto sancito nell'art. 30 si deve concretare comunque sia in un valido motivo alla base dell'interruzione anticipata del rapporto di lavoro sia in una tutela idonea ad evitare licenziamenti arbitrari²³. Secondo la Corte di Giustizia, intervenuta per chiarire il contenuto della disposizione, le sanzioni, per essere conformi all'art. 30, a) devono essere dotate di "effettività", cioè in grado di riparare il pregiudizio subito in maniera adeguata e, al tempo stesso, punire la lesione, sì da avere efficacia deterrente; b) non devono essere meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna (c.d. "principio di equivalenza")²⁴.

Non sono ricavabili conclusioni diverse, per rimanere alle fonti sovranazionali, neppure dall'art. 24 della Carta Sociale Europea. Al netto di tutte le discussioni relative alla effettiva vincolatività di tali previsioni²⁵, la disposizione comunque stabilisce che a) qualsiasi licenziamento deve fondarsi su un valido motivo legato o alle attitudini o alla condotta del lavoratore o ad esigenze organizzative dell'impresa; b) in assenza del motivo, il lavoratore ha diritto a un congruo indennizzo o ad altra adeguata riparazione; c) il lavoratore deve potere impugnare il licenziamento dinanzi ad un organo imparziale. La nozione di congruità, perno della tutela dell'art. 24, va intesa – come più volte sottolineato dal Comitato Europeo dei diritti sociali – nel senso

²² In proposito sempre C. Cost n. 194/2018: sull'argomento DELFINO, *La Corte Costituzionale e il contratto a tutele crescenti nella prospettiva degli ordinamenti sovranazionali*, in *Giustiziacivile.com*, 2019.

²³ Cfr. ADINOLFI, *Disciplina del licenziamento individuale e fonti europee. Quali limiti e obblighi per il legislatore nazionale?* in *RDInt*, 2015, p. 1132.

²⁴ C. Giust. C-383/92 dell'8 giugno 1994: sull'argomento SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, in *RIDL*, 2016, I, p. 141.

²⁵ Circa l'applicabilità dell'art. 24 vi è chi ne sostiene la vincolatività per il nostro ordinamento ex art. 117 Cost., in considerazione della ratifica della Carta Sociale Europea (riveduta) da parte dell'Italia con legge del 9 febbraio 1999 n. 30 (art. 2). Sicché, in caso di inosservanza, il giudice potrà sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117 Cost., che impone al legislatore nazionale il rispetto dei vincoli derivanti dal diritto comunitario e dagli obblighi internazionali: in tal senso ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *DLRI*, 2012, p. 654; CESTER, *I licenziamenti nel Jobs Act*, in *WP CDSLE "Massimo D'Antona"*, n. 273/2015, p. 10; GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *WP CDSLE "Massimo D'Antona"*, n. 246/2015; SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in *WP CDSLE "Massimo D'Antona"*, n. 259/2015, specie p. 42 ss.

che il risarcimento per il licenziamento illegittimo deve essere adeguato, effettivo e sufficientemente dissuasivo nei confronti dei datori di lavoro²⁶.

Insomma, per tirare le fila: la tutela reale, pur costituendo lo strumento giuridico sistematicamente più adeguato, a causa di “fattori esterni”, è stato posto nelle condizioni di produrre effetti iniqui e perversi, al punto da fornire solidi argomenti per ridimensionarne drasticamente la portata; ridimensionamento che non ha trovato, almeno finora, ostacoli né nelle norme costituzionali né nelle fonti internazionali.

4. *I privilegiati del settore pubblico*

Il repentino e drastico arretramento/capovolgimento della stabilità reale non ha riguardato il settore pubblico, nel quale, fino al 2012, l'applicazione dello Statuto dei lavoratori ha costituito il coerente sviluppo del principio generale sancito dall'art. 2, co. 2, d.lgs. 165/01, in base al quale i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato. L'unica specificità nel lavoro pubblico era l'applicazione di tale tutela a tutte le amministrazioni (anche quelle di piccole dimensioni) e, per effetto di un'estensione imposta dalla Corte costituzionale, a tutte le categorie di lavoratori (anche ai dirigenti)²⁷.

Il quadro tuttavia ha subito uno “scossone” a seguito delle modifiche apportate dall'art. 1, co. 42, della legge 92/12 (c.d. legge Fornero) all'art. 18 della legge 300/70. Se la legge del 2012 si fosse limitata a ritoccare l'art. 18,

²⁶ Così CEDS (Decisioni del 31 gennaio 2017, *Finnish Society of Social Rights v. Finland* – reclami nn. 106/2014 e 107/2014), in cui s'è censurata la decisione del legislatore di porre un tetto massimo al risarcimento del danno subito dal lavoratore illegittimamente licenziato: “il risarcimento per il licenziamento illegittimo deve essere allo stesso tempo proporzionato rispetto alla perdita sofferta dalla vittima e sufficientemente dissuasivo per i datori di lavoro. Qualsiasi limite massimo al risarcimento che impedisce che i danni siano commisurati al pregiudizio subito e che non abbia un carattere sufficientemente dissuasivo è proibito”. Anche in una più recente decisione dell'11 febbraio 2020 (*Cgil c. Italia* – reclamo collettivo n. 158/2017), con riferimento alla normativa italiana, pur evidenziandosi limiti e criticità, ai sensi dell'art. 24 della Carta Sociale Europea, del meccanismo indennitario previsto dal d.lgs. 23/15, in quanto il tetto previsto non copre necessariamente le perdite finanziarie effettivamente subite a seguito del licenziamento illegittimo, tuttavia il Comitato non esclude che la sanzione possa essere solo di tipo meramente economico: purché il risarcimento sia, per avere carattere realmente dissuasivo, adeguato e proporzionato al danno subito.

²⁷ C. Cost. 24 ottobre 2008 n. 351, che ha esteso la tutela reale anche ai dirigenti pubblici.

si sarebbe dovuta accettare la sua applicabilità, anche nella versione modificata, ai dipendenti pubblici, proprio per effetto del rinvio mobile e incondizionato del citato art. 2, co. 2 d.lgs. 165/01, salvo poi affrontare la questione di coerenza con i principi di imparzialità e buon andamento ex art. 97 Cost. Ed invece tutto è stato messo in discussione dall’inserimento, in apertura della legge n. 92, di due previsioni a dir poco ambigue e contorte (art. 1, co. 7 e 8): il legislatore del 2012, che è intervenuto perseguendo esplicitamente obiettivi focalizzati sul settore privato, al fine di “realizzare un mercato del lavoro inclusivo e dinamico”, pur non volendo sottrarre i dipendenti pubblici dall’estensione di un intervento che ha chiesto sacrifici a tutti i lavoratori subordinati delle imprese private, tuttavia ha ritenuto che non vi fossero le condizioni per un’incondizionata e immediata omogeneizzazione e quindi ha rinviato ad un successivo (ma ravvicinato nelle intenzioni) intervento di armonizzazione²⁸.

Nella realtà ne è seguito un lungo silenzio – legislativo – lungo quasi 5 anni, fino all’entrata in vigore dell’art. 21 del d.lgs. 25 maggio 2017 n. 75, che, modificando l’art. 63 del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, ha optato per un modello applicato specificamente al solo settore pubblico: al dipendente della P.A. illegittimamente licenziato si garantisce sempre la stabilità reale in caso di provvedimento risolutivo illegittimo, con la “reintegrazione nel posto di lavoro” e il “pagamento di un’indennità risarcitoria commisurata all’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell’effettiva reintegra, e comunque in misura non superiore alle 24 mensilità”.

Il riformatore non applica né l’originario art. 18 della legge 300/70 né l’art. 18 come modificato dalla legge 92/12: individua un terzo modello, sicuramente nella scia dell’originaria disposizione statutaria, in cui la reintegra nel posto di lavoro, con risarcimento fino ad un tetto massimo, costituisce sanzione con valenza “universale”, sia sul piano oggettivo sia sul piano soggettivo²⁹.

²⁸ Sull’argomento NICOLOSI, *La tutela reale nel lavoro pubblico tra dottrina, giurisprudenza e riforma Madia*, in *DRI*, 2018, p. 1016 ss.; sul dibattito che ha preceduto l’intervento del d.lgs. 75/17 v. ESPOSITO, “Quo usque tandem...?": politica, giudici e realtà nel dibattito sul licenziamento dei dipendenti pubblici, in questa rivista, 2016, p. 665 ss.; MAINARDI, *L’articolo 18 dello Statuto dei lavoratori alla prova della riforma Madia: “vorrei...ma non posso”*, *ivi*, 2016, p. 687 ss.; LUCIANI, *L’art. 18 dello statuto e il suo doppio: due versioni aspettando l’armonizzazione*, *ibidem*, 2016, p. 681 ss.

²⁹ Nel settore pubblico, a partire dall’entrata in vigore del d.lgs. 75/17, la sanzione “unica” si applica per qualsiasi tipo di licenziamento illegittimo, a beneficio di tutti i dipendenti, per-

5. Cosa resta della tutela reale: le occasioni perdute

In definitiva dell'originaria disposizione statutaria, sul piano testuale, resta ben poco: una norma mutilata, marginalizzata, destinata ad eclissarsi definitivamente nei prossimi anni. Alla c.d. tutela reale piena, quella varata nel 1970, non si accede neanche se il datore di lavoro adotti provvedimenti palesemente ("manifestamente") illegittimi; la reintegra e il risarcimento integrale vengono ammessi solo innanzi ad atti radicalmente nulli, posti in essere in spregio a beni e valori fondamentali (quelli protetti dal divieto di atti discriminatori) o a norme imperative.

Si tratta quindi di una tutela fortemente ridimensionata, che privilegia i più anziani, incamminata sul viale del tramonto, che i giovani lavoratori (assunti dopo il 7 marzo 2015) non conosceranno mai.

Anche sul piano sostanziale, quale strumento di tutela in forma specifica, in prospettiva, almeno nel settore privato, residua ben poco, specie a seguito della progressiva estensione del *jobs act*, che consente di monetizzare il posto di lavoro anche innanzi ad una condotta del lavoratore di modesta rilevanza disciplinare, mentre ne esclude qualsiasi applicazione in caso di licenziamento di tipo economico³⁰.

Pertanto l'unico erede all'altezza dell'originario art. 18 l. 300 (edizione 1970) è l'art. 63, co. 2, del TU del lavoro pubblico (come modificato dall'art. 21 del d.lgs. 75/17)³¹: la tutela reale concepita a favore del lavoratore delle PA non raggiunge i livelli, in termini di effettività, della disposizione statutaria *ante* legge Fornero³² ma, nella legislazione vigente, è quella che più s'avvicina,

sonale dirigente e non, rimanendo irrilevanti le dimensioni dell'Amministrazione che procede al licenziamento: sul tema TAMPIERI, *Il licenziamento del dipendente pubblico*, Giappichelli, 2019.

³⁰ Secondo BAVARO, D'ONGHIA, *Profilo costituzionale del licenziamento nullo*, in *WP CDSLE "M. D'Antona"*, n. 305/16, p. 29, il licenziamento per gmo adottato ai sensi dell'art. 3 d.lgs. 23/15, in totale assenza del motivo economico addotto, attraverso un doppio controllo di legalità/liceità, può portare alla reintegra nel posto di lavoro per nullità del recesso in quanto il provvedimento non avrebbe "alcun collegamento con l'efficienza dell'impresa" e quindi in "contrasto con l'utilità sociale" *ex* art. 41 Cost.

³¹ L'art. 21 del d.lgs. 75/17 aggiunge un comma 2 *bis* all'art. 63 del d.lgs. 165/01 e affida al Giudice il potere di rideterminare la sanzione in caso "difetto di proporzionalità", individuando anche i parametri nell'esercizio di tale potere, che deve tenere conto della "gravità del comportamento e delle specifico interesse pubblico violato": il meccanismo consente di evitare che negligenze del dipendente pubblico non rimangano impuniti nei casi in cui il datore di lavoro abbia esercitato il potere disciplinare in violazione dell'art. 2106 cod. civ.

³² Il risarcimento si arresta al tetto delle 24 mensilità.

avendo, tra l'altro, un campo di applicazione estremamente ampio, che non esclude nessuna categoria di lavoratori né alcuna amministrazione, ancorché di piccole dimensioni.

Nel ripercorrere la parabola della tutela reale non può non colpire la completa metamorfosi dei fondamenti valoriali alla base delle scelte legislative: se si condivide che il meccanismo di protezione dell'art. 63 del TUPI è l'unica tutela in forma specifica accostabile alla versione originaria della disposizione statutaria, ebbene sono mutate radicalmente le opzioni di politica del diritto che hanno guidato il legislatore. Il dipendente pubblico, in una fase di smantellamento nel settore privato, s'è visto riconoscere, anzi confermare, la tutela in forma specifica (quasi) piena, non certo in funzione di rafforzamento del suo "status" di lavoratore. L'esigenza di blindare il dipendente pubblico da indebite "pressioni" datoriali può valere tutt'al più per le figure dirigenziali³³, ma non è certo la ragione che ha guidato il legislatore del 2017 nel ribadire la stabilità reale per tutte le categorie di lavoratori pubblici. Come osservato dalla giurisprudenza di legittimità 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"³⁴. La tutela (quasi) meramente indennitaria, che si applica alle aziende private, in caso di licenziamento illegittimo, sarebbe stata difficilmente giustificabile in base ai principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost.: oltre a consentire la "monetizzazione" di un atto illegittimo, la scelta di una tutela indennitaria avrebbe comportato per l'amministrazione il riconoscimento, con risorse pubbliche, di somme, anche cospicue, al dipendente illegittimamente licenziato e poi eventualmente, l'adozione di un nuovo bando di *concorso* per sopperire alla vacanza di organico. Ed è proprio il principio del concorso il fattore che mantiene il settore pubblico legato allo strumento della tutela reale: tale principio costituisce un baluardo che riemerge in modo

³³ Anche se C. Cost. n. 351/2008 amplia il vaglio degli interessi protetti: "le garanzie non mirano soltanto a proteggere il direttore generale come dipendente, ma discendono anche da principi costituzionali posti a protezione di interessi pubblici: l'imparzialità amministrativa, con cui, secondo quanto affermato da questa Corte, contrasta un regime di automatica cessazione dell'incarico che non rispetti il giusto procedimento; il buon andamento, che risulta pregiudicato, sempre in base alla giurisprudenza di questa Corte, da un sistema di automatica sostituzione dei dirigenti che prescinda dall'accertamento dei risultati conseguiti".

³⁴ In questo senso Cass. 9 giugno 2016 n. 11868.

vincolante in caso di lavoratore pubblico illegittimamente licenziato. Un posto conseguito tramite concorso può essere sottratto al titolare solo all'esito di procedure gestite secondo i medesimi principi, che verrebbero violati nel caso in cui l'estinzione del rapporto di lavoro avvenisse per punire condotte che, ancorché rilevanti sul piano disciplinare, non integrano tuttavia né giusta causa né giustificato motivo soggettivo di licenziamento³⁵. Ma più che continuare ad indulgiare sulle ragioni che hanno determinato questa ulteriore divaricazione tra i due settori (tradendo ancora una volta lo spirito della riforma del 1992) è opportuno porre un interrogativo: non c'era modo di evitare questa asimmetria tra i due ambiti, che alimenta un'ulteriore segmentazione nel mondo del lavoro, foriera di irragionevoli e ingiuste disparità? Ovviamente sì e il paradosso è che soluzioni alternative all'eclissi della tutela reale nel settore privato erano rinvenibili, certo solo *in nuce*, nelle stesse soluzioni adottate dalla l. 92/12, che costituisce l'*incipit* della successiva operazione di smantellamento dell'art. 18 l. 300/70.

Anzitutto sul piano processuale: è incomprensibile il motivo per cui il *jobs act* del 2015 non abbia confermato ed, eventualmente migliorato e implementato, il c.d. rito Fornero, procedendo addirittura al suo completo superamento³⁶. È indubbio, oltre che comprensibile, che il "rito" introdotto dal legislatore del 2012 si sia attirato i giustificati strali degli addetti (più degli studiosi che degli operatori), tuttavia il modello processuale proposto, basato su informalità e speditezza, anche grazie al beneficio di una corsia preferenziale, andava salvaguardato, anche se necessita(va) di profondi miglioramenti e correttivi³⁷.

Anche sull'altro fronte critico, individuato in apertura, relativo alle incertezze delle causali, sorge, anche qui, spontaneo un quesito: perché non è

³⁵ I principi di *merito* e dell'*imparzialità*, che sono alla base del meccanismo concorsuale che viene imposto a chiunque aspiri a stipulare un contratto di lavoro con la pubblica amministrazione, non possono non produrre riverberi anche sulla fase estintiva del rapporto: sul punto sia consentito un rinvio a LUCIANI, *Il licenziamento illegittimo del dipendente pubblico e la tutela reintegratoria "universale"*, in ESPOSITO, LUCIANI, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2018, p. 397.

³⁶ Anche le regole processuali *ex art. 1, 48 ss. l. 92/12* sono destinate a eclissarsi, di pari passo con l'art. 18 l. 300/70.

³⁷ Sul punto DE ANGELIS, *Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio*, in WP CDSLE "Massimo D'antona", n. 250/2015, p. 3 ss.; BIASI, *Il cd. Rito Fornero nell'applicazione giurisprudenziale*, in ADL, 2013, II, p. 1449 ss.; DALFINO, *Il rito Fornero nella giurisprudenza: le questioni ancora aperte*, in RGL, 2014, II, p. 397 ss.

stata valorizzata e rilanciata l'autonomia collettiva, demandandole la funzione di integrare, stavolta in modo vincolante, le nozioni generali *ex art. 2119 cod. civ. e art. 3 della l. 604/66*, attraverso la tipizzazione delle condotte punibili con licenziamento disciplinare o riconducibili al licenziamento economico? Eppure proprio il legislatore del 2012 si è avvalso, e con meccanismo inderogabile, del supporto dell'autonomia collettiva, nell'art. 18, co. 4, della l. 300/70³⁸ *imponendo* al giudice la reintegra nel posto di lavoro nei casi in cui la condotta contestata al lavoratore sia punita, nei codici disciplinari introdotti dai contratti collettivi, con sanzione conservativa. Certo, sul punto serviva un salto di qualità delle parti sociali, ma non v'è dubbio che un rinvio vincolante alla contrattazione collettiva da parte del legislatore avrebbe probabilmente rappresentato lo stimolo giusto per apprestare una casistica adeguatamente specifica al fine di fornire certezze alle aziende e guidare i giudici in un percorso sufficientemente affidabile.

³⁸ Secondo cui “il giudice, nelle ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato *ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi* ovvero dei codici disciplinari applicabili, annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro”.

Luca Calcaterra

**Dell'irresistibile soggettività del giustificato
motivo oggettivo di licenziamento (ovvero le ambiguità
interpretative di una nozione anfibia)***

Sommario: **1.** Prima dello Statuto: la nozione di giustificato motivo oggettivo e il principio di necessaria giustificazione del licenziamento. **2.** Lo Statuto dei lavoratori e l'adeguatezza dell'apparato sanzionatorio contro il licenziamento illegittimo. **3.** Poliedricità o ambiguità della nozione di giustificato motivo oggettivo. **4.** Il significato dell'oggettività. **5.** Il licenziamento come *extrema ratio* e la (ir)rilevanza della crisi aziendale. **6.** L'impossibilità di individuare decisioni imprenditoriali necessarie o indispensabili. **7.** La necessità di valutare le decisioni imprenditoriali in termini di eccessiva onerosità.

1. Prima dello Statuto: la nozione di giustificato motivo oggettivo e il principio di necessaria giustificazione del licenziamento

L'idea che il recesso datoriale non potesse essere un atto libero o acausale ha, come noto, radici che affondano nell'epoca prestatutaria. Prima ancora che nelle norme ordinarie, che pure interverranno nel 1966 a sancire espressamente il principio della necessaria giustificazione causale del licenziamento, quelle radici affondano nell'impianto di una Carta costituzionale che riconosce la Repubblica italiana come fondata sul lavoro e, di conseguenza, afferma la dignità costituzionale del diritto al lavoro (art. 4). La dottrina più autorevole non tardò a sottolineare, negli anni immediatamente seguenti l'entrata in vigore della Costituzione, la incompatibilità con la Carta della insindacabilità del recesso *ad nutum* fondato sull'art. 2118 cod. civ., esplicitamente o almeno sottintendendo che i casi di abuso del potere di licenziamento o di recesso arbitrario dovevano trovare sanzione sul piano

* Questo saggio è destinato agli studi in onore di Oronzo Mazzotta.

interpretativo¹. Pur non discutendosi la natura programmatica dell'art. 4 Cost. l'affermazione di un diritto al lavoro non poteva non implicare anche dei limiti al recesso in quelle ipotesi.

In questo contesto si colloca l'intervento della Corte costituzionale del 1965². Secondo la Consulta l'art. 4 della Carta, sebbene non implichi un diritto alla conservazione del posto di lavoro, impone però al legislatore di garantire il lavoratore nei casi in cui sia necessario il licenziamento. Se già in una precedente sentenza (la n. 7 del 1958) la Corte costituzionale aveva chiarito che il potere illimitato del datore di lavoro di recedere dal rapporto a tempo indeterminato non costituiva più un principio generale dell'ordinamento, stavolta il Giudice costituzionale si spinge più oltre, esigendo l'adeguamento ai principi costituzionali della disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato e in particolare del recesso datoriale. La Corte evita di dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 2118 cod. civ., con ciò riservando al legislatore una discrezionalità sui modi e sui limiti della regolamentazione del potere di licenziamento, ma sprona in modo deciso il potere politico.

La voce del Giudice delle leggi viene ascoltata. In neanche un anno dalla sentenza viene approvata la legge 15 luglio 1966, n. 604, che sancisce il principio di necessaria giustificazione del licenziamento. L'intervento normativo, pur discutibile per la insufficienza delle sanzioni previste, avvicina la legislazione ordinaria in materia di recesso datoriale ai valori costituzionali, che prima avrebbero potuto essere salvaguardati in via interpretativa, a ben vedere, essenzialmente nei casi di nullità del licenziamento.

2. *Lo Statuto dei lavoratori e l'adeguatezza dell'apparato sanzionatorio contro il licenziamento illegittimo*

Ad appena quattro anni dalla legge che introduce il principio di necessaria giustificazione del licenziamento viene irrobustito l'apparato sanzionatorio. Lo Statuto dei lavoratori, che pure su molti altri fronti sancisce principi

¹ Cfr. per tutti MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *DL*, 1954, I, p. 149 ss. (sul punto p. 169) e CRISAFULLI, *Appunti preliminari sul diritto al lavoro nella Costituzione*, in *RGL*, 1951, I, p. 161 ss. (sul punto p. 168 ss.).

² C. Cost. 9 giugno 1965 n. 45, in *GC*, 1965, p. 655, con nota di CRISAFULLI, *Diritto al lavoro e recesso ad nutum*.

fondamentali nell'ordinamento lavoristico italiano, traducendo nella legislazione ordinaria lo spirito della Carta costituzionale, per quanto concerne i licenziamenti si occupa invece di potenziare gli strumenti a disposizione del lavoratore illegittimamente licenziato. Guardando l'art. 18 con le lenti che oggi ci fornisce il diritto dell'Ue e, in particolare, la giurisprudenza della Corte di giustizia, possiamo dire che lo Statuto rende finalmente adeguata, efficace e dissuasiva la sanzione contro il licenziamento illegittimo. E con ciò dà corpo e sostanza all'intero diritto del lavoro.

I giudizi politici talora ingenerosi che colpiscono lo Statuto, sia nella fase del dibattito parlamentare sia dopo la sua approvazione, sono essenzialmente fondati sulla scelta di sostenere il sindacalismo maggioritario, individuando in esso un interlocutore affidabile per le imprese e attribuendo dunque ad esso un corredo importante di diritti. Questi giudizi non possono tuttavia obliterare la importanza fondamentale dello Statuto nel sostegno alla posizione del lavoratore, che viene per la prima volta efficacemente tutelato tanto contro il licenziamento ingiustificato quanto contro il demansionamento. Attraverso le due norme dell'art. 13 e dell'art. 18, considerabili "l'architrave" del diritto del lavoro italiano, il lavoratore viene effettivamente tutelato sia contro il licenziamento illegittimo, sia contro la parte più pericolosa degli abusi che possono colpire un lavoratore con l'intenzione di indurlo ad abbandonare il posto di lavoro.

Benché dunque le nozioni di giustificato motivo soggettivo e oggettivo compaiano nell'ordinamento giuridico della Repubblica prima dello Statuto dei lavoratori, possiamo dire che è solo con questo che quelle nozioni e il principio causale acquistano effettività, perché è la tutela dell'art. 18 che dà vero rilievo al principio di necessaria giustificazione del licenziamento. È in definitiva lo Statuto a fondare e corroborare l'idea che il licenziamento debba essere una misura di *extrema ratio*, assolutamente residuale nella gestione dell'attività datoriale e del rapporto di lavoro. Da questo punto di vista lo Statuto contribuisce senza dubbio a delineare i contorni della nozione di giustificato motivo oggettivo, seppur definendone una geometria che, ed è questa la tesi che si intende sostenere in questo breve contributo, rappresenta forse più una illusione che non la realtà della causale oggettiva³.

³ Molti sono i lavori monografici che si sono occupati del giustificato motivo oggettivo nell'ultimo ventennio, nel tentativo di definirne i contorni e di offrirne una ricostruzione giuridica plausibile: CARINCI M.T., *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato. Ra-*

3. *Poliedricità o ambiguità della nozione di giustificato motivo oggettivo*

L'ambizione interpretativa che scaturisce dall'idea del licenziamento come *extrema ratio* è, per quel che riguarda la causale oggettiva del licenziamento, quella di rendere neutra la causale rispetto a ogni impostazione soggettiva. Se il licenziamento deve essere strumento residuale, ultima possibilità, l'unica via perché lo sia davvero è che la giustificazione oggettiva sia tale su di un piano quasi metafisico, platonico. Solo una oggettività assoluta, ideale, può garantire che effettivamente il licenziamento sia giustificato solo quando non vi sia alcuna altra soluzione.

L'ambizione a un'oggettività assoluta si è però presto scontrata con la poliedricità della nozione di giustificato motivo oggettivo o, se si vuole, con la notevole dose di ambiguità che la contraddistingue. Il carattere oggettivo della causale, infatti, non dipende da qualità intrinseche della fattispecie materiale; non è, appunto, un dato oggettivo.

Questa conclusione risulterà più chiara facendo riferimento a una fattispecie specifica, molto discussa in dottrina e prevalentemente ricondotta al giustificato motivo soggettivo di licenziamento. Lo scarso rendimento è stato indicato⁴ come una fattispecie anfibia, potenzialmente suscettibile di avere natura soggettiva o oggettiva e di essere rilevante da entrambi i punti di vista. Questo a seconda che l'insufficienza del rendimento dell'attività del lavoratore sia o meno imputabile a sua colpa.

In realtà non è solo lo scarso rendimento a possedere questa caratteristica, ma da diversi punti di vista è tutto il giustificato motivo oggettivo ad essere caratterizzato da una certa ambivalenza. Una fattispecie "materiale" può essere soggettiva o oggettiva al tempo stesso, a seconda che si abbia o meno riguardo all'elemento soggettivo, a seconda che questo sia o meno assunto come rilevante del giudizio.

gioni tecniche, organizzative, produttive (e sostitutive) come limite a poteri e libertà del datore di lavoro, Cedam, 2005; MARINELLI, *I licenziamenti per motivi economici*, Giappichelli, 2005; GRAGNOLI, *La riduzione del personale fra licenziamenti individuali e collettivi*, Cedam, 2006; BRUN, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, Cedam, 2012; VARVA, *Il licenziamento economico. Pretese del legislatore e tecnica del giudizio*, Giappichelli, 2015; FERRARESI, *Il giustificato motivo di licenziamento dalla legge 604 del 1966 al contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, 2016. Oltre, naturalmente, al mio *La giustificazione oggettiva del licenziamento. Tra impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità*, ES, 2009.

⁴ Cfr. ICHINO, *Sullo scarso rendimento come fattispecie anfibia, suscettibile di costituire al tempo stesso giustificato motivo oggettivo e soggettivo di licenziamento*, in *RIDL*, 2003, II, p. 694 ss.

Il giustificato motivo oggettivo, nel modo in cui il legislatore lo ha configurato nell'art. 3 della l. 604/66, riassume fattispecie relative all'organizzazione dell'impresa, certo. Al tempo stesso però la causale oggettiva riguarda l'organizzazione nella sua oggettività e le persone dei lavoratori e le loro caratteristiche considerate oggettivamente. Già sul piano del riferimento "materiale", la causale oggettiva include dunque inevitabilmente oggetti diversi: l'organizzazione dell'attività datoriale e i lavoratori. Ma c'è di più. Sul piano della qualificazione della fattispecie entrambi questi fattori possono avere coloriture e prospettive di valutazione differenti, perché, da un lato, l'organizzazione non è un dato esistente *in rerum natura* e, dall'altro, le condotte o le situazioni personali dei lavoratori sono suscettibili, come noto, di essere o meno depurate dell'elemento soggettivo.

Se dunque, al contrario di quanto può sembrare a prima vista, l'"anfibieta" non caratterizza solo lo scarso rendimento, ma tutto il giustificato motivo oggettivo, il caso dello scarso rendimento è interessante perché dimostra che la stessa fattispecie può potenzialmente essere ricondotta al giustificato motivo oggettivo o al giustificato motivo soggettivo a seconda del fatto che l'elemento soggettivo della fattispecie sia o meno assunto come rilevante nel giudizio. La qualificazione come giustificato motivo oggettivo, dunque, non dipende dalla fattispecie o dalla presenza o assenza dell'elemento soggettivo, ma dal fatto che a questo sia assegnata rilevanza per la qualificazione e la valutazione giudiziale dei fatti.

In altri termini, la oggettività del giustificato motivo oggettivo non dipende dalle caratteristiche intrinseche della fattispecie, né necessariamente dalla presenza/assenza dell'elemento soggettivo della colpevolezza. La causale oggettiva include fatti che coinvolgono la persona del lavoratore: la vera natura della distinzione dal giustificato motivo soggettivo è dunque da ricercarsi non sul piano materiale, bensì nella presenza nel quadro del giudizio della responsabilità, meglio della colpevolezza del lavoratore, che è assunta o meno come rilevante ai fini della giustificazione del licenziamento. Questa conclusione, in definitiva, conferma il punto di vista di Pietro Ichino sullo scarso rendimento: la fattispecie essendo la medesima, potrebbe rilevare o meno la colpevolezza del lavoratore, mentre conta sempre il dato oggettivo della minore resa della sua prestazione lavorativa.

4. *Il significato dell'oggettività*

Il discorso sulla qualificazione in termini soggettivi od oggettivi dello scarso rendimento è politicamente sensibile e una interpretazione come quella discussa al paragrafo precedente presta il fianco ad abusi, vale a dire al rischio che una valutazione meramente oggettiva del rendimento insufficiente possa costituire uno strumento per eludere i limiti previsti per il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo soggettivo⁵.

Quel discorso serve però a chiarire le reali caratteristiche delle fattispecie “soggettive” di giustificato motivo oggettivo, vale a dire relative alla persona del lavoratore. Le medesime riflessioni possono infatti farsi per presoché tutte le ipotesi di GMO in cui rileva la persona del lavoratore. Si prenda ad esempio il caso dell'autista a cui venga ritirata la patente o del dipendente a cui venga ritirato il tesserino di un'area ad accesso limitato dove deve recarsi per lavorare (per es. l'area NATO a Bagnoli), frequentemente ricondotte in giurisprudenza a fattispecie di impossibilità parziale della prestazione⁶. Qui, se consideriamo il fatto materiale in sé, ai fini del giustificato motivo oggettivo non conta la ragione per la quale il lavoratore non è più in possesso del documento necessario all'espletamento dell'attività lavorativa. Quel che conta è solo il dato obiettivo del mancato possesso del documento⁷.

⁵ La dottrina più avvertita ha subito rilevato che una qualificazione in termini oggettivi dello scarso rendimento non può consentire di superare i requisiti di gravità richiesti dal legislatore perché sia configurata una causale giustificativa soggettiva di licenziamento (cfr. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, FrancoAngeli, 1980, p. 352 s. e, in precedenza, TOSI, *Il dirigente d'azienda*, FrancoAngeli, 1974, p. 193).

⁶ Per un esempio cfr. Cass. 28 gennaio 2004 n. 1591, esplicita sul punto.

⁷ Molto chiara la distinzione tedesca tra persona, comportamento ed esigenze aziendali ricordata da PEDRAZZOLI, *Vecchi paradigmi e nuove prospettive di regolazione il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: da (corno di una) dicotomia a fattispecie*, in *DRI*, 2018, p. 993 ss. (v. par. 3). L'illustre Autore arriva poi a negare, nel quadro di una critica tanto al legislatore quanto alla dottrina italiana, che nella disciplina italiana sia rinvenibile una fattispecie, individuando in questa caratteristica una lacuna dell'ordinamento italiano che la dottrina non si sarebbe preoccupata di colmare in via interpretativa o di segnalare al legislatore come da colmare. Invero, sebbene non si ha qui lo spazio per un dissenso adeguatamente argomentato, pare a chi scrive che una parte della dottrina italiana abbia tentato di fare esattamente ciò che Pedrazzoli indica come obiettivo mancato delle riflessioni dottrinali: costruire una fattispecie individuando dei requisiti di stretta indispensabilità del licenziamento. Il che è esattamente quanto si intende criticare, per i motivi di cui si dirà nel testo. Per l'esclusione del rilievo di una fattispecie di giustificato motivo oggettivo nel senso cui fa riferimento Pedrazzoli mi sembra vadano anche le

Nulla peraltro vieterebbe di prendere in considerazione quella ragione e dunque di valutare la possibilità di un licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa. Dunque, il primo fattore di ambiguità o di anfibieta (si passi il neologismo) lo troviamo nelle ragioni, normalmente ricondotte al “normale funzionamento dell’attività lavorativa” (art. 3 l. 604/66), attinenti alla persona del lavoratore.

Questi esempi devono portare a interrogarsi sulla portata semantica del termine oggettività. Che cosa è “oggettivo”? L’oggettività è, a ben vedere, un concetto polisenso. Quello di cui si è appena discusso con riguardo alle fattispecie “soggettive” non è l’unico “aspetto” del giustificato motivo oggettivo ove si rivela l’ambiguità di fondo della nozione. Si consideri, in primo luogo, la natura oggettiva della causale giustificativa, il concetto stesso dell’oggettività in questo contesto normativo. Che cosa significa oggettività? Proviamo a riepilogare in estrema sintesi i possibili significati dell’oggettività della causale giustificativa del licenziamento.

a) Il termine oggettivo può indicare che si tratta di fatti relativi all’oggetto, inteso come azienda/impresa/attività, ma si è già visto che non è possibile escludere dalla causale anche fatti che non sono oggettivi in questa accezione, bensì soggettivi in quanto riguardano la persona del lavoratore.

b) Al tempo stesso il riferimento alla natura oggettiva può significare che siamo di fronte a fatti da considerarsi sotto il profilo oggettivo, vale a dire che vanno assunti in giudizio depurati da ogni rilevanza di profili soggettivi, cioè di colpevolezza. Ciò è quanto si è detto trattando delle fattispecie relative alla persona del lavoratore, assunte in giudizio come rilevanti oggettivamente per gli effetti che si producono in termini di impossibilità a eseguire la prestazione, senza alcun riguardo alla causa ultima che ha procurato questa impossibilità⁸.

c) Il termine oggettivo può in linea teorica anche voler dire che, trattandosi di fatti relativi all’attività e all’organizzazione del datore di lavoro, la valutazione dei fatti non possa essere rimessa alle valutazioni soggettive di quest’ultimo, dovendo invece trovare un saldo ancoraggio in una valutazione

considerazioni di DE LUCA TAMAJO, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, 2017, p. 19 ss., sul punto p. 22 ss.

⁸ Si parla qui di impossibilità in senso atecnico. Per la critica del ricorso alla nozione di impossibilità sopravvenuta nelle fattispecie di giustificato motivo oggettivo sia consentito rinviare al mio *La giustificazione oggettiva del licenziamento*, cit., cap. II.

ancorata a parametri che prescindano dalle valutazioni del singolo individuo, ma che siano riferibili a quel che farebbe un individuo di buon senso in possesso delle conoscenze tecniche adeguate alla gestione di quella determinata attività imprenditoriale/economica.

Già dal punto di vista gnoseologico, tuttavia, è impossibile sostenere l'oggettività di un processo di conoscenza, di per sé influenzato dal soggetto conoscente. Questa idea, nota ai giuristi specialmente con riguardo alla teoria dell'interpretazione e dell'applicazione della legge e all'impossibilità che il giudice sia la bocca della legge, diventa tanto più vera per il giustificato motivo oggettivo, che è una nozione operante su più livelli. La soggettività, si direbbe quasi irresistibile, della causale oggettiva ha delle ricadute pratiche che hanno segnato tutto il dibattito dottrinale e l'applicazione giurisprudenziale del giustificato motivo oggettivo e che hanno in realtà sullo sfondo sempre la medesima difficoltà e lo sforzo di depurare il giudizio da elementi soggettivi.

5. *Il licenziamento come extrema ratio e la (ir)rilevanza della crisi aziendale*

Una prima questione discussa è stata quella della possibilità di individuare, a sostegno delle decisioni organizzative del datore di lavoro, un interesse dell'impresa come istituzione, oggettivo e distinto dall'interesse dell'imprenditore⁹. Se, tuttavia, è valida la premessa dalla quale si è partiti, se

⁹ L'idea di poter individuare un interesse dell'impresa distinto da quello dell'imprenditore è assai risalente. Non è naturalmente questa la sede per discutere una teoria, tra l'altro ampiamente superata almeno in Italia, che pure sembra riecheggiare nelle posizioni della dottrina che vorrebbe il licenziamento per giustificato motivo oggettivo fosse legittimo solo quando e nella misura in cui le decisioni imprenditoriali siano oggettivamente necessarie, dunque oggettivamente giustificate dalla loro rispondenza alle esigenze oggettive dell'impresa. Ma è chiaro che la necessità delle decisioni organizzative è ancorata a valutazioni imprenditoriali soggettive. Non arbitrarie, sicuramente, ma soggettive. Per approfondimenti sulla teoria dell'impresa come istituzione-comunità si v. CORTI, *La partecipazione dei lavoratori. La cornice europea e l'esperienza comparata*, Vita e Pensiero, 2012, p. 165 ss. Interessante il legame tra la teoria dell'impresa come comunità-istituzione e quella della funzionalizzazione dell'interesse dell'impresa all'utile sociale (anch'essa superata, come si avrà modo di dire più oltre), per il quale cfr. un cenno in SANTA-GATA, *Il lavoratore azionista*, Giuffrè, 2008, pp. 80-81, nota 42, che cita in proposito L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Studi sul diritto tedesco del lavoro*, Giuffrè, 1961, p. III. Per un riepilogo critico delle concezioni "istituzionalistico-comunitarie", cfr. SANTUCCI, *Parità di trattamento, contratto di lavoro e razionalità organizzative*, Giappichelli, 1997, p. 165. Aderiva parzialmente alla teoria dell'impresa

cioè è vero che di oggettivo e di oggettivamente conoscibile non esiste nulla, si deve giocoforza concludere che neanche è possibile oggettivare l'interesse dell'impresa ovvero sia individuare con certezza la strada ontologicamente giusta per risollevarla da una situazione di crisi o per limitare le perdite o ancora per salvaguardarne la capacità competitiva. Anche immaginando che il giudice si rifaccia a un tecnico, non c'è mai un'unica soluzione giusta, come a livello macroeconomico, così a livello micro-economico.

Dunque, per tornare al discorso che si sta portando avanti, anche volendo limitarsi alla sola sfera imprenditoriale, il rischio di interpretazioni "soggettivistiche" è sempre in agguato.

La difficoltà di depurare la giustificazione oggettiva del licenziamento dalle sue "incrostazioni" soggettivistiche è emersa in modo lampante nella giurisprudenza che si è occupata a più riprese di identificare l'essenza della giustificazione legittimante la riduzione del personale sotto forma di soppressione di uno o più posti di lavoro. In questi casi, solo le perdite giustificano il recesso, come secondo la legge spagnola¹⁰, che pretende la continuità delle perdite in più trimestri? Oppure può essere sufficiente un calo dei pro-

come istituzione MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, 1957, p. 152.

¹⁰ Secondo il Real Decreto Ley n. 3 del 2012 la giustificazione del licenziamento per motivi economici sussiste quando dai risultati dell'attività emerge una situazione economica negativa, come l'esistenza di perdite attuali o previste, o la diminuzione *persistente* dei suoi livelli di redditività o di vendite. Il decreto considera *persistente* una riduzione protratta per tre trimestri consecutivi (cfr. art. 18, par. 3, Real Decreto Ley n. 3/2012, che modifica l'art. 51 dell'Estatuto de los trabajadores). Sulla riforma spagnola del 2012 e sulle pronunce di costituzionalità che l'hanno interessata cfr. DIAZ AZNARTE, *Quando la crisi economica diventa argomento giuridico*, in *DLM*, 2015, p. 187 ss., sul punto p. 194, ove rileva come la Corte costituzionale spagnola abbia dato assoluta preminenza all'obiettivo della normativa di assicurare certezza del diritto rispetto alla valutazione della maggior discrezionalità che la riforma darebbe al datore di lavoro. La riforma spagnola ha avuto grande eco nella pubblicistica italiana: cfr. BALLESTRERO, *Declinazioni di flexicurity. La riforma italiana e la deriva spagnola*, in *LD*, 2012, p. 441 ss.; RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, *La forza del mercato: le riforme del diritto del lavoro spagnolo durante la crisi finanziaria mondiale*, in *DLRI*, 2013, p. 91 ss.; PEDERZOLI, *Rimedi contro il licenziamento illegittimo nell'ordinamento spagnolo alla luce delle recenti riforme*, in NOGLER, CORAZZA (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, FrancoAngeli, 2012, p. 449 ss.; ID., *I licenziamenti in Spagna*, in PEDRAZZOLI (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, FrancoAngeli, 2014, p. 185 ss.; PERULLI, *Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, *ibidem*, p. 253 ss.; SANTOS FERNÁNDEZ, *La riforma del diritto del lavoro in Spagna*, in *RGL*, 2012, I, p. 615 ss. Più di recente cfr. PEDRAZZOLI, *La giustificazione del licenziamento per motivi economico-oggettivi. Differenze e variazioni di fattispecie nei principali paesi europei*, in *RIDL*, 2019, I, p. 3 ss.

fitti e il rischio di una riduzione della competitività? La risposta al quesito non è scontata, considerando che anche un calo di profitti e una riduzione della competitività sono, nell'attuale contesto economico, in grado di spingere un'impresa fuori mercato e decretarne dunque la marginalizzazione se non il fallimento¹¹. Le imprese meno competitive sono anche più esposte a operazioni finanziarie aggressive, che hanno talora l'obiettivo di smantellarle. Ed è chiaro che un esito siffatto non gioca certo a favore degli interessi dei lavoratori occupati in queste imprese. D'altronde è comprensibile la preoccupazione che legittimare quale giustificazione di licenziamento ogni decisione organizzativa diretta all'incremento dei profitti, decisione assolutamente discrezionale e dunque sul piano logico implicante misure non indispensabili, significhi in sostanza consentire il licenziamento per motivi oggettivi ogni volta che il datore di lavoro lo ritenga opportuno.

L'idea del licenziamento come *extrema ratio* impone di verificare che la scelta implicante la cessazione del rapporto sia effettivamente indispensabile, e cioè che non vi siano possibili alternative, tali da salvaguardare l'interesse dell'impresa senza sacrificare il rapporto di lavoro o, eventualmente, tali da sacrificare un interesse dell'impresa ritenuto meno rilevante, quello dell'incremento del profitto, alla necessità della conservazione del posto di lavoro¹². Non basta dunque, in quest'ottica, l'effettiva soppressione del posto di lavoro, ma è necessario indagare quali siano le ragioni sottostanti la soppressione del posto di lavoro per verificare che essa sia imposta da necessità alle quali il datore di lavoro non avrebbe modo di far fronte altrimenti¹³. Una interpre-

¹¹ Anche l'appena citata legge spagnola del 2012 sembra del resto mettere le diverse tipologie di situazioni economiche prospettabili – attuali o future – sullo stesso piano (“una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de perdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas” recita appunto l'art. 18 del R.D.L. 3/2012).

¹² Decisamente critici MARESCA, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: il prius, il posterius e il nesso causale*, in PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, cit., p. 61 ss., sul punto p. 76, che vede come obsoleta l'idea dell'*extrema ratio* nel nuovo contesto normativo, e ROMEI, *Natura e struttura dell'obbligo di repêchage*, *ibidem*, p. 97 ss., qui p. 105, secondo il quale la regola del licenziamento come *extrema ratio* è in realtà “un postulato fortemente dubbio sotto il profilo del suo fondamento e fortemente ambiguo nei suoi presupposti teorici”.

¹³ In giurisprudenza, seguono questa linea di pensiero (sia pure con diversi accenti), tra le tante, Cass. 7 luglio 2004, n. 12514, in *RIDL*, 2004, II, 838, nt. ICHINO; Cass. 2 ottobre 2006, n. 21282; Cass. 2 ottobre 2006, n. 7006; Cass. 26 settembre 2011, n. 19616; Cass. 24 febbraio 2012, n. 2874; Cass. 23 ottobre 2013, n. 24037, in *RIDL*, 2014, 2, II, 296, nt. ZANETTO; Cass. 24 giugno 2015, n. 13116, in *DG*, 2015, 25, nt. TONETTI.

tazione ancora oggi sostenuta con decisione da una parte della dottrina, che evidenzia come questa sia la sola in armonia con i valori della nostra Carta costituzionale e della Carta sociale europea¹⁴.

Secondo altro orientamento non è possibile sindacare le motivazioni retrostanti le scelte organizzative del datore di lavoro: se la soppressione del posto di lavoro è effettiva, se non vi è frode da questo punto di vista e vi è un rapporto di causalità diretta tra la decisione datoriale e la soppressione, il sindacato giudiziale non può spingersi oltre¹⁵. Questa veduta è stata confermata da una serie di sentenze della Suprema Corte, che a cavallo tra la fine del 2016 e i primi mesi del 2017 ha suggellato la definitiva adesione della giurisprudenza di legittimità maggioritaria a questa linea interpretativa¹⁶.

¹⁴ L'art. 24 della Carta sociale europea riveduta statuisce che: "Per assicurare l'effettivo esercizio del diritto ad una tutela in caso di licenziamento, le Parti s'impegnano a riconoscere: a) il diritto dei lavoratori di non essere licenziati senza un valido motivo legato alle loro attitudini o alla loro condotta o basato *sulle necessità di funzionamento dell'impresa*, dello stabilimento o del servizio; b) il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo, ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione" (il corsivo è mio). Per l'orientamento interpretativo più rigoroso, cui si fa riferimento nel testo, cfr., tra i tanti, PEDRAZZOLI, *Vecchi paradigmi e nuove prospettive*, cit., part. par. 4 ss.; PERULLI, *Giustificato motivo oggettivo, soppressione del posto e "paradigma" del diritto del lavoro*, in ID. (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, cit., p. 85 ss., part. p. 87 ss.; SPEZIALE, *Il giustificato motivo oggettivo: extrema ratio o "normale" licenziamento economico?*, *ibidem*, p. 119 ss., part. p. 132 ss.; ID., *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento tra "clausole generali", principi costituzionali e giurisprudenza della Cassazione*, in *DLRI*, 2018, p. 127 ss., part. p. 134 ss. Sulla stessa linea interpretativa v. la recente pronuncia del Comitato europeo dei diritti sociali (11 febbraio 2020) sul ricorso della CGIL contro l'Italia (n. 158/2017) relativo alla disciplina dei licenziamenti individuali, secondo cui la tutela prevista dal cd. *Jobs Act* è insufficiente a garantire adeguatamente i diritti dei lavoratori ai sensi dell'art. 24 della Carta sociale europea. Sulla decisione, in senso critico, cfr. TOPO, *La funzione dell'indennità per il licenziamento illegittimo e i suoi limiti: Corte costituzionale italiana e Comitato europeo dei diritti sociali a confronto sul Jobs Act*, in *RIDL*, 2020, II, in corso di pubblicazione.

¹⁵ In quest'ottica, cfr. Cass. 16 marzo del 2007 n. 6229, in *LG*, 2007, p. 790, nt. MANNACIO; 21 novembre 2011 n. 24502; 6 luglio 2012 n. 11402; 23 settembre 2015 n. 18780; 13 luglio 2016 n. 14306, in *DG*, 2016, p. 14; 28 settembre 2016 n. 19185, in *GDir*, 2016, p. 52, nt. IVELLA. Cass. 25 gennaio 2021 n. 1514, a quanto consta, è l'ultima sentenza che segue questa linea di pensiero.

¹⁶ Si tratta della giurisprudenza nota come Amendola, dal nome dell'estensore delle prime due sentenze: cfr. Cass. 7 dicembre 2016 n. 25201 e 3 maggio 2017 n. 10699; seguite poi, a strettissimo giro, da Cass. 24 maggio 2017 n. 13015 e 7 agosto 2017 n. 19655, tutte in *RIDL*, 2017, II, p. 743 ss. con nota adesiva di PALLINI, *La (ir)relevanza dei "motivi" dell'impresa nel sindacato di legittimità del licenziamento economico*. A valle di queste pronunce si è riaperto il dibattito in dottrina. Nell'impossibilità di ricordare tutti i contributi, si v. CESTER, *Giustificato motivo oggettivo di licen-*

Difficilmente, peraltro, l'esito avrebbe potuto essere diverso, se si tiene conto del fatto che anche una mera riorganizzazione dell'attività produttiva finalizzata alla maggiore efficienza o dovuta all'evoluzione tecnologica potrebbe altrimenti essere considerata come illegittima qualora porti alla soppressione di posizioni lavorative, trattandosi di soppressione non giustificata da assoluta necessità o da crisi economica. Anche di recente la Suprema Corte ha confermato questo orientamento, che sembra ormai assolutamente maggioritario¹⁷.

6. *L'impossibilità di individuare decisioni imprenditoriali necessarie o indispensabili*

Pur essendo comprensibili le preoccupazioni retrostanti la tesi minoritaria, che vorrebbe un più incisivo sindacato giurisdizionale sull'effettiva necessità delle decisioni organizzative determinanti la soppressione del posto di lavoro, l'idea di un sindacato giudiziale penetrante sulle ragioni delle scelte datoriali si traduce in limiti variabili caso per caso a queste ultime, limiti che non solo urtano contro l'esigenza di certezza e prevedibilità indispensabili per lo sviluppo delle attività economiche, ma violano anche la libertà d'impresa. Sostenere una valutazione di necessità o di indispensabilità delle decisioni imprenditoriali altro non significa che privare l'imprenditore della libertà di disegnare liberamente la propria attività e organizzazione. Non è questo il campo di applicazione del canone dell'utilità sociale, con il quale, *ex art. 41 Cost.*, comma 2, l'attività d'impresa non può entrare in contrasto. Non a caso la Carta si riferisce al non contrasto invece che a un positivo indirizzo dell'iniziativa economica privata all'utilità sociale. Il titolare dell'impresa deve essere libero di dimensionare l'impresa e organizzarla nel modo

ziamento e difficoltà economiche, in *RIDL*, 2017, I, p. 153 ss.; FERRARESI, *Recenti sviluppi del dibattito sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *DRI*, 2018, p. 531 ss.; PERSIANI, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e autorità del punto di vista giuridico*, in *ADL*, 2017, I, p. 133 ss.; nonché i contributi raccolti in PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, cit., vari dei quali esprimono apprezzamento per il nuovo orientamento (cfr. per es. DE LUCA TAMAJO, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, p. 21, che parla di una "presa di posizione quanto mai puntuale e consapevole").

¹⁷ Cfr. Cass. 18 agosto 2020 n. 17219, che conferma la insindacabilità delle ragioni poste a fondamento della decisione di sopprimere il posto di lavoro. Da ultimo, v. Cass. 25 gennaio 2021 n. 1514 sull'irrelevanza della crisi.

che ritiene più opportuno, come la migliore dottrina ha definitivamente chiarito superando la tesi della cd. funzionalizzazione dell'impresa privata¹⁸.

La realtà è che il limite in questo campo è la frode alla legge: se la riorganizzazione che determina la soppressione della posizione lavorativa è effettiva, non vi è spazio per un sindacato sulle ragioni che hanno spinto il datore di lavoro a riorganizzare la sua attività¹⁹. Un tale sindacato, salvo che in casi limite, non potrebbe che fondarsi su valutazioni del tutto opinabili dei criteri gestionali adottati. Pare illusoria e comunque non condivisibile l'idea secondo la quale il giudice debba – o anche solo possa – sostituirsi a valutazioni che per loro natura sono discrezionali e che implicano la conoscenza del settore produttivo tanto dal punto di vista tecnico quanto dal punto di vista economico: certo il giudice potrebbe ricorrere a una consulenza tecnica d'ufficio, ma anche così non avrebbe certezza della correttezza e, soprattutto, della indispensabilità delle decisioni imprenditoriali.

Proprio perché non vi è una soluzione organizzativa corretta, non è dato rinvenire fattispecie in cui la soppressione del posto di lavoro sia assolutamente necessaria, fatta eccezione per la cessazione dell'attività e alcuni casi di crisi economica, che restano pur sempre discutibili. Di che misura di crisi dovrebbe trattarsi? Al di fuori delle ipotesi in cui, come in Spagna, sia il legislatore a fissare dei criteri chiari, il requisito della crisi è suscettibile delle più varie interpretazioni. Resta invece del tutto legittimo optare per un bilanciamento tra i contrapposti interessi delle parti non discutendo le decisioni

¹⁸ Per le critiche alla teoria della funzionalizzazione si vedano, con diversi accenti: MINERVINI, *Contro la "funzionalizzazione" dell'impresa privata*, in *RDC*, 1958, I, p. 618 e GALGANO, *L'imprenditore*, Zanichelli, 1970, pp. 96-97; ID., *La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali*, in ID. (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, I, *La costituzione economica*, Cedam, 1977, p. 511 ss.; nonché MANCINI, *Sub art. 4*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-II Foro italiano, 1975, p. 234 ss., part. pp. 242-243. Di recente un cenno sulla questione in ROMEI, *Natura e struttura dell'obbligo di repêchage*, in PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, cit., p. 97 ss., part. p. 102.

¹⁹ In questi termini cfr. anche MARAZZA, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e "controllo di pretestuosità"*, in PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, cit., p. 49 ss., part. p. 56. *Contra* si v., per esempio, PERULLI, *Giustificato motivo oggettivo, soppressione del posto e "paradigma" del diritto del lavoro*, *ibidem*, p. 85 ss., part. p. 87 ss. Molto interessante l'ottica nella quale si pone l'analisi di G. SANTORO PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Dalla ragione economica alla ragione organizzativa*, *ibidem*, p. 111 ss., part. p. 113 ss., che assume non sindacabili le ragioni economiche e invece possibile oggetto di controllo giudiziale, anche oltre la loro effettiva sussistenza, quelle organizzative in base a degli "indicatori di ottimizzazione del processo produttivo".

datoriali, ma investigando sul se vi siano possibili soluzioni che evitino le ricadute di quelle scelte sulla posizione del lavoratore²⁰. Questa operazione, che incide a valle e non a monte della catena causale, è quella sulla quale si basa il cd. obbligo di *repêchage*, la cui anima è quella di una sostanziale rinegoziazione dei contenuti contrattuali che può essere fondata sull'art. 1467 cod. civ.

La verità è che le interpretazioni più rigorose sono dettate dalla volontà di arginare gli ineliminabili elementi di soggettività presenti nella valutazione della sussistenza del giustificato motivo oggettivo. In altri termini, la costante preoccupazione di oggettivare e dunque sottoporre a controllo le decisioni imprenditoriali dimostra l'ansia che si nasconde dietro l'interpretazione del giustificato motivo oggettivo: la preoccupazione politica di non legittimare un'ampia discrezionalità per il datore di lavoro nelle scelte relative al dimensionamento e all'organizzazione della sua attività. L'intento è sicuramente apprezzabile nella direzione di una maggior tutela della parte più debole del rapporto, ma, al di fuori dei regimi socialisti a economia pianificata, immaginare un controllo di questo tipo sulla libertà di impresa non è possibile. Non lo è perché nel nostro ordinamento costituzionale siffatto controllo non può essere affidato a una valutazione rimessa a organi politici o amministrativi, che esprimerebbero una propria discrezionalità indiscutibile; e non lo è perché una tale valutazione non può essere rimessa al giudice, che può giudicare solo sulla base della legge e dunque secondo parametri oggettivi che, come detto, non è dato individuare per la semplice ragione che non esistono.

7. *La necessità di valutare le decisioni imprenditoriali in termini di eccessiva onerosità*

Questo discorso è esattamente speculare a quello fatto dimostrando quanto il richiamo alla figura dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione sia inappropriato per spiegare le fattispecie di giustificato motivo oggettivo

²⁰ Di bilanciamento parlano esplicitamente CARUSO, *La fattispecie "giustificato motivo oggettivo" di licenziamento tra storie e attualità*, in PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, cit., p. 1 ss., sul punto p. 15 ss., e DEL PUNTA, *Sulla prova dell'impossibilità del respaccio nel licenziamento economico*, *ibidem*, p. 31 ss., sul punto p. 36.

relative alla persona del lavoratore. L'impossibilità sembra nozione in grado di offrire maggiore tenuta dal punto di vista della garanzia degli interessi dei lavoratori, ma non è così, come dimostrano i contrasti e le incertezze che sono nate nell'applicazione della nozione di impossibilità della prestazione alle ipotesi di giustificato motivo oggettivo relative alla persona del lavoratore. Una nozione, quella di impossibilità sopravvenuta, sulla quale a rigore non potrebbe neanche fondarsi l'obbligo di *repêchage*, che è di fondamentale importanza per il lavoratore e che trova nella disciplina dell'eccessiva onerosità sopravvenuta perfetta rispondenza²¹.

Molto più efficace e chiara la fissazione di limiti economici alla perdita sopportabile dal datore di lavoro per la conservazione in vita del rapporto. Molto più appropriato e rigoroso l'inquadramento in termini di sopravvenuta eccessiva onerosità per il datore di lavoro della conservazione in vita del rapporto, che tra l'altro è il solo nel quale l'obbligo di *repêchage* possa trovare adeguato fondamento normativo²². E infatti la giurisprudenza di legittimità ha finito per orientarsi nel senso dell'avvicinamento di quelle fattispecie alla eccessiva onerosità sopravvenuta, con conseguente rinegoziazione del contratto sulla base di obblighi di cooperazione di ciascuna parte nell'interesse della controparte²³.

²¹ Sia consentito ancora il rinvio a CALCATERRA, *La giustificazione oggettiva*, cit., p. 55 ss. per le ragioni che ostano al richiamo alla figura dell'impossibilità sopravvenuta e p. 139 ss. per la dimostrazione dell'appropriatezza del richiamo alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta della conservazione del rapporto di lavoro.

²² Cfr. ancora il mio *La giustificazione oggettiva*, cit., part. p. 167 ss. per una sintesi delle ragioni per le quali gli orientamenti giurisprudenziali che qualificano la fattispecie in termini di impossibilità sopravvenuta della prestazione non possono essere ricondotti che alla figura dell'eccessiva onerosità sopravvenuta.

²³ Di adeguamento alle sopravvenute esigenze dei contraenti, e dunque sostanzialmente di rinegoziazione, parlano già Cass. 5 agosto 2000 n. 10339, 8 marzo 2007 n. 5288, e Cass. Sez. Un. 24 novembre 2006 n. 25033, in *RGL*, 2007, II, p. 193 ss.; Cass. 10 ottobre 2005 n. 19686 afferma che l'adibizione a mansioni inferiori non va letta come deroga all'art. 2103 cod. civ., bensì come adeguamento del contenuto contrattuale alla nuova situazione determinata dalla sopravvenuta invalidità del lavoratore. In seguito, con espresso riferimento alla risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, cfr. Cass. 18 novembre 2015 n. 23620, secondo la quale "Costituisce causa di risoluzione del rapporto di lavoro per onerosità sopravvenuta la valutazione dell'imprenditore (...) che (...) ritenga necessario sostituire personale meno qualificato con altro maggiormente dotato di professionalità, dovendosi altresì ritenere estraneo al controllo giudiziale il fine di arricchimento, o non impoverimento, perseguito dall'imprenditore" (in dottrina, peraltro, sembra escludere che una tale fattispecie possa rientrare nel giustificato motivo oggettivo DE LUCA TAMAJO, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, cit., p. 29). Nella dottrina

La linea interpretativa che ha per decenni negato cittadinanza nel nostro ordinamento lavoristico alla figura della risoluzione per eccessiva onerosità, sostenendo che la unica forma di risoluzione possibile del rapporto di lavoro fosse quella per impossibilità sopravvenuta, è in sostanza riferibile sia alle fattispecie relative alla persona del lavoratore, per le quali si parla esplicitamente di impossibilità sopravvenuta, sia alle fattispecie concernenti decisioni ed esigenze organizzative o economiche del datore di lavoro, delle quali si pretenderebbe la indispensabilità. In realtà di impossibilità sopravvenuta o di indispensabilità delle decisioni organizzative non si tratta e non potrebbe trattarsi se non in casi residuali, come si è detto, e celare la reale logica del giudizio ha prodotto per decenni una situazione di incertezza foriera di un contenzioso alluvionale. I nuovi orientamenti della giurisprudenza di legittimità, nel prendere definitivamente consapevolezza della soggettività delle valutazioni sottese al giustificato motivo oggettivo di licenziamento, stanno finalmente costruendo un quadro di chiarezza che si spera possa costituire un punto di riferimento solido nella disciplina delle fattispecie, tale da ridurre la conflittualità esasperata che caratterizza l'ordinamento lavoristico italiano.

In altri termini, e conclusivamente, mentre la giurisprudenza sulle fattispecie di giustificato motivo oggettivo relative alla persona del lavoratore aveva già optato per il loro inquadramento nella risoluzione per eccessiva onerosità della prestazione²⁴, è a partire dalla giurisprudenza Amendola del 2016/2017 che la Suprema Corte consolida una lettura sostanzialmente in termini di eccessiva onerosità della conservazione del rapporto di lavoro delle fattispecie di licenziamento economico, rinunciando a un'ottica "iperoggettivistica", che altro effetto non avrebbe se non quello di attribuire al giudice un vaglio sulla supposta necessità delle decisioni imprenditoriali, in realtà og-

è ormai pienamente penetrata l'idea che si possa fare riferimento alla figura dell'eccessiva onerosità in materia di licenziamento per motivi oggettivi, anche grazie al riferimento espresso che l'art. 2058 cod. civ., sull'esecuzione in forma specifica, fa all'eccessiva onerosità: per un esempio, cfr. di recente SCARPELLI, *Il rifiuto del vaccino non legittima di per sé il licenziamento*, 31 dicembre 2020, che conclude "dovendo il datore di lavoro privilegiare una soluzione conservativa del rapporto di lavoro ove non dimostri l'incompatibilità con gli assetti organizzativi o l'eccessiva onerosità della soluzione" (il corsivo è mio; il testo dell'intervento di Franco Scarpelli è reperibile su www.collettiva.it). È chiaro che l'eccessiva onerosità è riferibile tanto alla conservazione *ab origine* del rapporto di lavoro (come nel caso di cui si occupa l'articolo di Scarpelli), quanto alla eventuale esecuzione in forma specifica di un provvedimento di reintegrazione nel posto di lavoro.

²⁴ Cfr. ancora, espressamente, Cass. n. 23620/2015.

gettivamente non individuabile non essendo *in rerum natura*. Il riconoscimento della legittimità della valutazione, da parte del titolare dell'organizzazione nella quale il lavoratore è inserito, dell'opportunità di decisioni gestionali che consentano di mantenere in vita un rapporto di lavoro non significa il riconoscimento della possibilità di recesso *ad nutum*. In queste ipotesi è pur sempre indispensabile una modifica dell'organizzazione che implichi l'esigenza del recesso e questo rimane sindacabile se non fondato sui necessari presupposti causali. Resta inoltre spazio, a valle, per una valutazione della possibilità del *repêchage* nella situazione organizzativa esistente.

Maria Teresa Carinci

Il licenziamento per ragioni soggettive dentro e fuori lo Statuto dei lavoratori: un disegno incompiuto

Sommario: **1.** Oggetto dell'indagine: dimensione risolutiva e dimensione disciplinare del licenziamento per giusta causa e giustificato motivo soggettivo nel settore privato. **2.** Le nozioni di gc e gms ed il loro ruolo nella struttura dell'atto di licenziamento. **3.** L'affermarsi accanto alla dimensione risolutiva di quella disciplinare/sanzionatoria del licenziamento per gc e gms: un quadro incompiuto. **4.** Rivisitazione al ribasso delle tutele e dimensione disciplinare del licenziamento per gc e gms: le resistenze della giurisprudenza. **5.** *Segue.* Le modifiche introdotte dal "Decreto dignità" e da Corte costituzionale 194/2018. **6.** Quali prospettive per il futuro? L'applicazione dell'art. 24 CSE. **7.** Conclusione: l'esortazione di Corte costituzionale 150 del 2020.

1. *Oggetto dell'indagine: dimensione risolutiva e dimensione disciplinare del licenziamento per giusta causa e giustificato motivo soggettivo nel settore privato*

Il presente saggio, rielaborazione della relazione tenuta al Convegno organizzato a fine 2020 dall'Università di Salerno per celebrare i cinquant'anni dello Statuto dei lavoratori, è dedicato al tema del licenziamento per motivi soggettivi – cioè al licenziamento per giusta causa (d'ora in poi gc) e per giustificato motivo soggettivo (d'ora in poi gms) – con l'intento di tracciare una seppur succinta evoluzione dell'istituto, nella sua duplice dimensione risolutiva, da una parte, e sanzionatoria/deterrente, dall'altra¹.

Il saggio sarà peraltro limitato al settore privato in ragione delle spiccate

¹ Cfr. fra le prime e fondamentali riflessioni sul tema MONTUSCHI, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Giuffè, 1973 e NAPOLI, *La stabilità reale nel rapporto di lavoro*, F. Angeli, 1980.

peculiarità che caratterizzano il settore pubblico in conseguenza degli interessi pubblici ivi coinvolti.

Pur volendo dedicare attenzione a tutti gli aspetti del licenziamento per ragioni soggettive – fattispecie, procedure e tutele –, l’attenzione si concentrerà in particolar modo sul profilo delle tutele che, essendo da tempo oggetto di molteplici rimaneggiamenti legislativi, appare senza dubbio l’aspetto più interessante. Del resto, le nozioni di *gc* e *gms* in sé considerate (che, com’è noto, sono state definite l’una dall’art. 2119 cod. civ. a sua volta richiamato dall’art. 1 della l. 15 luglio 1966 n. 604; l’altra dall’art. 3 l. 604/66 – per essere poi “inglobate” entrambe nell’art. 18 St.lav. –) non sono state più toccate dal legislatore.

Il presente contributo non si soffermerà neppure su un altro argomento, pur di grande attualità, il blocco dei licenziamenti – introdotto dall’art. 46 d.l. 17 marzo 2020 n. 18 (conv. in l. 24 aprile 2020 n. 27), successivamente prorogato più volte e destinato al momento a durare fino al 30 giugno 2021 (come previsto dall’art. 8, co. 9, d.l. 22 marzo 2021, n. 41) – in quanto esso si rivolge solo ai licenziamenti per motivi oggettivi, in piena coerenza con la finalità perseguita dalla legge che è quella di attutire le ripercussioni sul tessuto economico e sul contesto sociale della crisi indotta dalla pandemia da Covid-19. Così stando le cose, nonostante il blocco in atto, i licenziamenti per *gc* e *gms* costituiscono una delle poche figure di licenziamento che il datore può, anche in questo particolare momento, legittimamente adottare.

2. *Le nozioni di gc e gms ed il loro ruolo nella struttura dell’atto di licenziamento*

Appare opportuno iniziare dalle nozioni di *gc* e *gms* e dal loro ruolo nella struttura dell’atto di licenziamento, nozioni che hanno entrambe trovato definizione nella l. 604/66 e sulle quali il legislatore non è più intervenuto.

Quanto innanzitutto al loro contenuto, è opinione diffusa in dottrina che tanto la *gc* quanto il *gms* consistano in un inadempimento (colpevole) – di diversa intensità – degli obblighi contrattuali assunti dal lavoratore, adottando così la cd. nozione “contrattuale” di *gc* e *gms*.

La giurisprudenza invece – mentre riconduce il *gms* pacificamente all’inadempimento (notevole) degli obblighi contrattuali del lavoratore, come

del resto esplicitamente previsto dall'art. 3 l. 604 – è di diverso avviso circa la gc, di cui accoglie in prevalenza la nozione “fiduciaria”: secondo una massima ripetuta rientrano nella gc, oltre agli inadempimenti, anche i comportamenti estranei rispetto alla sfera del contratto e, in particolare, quelli diversi dall'inadempimento contrattuale che siano tali da far venir meno quella fiducia che costituisce il presupposto essenziale della collaborazione e quindi della sussistenza del rapporto di lavoro subordinato².

Vale a dire che, con specifico riguardo alla nozione di gc, le posizioni di dottrina e giurisprudenza rimangono in punto di diritto – almeno nelle dichiarazioni di principio – assai distanti. Se però si vuole approfondire l'analisi e si considera la latitudine dei comportamenti rilevanti ai fini della nozione di gc, le posizioni di dottrina e giurisprudenza, a ben vedere, finiscono per avvicinarsi.

Infatti ormai, per giurisprudenza costante, la condotta extralavorativa rilevante ai fini della gc deve essere idonea a pregiudicare non la fiducia soggettiva del singolo datore di lavoro, ma la fiducia oggettiva del datore di lavoro-modello circa l'idoneità del lavoratore a svolgere in futuro in modo esatto la propria prestazione (*ex art. 1564 cod. civ.*). La restrizione così operata dalla giurisprudenza quanto alla tipologia dei comportamenti extralavorativi rilevanti ai fini della gc conduce ad un esito non molto distante dalle conclusioni della dottrina la quale – pur nell'ambito della diversa costruzione “contrattuale” della gc – non manca di sottolineare come l'inadempimento non solo degli obblighi principali del lavoratore, ma anche di quelli accessori e, fra questi, degli obblighi di correttezza e buona fede (rapportati alle mansioni affidate al lavoratore ed alla sua posizione gerarchica) può integrare la nozione di gc.

La posizione della giurisprudenza, che accoglie la nozione “fiduciaria” di gc, a qualcuno è sembrata così più che altro un *escamotage*, funzionale a non obbligare il giudice a dover ricostruire in modo puntuale gli obblighi accessori gravanti sul lavoratore in un determinato contesto³.

Certo, ricondurre i comportamenti extralavorativi al piano della lesione della fiducia o invece a quello dell'inadempimento di un'obbligazione comporta delle differenze strutturali nella nozione di gc: solo nella prima pro-

² GRANDI, PERA e continuato da MAZZOTTA, DE LUCA TAMAJO, *Commentario alle leggi sul lavoro*, Giuffrè, 2018, *sub art. 2119 cod. civ.*

³ NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i “principi” costituzionali*, in *GDLRI*, 2007, p. 624.

spettiva la gc, infatti, riveste i caratteri della clausola generale che il giudice deve riempire di contenuti tramite la considerazione di elementi che emergono dal contesto sociale di riferimento⁴; al contrario nella seconda prospettiva la gc – risolvendosi integralmente nell'inadempimento – costituisce (come il gms) una precisa figura giuridica compiutamente delineata dalla legge senza necessità di completamento ad opera di dati extragiuridici.

Se questa è la situazione consolidatasi con riferimento alle nozioni di gc e gms, molto più discusso è stato (ed è) il ruolo che gc e gms svolgono nella struttura dell'atto di licenziamento.

Varie sono le posizioni espresse sul punto dalla dottrina: chi ritiene gc e gms causa dell'atto di esercizio del potere unilaterale di licenziamento, cui il legislatore connette particolari sanzioni⁵; chi pensa, invece, che la causa del licenziamento si sostanzia nella estinzione del rapporto e che gc e gms costituiscano piuttosto i motivi dell'atto⁶; chi infine ritiene che essi costituiscano “presupposti di fatto” – anche questa volta esterni alla causa dell'atto che rimane quella puramente estintiva –, presupposti che giocano, però, un ruolo diverso nella struttura dell'atto di licenziamento a seconda che alla loro mancanza la legge ricolleggi la tutela reale o invece quella obbligatoria⁷.

Quest'ultima lettura è quella più seguita in dottrina, secondo la quale in un caso (nell'area coperta in origine dalla tutela reale *ex art. 18 St. lav.*) gc e gms costituirebbero “presupposti costitutivi”, esterni alla causa che rimane quella estintiva, del potere di licenziamento alla cui mancanza – in virtù della tutela reale – consegue l'invalidità dell'atto e la continuazione del rapporto; nell'altro (nell'area coperta dalla tutela obbligatoria *ex l. 604/66*) gc e gms sarebbero oneri accessori ed esterni al potere di licenziamento, la cui mancanza determina la sola illiceità del recesso con conseguente valida interruzione del rapporto ed obbligo di un indennizzo economico. Lettura già in passato prevalente e che è stata riproposta anche in seguito alla rimodulazione delle tutele operata prima dalla legge Fornero e poi dal *Jobs Act*. Il legislatore sia nel 2012 che nel 2015, in definitiva, avrebbe ristretto le ipotesi in cui gc e gms costi-

⁴ Cfr. per es. Cass. 11 novembre 2020 n. 3283.

⁵ CARINCI M.T., *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi, Relazione alle giornate di Studio Aidlass*, Pisa 7-9 giugno 2012, in www.aidlass.it; EAD., *Il licenziamento discriminatorio o “per motivo illecito determinante” alla luce dei principi civilistici: la causa del licenziamento quale atto unilaterale fra vivi a contenuto patrimoniale*, in *RGL*, 2012, I, p. 641 ss.

⁶ GRAGNOLI, *La riduzione del personale. Fra licenziamenti individuali e collettivi*, Cedam, 2006, p. 300.

⁷ Per tutti NOGLER, *op. cit.*, p. 617.

tuiscono “presupposti di validità” del licenziamento ed ampliato invece – sulla scorta della necessità di ulteriori più specifici “requisiti” – le ipotesi in cui gc e gms costituiscono semplici oneri accessori dell’atto di recesso posti a fini di liceità e rilevanti all’interno dell’area coperta dall’art. 18 St. lav.⁸.

3. *L’affermarsi accanto alla dimensione risolutiva di quella disciplinare/sanzionatoria del licenziamento per gc e gms: un quadro incompiuto*

Se così è in una prima fase gc e gms costituiscono limiti dell’atto di licenziamento (nel senso di presupposti di validità o di liceità) riguardato nella sua dimensione di atto estintivo del rapporto di lavoro (per inadempimento).

I licenziamenti per gc e gms assumono dunque la veste di equivalente funzionale della risoluzione per inadempimento.

I limiti costituiti dalla gc e dal gms bilanciano pertanto alcuni interessi contrapposti delle parti (da un lato, l’interesse alla cessazione del vincolo che non realizza l’esatto adempimento a favore del datore e, dall’altro, l’interesse del lavoratore alla continuità del reddito e dell’occupazione), pur se con un equilibrio diverso a seconda della tutela prevista: il bilanciamento è decisamente più favorevole al lavoratore nell’area della tutela reale, perché qui l’atto di licenziamento è invalido – ed il rapporto non si risolve – se l’inadempimento imputato al lavoratore non è grave o notevole; il bilanciamento è invece più favorevole al datore di lavoro nell’area della tutela obbligatoria dove viceversa il licenziamento anche se non ricorre un inadempimento grave o notevole risolve comunque il rapporto pur gravando il datore di un costo. Dimensione risolutiva alla quale in seguito se ne è aggiunta un’altra, quella disciplinare/sanzionatoria.

È noto il lungo processo interpretativo, iniziato all’indomani dell’entrata in vigore dello St. lav., che ha infine portato a ritenere ogni licenziamento per gc e gms – riguardato come sanzione di una violazione colpevole da parte del lavoratore di obbligazioni contrattuali e/o di sovvertimento dell’ordine aziendale – in sé e per sé, cioè “ontologicamente”, disciplinare⁹.

⁸ DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, 2020, p. 669 ss.; CESTER, *Le tutele*, in GRAGNOLI (a cura di), *L’estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, in PERSIANI, CARINCI E (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Giuffrè, 2017, vol.V, p. 726 ss.

⁹ Dunque a prescindere dalle determinazioni del codice disciplinare, v. Cass. Sez. Un. 1 giugno 1987 n. 4823.

Un lungo processo interpretativo cui hanno partecipato sia la dottrina che la giurisprudenza e nel quale una parola decisiva è stata detta dalla Corte di Cassazione¹⁰ e dalla Corte Costituzionale¹¹, che ha condotto all'emersione di questa seconda dimensione del licenziamento per gc e gms. Significative al riguardo le affermazioni di Corte Costituzionale 25 luglio 1989 n. 427: "principi di civiltà giuridica ed innegabili esigenze di assicurazione della parità di trattamento garantita dal precetto costituzionale (art. 3 Cost.) richiedono che al lavoratore colpito dalla più grave delle sanzioni disciplinari, qual è quella espulsiva con perdita del posto di lavoro e lesione della dignità professionale e personale siano assicurate le garanzie dell'art. 7 St. lav. specificamente a favore di colui a cui è stata inflitta una sanzione disciplinare"¹². Ecco l'effetto dell'inquadramento dei licenziamenti per gc e gms come licenziamenti disciplinari: l'estensione di limiti ulteriori, quelli propri delle sanzioni disciplinari.

E qui arriviamo all'aspetto procedurale.

Come è noto i limiti di carattere procedurale previsti dall'art. 7, co. 1-3 e 5, St. lav. riguardano: a) la previa contestazione o motivazione dell'addebito; b) i contenuti della contestazione/motivazione: analicità/specificità; tempestività; immodificabilità; c) il contraddittorio ed il rispetto del principio di difesa (*audiatur et altera pars*); d) il termine a difesa di 5 giorni per l'irrogazione della sanzione funzionale all'esercizio del diritto di difesa (sulla scorta di Cass. Sez. Un. 26 aprile 1994 n. 3965)¹³; e) la previa affissione del codice disciplinare (che è l'unica regola derogabile – secondo l'orientamento consolidato in giurisprudenza – in quanto non rileva quando i comportamenti del lavoratore costituiscano chiara violazione dei suoi obblighi, sia come lavoratore che come cittadino, e dunque debbano ritenersi già inclusi nella nozione legale di gc e gms).

Tuttavia sotto il profilo dei limiti di carattere sostanziale previsti dall'art. 2106 cod. civ. – per la verità già ricavabili dalla stessa definizione legislativa

¹⁰ Cfr. Cass. n. 4823/1987.

¹¹ Sulla scorta di C. Cost. 30 novembre 1982 n. 204; 25 luglio 1989 n. 427. V. inoltre C. Cost. 23 novembre 1994 n. 398. Da ultimo cfr. C. Cost. 16 luglio 2020 n. 150.

¹² Cfr. C. Cost. n. 427/1989.

¹³ È noto infatti che la previa affissione del codice disciplinare (e quindi la regola di conoscibilità di infrazioni e sanzioni) conosce qui un temperamento per lo meno tutte le volte che l'infrazione riguardi le regole fondamentali del vivere civile e dunque debba ritenersi conosciuta dal lavoratore.

di gc e gms, cioè la proporzionalità fra sanzione e infrazione¹⁴ – l'emersione della dimensione disciplinare/sanzionatoria del licenziamento per gc e gms rimane incompiuta. Infatti, la Corte di Cassazione prima¹⁵ e la Corte costituzionale poi¹⁶ non hanno esteso al licenziamento per gc e gms quelle tutele demolitorie proprie delle sanzioni disciplinari conservative (la nullità), ma hanno sancito invece in caso di violazione delle regole procedurali dell'art. 7 St. lav. l'applicazione della sola cd. "tutela di area", cioè di quella stessa tutela prevista per il licenziamento per gc e gms nella sua dimensione risolutiva¹⁷. E ciò sulla base della considerazione che "sarebbe illogico" che dalla inosservanza delle regole procedurali derivassero "conseguenze diverse e più gravi di quelle derivanti dalla accertata insussistenza dell'illecito disciplinare. Altrimenti si verificherebbe una tutela reale [...] laddove l'accertata inesistenza della gc non privando il licenziamento dell'effetto risolutorio sarebbe seguita soltanto dall'obbligo di pagamento del preavviso"¹⁸. In tal modo – al di là delle affermazioni di principio secondo cui le regole previste dall'art. 7 St. lav. costituirebbero "principi di civiltà giuridica volti a tutelare la sfera professionale e morale del lavoratore" e dunque la sua persona¹⁹ – solo nell'area coperta dall'art. 18 St. lav. quelle regole procedurali sono state presidiate fino in fondo e hanno effettivamente determinato il prevalere dell'interesse del lavoratore alla tutela della propria dignità morale e professionale.

Nell'area della tutela obbligatoria, invece, la violazione delle regole procedurali non ha inibito e non inibisce lo scioglimento del vincolo, ma dà luogo solo ad una tutela economica, assai blanda rispetto ai valori personali implicati.

In quest'ambito è allora piuttosto alla figura del licenziamento discriminatorio – presidiato dalla sanzione della nullità – che viene assegnato il compito di tutelare efficacemente la persona del lavoratore.

Non stupisce così che un'autorevole dottrina, nell'interrogarsi sulla natura del potere di licenziamento per gc e gms nel nostro sistema²⁰, lo man-

¹⁴ TULLINI, *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, Giuffrè, 1994, p. 193 ss.

¹⁵ Cfr. Cass. Sez. Un. n. 26 aprile 1994 n. 3966; Sez. Un. n. 18 maggio 1994 n. 4844.

¹⁶ Cfr. C. Cost. n. 398/1994.

¹⁷ Tutela reale nell'area dell'art. 18 St. lav.; tutela obbligatoria nell'area della l. 604/66; solo obbligo di preavviso nell'area dell'art. 2118 cod. civ.

¹⁸ Così Cass. Sez. Un. n. 4844/1994. Cfr. anche C. Cost. n. 398/1994.

¹⁹ Così C. Cost. n. 427/1989.

²⁰ NOGLER, *op. cit.*, p. 604 ss.

tenga ben distinto dal potere disciplinare: il potere di licenziamento sarebbe funzionale unicamente alla risoluzione del contratto per preservare le ragioni della parte fedele a fronte dell'inadempimento della controparte; il potere disciplinare viceversa (cui il licenziamento non appartiene) sarebbe invece funzionale a garantire al datore il mantenimento dell'organizzazione (o del sostrato aziendale).

Tutto quanto fin qui detto porta a considerare le tutele quale punto cruciale della disciplina del licenziamento per ragioni soggettive, fin nella fase di emersione della sua dimensione disciplinare.

4. *Rivisitazione al ribasso delle tutele e dimensione disciplinare del licenziamento per gc e gms: le resistenze della giurisprudenza*

La fase successiva è caratterizzata da interventi legislativi volti in via generale a rimodulare al ribasso le tutele per il licenziamento, riconfermando così la centralità di questo profilo. Prima la legge Fornero, modificando l'art. 18 St. lav., e poi il *Jobs Act*, che ha operato una complessiva rivisitazione *in peius* del regime di tutela dei licenziamenti effettuati a partire dal 7 marzo 2015 – nelle grandi come nelle piccole imprese –, hanno ridotto le tutele previste per il licenziamento *contra legem*. Tale rivisitazione ha comportato più in particolare per i datori di lavoro di medio-grandi dimensioni una restrizione dell'area di incidenza della tutela reale a favore della tutela obbligatoria, nonché una significativa riduzione ad opera del *Jobs Act* dell'entità della tutela economica, fin dall'origine l'unica prevista a presidio del licenziamento disciplinare per i datori di più piccole dimensioni. Tale rivisitazione *in peius* delle tutele emerge con evidenza se si considera che in virtù di tali recenti riforme la legge dispone che non più la tutela reale, ma la sanzione economica trovi sempre applicazione proprio nel caso di violazione di quelle regole e di quei principi che conseguono alla natura di sanzione disciplinare del licenziamento per ragioni soggettive: la proporzionalità, la contestazione e le procedure del licenziamento. Si tratta di una sanzione economica che per di più – sia ai sensi della legge Fornero che del *Jobs Act* – è dimezzata nel caso di violazione delle procedure e del requisito di motivazione.

La giurisprudenza, tuttavia, ha opposto molte resistenze a questo arretramento delle tutele disposte a presidio della dimensione disciplinare del licenziamento per motivi soggettivi. E ben a ragione: esiste un'evidente

contraddizione fra il riconoscimento del licenziamento come massima sanzione disciplinare e la sua sottrazione, in caso di violazione delle regole sostanziali e procedurali poste a garanzia del lavoratore a fronte dell'applicazione di tutte le sanzioni disciplinari, a quegli stessi rimedi demolitorio/ripristinatori che invece si applicano quando vengono in considerazione le sanzioni disciplinari conservative. Una simile esclusione necessiterebbe dunque di una rigorosa giustificazione in grado di superare il vaglio di ragionevolezza imposto dall'art. 3 Cost.

La giurisprudenza così ha innanzitutto ritenuto che il difetto di proporzionalità fra infrazione e sanzione – imposto dall'art. 2106 cod. civ. – determini comunque, nell'area della legge Fornero, l'applicazione della tutela reale, seppur attenuata.

Superato infatti un primo tentativo di leggere il “fatto” di cui all'art. 18, co. 4, St. lav. come coincidente con l'insussistenza della gc e gms, – i giudici hanno però particolarmente valorizzato la seconda ipotesi di residua applicabilità della tutela reale, quella in cui per l'infrazione commessa dal lavoratore (e punita dal datore con il licenziamento) invece “il codice disciplinare preveda una sanzione conservativa”. La tutela reale, infatti, è stata applicata in giurisprudenza non solo nei casi in cui il contratto collettivo specificamente preveda una sanzione conservativa, ma anche in quelli in cui, pur in assenza di una previsione *ad hoc* da parte del codice disciplinare, il licenziamento si mostri significativamente sproporzionato rispetto all'infrazione commessa secondo una scala di valori ricostruita utilizzando come parametro il codice disciplinare posto dal contratto collettivo (vuoi grazie ad una interpretazione estensiva delle clausole del codice disciplinare, vuoi in alcune ipotesi in virtù di una loro applicazione analogica)²¹.

Non a caso proprio su questa specifica figura in cui ancora trova applicazione la tutela reale, è intervenuto il *Jobs Act*, eliminando questa ipotesi di applicazione della tutela reale (attenuata) e riducendo la tutela reintegratoria solo all'altra ipotesi, cioè al caso di “insussistenza del fatto materiale contestato”, precisando per di più che da esso deve restare “estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento”.

Ai sensi del *Jobs Act*, pertanto, solo la radicale “insussistenza del fatto” (cioè, secondo l'interpretazione consolidata, l'assenza di un inadempimento

²¹ Cfr. per es. App. Brescia 12 maggio 2015 n. 173; Trib. Prato 6 maggio 2014. *Contra* Cass. 9 maggio 2019 n. 12365.

imputabile al lavoratore) determina la reintegrazione (attenuata); al contrario in caso di sussistenza di un inadempimento anche lieve o lievissimo (rispetto al quale il licenziamento risulta totalmente sproporzionato) la sanzione è sempre e solo economica²².

L'unica eccezione a questa restrittiva ed ormai assestata interpretazione, che marginalizza il rilievo della proporzionalità (in sé ed anche in virtù della blanda sanzione economica prevista dalla legge) concerne gli inadempimenti bagatellari e di modestissimo rilievo disciplinare (commessi effettivamente dal lavoratore), che la giurisprudenza include invece nella nozione di “fatto insussistente” con applicazione della tutela reale attenuata (per lo più richiamando la frode alla legge *ex art. 1344 cod. civ.*²³).

Ma ci si domanda: si tratta qui di un vero e proprio “recupero” della figura dell'inadempimento bagatellare nell'ambito del concetto di “fatto insussistente” o non piuttosto della “sottrazione” di questa ipotesi all'area che sarebbe in effetti sua propria e maggiormente tutelata: quella del licenziamento radicalmente nullo per violazione di norma imperativa (art. 1344 cod. civ.) assistito dalla più forte sanzione della tutela reintegratoria piena?

Appare evidente, quindi, con riferimento al requisito di proporzionalità, che la giurisprudenza ha tentato di presidiare ancora il licenziamento nella sua veste disciplinare, pur riuscendoci solo parzialmente e con riferimento all'art. 18 St. lav. Diverso discorso deve essere fatto con riguardo alla procedura e, in particolare, alla contestazione dell'addebito perché le forti resistenze della giurisprudenza ad assecondare le scelte del legislatore, hanno invece raggiunto significativi risultati, presidiando in modo più significativo la dimensione disciplinare del licenziamento per gc e gms.

Sono infatti state ricondotte all'area della “insussistenza del fatto”, cui consegue l'applicazione della tutela reale attenuata, e sottratte così all'area della tutela puramente economica: a) la totale assenza della contestazione in quanto non permette al lavoratore di esercitare il diritto di difesa che secondo C. Cost. 427/89 costituisce, come detto, principio di civiltà giuridica, (soluzione del resto in linea sia con l'art. 18, co. 4, St. lav. sia con l'art. 3, co. 2, d. lgs. 4 marzo 2015 n. 23, che si riferiscono all'“insussistenza del fatto *contestato*”)²⁴; b) l'assenza di specificità della contestazione che sia priva dei requisiti

²² Cfr. Cass. 13 ottobre 2015 n. 20540; 20 settembre 2016 n. 18418; 31 maggio 2017 n. 13799.

²³ Cfr. per es. Trib. Taranto 21 aprile 2017.

²⁴ Cfr. per es. Cass. 14 dicembre 2016 n. 25745; Trib. Bari 29 novembre 2018.

minimi per individuare il fatto addebitato – non permettendo ancora una volta al lavoratore di esercitare il diritto di difesa²⁵ –; c) le ipotesi di mancato rispetto del principio di immodificabilità della contestazione, considerato corollario del principio di specificità, che vieta al datore di licenziare un lavoratore per fatti diversi da quelli contestati²⁶. Solo con riferimento al requisito di immediatezza della contestazione – con una decisione per la verità discutibile²⁷ – la giurisprudenza si è fermata a mezza strada ritenendo tale vizio sostanziale e non procedurale, pur non traducendosi in “insussistenza del fatto” per rinuncia all’esercizio del potere di recesso (con applicazione della tutela reale piena), bensì in uno di quegli “altri casi” in cui alla carenza di gc e gms consegue, ai sensi dell’art. 18, co. 5, St. lav. la tutela economica piena. Il mancato rispetto del requisito di immediatezza del licenziamento (vuoi nei termini previsti dal contratto collettivo, vuoi in base alla valutazione del giudice) dà viceversa luogo, per giurisprudenza costante, alla “insussistenza del fatto” per il venir meno – in conseguenza della rinuncia datoriale realizzata per fatti concludenti – di ogni rilevanza disciplinare del fatto contestato²⁸.

5. Segue. *Le modifiche introdotte dal “Decreto dignità” e da Corte costituzionale 194/2018*

In tema di tutele non rimane ora che interrogarsi su come abbiano inciso il “Decreto dignità” (d.l. 12 luglio 2018 n. 87) da un lato e Corte costituzionale 194/2018²⁹ dall’altro.

A ben vedere né il primo né la seconda hanno veramente invertito la rotta, attribuendo nuova centralità alla dimensione disciplinare del licenziamento per gc e gms. Provvedimenti che infatti non hanno contribuito ad affermare il prioritario rilievo del licenziamento come atto di esercizio di un potere disciplinare/sanzionatorio nell’ambito del rapporto di lavoro.

²⁵ Cfr. Cass. 6 dicembre 2017 n. 29240; 18 aprile 2018 n. 9590; 11 dicembre 2018 n. 31993; 24 luglio 2018 n. 19632.

²⁶ Cfr. Cass. 3 luglio 2015 n. 13680.

²⁷ Cfr. Cass. Sez. Un. 27 dicembre 2017 n. 30985.

²⁸ Cfr. Cass. (ord.) 28 maggio 2018 n. 13265.

²⁹ ZOPPOLI L., *Il licenziamento “decostituzionalizzato”*: con la sentenza n. 194/2018 la Consulta argina, ma non architetta, in *DRI*, 2019, p. 277 ss.

Il “Decreto Dignità” è intervenuto infatti solo in modo parziale, innalzando sì gli importi minimo e massimo dell’indennità risarcitoria dovuta per il licenziamento ingiustificato, ma non quello dovuto per la violazione della procedura; né è intervenuto su tutti gli aspetti controversi (nozione di fatto insussistente, contorni della motivazione ecc.,) che hanno costituito oggetto degli interventi della giurisprudenza.

Corte costituzionale 194/2018, nel rimodulare le modalità di calcolo dell’indennità dovuta per il licenziamento ingiustificato, ha da parte sua apertamente riconosciuto che la tutela economica (l’indennità) ha una primaria funzione risarcitoria (presidia cioè il licenziamento nella sua dimensione risolutiva, di atto interruttivo *contra legem* del rapporto di lavoro) e solo secondariamente una funzione deterrente/sanzionatoria (quale presidio contro l’esercizio illecito da parte del datore di lavoro del potere giuridico sanzionatorio).

La Corte, infatti, riconosce che il licenziamento ingiustificato costituisce non solo un atto interruttivo del rapporto posto in essere *contra legem* (che come tale dà luogo a conseguenze risarcitorie), ma anche esercizio di un potere giuridico di supremazia (sanzionatorio/disciplinare) in grado di pregiudicare *in diritto ed in fatto* la complessiva posizione del lavoratore: “il ‘diritto al lavoro’ (art. 4, co. 1, Cost.) e la ‘tutela’ del lavoro ‘in tutte le sue forme ed applicazioni’ (art. 35, co. 1, Cost.) comportano la garanzia dell’esercizio nei luoghi di lavoro di altri diritti fondamentali costituzionalmente garantiti. Il nesso che lega queste sfere di diritti della persona, quando si intenda procedere a licenziamenti, emerge dalla già richiamata sentenza n. 45 del 1965, che fa riferimento ‘ai principi fondamentali di libertà sindacale, politica e religiosa’, oltre che nella sentenza n. 63 del 1966, là dove si afferma che ‘il timore del recesso, cioè del licenziamento, spinge o può spingere il lavoratore sulla via della rinuncia ad una parte dei propri diritti’”³⁰.

La dimensione disciplinare, tuttavia, per la Corte costituzionale è secondaria: la piena considerazione della portata sanzionatorio/disciplinare del licenziamento avrebbe dovuto condurre a valutare l’effettiva efficacia deterrente anche dell’importo massimo della sanzione economica, in particolare quando riferita alle imprese di più grandi dimensioni, mentre la Corte afferma, al contrario – apoditticamente –, che l’importo massimo dell’indennità (di 24 e poi 36 mensilità) è conforme a Costituzione.

³⁰ Cfr. C. Cost. n. 194/2018, punto 13.

6. *Quali prospettive per il futuro? L'applicazione dell'art. 24 CSE*

Si può oggi affermare che sia stata posta definitivamente fine al rilievo nel nostro sistema della dimensione disciplinare del licenziamento per gc e gms? Ritengo di no: la questione – sempre vista dall'angolatura delle tutele – viene infatti riaperta dalla pronuncia dell'11 febbraio 2020 del Comitato europeo dei diritti sociali³¹ che ha accolto il reclamo presentato dalla CGIL³² circa il contrasto delle previsioni del *Jobs Act* relative alla indennità per il licenziamento illegittimo (artt. 3, 4, 9 e 10 d. lgs. 23/15) rispetto all'art. 24 CSE.

In particolare, in tale pronuncia il Comitato ha affermato che l'indennità prevista dal *Jobs Act* non garantisce al lavoratore un pieno ristoro del danno economico subito ed inoltre – questo è l'aspetto rilevante per il tema qui analizzato – non presenta neppure un carattere sufficientemente dissuasivo rispetto all'esercizio illegittimo del potere. Più in particolare, afferma il Comitato di esperti, è il tetto massimo previsto per l'indennità stessa³³ che le impedisce di svolgere la funzione sua propria.

Si legge al riguardo nella pronuncia: “Il Comitato ricorda che qualsiasi tetto massimo (*plafond*), che svincoli le indennità scelte dal danno subito e non presenti un carattere sufficientemente dissuasivo, è in via di principio contrario alla Carta [...]”. Nel caso di un tetto massimo alle indennità accordate a titolo di compensazione del danno patrimoniale subito, il prestatore di lavoro deve essere posto nelle condizioni di richiedere un risarcimento supplementare per il danno non patrimoniale, attraverso ulteriori rimedi che garantiscano decisioni in tempi ragionevoli³⁴.

Rimedi ulteriori che l'ordinamento italiano invece non assicura – os-

³¹ Si tratta del Comitato di esperti deputato ad interpretare la CSE. La decisione può essere letta in <https://www.questionegiustizia.it/data/doc/2483/buffa-all-cc-158-2017-dmerits-en.pdf>.

³² Con il supporto della Confederazione europea dei sindacati. In tema cfr. TOMASSETTI, *Il Jobs Act viola l'art. 24 della Carta sociale europea anche dopo il c.d. decreto dignità e la sentenza n. 194/2018. Prime note sulla decisione del Comitato europeo dei diritti sociali sul ricorso Cgil c. Italia*, in *DRI*, 2020, p. 209 ss.; BUFFA, *Licenziamenti illegittimi: la pronuncia del comitato europeo dei diritti sociali*, in *QG*, 2020.

³³ Pur se diversamente calibrato a seconda del tipo di vizio e delle dimensioni del datore di lavoro e della data del licenziamento: 36, 24, 12 e 6 mensilità.

³⁴ “If there is a ceiling on compensation for pecuniary damage, the victim must be able to seek compensation for non-pecuniary damage through other legal avenues and the courts competent for awarding compensation for pecuniary and non-pecuniary damage must decide within a reasonable time”, cfr. punto 96.

serva il Comitato – né in sede stragiudiziale (tramite il meccanismo di conciliazione previsto dall'art. 6 del *Jobs Act*), né in sede giudiziale tramite l'applicazione della disciplina generale in tema di nullità (tutela reale di diritto comune *ex art.* 1418 cod. civ.), né tramite la disciplina generale in materia di responsabilità civile (art. 2043 cod. civ. e art. 1218 cod. civ.). La tutela indennitaria prevista dalla legge è infatti considerata nel diritto vivente “onnicomprensiva”.

Risulta evidente l'importanza di questa decisione nella prospettiva del presente lavoro: decisione che – focalizzandosi come detto ancora una volta sulle tutele – riporta in primo piano la dimensione sanzionatoria del licenziamento, sottolineando la necessità di una tutela “adeguata” (anche) nel senso di effettivamente dissuasiva per il datore di lavoro da un esercizio illegittimo del potere.

Resta da capire quanto essa potrà effettivamente influire all'interno del nostro sistema, posto che la Corte Costituzionale con la sentenza 194/18 ha sì riaffermato la natura “autorevole” delle decisioni del Comitato, ma al contempo non le ha ritenute vincolanti nell'ambito del nostro sistema riservando, dunque, a sé la decisione ultima sul significato da attribuire alla CSE³⁵. È importante al riguardo rilevare comunque che ove la Corte fosse nuovamente investita del sindacato di costituzionalità e volesse riaffermare la legittimità costituzionale dei “tetti” attualmente previsti con riferimento alla tutela economica per il licenziamento *contra legem* (in contrasto con quanto affermato dal Comitato in relazione alla CSE) dovrebbe motivare la propria decisione: motivazione che con tutta probabilità non potrebbe che basarsi sulla affermazione di “controlimiti” propri del nostro ordinamento e cioè su un diverso bilanciamento nell'ordinamento interno rispetto a quello internazionale del diritto al lavoro, da una parte, e della libertà di impresa, dall'altro: un bilanciamento maggiormente favorevole nell'ordinamento italiano, per scelta del legislatore interno, alla libertà d'impresa rispetto all'ordinamento internazionale maggiormente favorevole, invece, alla stabilità dell'impiego.

Quanto poi ai giudici ordinari, essi potranno far riferimento alla decisione del Comitato – nella logica dell'interpretazione conforme – per fissare l'entità dell'indennità non solo in funzione del risarcimento integrale del

³⁵ In tema cfr. ORLANDINI, *Il licenziamento dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194/18, tra vincoli costituzionali e fonti internazionali: la partita resta aperta*, in *LDE*, 2020.

danno, ma anche in funzione dissuasivo/sanzionatoria nei confronti del datore di lavoro³⁶.

7. *Conclusioni: l'esortazione di Corte costituzionale 150 del 2020*

Pare opportuna a questo punto un'ultima osservazione conclusiva.

La dottrina più o meno dagli anni '90 ha spostato la propria attenzione dal licenziamento per gc e gms a quello per gmo e poi al licenziamento discriminatorio, mettendo in ombra il licenziamento per ragioni soggettive.

È tuttavia chiaro che il licenziamento per gc e gms esplica un effetto intimidatorio e per ciò impone con forza l'esigenza di assicurare adeguata tutela alla persona del lavoratore, una tutela che invece il nostro sistema non garantisce a sufficienza in contrasto con quanto previsto dalle fonti internazionali.

Alla luce di ciò è dunque urgente ed auspicabile un complessivo riassetto del sistema delle tutele per i licenziamenti, sistema oggi totalmente squilibrato a seguito dell'intervento del "Decreto Dignità", prima, e delle pronunce della Corte costituzionale n. 194/2018 e n. 150/2020, poi. La stessa Corte costituzionale, del resto, ha esortato in tal senso il legislatore: "Spetta alla responsabilità del legislatore, anche alla luce delle indicazioni enunciate in più occasioni da questa Corte, ricomporre secondo linee coerenti una normativa di importanza essenziale, che vede concorrere discipline eterogenee, frutto dell'avvicinarsi di interventi frammentari"³⁷.

La complessiva rivisitazione della disciplina appare quindi ancora più urgente se si considera che a breve dovrebbe essere superato l'attuale "blocco" dei licenziamenti con conseguente probabile massiccio ricorso da parte delle imprese alle varie figure di recesso. Sarebbe dunque auspicabile che il legislatore mettesse mano anche a tale figura riconoscendo appieno la dimensione sanzionatoria di tale forma di licenziamento.

³⁶ Cfr. Trib. Lecce 19 giugno 2020 n. 1402.

³⁷ Cfr. C. Cost. n. 150/2020, punto 17.

Chiara De Franco

**L'onere della prova nei licenziamenti individuali
dopo la riforma Fornero ed il *Jobs Act*,
uno slittamento consapevole?**

Sommario: **1.** Il principio di effettività e le tecniche di tutela del contraente-contendente debole attraverso la distribuzione degli oneri probatori. **2.** L'art. 2697 cod. civ. e l'art. 5 della legge 604/1966: il coerente riparto dei carichi probatori fino alle riforme legge Fornero e *Jobs act*. **3.** L'art. 5 della legge 604/66 dopo la riforma Fornero, la prova dell'ingiustificatezza semplice e dell'ingiustificatezza qualificata del *fatto contestato*. **4.** Il punto di slittamento e l'onere di dimostrare *direttamente in giudizio la insussistenza del fatto materiale* nel decreto legislativo 23/2015: una soluzione interpretativa costituzionalmente orientata, alla luce del principio di effettività.

1. Il principio di effettività e le tecniche di tutela del contraente-contendente debole attraverso la distribuzione degli oneri probatori

L'onere della prova si colloca in una sorta di *sezione aurea* del diritto civile e processuale, in quanto il moto di oscillazione continua e la ricerca della corretta distribuzione dei carichi tende a condurre il sistema ad un punto di equilibrio il più possibile armonico con il principio di effettività.

Il tema dell'onere della prova si intreccia infatti strettamente con l'elaborazione, prevalentemente dottrinale ma anche giurisprudenziale, sviluppata in particolare a partire dagli anni '70 e '80 del secolo scorso, relativa al principio di effettività inteso come complesso di norme e strumenti che mirano a garantire l'efficace e concreta attuazione dei diritti.

L'effettività, come obiettivo e come modello strutturale cui l'ordinamento deve tendere, comporta che al diritto di agire in giudizio sia direttamente correlato un apparato formale e sostanziale di strumenti efficaci, cioè strumenti che non ne rendano particolarmente difficile l'esercizio (art. 6 CEDU e art. 47 CFDE). Proprio in tale prospettiva, le norme in materia di

onere della prova concorrono alla realizzazione ed attuazione dell'effettività, che si ascrive peraltro al novero dei principi generali degli ordinamenti sovranazionali.

L'obiettivo irrinunciabile per cui “il processo deve dare al titolare di una situazione soggettiva tutto quello e proprio quello che il diritto sostanziale riconosce”¹, e un assetto codicistico che aveva elevato “il momento della tutela giuridica a momento qualificante della vita dei diritti soggettivi”² sono gli elementi concorrenti che hanno guidato la dottrina nel tentare di comporre le tradizionali distanze tra diritto sostanziale e processo. Ogni campo del diritto privato è stato indagato alla ricerca degli strumenti utili a rendere concreto ed attivo sul piano remedialprocessuale un principio di effettività della tutela dei diritti, non espressamente sancito nelle fonti interne, ma sempre ricavabile, ben prima della modifica dell'art. 111 Cost., dall'art. 24 Cost.³.

L'ambito di verifica, assolutamente complesso ed a tratti insidioso, che la tutela dei diritti deve attraversare per essere realizzata è la prova in giudizio dei fatti costitutivi del diritto. Diritto sostanziale e emersione dello stesso nel contesto processuale non possono appartenere ad intangibili piani paralleli; perciò, vanno strutturati dei punti di intersezione qualificati, orientati alla concreta realizzabilità della tutela dei diritti.

Il principio di effettività è dunque elemento immanente ma non immutabile, con declinazioni variabili: deve sempre essere armonizzato con il tempo, con le vicissitudini normative ed interpretative poiché è indispensabile tener conto della “complessità di un contesto politico, sociale e culturale, che è necessariamente l'energia ordinante dell'ordinamento, il *logos*”⁴.

Seppure nel processo del lavoro non si rinviene una specifica previsione normativa che sancisca il principio di effettività⁵, la giurisprudenza non sembra dubitare che al principio medesimo occorra guardare per realizzare una maggiore aderenza tra fatto e diritto⁶, tra esigenze del singolo caso e struttura

¹ CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Jovene, 1923, p. 81.

² DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, 2003, p. 9.

³ ARMONE, *Il principio di effettività: una guida nel labirinto delle fonti tra diritto civile e diritto del lavoro*, in *LDE*, n. 2/2019.

⁴ LIPARI, *Costituzione e diritto civile*, in *RTDPC*, 2018, p. 1259.

⁵ Il codice del processo amministrativo dedica a tale principio addirittura la disposizione di apertura, solennemente enunciando che “la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo” (art. 1).

⁶ La Corte di Cassazione a Sezioni Unite già nel 2006 (sentenza 14 febbraio 2006 n. 3117)

rigida della fattispecie, tra diritto riconosciuto in astratto e concreta protezione dello stesso⁷.

Il diritto alla tutela giurisdizionale non viene inteso soltanto come diritto di accesso al giudizio o all'esercizio in esso di un determinato potere processuale, ma è concepito pure, in una prospettiva contenutistica, come diritto alla misura appropriata alla soddisfazione del bisogno di tutela⁸.

Una particolare conformazione assume il principio di effettività nel campo del diritto del lavoro, risentendo tale campo – ed anzi essendo specificamente qualificato – della esigenza di tutela della parte debole nel mercato e nel rapporto contrattuale. L'obiettivo è spesso affidato a tecniche normative, a volte con correttivi interpretativi, di distribuzione degli oneri probatori, in cui la legge stabilisce il soggetto onerato della prova di un fatto decisivo per il giudizio⁹. Attraverso queste tecniche si realizza sul piano processuale la tutela del contraente debole¹⁰ che ispira la specialità stessa del diritto del lavoro rispetto al diritto civile, in funzione di riequilibrio della posizione dei contendenti che sono in posizione impari, in quanto il datore di lavoro si trova in uno stato dominante ed il lavoratore in una condizione economicamente e socialmente più debole¹¹. L'istituto dell'onere probatorio ed il suo concreto atteggiarsi nell'ambito della disciplina dei licenziamenti è stato definito “specchio dinamico... ad alta definizione”¹², e la sintesi espressiva è efficace, poiché effettivamente è il visore nel quale si riflette quale sia, in un dato tempo, il rilievo politico-giuridico riconosciuto al lavoro ed alla

osservava come, in tema di principio di effettività e vizi processuali, “il risultato di tali indicazioni, provenienti da norme o ordinamenti di rango superiore, è un vero e proprio effetto di irraggiamento nei confronti della disciplina legislativa che regola i modi di esercizio della tutela giurisdizionale”.

⁷ VETTORI, voce *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *ED*, Annali X, 2017, dove è possibile trovare un'ampissima panoramica delle voci favorevoli e contrarie allo sviluppo del principio di effettività.

⁸ Cass. 17 settembre 2013 n. 21255, in *FI*, 2015, I, c. 2909, con nota di Sassani.

⁹ Come è stato correttamente precisato, si tratta in ogni caso di profili di disciplina sostanziale, restando preclusa la possibilità di introdurre regole processuali di favore per il lavoratore, che si porrebbero “in insanabile contrasto con il fondamentale principio di parità delle armi del processo (art. 3 e 24 Cost)”: così VALLEBONA, *Disciplina dell'onere probatorio e disparità sostanziale delle parti del rapporto di lavoro*, in *ADL*, 2001, p. 789.

¹⁰ VALLEBONA, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Cedam, 1988, p. 61 ss.

¹¹ LICCI, *L'onere della prova nelle controversie in materia di licenziamento*, in *RDP*, 2019, p. 1127 ss.

¹² PERUZZI, *La prova del licenziamento ingiustificato e discriminatorio*, Giappichelli, 2017, p. 3 ss.

sua stabilità. Guardare dentro questo specchio, attualmente, ci rimanda innanzitutto l'immagine dell'approccio legislativo (e quindi politico) progressivamente distante dall'obiettivo di fornire al licenziamento illegittimo quella tutela ripristinatoria prima considerata il rimedio principale, almeno sotto un profilo qualitativo e di obiettivi teorici di tutela. È ormai evidentemente strutturale un impianto normativo che pone la reintegrazione come strumento del tutto residuale rispetto alla tutela indennitaria¹³; si tratta di una vera e propria mutazione genetica, che involge anche la questione dell'effettività, attuata mediante una progressione di riforme che passa dalla legge 28 giugno 2012 n. 92 ed approda al d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23, letta dalle Sezioni unite¹⁴ quale “espressione della volontà del legislatore di attribuire alla cd. tutela indennitaria forte una valenza di carattere generale”.

La regola generale è ormai quella della “invalidità efficace”, cioè del negozio, pur illegittimo e dunque invalido, comunque idoneo a realizzare il suo effetto (ed obiettivo) principale cioè il definitivo effetto risolutivo del rapporto di lavoro.

Uno sguardo attento alla struttura degli oneri probatori, in quanto complesso direttamente funzionale all'adozione della decisione giudiziale, mette in evidenza le criticità del dato normativo e gli effetti sulla misura dei poteri del giudice, sui limiti all'ampiezza interpretativa e sul grado di prevedibilità della sua pronuncia. Insomma, nello specifico ambito dei licenziamenti, il cuore del sistema può essere indagato attraverso la lente della strutturazione dei carichi probatori.

Il percorso attraverso le più recenti riforme, introdotte dalla l. 92/12 e dal d.lgs. 23/15, che hanno inciso sull'assetto precedente, rende immediatamente evidente all'interprete che la scelta politico-legislativa di intervento “sulla morfologia sanzionatoria abbia inevitabili ripercussioni – neppure tanto inconsapevoli – ... sulla prova in giudizio”¹⁵.

Le modifiche normative, soprattutto da ultimo con il d.lgs. 23/15, oltre ad escludere l'effetto ripristinatorio come rimedio principale, relegandolo al ruolo di eccezione, oltre a frammentare e frantumare le tutele sostanziali, hanno introdotto un silenzioso scivolamento dei piani, caricando sul lavora-

¹³ In questo senso Cass. 25 luglio 2018 n. 19732; 18 dicembre 2017 n. 30323; 8 luglio 2016 n. 14021.

¹⁴ Cass. Sez. Un. 27 dicembre 2017 n. 30985.

¹⁵ TULLINI, *La decisione del giudice tra allegazioni e onore della prova. Questioni aperte dopo la riforma dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in *LD*, 2014, p. 436.

tore oneri probatori complessi ed insidiosi, anche perché di contenuto quasi indecifrabile. Come vedremo più avanti, nonostante gli sforzi e le tensioni ricostruttive e conservative di una parte della dottrina e della giurisprudenza più accorta, lo spostamento del baricentro, sia pur lentamente, si va inesorabilmente rivelando. E si rivela, come è ovvio, nel campo aperto dei processi dove le regole divengono dinamica e si svelano nei loro effetti, determinando inesorabilmente l'esito dei diritti sostanziali nei giudizi.

2. *L'art. 2697 cod. civ. e l'art. 5 della legge 604/1966: il coerente riparto dei carichi probatori fino alle riforme legge Fornero e Jobs act*

La regola generale in tema di *onus probandi* è rintracciabile nell'art. 2697 cod. civ., norma di equilibrio del sistema, che con un'ellissi espressiva perfetta contiene in sé il criterio di distribuzione del peso della prova tra le parti, descrive poi l'oggetto dell'onere e indica infine la regola di giudizio in caso di prova insufficiente o incompleta, strettamente funzionale, quale limite esterno, all'esercizio della giurisdizione perché esclude la possibilità di un *non liquet* da parte del giudice. Rappresenta il percorso, residuale ma comunque qualificato, per giungere sempre ad una decisione di merito¹⁶, poiché nella sua dimensione oggettiva individua la parte soccombente in caso di insufficiente ricostruzione della situazione di fatto¹⁷. Il criterio contenuto nell'art. 2697 è in sé neutro rispetto ai contenuti, poiché la norma non contiene disposizioni che consentano la concreta individuazione degli elementi costitutivi/impeditivi/modificativi/estintivi che ne siano oggetto: il contenuto è dato dalle singole disposizioni sostanziali in concreto applicabili e rilevanti nella fattispecie¹⁸.

L'ambito operativo della regola sull'onere¹⁹ della prova è poi inversamente proporzionale all'ampiezza dei poteri istruttori, in particolare di quelli officiosi, riconosciuti al giudice in misura rilevante nel processo del lavoro

¹⁶ VALLEBONA, *L'onere della prova*, cit., p. 3 ss.

¹⁷ Cfr. PATTI, *Prove*, in DE NOVA (a cura di), *Commentario del Codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, Zanichelli, 2015, p. 22.

¹⁸ COMOGGIO, *Sub art. 2967*, in BONILINI, CHIZZINI, *Della tutela dei diritti*, artt. 2643-2783 *ter*, in GABRIELLI (diretto da), *Commentario del codice civile*, Utet, 2016, p. 304.

¹⁹ Sull'onere in diritto processuale si veda DE STEFANO, voce *Onere (dir. proc. civ.)*, in *ED*, 1980, p. 122.

ma presenti comunque anche nel modulo ordinario. Disposizioni quali l'art. 421 cod. proc. civ. hanno l'effetto almeno teorico di allentare i carichi probatori sul soggetto onerato e consentono di descrivere il processo del lavoro quale procedimento cd. a dispositivo attenuato, con metodo acquisitivo delle prove che, sulla base di allegazioni fattuali complete e tempestive, consente poteri di iniziativa asseverativa del giudice²⁰.

Nello specifico ambito dei licenziamenti, l'esplicitazione della disciplina sull'onere della prova è contenuta nell'art. 5 l. 604/66 che individua nel datore di lavoro il soggetto onerato di dare piena asseverazione della giusta causa o del giustificato motivo nelle azioni aventi ad oggetto l'illegittimità dell'atto di recesso datoriale. L'onere dunque è collocato, quanto al profilo soggettivo, espressamente ed esclusivamente sulla parte datoriale ("L'onere della prova della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento spetta al datore di lavoro"), sicché il giudice non può diversamente orientare i carichi né avvalersi del criterio empirico della vicinanza alla fonte di prova, il cui uso è consentito solo quando sia necessario dirimere un'eventuale sovrapposizione tra fatti costitutivi e fatti estintivi, impeditivi o modificativi²¹. Indizi di una strutturale sovrapponibilità degli assetti probatori tra la regola generale dell'art. 2697 cod. civ. e quella speciale dell'art. 5 si rinvergono nella considerazione che la giustificazione del recesso sarebbe un elemento costitutivo del potere di licenziamento, dunque l'onere della prova sull'esistenza di tale carattere qualificante inclina sulla parte che intendere far valere il diritto a licenziare, cioè sul datore²². Tale prospettiva sarebbe

²⁰ TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*, Giuffrè, 2015, p. 170.

²¹ Come testualmente affermato da Cass. 29 marzo 2018 n. 7830, "In tema di licenziamento, l'art. 5 della l. n. 604 del 1966 pone inderogabilmente a carico del datore di lavoro l'onere di provare la sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo, sicché il giudice non può avvalersi del criterio empirico della vicinanza alla fonte di prova, il cui uso è consentito solo quando sia necessario dirimere un'eventuale sovrapposizione tra fatti costitutivi e fatti estintivi, impeditivi o modificativi, oppure quando, assolto l'onere probatorio dalla parte che ne sia onerata, sia l'altra a dover dimostrare, per prossimità alla suddetta fonte, fatti idonei ad inficiare la portata di quelli dimostrati dalla controparte. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di appello secondo cui, in un'ipotesi di licenziamento disciplinare fondato sulla produzione di certificati medici falsi, fosse onere del lavoratore dimostrare la veridicità di detti documenti)".

²² Con riferimento al contesto normativo anteriore alla riforma del 2012, in questa prospettiva NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, in *DLRI*, 2007, pp. 657-658. Ed anche MAZZIOTTI, *Forma e procedura dei licenziamenti*, in CARINCI F. (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Jovene, 1991, vol. I, p. 86.

poi confermata dalla formulazione dell'art. 2119 cod. civ. che, con la medesima struttura, onera la parte recedente di dar prova della giusta causa, quale fatto impeditivo del diritto all'indennità di preavviso.

In realtà, secondo altre ricostruzioni, le norme non sarebbero affatto sovrapponibili e la seconda si collocherebbe in rapporto di eccezione alla regola generale²³, ponendo un'inversione dei carichi ordinari, strutturata con chiaro obiettivo di tutela del contraente debole. La parte che agisce in giudizio è infatti il lavoratore e, in applicazione della regola generale del 2697 cod. civ. (soprattutto se si qualifica la domanda quale azione di annullamento di atto illegittimo, con domanda di pronuncia caducatoria/costitutiva), sarebbe l'attore a dover provare i fatti costitutivi del suo diritto alla reintegrazione o all'indennità risarcitoria. Dunque l'art. 5 della l. 604/66 determinerebbe, secondo questa prospettiva ricostruttiva, un'inversione dell'onere probatorio, e si porrebbe in concordanza con il principio di vicinanza della prova divenuto pregnante nel diritto vivente, con obiettivi di tutela processuale del contraente-contendente debole a cui si è fatto riferimento nel paragrafo precedente.

Nella disciplina dei licenziamenti disciplinari delineata nello Statuto, la regola asseverativa di cui all'art. 5 citato operava pienamente e con moduli applicativi piuttosto coerenti e conformi nel panorama giurisprudenziale, anche per effetto della struttura semplificata della norma e della omogeneità delle tutele rispetto ai diversi vizi. Dunque, rispetto alla mera affermazione in giudizio della illegittimità del licenziamento proposta dal lavoratore, tenuto solo a introdurre prova dell'esistenza del rapporto di lavoro e del recesso unilaterale – comunque attuato – che abbia interrotto la funzionalità del medesimo rapporto, il datore era integralmente onerato, per effetto dell'art. 5, della prova diretta sulla sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo²⁴ intesi in tutte le componenti fattuali e giuridiche di rilevanza. Al difetto di prova della giustificatezza della causa di licenziamento, indipendentemente da qualsiasi graduazione interna o esterna dello stadio asseverativo raggiunto, si applicava la tutela reintegratoria ogni volta che ne ricorressero i requisiti dimensionali del datore.

Considerato che anche la prova sulla consistenza e dimensione aziendale

²³ CARINCI M.T., *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, Cedam, 2005, p. 156.

²⁴ In tale direzione cfr MAZZIOTTI, *Il licenziamento illegittimo*, Liguori, 1982, p. 83; PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Cedam, 1980, p. 78.

inclinava (ed inclina) pacificamente sul datore²⁵, allo stesso era in definitiva riferibile tutto il carico probatorio ed il correlato rischio, conseguente anche a moderati residui di incertezza sull'accadimento del fatto contestato e, più in generale, sull'esistenza della giusta causa. Si deve notare che nell'impostazione statutaria vi era una sostanziale sovrapposizione o, più precisamente, incorporazione del fatto contestato nel più ampio concetto di giusta causa fondante l'atto di estromissione. L'accertamento del fatto contestato e della giusta causa si presentavano come un procedimento acquisitorio e valutativo inscindibile nelle sue componenti e nei suoi momenti.

La contumacia della parte datoriale segnava per il lavoratore, con ampio margine di prevedibilità, l'esito favorevole del giudizio di impugnativa ed anche la dimensione delle conseguenze ripristinatorie e di tutela, poiché il difetto di prova della dimensione aziendale *sotto soglia* determinava la tutela forte reintegratoria.

3. *L'art. 5 della legge 604/66 dopo la riforma Fornero, la prova dell'ingiustificatezza semplice e dell'ingiustificatezza qualificata del fatto contestato*

Dopo la riforma introdotta con la l. 92/12 il quadro ricostruttivo si è invece frantumato, e il carico probatorio, pur nella perdurante operatività della regola di cui all'art. 5, appare disgregato, in linea con quanto accaduto per le tutele. Si è fatta avanti, non a fini meramente qualificatori, un'ipotesi di differenziazione del contenuto dell'onere incombente sul datore distinguendosi, a seconda dei risultati probatori raggiunti, le ipotesi di cd. ingiustificatezza semplice rispetto alla cd. ingiustificatezza qualificata²⁶.

Nella lettura della disciplina dell'art. 18 post 2012 e del d. lgs. 23/15 la dottrina giuslavoristica distingue due momenti dell'accertamento giudiziale conseguente all'impugnazione del licenziamento. Risulta delineata una struttura bifasica, a progressione accertativa eventuale, in cui viene in primo luogo svolto l'accertamento della legittimità o illegittimità del licenziamento; se la prima indagine conduce al difetto di giusta causa o giustificato motivo, si

²⁵ Cass. Sez. Un. 10 gennaio 2006 n. 141, in *RIDL*, 2006, II, con nota di VALLEBONA, *L'onere probatorio circa i requisiti dimensionali per la tutela reale contro il licenziamento*, p. 440.

²⁶ Termine coniato da VALLEBONA, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: fattispecie e oneri probatori*, in *DRI*, 2012, p. 621.

passa all'accertamento successivo, strumentale all'individuazione della sanzione concretamente applicabile al licenziamento illegittimo²⁷.

L'art. 18, co. 4, nella versione modificata dalla l. 92/12, infatti, riconosce la sanzione della reintegrazione, sia pure nella forma c.d. "attenuata", solo nei casi in cui "Il giudice ... accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa ...". Dunque è stato creato, nell'ambito del licenziamento illegittimo, un subinsieme di ampiezza minore – *l'illegittimità per insussistenza del fatto contestato* – al quale solo viene riservata la tutela reintegratoria. Al restante universo delle ragioni di illegittimità viene invece applicata la sola tutela indennitaria, con vari livelli di intensità a seconda della tipologia di vizio²⁸.

In sostanza, la novella del 2012 ha introdotto una graduazione delle ipotesi di illegittimità del provvedimento espulsivo dettato da motivi disciplinari, facendo corrispondere solo a vizi di maggiore evidenza la sanzione della reintegrazione. Il giudice deve quindi oggi procedere ad un giudizio più articolato rispetto al passato, dovendo accertare non solo se sussistano o meno la giusta causa ed il giustificato motivo di recesso, ma, nel caso in cui escluda che tali cause giustificanti ricorrano, dovrà anche accertare il grado di divergenza della condotta datoriale dal modello legale e contrattuale legittimante.

Lo spostamento degli assetti avviene dunque su vari piani, innanzitutto la disgregazione contenutistica e temporale tra l'indagine sulla giusta causa e l'esame del fatto contestato (che poi con il d.lgs. 23/15 diverrà il fatto *materiale* contestato) come emerso in sede istruttoria. Lo slittamento, molto evidente se si guarda alla degradazione di intensità delle tutele, è meno

²⁷ DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, in *RIDL*, 2012, in *RIDL*, 2012, II, p. 1049; MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in *RIDL*, 2012, I, p. 435; CARINCI M.T., *Fatto "materiale" e fatto "giuridico" nella nuova articolazione delle tutele ex art. 18 statuto dei lavoratori*, in *RDP*, 2013, p. 1326.

²⁸ Cfr. Cass. 25 maggio 2017 n. 13178: "La valutazione di non proporzionalità della sanzione rispetto al fatto contestato ed accertato rientra poi nell'art. 18, comma 4, solo nell'ipotesi in cui lo scollamento tra la gravità della condotta realizzata e la sanzione adottata risulti dalle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili, che ad essa facciano corrispondere una sanzione conservativa. Al di fuori di tale caso, la sproporzione tra la condotta e la sanzione espulsiva rientra nelle "altre ipotesi" in cui non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa, per le quali l'art. 18, comma 5, prevede la tutela indennitaria c.d. forte".

percepibile sul piano della struttura della nuova norma ed avviene in pratica, come si vedrà, nella valutazione dei risultati probatori raggiunti in giudizio.

Ovviamente, per delinearne compiutamente l'estensione del sottoinsieme cui resta garantita la tutela reintegratoria, occorre innanzitutto dare contenuto alla nozione di insussistenza del "fatto contestato".

La giurisprudenza di legittimità, in questi anni, ha efficacemente sintetizzato che tale spazio "comprende non soltanto i casi in cui il fatto non si sia verificato nella sua materialità, ma anche tutte le ipotesi in cui il fatto, materialmente accaduto, non abbia rilievo disciplinare o quanto al profilo oggettivo ovvero quanto al profilo soggettivo della imputabilità della condotta al dipendente"²⁹. Dunque, diviene dirimente la prova del fatto nella sua *materialità fenomenologica*, la *imputabilità* dello stesso in capo al lavoratore, l'*illiceità* cioè l'esistenza di una rilevanza disciplinare. L'insussistenza del fatto contestato o la mancata prova del fatto contestato comprende anche l'ipotesi del fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità o rilevanza giuridica e quindi il fatto sostanzialmente inapprezzabile sotto il profilo disciplinare, oltre che il fatto non imputabile al lavoratore. La giurisprudenza³⁰ ha poi chiarito come, ogniqualevolta il fatto contestato presupponga anche un elemento non materiale come la gravità del danno, tale elemento diventa anch'esso parte integrante del "fatto materiale" come tale soggetto ad accertamento, sicché anche in tale ipotesi l'eventuale carenza determina la tutela reintegratoria³¹.

Con l'introduzione del *jobs act*, il modello normativo ha subito un'ulteriore progressione nella direzione della residualità della tutela reintegratoria e, più in generale, della riduzione del corrispettivo risarcitorio. L'effetto ripristinatorio è stato conservato esclusivamente alle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa "in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento" (art. 3, co. 2, d.lgs. 23/15).

Gli interpreti si sono, a questo punto, domandati se la nozione di fatto contestato possa tenersi ferma anche in relazione alla disciplina dettata dal d.lgs. 23 del 2015, nonostante il mutamento lessicale, certamente consapevole

²⁹ Cass. 16 maggio 2016 n. 10019.

³⁰ Cass. 13 ottobre 2015 n. 20545.

³¹ Per un esame della giurisprudenza sul fatto materiale a partire da Cass. 6 novembre 2014 n. 23669 cfr. CARINCI F., *I recenti orientamenti della Corte di cassazione in materia di licenziamenti ex art. 18 Stat. Lav. versione Fornero*, in *LG*, 2017, p. 743 ss.

e chiaro nei suoi obiettivi, con il quale si delimita il campo della reintegra alle ipotesi di “insussistenza del fatto materiale”.

La giurisprudenza, con un importante arresto del 2019, ha ritenuto che la nozione debba essere ricostruita con contenuto esattamente coincidente a quello precedentemente individuato. “Il medesimo criterio razionale che ha già portato la Corte a ritenere che “quanto alla tutela reintegratoria, non è plausibile che il Legislatore, parlando di ‘insussistenza del fatto contestato’, abbia voluto negarla nel caso di fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità, ossia non suscettibile di alcuna sanzione” (in termini, ab imo, Cass. nr. 20540 del 2015), induce il convincimento, sia pure in presenza di un dato normativo, parzialmente mutato, che la irrilevanza giuridica del fatto, pur materialmente verificatosi, determina la sua insussistenza anche ai fini e per gli effetti previsti dal comma 2 dell’art. 3 del D. Lgs. nr. 23 del 2015. Invero al fatto accaduto ma disciplinarmente del tutto irrilevante non può logicamente riservarsi un trattamento sanzionatorio diverso da quello previsto per le ipotesi in cui il fatto non sia stato commesso”³².

La conclusione è stata argomentata con una lettura costituzionalmente orientata della norma, sulla base del principio per cui qualsiasi giudizio di responsabilità richiede per il fatto materiale ascritto, dal punto di vista soggettivo, la riferibilità dello stesso all’agente e, da quello oggettivo, la riconducibilità del medesimo nell’ambito delle azioni giuridicamente apprezzabili come fonte di responsabilità.

La pronuncia in esame si pone dunque in continuità con l’orientamento giurisprudenziale precedente e realizza un consapevole disallineamento rispetto agli obiettivi evidentemente perseguiti della legge introdotta. In sintesi, per effetto dell’interpretazione fornita dalla giurisprudenza di legittimità, sotto un profilo oggettivo, la disciplina delle c.d. tutele crescenti non realizza alcun decremento qualitativo e/o quantitativo del contenuto della prova, che deve essere fornita, del fatto posto a fondamento del recesso. Sebbene la scelta espressiva fosse chiaramente orientata a limitare l’oggetto della prova al solo fatto nel suo profilo estrinseco-oggettivo, avendo il legislatore tentato di attribuire rilevanza al fatto contestato solo nella sua consistenza apparente fenomenica, gli interpreti e la giurisprudenza hanno svuotato di decisività la sintesi semantica “fatto materiale” ed hanno dirottato la nozione nel campo della rilevanza giuridica, attraendo nel nucleo essen-

³² Cass. 8 maggio 2019 n. 12174.

ziale del fatto anche la imputabilità e l'antigiuridicità, quest'ultima almeno nel suo contenuto minimo.

Sulla base di questa linea interpretativa, il tentativo di smottamento e di ulteriore contrazione delle tutele risulta disinnescato da un'interpretazione rigorosa e coerente. Sotto il profilo dei caratteri necessariamente qualificanti del fatto materiale contestato non pare dunque esserci un sostanziale arretramento. Rimane esterno solo il giudizio di proporzionalità, avendo il legislatore collocato tale elemento fuori fuoco rispetto all'accertamento del fatto contestato.

4. *Il punto di slittamento e l'onere di dimostrare* direttamente in giudizio la insussistenza del fatto materiale *nel decreto legislativo 23/2015: una soluzione interpretativa costituzionalmente orientata, alla luce del principio di effettività*

Ma il silenzioso scivolamento avviene comunque. Solo che accade in un altro punto del sistema, realizzato attraverso un implicito e latente frazionamento tra datore e lavoratore dei carichi probatori sulla *prova dell'insussistenza del fatto materiale*.

Come già detto, a seguito dell'entrata in vigore del d. lgs. 23/15, nell'ambito dei contratti cui si applica tale normativa, dunque ai contratti conclusi dopo il 7 marzo 2015, perché venga annullato il licenziamento e disposta la reintegrazione in servizio, nei casi di licenziamenti disciplinari o comunque per motivi soggettivi, è necessario che sia “*direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore*” (art. 3, co. 2).

Si tratta di una disposizione indubbiamente criptica (o “*a dir poco contorta*”, come è stata qualificata da autorevole dottrina)³³, che pone molteplici questioni di carattere interpretativo, a partire dall'individuazione soggettiva della parte gravata dell'onere probatorio, posto che la norma non lo chiarisce né specifica il valore semantico da attribuire all'avverbio “*direttamente*”.

I primi commentatori hanno sostanzialmente aderito all'indicazione fornita nella relazione illustrativa³⁴, ritenendo che l'art. 3, co. 2, d.lgs. 23/15,

³³ CARINCI F., *Il licenziamento disciplinare*, in *Boll. ADAPT* n. 46/2015, p. 86.

³⁴ “Fermo restando l'onere della prova a carico del datore di lavoro rispetto alla legittimità del motivo addotto per il licenziamento, l'onere della prova, rispetto all'insussistenza del fatto materiale contestato (unica fattispecie di licenziamento per motivo soggettivo o giusta causa per cui può scattare la tutela reintegratoria) è in capo al lavoratore”.

sia pure solo con riferimento alla reintegra, abbia introdotto una deroga alla regola generale in materia di licenziamento dettata dall'art. 5 l. 604/66, accollando al lavoratore l'onere di provare l'insussistenza del fatto posto a base del licenziamento³⁵. Di contro, l'interpretazione teorica attualmente prevalente è di segno opposto ed esclude che il legislatore abbia voluto derogare al principio sancito dall'art. 5 della l. 604/66. Si ritiene che se il *Jobs act* avesse voluto abrogare una norma fondamentale come l'art. 5 lo avrebbe dovuto fare in maniera esplicita, “*sfidando a viso aperto le censure di illegittimità costituzionale nella quali sarebbe inevitabilmente incorso*”³⁶.

Dunque, la riforma del 2015 non opererebbe sul piano dell'onere probatorio ma, come affermato anche dalle prime pronunce di merito, solo sul regime di tutela applicabile. Nel senso che la prova della sussistenza e della rilevanza giuridica dell'addebito rimarrebbe a carico del datore di lavoro, e quindi il mancato assolvimento di tale onere continuerebbe a comportare l'illegittimità del recesso.

Il punto critico si rivela però nei passaggi ricostruttivi immediatamente successivi: la conseguenza del mancato assolvimento di questo onere riguarderebbe esclusivamente la sanzione applicabile al licenziamento ovvero si ricadrebbe, in caso appunto il datore di lavoro non sia in grado di provare la sussistenza dell'addebito, nell'ipotesi di cui al comma 1 dell'art. 3 (tutela in-dennitaria); mentre per potersi disporre la reintegrazione in servizio del lavoratore servirebbe un *quid pluris*, ossia l'emergere, in ambito processuale, della specifica insussistenza del fatto materiale.

Questa sembra essere la ricostruzione del sistema attuale operata anche da parte della giurisprudenza, ben sintetizzata nella sentenza della Corte d'Appello di Roma del 9 aprile 2019, n. 877: “Ritiene, quindi, la Corte, diversamente da quanto affermato dal Tribunale, che, con la tutela prevista dall'art. 3 comma 2 D.L.vo 23/2015, nella parte in cui prevede che l'insussistenza del fatto contestato sia direttamente dimostrata in giudizio, il legislatore non ha voluto trasferire sul lavoratore l'onere di dimostrare quanto da lui affermato in sede di impugnazione del licenziamento, in deroga dunque al principio generale codificato all'art. 5, legge n. 604/1966, che invece affida tale onere probatorio al datore di lavoro, atteso che non può di certo ritenersi

³⁵ PERRONE, *Profili processuali del contratto a tutele crescenti*, in ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma del “Jobs Act”*, Cedam, 2016, p. 285.

³⁶ BORGHESI, L'onere della prova nei licenziamenti disciplinari e discriminatori, in www.judicium.it.

che con l'avverbio “direttamente” si sia voluto ribaltare la norma generale sul riparto dell'onere della prova. In effetti, se il legislatore avesse voluto introdurre una modifica così ingente al riparto degli oneri probatori, avrebbe fatto uso di espressioni normative molto più esplicite e incisive del semplice ricorso ad un avverbio.

Resta, così fermo, a parere della Corte, il principio stabilito dall'art. 5 l. 604/66 con la conseguenza che il difetto di prova della sussistenza del fatto contestato cade in danno del datore di lavoro e conduce all'accertamento giudiziale di illegittimità del recesso.

Ciò che la norma introduce, tuttavia, è un differente grado di tutela, questo sicuramente conseguenza anche di una precisa scelta processuale del lavoratore. Se quest'ultimo, infatti, intende beneficiare della maggior tutela, *dovrà premurarsi di offrire elementi di prova che dimostrino l'insussistenza del fatto addebitato...*” (mio il corsivo).

Ebbene, l'ultimo enunciato della motivazione conduce a rintracciare approdi ricostruttivi per nulla coerenti con le premesse teoriche. In sostanza, la decisione pone come base assertiva che il datore di lavoro debba fornire la prova di tutti gli elementi atti ad integrare la sussistenza della giusta causa di licenziamento, sia di carattere oggettivo che soggettivo, affermando che se tale prova non viene fornita il licenziamento è illegittimo. Ma la conseguenza di questa premessa è qualitativamente limitata negli effetti di tutela, poiché la sanzione apprestata è solo quella di carattere economico di cui al comma 1. Se dunque il lavoratore vuole qualcosa di più del semplice risarcimento, cioè se aspira alla tutela reintegratoria, spetta a lui attivarsi per fornire (o, quanto meno, per fare in modo che emerga nel processo) la dimostrazione che quel fatto non esista o che, se anche esistente sotto un profilo strettamente fenomenico, esso non sia giuridicamente rilevante o comunque non sia a lui imputabile.

In questo modo si finisce, in concreto, per affermare quello che in tesi si intendeva negare, realizzandosi un cambio sostanziale di riparto degli oneri probatori e facendosi scivolare silenziosamente sul lavoratore il peso di un carico spesso impossibile da assolvere per ragioni oggettive e soggettive.

L'interpretazione, scelta in numerose altre pronunce di merito con ricostruzione sovrapponibile a quella riportata in stralcio³⁷, realizza di fatto il

³⁷ Cfr. ad es. Trib. Roma 12 maggio 2020 n. 2442: “Nel caso di licenziamento disciplinare, il datore di lavoro che contesti ad un lavoratore di aver posto in essere un determinato com-

reale (e discutibile, sotto un profilo strettamente teoricosistematico) intento del legislatore che emerge in modo evidente sotto diversi profili. Innanzitutto, lo scopo della norma è svelato dal dato testuale, dal momento che la legge parla di “*dimostrazione diretta in giudizio dell’insussistenza del fatto*” e non di “*mancata dimostrazione in giudizio della sussistenza*”, con formulazione che ribalta esattamente i termini della previsione dell’art. 5 della l. 604/66. Ed inoltre, pur senza menzionarlo esplicitamente, la norma individua chiaramente nel lavoratore il soggetto onerato a provare questa insussistenza, non fosse altro perché è colui il quale è portatore dell’interesse alla pronuncia costitutiva di annullamento oggetto di domanda.

Ma questa latente rivoluzione nel riparto tradizionale deve essere consapevolmente indagata e valutata. Anche perché il descritto scivolamento dei piani probatori realizza un risultato “*abnorme*”³⁸, sacrificando fortemente il principio di effettività che impone di strutturare regole sostanziali tali da non rendere troppo gravoso e difficile l’esercizio dei diritti riconosciuti.

Se la norma sostanziale prevede il diritto alla reintegra collegato all’insussistenza del fatto, occorrerà ricostruire i carichi in maniera da renderli non troppo gravosi per la parte onerata. Inclinare sul lavoratore un onere di partecipazione necessaria al carico probatorio significa far slittare ulteriormente verso l’annichilimento l’asse della già limitata tutela ripristinatoria.

Peraltro, a ben vedere, una simile interpretazione, che ponga cioè in capo al lavoratore l’onere di fornire una prova diretta dell’insussistenza del fatto, appare difficilmente compatibile anche con il principio della “*prossimità della prova*”, in forza del quale “*l’onere della prova viene ripartito tenuto conto in concreto delle possibilità per l’uno o per l’altro soggetto di provare fatti e circostanze che ricadono nelle rispettive sfere d’azione*” come affermato dalle Sezioni Unite n. 582 dell’11 gennaio 2008. Sebbene non si

portamento ha, o quanto meno dovrebbe avere, gli elementi necessari a dimostrarne la sussistenza di tale comportamento, eventualmente anche mediante presunzioni, mentre il lavoratore che neghi l’esistenza del comportamento o la sua rilevanza disciplinare dovrebbe provare anche in via presuntiva eventuali fatti positivi contrari a quello contestato o attestanti l’insussistenza della sua rilevanza disciplinare, fermo restando l’onere probatorio gravante in via principale sul datore di lavoro. Quindi, se la sussistenza del fatto contestato non risulti sufficientemente provata, si applica la tutela indennitaria, laddove, se sia stata raggiunta prova evidente dell’insussistenza del fatto, la tutela è quella reintegratoria attenuata. Nel caso di contumacia del datore di lavoro, il fatto contestato è indimostrato e, quindi, insussistente, senza ulteriori oneri probatori a carico del lavoratore, ai fini della tutela reintegratoria”.

³⁸ CARINCI F., *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 86.

possa considerare preclusa la possibilità di fare ricorso a presunzioni, l'orientamento interpretativo in esame chiede in pratica al lavoratore la prova diretta di fatti positivi di segno contrario al fatto contestato; in questi termini, l'onere probatorio sarebbe astrattamente ipotizzabile, in applicazione del consolidato principio "secondo cui l'onere della prova gravante su chi agisce o resiste in giudizio non subisce deroghe nemmeno quando abbia ad oggetto fatti negativi; tuttavia, non essendo possibile la materiale dimostrazione di un fatto non avvenuto, la relativa prova può essere data mediante la dimostrazione di uno specifico fatto positivo contrario, od anche mediante presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo"³⁹.

Quindi, in questo caso al lavoratore sarebbe sostanzialmente consentito provare "con ogni mezzo" la sua incolpevolezza. Il che potrebbe avvenire, innanzitutto, dimostrando l'esistenza di un fatto la cui verifica è incompatibile con la possibilità che quello contestato si sia parimenti verificato.

Questa rivoluzione silenziosa dei carichi probatori (silenziosa, poiché – lo si ribadisce – l'attribuzione non è esplicita ma corre sotterranea alle criptiche sintesi espressive) non convince né nei presupposti né negli effetti di surrettizio ulteriore restringimento della tutela in forma specifica.

La mutevole dinamica probatoria che si svolge durante il giudizio, a parere di chi scrive, dovrebbe invece conservare gli assetti strutturali tradizionali, addossando la prova diretta della sussistenza del fatto contestato interamente sulla parte datoriale, con correlativa assunzione del rischio di non raggiungimento o di insufficienza della prova. In sostanza, nella distribuzione dei carichi probatori, deve rimanere centrale l'assunto enunciato nella riportata decisione del giudice di legittimità n. 12174/2019, secondo cui il fatto accaduto ma disciplinarmente irrilevante equivale a fatto insussistente. Se così è, anche nel quadro normativo *post* 2015, gli oneri probatori a carico del lavoratore sorgono solo se chi ha adottato il provvedimento espulsivo sia stato in grado di fornire la prova della ricorrenza, sotto tutti i profili della materialità/antigiuridicità/imputabilità, di una condotta disciplinarmente sanzionabile.

Il giudice dovrebbe applicare il riparto con consapevolezza e rigidità, ovviamente accettando effetti probatori favorevoli che eventualmente pro-

³⁹ Cass. 13 giugno 2013 n. 14854 e 15 aprile 2002 n. 5427; sostanzialmente nello stesso senso, v. Cass. 13 dicembre 2004 n. 23229; 11 gennaio 2007 n. 384; 30 maggio 2007 n. 12700; 9 giugno 2008 n. 15162.

vengano dal lavoratore ma non onerandolo della necessaria prova diretta di fatti alternativi incompatibili con il fatto contestato, come condizione di accesso alla tutela reintegratoria. Anche perché l'esistenza di tali fatti alternativi appartiene al rango delle eventualità, delle possibilità: rispetto al fatto contestato potrebbe non esistere una ricostruzione alternativa degli eventi o, più semplicemente, la prova della stessa potrebbe essere fuori portata per il lavoratore. L'effettività della tutela implica peraltro anche una gestione proattiva del processo, che utilizzi ad esempio gli spazi concessi dal codice (v. art. 421 cod. proc. civ.) per chiedere alle parti chiarimenti sulle domande proposte e che eviti letture formalistiche degli atti processuali.

Diversamente, con l'approccio che sta prevalendo, se non si adottano tutti i correttivi del caso, il risultato a cui si rischia di pervenire è di estromettere un lavoratore che non ha commesso nulla di disciplinarmente rilevante per il solo fatto di non essere stato in grado di fornire la prova della insussistenza del fatto-evento. Al contrario la tutela reintegratoria dovrebbe essere esclusa solo se il datore abbia pienamente provato in giudizio la ricorrenza di una condotta sanzionabile e il lavoratore non riesca a fornire la prova di un fatto impeditivo o estintivo, idoneo ad escludere la sussistenza del fatto contestato. In sintesi, la prova diretta va posta integralmente a carico della parte datoriale, e solo una volta adeguatamente assolto l'onere probatorio dalla parte onerata, scatterà per il lavoratore la possibilità\onere di dimostrare, per prossimità alla suddetta fonte, fatti idonei ad inficiare la portata di quelli dimostrati dalla controparte.

La conclusione qui proposta si palesa l'unica compatibile con i principi ancora una volta sottolineati nella sentenza n. 194/2018 della Corte Costituzionale, che delinea il diritto al lavoro, ai sensi dell'art. 4 della Costituzione, come punto nodale del sistema, ponendolo come “fondamentale diritto di libertà della persona umana”, richiamano il legislatore ad adeguare la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato al fine ultimo di “assicurare a tutti la continuità del lavoro”.

Giovanni Orlandini

L'art. 24 della Carta sociale europea e i possibili effetti della decisione del Comitato europeo dei diritti sociali "Cgil v. Italy" sulla disciplina del licenziamento

Sommario: **1.** Introduzione. **2.** La tutela contro il licenziamento illegittimo come diritto fondamentale del lavoratore. **3.** Il contenuto della tutela indennitaria e la preferenza per la tutela reintegratoria. **4.** L'inefficacia della decisione del Comitato sul piano dell'ordinamento dell'UE. **5.** I possibili effetti della decisione del Comitato nell'ordinamento italiano, tra vizi di costituzionalità e interpretazione "conforme".

1. *Introduzione*

È forse un segno dei tempi che, a cinquant'anni dall'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori, sia spettato ad un organismo internazionale censurare nella maniera più netta la riforma che, più di ogni altra, dello Statuto ha contraddetto lo spirito e la *ratio* fondativa.

Negli anni che hanno visto la nascita dello Statuto alle fonti internazionali era infatti dedicata scarsa attenzione, nella (allora fondata) convinzione che ben poco queste avessero da aggiungere agli *standard* che si andavano fissando a livello nazionale, sulla base di solidi principi costituzionali. Ed è di questi anni la celebre definizione di Otto Kahn-Freund, che liquida la Carta sociale europea come una mera "nota a piè di pagina" della Convenzione europea dei diritti dell'uomo¹. Quella sardonica definizione oggi non appare più condivisibile, come dimostra la crescente centralità acquisita dalla Carta sociale come argine "ultimo" alle derive deregolative che, specie nei paesi

¹ KAHN-FREUND, *European Social Charter*, in JACOBS (a cura di), *European Law and the Individual*, North-Holland, 1976, p. 182.

dell'Europa mediterranea, hanno visto un'esperata accelerazione negli anni dell'*Austerity*².

È in questo quadro di riscoperta delle fonti internazionali di diritto del lavoro che si colloca la decisione *Cgil v. Italy*, con la quale il Comitato europeo dei diritti sociali (CEDS) ha sancito la non conformità del d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23 all'art. 24 della Carta sociale europea (riveduta) (CSE)³. La decisione segue, come noto, la sentenza 8 novembre 2018 n. 194 della Corte costituzionale, alla quale si deve il primo e decisivo “affondo” nei confronti della riforma del 2015. Le censure avanzate dagli esperti di Strasburgo non coincidono però con quelle che hanno portato alla declaratoria di incostituzionalità: la dichiarazione di contrarietà all'art. 24 investe infatti il d.lgs. 23/15 come “emendato” dalla sentenza della Consulta, il che rende la questione della sua possibile incidenza nel nostro ordinamento di estremo rilievo.

Nelle pagine che seguono si affronta questa questione, muovendo naturalmente dall'analisi dei principi di diritto internazionale ricavabili dalla decisione del CEDS.

² Basti richiamare la decisione del Comitato europeo dei diritti sociali con la quale sono state censurate le misure adottate in Grecia per recepire gli obblighi imposti dai *Memoranda of Understanding* perché lesive del diritto all'equa retribuzione (CEDS, Decisione del 23 marzo 2017: *Greek General Confederation of Labour (GSEE) v. Greece*, reclamo n. 111/2014); o ancora le conclusioni relative alla Spagna (Conclusions 2014 – Spain – Article 4.4) che hanno indotto alcune giurisdizioni nazionali a disapplicare il regime della prova previsto dal contratto *indefinito de apojo a los emprendedores* (SANTOS, *Applicazione della Carta sociale europea in Spagna: eccessi non permessi dalle magistrature del lavoro*, in *DLM*, 2015, p. 219 ss.). Ma la Carta sociale è stata utilizzata anche nei paesi del nord Europa, come nel noto caso del reclamo dei sindacati svedesi che ha portato il CEDS a sovvertire la “dottrina *Laval*” (CEDS, Decisione del 3 luglio 2013: *Swedish Trade Union Confederation (LO) and Swedish Confederation of Professional Employees (TCO) v. Sweden*, reclamo n. 85/2012). Che la “profonda crisi del sistema legale di tutela” sia all'origine della riscoperta della Carta sociale lo osserva anche FONTANA, *La Carta sociale europea e il diritto del lavoro oggi*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*.INT, 2016, n. 132, p. 4 (anche in PANZERA, RAUTI, SALAZAR, SPADARO (a cura di), *La Carta sociale europea tra universalità dei diritti ed effettività delle tutele*, Editoriale scientifica, 2016).

³ CEDS, Decisione dell'11 settembre 2019: *Confederazione generale italiana del lavoro (CGIL) v. Italy*, reclamo collettivo n. 158/2017. Alla decisione ha fatto seguito la risoluzione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, con la quale si invita il Governo Italiano a rendere la normativa italiana conforme alla Carta sociale in vista del prossimo ciclo di valutazione (Risoluzione CM/ResChS(2020)2, 11 marzo 2020).

2. *La tutela contro il licenziamento illegittimo come diritto fondamentale del lavoratore*

Nel censurare il d.lgs. 23/15 il CEDS richiama l'Italia al rispetto dell'art. 24 CSE, norma che sancisce il “diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo, ad un congruo indennizzo o ad altra adeguata riparazione”. A giudizio degli esperti di Strasburgo, da tale norma si ricava che la sanzione per licenziamento illegittimo deve includere: “reimbursement of financial losses incurred between the date of dismissal and the decision of the appeal body; the possibility of reinstatement of the worker and/or compensation of a high enough level to dissuade the employer and make good the damage suffered by the victim” (paragrafo 87 della decisione).

Dal carattere pienamente soddisfacente e dissuasivo della sanzione imposta dall'art. 24 consegue che “any ceiling in compensation that may preclude damages for being commensurate with the loss suffered and sufficiently dissuasive is, in principle, contrary to the Charter [...]. If there is a ceiling on compensation for pecuniary damage, the victim must be able to seek compensation for non-pecuniary damage through other legal avenues and the courts competent for awarding compensation for pecuniary and non-pecuniary damage must decide within a reasonable time” (paragrafo 96).

Nulla di nuovo, a ben vedere, rispetto alla precedente decisione *Finnish Society v. Finland* del 2017⁴, con la quale è stato dichiarato in contrasto con l'art. 24 il regime sanzionatorio del licenziamento previsto dalla legislazione finlandese; e neppure rispetto a quanto più volte affermato dal CEDS nei propri cicli periodici di valutazione delle legislazioni nazionali⁵.

D'altra parte il CEDS muove da un presupposto implicito che trova fondamento anche nelle altre fonti internazionali di diritto del lavoro tra le quali si iscrive la Carta sociale europea⁶: il divieto di licenziamento ingiusti-

⁴ CEDS, Decisione dell'8 dicembre 2016: *Finnish Society of Social Rights v. Finland*, reclamo collettivo n. 106/2014.

⁵ Cfr. ad es. le conclusioni del 2012 relative a Bulgaria e Slovenia. Per un commento all'art. 24 CSE, con relativi riferimenti alle decisioni ed alle conclusioni del CEDS, vd. SCHMITT, *Article 24. The Right to Protection in Cases of Termination of Employment*, in BRUUN, CLAUWAERT, LÖRCHER, SCHÖMANN (a cura di), *The European Social Charter and Employment Relations*, Hart, 2017.

⁶ Nella prima parte della decisione il CEDS richiama le fonti internazionali che, insieme all'art. 24 CSE, riconoscono il diritto a non essere licenziati senza giustificazione: l'art. 7 della Convenzione Internazionale dei Diritti Economici Sociali e Culturali delle Nazioni Unite; la

ficato configura in capo al lavoratore un diritto fondamentale che, come tale, deve essere garantito negli ordinamenti degli Stati aderenti⁷. Da questa constatazione il CEDS trae delle deduzioni che sovvertono i presupposti teorici posti a giustificazione della recente riforma della disciplina del licenziamento.

In primo luogo, il lavoratore ingiustamente licenziato non può ricevere una tutela inferiore a quella garantita a qualsiasi soggetto danneggiato da un altrui atto illecito; e per questo gli spetta il diritto ad essere pienamente risarcito del danno subito. Non si giustificano dunque argomentazioni tendenti a ridurre la portata del diritto del lavoratore in nome dei contrapposti interessi dell'impresa. Le norme relative al regime sanzionatorio per licenziamento illegittimo trovano la loro esclusiva *ratio* nel fine di garantire al lavoratore – nelle forme più adeguate possibili – una riparazione per l'ingiusta perdita del posto del lavoro, al pari di quanto avviene per la lesione di qualsiasi altro diritto.

Viene così contraddetto l'approccio da sempre seguito dalla Corte costituzionale, per il quale le tutele accordate al lavoratore ingiustamente licenziato avrebbero sì fondamento costituzionale (*in primis* nell'art. 4 Cost.), ma non potrebbero ignorare le esigenze economiche dell'impresa, che trovano riconoscimento nell'art. 41 Cost.⁸. Secondo la diversa prospettiva suggerita dal CEDS invece, nessun bilanciamento tra valori costituzionali è in gioco quando si verifica un licenziamento illegittimo, non potendo essere meritevoli di tutela gli interessi di chi compie un atto *contra legem*. La logica del bilanciamento, nell'ambito della disciplina del licenziamento, trova spazio per così dire “a monte”, ovvero nel momento in cui la legge definisce i limiti del potere di recesso del datore, tenendo conto appunto delle sue esigenze

Convenzione n. 158/82 dell'OIL (in vero, non ratificata dall'Italia); l'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (*Cgil v. Italy*, par. 28-36).

⁷ Qualsiasi significato si voglia attribuire al concetto di “diritto fondamentale”, non v'è dubbio che tale si possa qualificare un diritto sancito dalle fonti internazionali, tanto più se questo (com'è il diritto a non essere licenziati senza giustificazione) trova spazio anche nella Carta dei *diritti fondamentali* dell'UE; sorprende allora l'argomento (caro a parte della dottrina: da ultimo MARESCA, *Licenziamento ingiustificato e rimedi: spazi e limiti alla discrezionalità dell'interprete*, in *DLRI*, 2020, p. 107) per cui la reintegra si giustificherebbe “soltanto” nel caso in cui il licenziamento violi un diritto fondamentale del lavoratore, giacché, appunto, ciò avviene ogni volta che il lavoratore è licenziato senza giustificazione.

⁸ Nella sentenza n. 194/2018 la Corte costituzionale giudica incostituzionale il meccanismo automatico di indennizzo previsto dal d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23 perché con esso non si “realizza un equilibrato componimento degli interessi in gioco: la libertà di organizzazione dell'impresa da un lato e la tutela del lavoratore ingiustamente licenziato dall'altro” (punto 12.3).

come ragioni che giustificano la risoluzione del rapporto di lavoro. Ma una volta definiti i presupposti che rendono legittimo un licenziamento, il regime sanzionatorio che consegue alla loro assenza deve rispondere alla sola esigenza di tutelare il lavoratore per il danno subito.

Da quanto detto esce ovviamente anche smentito alla radice l'argomento per cui si dovrebbero considerare le esigenze dell'impresa di certezza e prevedibilità del costo del licenziamento. Un argomento che ha avuto un ruolo decisivo nel dibattito dottrinale che ha preceduto la riforma⁹ e che è evocato dalla stessa legge delega di cui il d.lgs. 23/15 costituisce attuazione¹⁰. I principi deducibili dalla CSE portano alla conclusione opposta: l'indennizzo per licenziamento illegittimo deve essere di importo "incerto", perché altrimenti non potrebbe costituire una sanzione né effettiva né tanto meno dissuasiva¹¹, come appunto impone l'art. 24.

Per gli stessi motivi la censura del CEDS investe anche la speciale procedura di conciliazione prevista dall'art. 6 del d.lgs. 23/15. Ad essere censurata non è la finalità in sé di deflazione del contenzioso – in astratto ammissibile e pure auspicabile – ma il fatto che tale finalità è perseguita a scapito del lavoratore, perché la procedura di conciliazione è configurata in modo tale da indurlo a rinunciare ad ottenere un più adeguato indennizzo in sede giudiziaria. Il vizio della normativa italiana è colto cioè nel fatto che essa tiene conto dell'esigenza del datore di ridurre il più possibile i costi del licenziamento (ovvero gli effetti negativi del proprio agire illecito) a scapito del diritto del lavoratore a ricevere il pieno ristoro del danno subito. Le parole del CEDS a riguardo sono inequivoche: "the conciliation measures provided for in Italy enable employers to avoid judicial proceedings and curb the costs of dismissal [...] whereas victims undertake to waive their right to initiate any subsequent proceedings, their sole benefit being that they are certain to receive compensation within a short time span" (paragrafo 102).

⁹ Come noto, si deve in particolare a ICHINO, *Il contratto di lavoro*, III, Giuffrè, 2003, pp. 436-437 la più compiuta teorizzazione in Italia di una disciplina del licenziamento basata sul c.d. *firing cost*.

¹⁰ L'art. 1, comma 7, lett. c), l. 10 dicembre 2014 n. 183 delega il Governo a riformare la materia del licenziamento fissando "un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio e limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato".

¹¹ Sul carattere "incerto" della sanzione, come necessaria conseguenza della sua funzione di deterrenza, MARTELLONI, *La legge del contrappasso: la Corte costituzionale reintegra il giudice del lavoro*, in *LD*, 2019, pp. 276-278, già sulla base della sentenza 194/2018.

3. *Il contenuto della tutela indennitaria e la preferenza per la tutela reintegratoria*

Nella sentenza 194/2018, come noto, la Corte costituzionale, in sintonia con la propria pregressa giurisprudenza, pur censurando il meccanismo di calcolo automatico dell'indennizzo basato sull'età, giustifica la previsione di un limite massimo al suo importo, sulla base dell'assunto per cui la Costituzione lascerebbe libero il legislatore di definire la sanzione ritenuta adeguata a risarcire il danno subito dal lavoratore¹². Per il CEDS invece nessun tetto all'indennizzo è ammissibile, dal momento che il giudice deve poter calcolare quanto spetta al lavoratore, considerando le diverse funzioni che assolve l'indennizzo: risarcitoria e dissuasiva¹³.

Non si tratta quindi solo di garantire al lavoratore una tutela "ragionevole e adeguata", come afferma la Consulta, ma l'integrale ristoro del danno subito in ragione del licenziamento. Ne consegue inevitabilmente che anche l'art. 18, co. 5 (su cui il CEDS non si esprime) debba essere ritenuto non conforme all'art. 24, visto che il tetto all'indennizzo è perfino più basso rispetto a quello previsto dal d.lgs. 23/15 dopo la riforma operata dal d.l. 12 luglio 2018 n. 87; per tacere della tutela obbligatoria nelle piccole imprese (sia *ex art. 9*, d.lgs. 23/15 sia *ex art. 8*, l. 15 luglio 1966 n. 604), del tutto inadeguata secondo i parametri del CEDS. L'inammissibilità delle soglie massime all'indennizzo riguarda poi anche la disciplina dei vizi formali (*ex art. 18*, co. 6 e, *a fortiori*, *ex art. 4* d.lgs. 23/15): conclusione questa supportata dall'univoco accento posto dalle fonti internazionali sulla inscindibilità tra tutele procedurali e formali e tutele sostanziali dei diritti fondamentali¹⁴.

Nella prospettiva del Comitato non trova neppure spazio una distin-

¹² C. Cost. n. 194/1994, punto 18.

¹³ L'accento costantemente posto dal CEDS sulla funzione "anche" dissuasiva dell'indennizzo porta ad escludere che la deterrenza possa essere considerata la "naturale conseguenza, e non la mission dell'apparato rimediante" (BIASI, *La polifunzionalità del (risarcimento del) danno da licenziamento ingiustificato: ragionando attorno a Corte Cost. n. 194/2018*, in *ADL*, 2019, I, p. 768), e ciò indipendentemente dal fatto che tale conclusione – come si ritiene – sia avallata dagli orientamenti della Corte di giustizia in merito al danno comunitario (per puntuali riferimenti ai quali, DI LEMMA, *Lo stato dell'arte dei danni punitivi nella prospettiva giuslavoristica*, in *LDE*, 2017, p. 9 ss.).

¹⁴ Si rinvia a ORLANDINI, *Le fonti del diritto internazionale nella sentenza 194/2018*, in ANDREONI, FASSINA (a cura di), *La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti: quali orizzonti?*, Ediesse, 2019, p. 120 anche per i riferimenti alla giurisprudenza della Corte EDU sui vizi formali del licenziamento.

zione dell'importo dell'indennizzo basata aprioristicamente sulla dimensione dell'impresa. Questa può però incidere comunque sulla quantificazione dell'indennizzo in funzione di deterrenza. È evidente infatti che un medesimo indennizzo può essere dissuasivo per un'impresa piccola, ma non esserlo affatto per una grande impresa multinazionale. L'importo dell'indennizzo dovrebbe allora superare quanto sufficiente a ristorare il lavoratore del danno subito, se ciò non fosse in grado di dissuadere il datore dal licenziare arbitrariamente i propri dipendenti.

In base all'art. 24, poi, l'indennizzo si somma alla retribuzione non corrisposta dal momento del licenziamento fino alla decisione che ne accerta l'illegittimità¹⁵. Nell'ottica del CEDS non sembra trovare spazio l'idea che il recesso ingiustificato possa considerarsi un atto idoneo a produrre l'effetto risolutivo del rapporto, nonostante la sua illegittimità: dal che dovrebbe dedursi la natura retributiva e non già risarcitoria di quanto corrisposto (con le note conseguenze in merito alla detraibilità dell'*aliunde perceptum*). Spetta piuttosto al giudice accertare che non sussistono più le condizioni perché il rapporto possa proseguire o al lavoratore optare per la tutela indennitaria. Con l'art. 24 contrasterebbe dunque sia l'art. 3, co. 2 del d.lgs. 23/15 (non oggetto della decisione del CEDS) sia il regime "attenuato" della reintegra di cui all'art. 18, co. 4¹⁶ (fatto salvo invece dalla Corte costituzionale)¹⁷.

Dalla decisione *Cgil v. Italy* si ricavano indicazioni anche in merito al rapporto tra tutela indennitaria e tutela reale. Come già precisato nella precedente *Finnish Society*, il rimedio indennitario-risarcitorio può infatti considerarsi adeguato soltanto quando sia tale da reintegrare il lavoratore illegittimamente danneggiato in una situazione non meno favorevole di quella in cui egli si sarebbe trovato se l'illecito non fosse stato commesso¹⁸.

¹⁵ Così, chiaramente, al paragrafo 87 della decisione, dove (in sintonia con i propri precedenti) il CEDS utilizza il termine "*reimbursement*" (rimborso) in relazione alle perdite economiche (*financial losses*) subite per effetto del recesso, laddove il termine "*compensation*" (risarcimento) è riferito ai danni (*damages*) sofferti.

¹⁶ Nella sua periodica attività di monitoraggio il CEDS ha chiesto chiarimenti al Governo italiano in merito all'art. 18, co. 4, come riformato dalla l. 28 giugno 2012 n. 92, per la sospetta non conformità all'art. 24 dei "tetti" imposti (anche) all'"*indennità risarcitoria*" (*Conclusions 2016 – Italy – Article 24*); chiarimenti mai pervenuti a Strasburgo.

¹⁷ C. Cost. 23 aprile 2018 n. 86, nella quale si conferma la natura risarcitoria dell'indennizzo di cui all'art. 18, co. 4, l. 20 maggio 1970 n. 300.

¹⁸ Nella decisione *Finnish Society* si legge testualmente che "the possibility of awarding the remedy recognises the importance of placing the employee back into an employment situation no less favourable than he/she previously enjoyed".

Il carattere pienamente soddisfacente dell'indennizzo consiste cioè nel costituire l'equivalente monetario della reintegrazione nel posto di lavoro. È evidente dunque che l'indennizzo monetario è sì un'alternativa possibile alla tutela in forma specifica, ma quest'ultima resta la sanzione preferibile e più adeguata in quanto di per sé funzionale a ripristinare lo *status quo ante*¹⁹. Da ciò consegue che al giudice non dovrebbe essere preclusa dalla legge la possibilità di ordinare la reintegrazione del lavoratore, in assenza di motivi che rendono la prima inadeguata o impraticabile (come può accadere ad esempio quando il datore è una piccola impresa)²⁰.

Non sorprende allora che, nel valutare la normativa italiana, il CEDS segnali come profilo critico l'aprioristica impossibilità per il giudice di ordinare la reintegrazione, al di fuori delle ipotesi tassativamente elencate dalla legge. E lo stesso Governo italiano si è mostrato consapevole che ciò non fosse coerente con gli *standard* internazionali, nel momento in cui, nelle sue memorie difensive, ha cercato di dimostrare come il lavoratore possa comunque ottenere la tutela reintegratoria oltre i limiti posti dal d.lgs. 23/15, richiamando alcune sentenze dei giudici di merito relative a licenziamenti dichiarati nulli *ex art. 1418 cod. civ.*²¹. Questi casi giurisprudenziali per il CEDS non permettono però di colmare le lacune del d.lgs. 23/15, perché “there is nothing to demonstrate that these examples, taken from the lower courts, are indicative of stable and consolidated case-law and that they can apply to all the different situations” (paragrafo 99).

Si può allora concludere che i profili di contrarietà agli *standard* inter-

¹⁹ La preferenza per la tutela reintegratoria si ricava anche dall'art. 10 della Convenzione ILO 158/82, come interpretato dal Comitato di Esperti sull'Applicazione delle Convenzioni e delle Raccomandazioni (ILO CEACR, *General Survey on the protection against dismissal*, 1995, par. 219).

²⁰ Il che non significa che sia giustificata l'esclusione per legge della reintegra nelle piccole imprese. Lo conferma il fatto che, già nelle conclusioni del 2003 relative all'art. 24, il CEDS abbia chiesto chiarimenti al Governo italiano circa il regime di minor favore previsto per i lavoratori dipendenti da piccole imprese, nella (erronea) convinzione che il giudice potesse ordinare la reintegra (“the Committee asks whether in practice Italian courts tend to favour one or other of the options (reinstatement or compensation)”); anche in questo caso i chiarimenti non sono ovviamente mai arrivati.

²¹ Si tratta in particolare delle sentenze del Tribunale di Roma (sentenza 24 giugno 2016 n. 4517) relativa ad un licenziamento ritorsivo (*retaliatory dismissal*) e del Tribunale di Vicenza (sentenza 4 novembre 2016 n. 687) relativa ad un licenziamento economico seguito da una nuova assunzione finalizzata ad ottenere incentivi di legge; in entrambi i casi i licenziamenti sono stati dichiarati nulli, con conseguente ordine di reintegrazione.

nazionali della disciplina dettata dal d.lgs. 23/15 non attengono soltanto all'inadeguatezza dell'indennizzo (in specie, alla presenza di "tetti" di legge), ma anche all'impossibilità per il giudice di ordinare la reintegra, quando questa, nel caso specifico oggetto della controversia, potrebbe costituire la forma più appropriata ed opportuna di tutela²².

Di nuovo ne esce smentita l'idea che in Italia ha condizionato il dibattito accademico e politico in materia, orientando il processo di riforma verso il progressivo superamento della tutela reale: l'idea per la quale la reintegrazione nel posto di lavoro costituirebbe una forma desueta e affatto anomala di tutela per licenziamento ingiustificato, figlia di una stagione legislativa che ha avuto il suo apice nei primi anni settanta (appunto con lo Statuto dei lavoratori) e che è ormai definitivamente tramontata. Evidentemente questo dibattito, intriso di valenze ideologiche, non ha condizionato gli organismi internazionali che sovrintendono al rispetto dei diritti fondamentali dei lavoratori.

3. *L'inefficacia della decisione del Comitato sul piano dell'ordinamento dell'UE*

I principi contenuti nella decisione *Cgil v. Italy* sono di indubbio rilievo perché in netta controtendenza rispetto all'ideologia "mercantile" che ha dominato il dibattito sul licenziamento negli ultimi anni. Resta da valutare quali effetti essi possano produrre nell'ordinamento interno e, prima ancora, in quello dell'Unione europea. La questione si pone sotto questo secondo profilo considerando che l'art. 24 CSE è fonte d'interpretazione dell'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE (CDFUE), come precisato dalle Spiegazioni alla stessa Carta²³. L'indiretta rilevanza sul piano dell'ordinamento

²² La primazia della tutela restitutiva rispetto a quella per equivalente in ambito civilistico è riconosciuta dalla Corte di Cassazione in nome del diritto all'"esatta soddisfazione del creditore non tenuto ad accontentarsi dell'equivalente monetario" (Cass. Sez. Un. 10 gennaio 2006 n. 141); anche sotto questo profilo, dunque, il CEDS richiede semplicemente che al lavoratore licenziato illegittimamente siano garantite le stesse tutele che, in base ai principi generali di diritto civile, spettano a qualsiasi soggetto leso da un atto illecito (analogamente, sulla base dei principi costituzionali, BARBIERI, *Statuto e tutele contro i licenziamenti illegittimi*, in *RGL*, 2020, I, p. 99; *contra*, tra gli altri, MARESCA, *op. cit.*, p. 108).

²³ Nelle Spiegazioni alla Carta dei diritti, in relazione all'art. 30 si legge che "Questo diritto si ispira all'art. 24 della Carta sociale riveduta" (diffusamente, PEDRAZZOLI, *Art. 30. Tutela*

dell'UE che, dall'applicazione dell'art. 30 CDFUE, potrebbero ricavare le decisioni del CEDS, ne rafforzerebbe l'efficacia giuridica e ne proietterebbe gli effetti anche al di là degli ordinamenti nazionali oggetto delle stesse.

Simili scenari non sembrano però verosimili, almeno nell'attuale stadio di evoluzione del processo d'integrazione europea. In primo luogo perché la Corte di giustizia, pur avendo più volte richiamato la Carta sociale europea nella sua giurisprudenza, non si ritiene vincolata dall'interpretazione che di questa fornisce il CEDS²⁴. In secondo (e ad oggi decisivo) luogo, perché l'utilizzo dell'art. 24 CSE come fonte esterna di interpretazione dell'art. 30 CDFUE è precluso dalla mancanza di norme di diritto dell'UE che ne consentano l'attrazione nell'ambito di applicazione della Carta dei diritti (*ex art. 51 della stessa Carta*). In relazione alla disciplina dei licenziamenti individuali infatti, la possibilità che la Corte di giustizia possa valutare la compatibilità della legislazione degli Stati membri con l'art. 30 CDFUE è esclusa dal fatto che la materia non rientra nell'ambito di applicazione dell'*hard law* unionale, non essendo mai stata esercitata dall'Unione la competenza normativa relativa alla "protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro", pur prevista dall'art. 153, par. 1, lett. d), Tratt. Funz. UE²⁵.

dei lavoratori in caso di licenziamento ingiustificato, in MASTROIANNI, POLLICINO, ALLEGREZZA, PAPPALARDO, RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffrè, 2017, pp. 576 ss.).

²⁴ La Corte di giustizia non ritiene vincolanti sul piano dell'ordinamento dell'UE neppure le sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo, nella perdurante mancanza di una formale adesione dell'UE alla CEDU pur prevista dall'art. 6, par. 2 Tratt. UE (come chiarito dalla stessa Corte di giustizia nel parere n. 2/13); *a fortiori* non possono ritenersi produttive di effetti giuridici le decisioni di un organo paragiurisdizionale qual è il CEDS.

²⁵ Il solo fatto che una misura nazionale ricada in un settore nel quale l'UE è competente non può collocarla nella sfera di applicazione del diritto dell'Unione ai sensi dell'art. 51 CDFUE (C. Giust. 10 luglio 2014, C-198/13, *Hernández*). Proprio in forza dell'art. 51 CDFUE, nella sentenza *Poclava* (5 febbraio 2015, C-117/14) la Corte di giustizia ha escluso la possibilità di valutare alla luce dell'art. 30 CDFUE la ley 3/2012 (in relazione al "*contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores*"), in quanto non attuativa dell'*hard law* unionale. In dottrina non manca chi ritiene invocabile l'art. 30 anche senza il "filtro" di una direttiva che regoli la materia, ritenendo sufficiente la presenza di norme che incidano indirettamente su di essa, come è per le direttive sulla parità uomo-donna e sui congedi (ALES, *La dimensione 'costituzionale' del Modello Sociale Europeo tra luci e ombre (con particolare riferimento ai diritti collettivi e al licenziamento)*, in CARINCI M.T. (a cura di), *L'evoluzione della disciplina del licenziamento. Giappone e Europa a confronto*, Giuffrè, 2017) o valorizzando il ruolo della *soft law* (ADINOLFI, *Disciplina del licenziamento individuale e fonti europee: quali limiti ed obblighi per il legislatore nazionale?*, in *RDInt*, 2015, p. 1141); entrambe le prospettive appaiono però lontane da quella adottata dai giudici di Lussemburgo.

L'art. 30 CDFUE e l'art. 24 CSE neppure possono essere utilizzati per interpretare la direttiva 98/59/CE relativa ai licenziamenti collettivi, al fine di considerare contraria al diritto dell'UE la legislazione nazionale di recepimento che non assicuri ai lavoratori licenziati illegittimamente le tutele richieste da tali norme. Lo ha confermato la Corte di giustizia nell'ordinanza *Romagnuolo*, decidendo la questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Napoli in relazione all'art. 10 del d.lgs. 23/15²⁶. I giudici di Lussemburgo si sono dichiarati “*manifestamente incompetenti*” a valutare se tale disposizione sia o meno in contrasto con l'art. 30 CDFUE, per il fatto di prevedere in caso di licenziamenti collettivi il medesimo indennizzo considerato inadeguato dal CEDS con riferimento ai licenziamenti individuali. A giudizio della Corte, infatti, la direttiva 98/59 si limita a prescrivere il rispetto di obblighi procedurali di informazione e consultazione nei confronti dei rappresentanti sindacali e della pubblica autorità, e non incide in alcun modo sui presupposti del licenziamento e sulle tutele da garantire in caso di loro violazione²⁷. I profili sostanziali del licenziamento restano cioè di piena competenza degli Stati membri: il che esclude la loro riconducibilità nell'ambito di applicazione del diritto dell'UE e, di conseguenza, la possibilità di valutarne la coerenza con l'art. 30 CDFUE (nonché, di riflesso, con l'art. 24 CSE).

La giurisprudenza della Corte di giustizia in conclusione conferma come l'art. 30 CDFUE sia una norma tanto significativa in teoria quanto irrilevante nella pratica, non potendo di fatto essere mai utilizzata per contestare la legittimità di una normativa nazionale né in relazione alla disciplina del licenziamento individuale né in relazione a quella dei licenziamenti collettivi; il che, come premesso, porta a concludere che sia pressoché nulla la possibilità per l'art. 24 CSE, come interpretato dal CEDS, di acquistare forza giuridica grazie all'uso che potrebbe farne la Corte di giustizia nella sua giurisprudenza²⁸.

²⁶ C. Giust. ordinanza 4 giugno 2020, causa C-32/20, *Romagnuolo c. Balga Srl*; la questione pregiudiziale è stata sollevata dal Tribunale di Napoli con ordinanza del 18 settembre 2019, contestualmente alle questioni di costituzionalità davanti alla Corte costituzionale per violazione dell'art. 30 CDFUE come fonte “interposta” ai sensi dell'art. 117, co. 1, Cost. (c.d. doppia pregiudizialità). Sulla sentenza C. Cost. 26 novembre 2020 n. 254, con la quale la Consulta ha respinto la questione di costituzionalità, v. paragrafo successivo.

²⁷ Nello stesso senso la Corte di giustizia si è espressa nella sentenza 10 giugno 2009, C-323/08, *Rodriguez Mayor*, par. 45 e 51.

²⁸ Difficile anche pensare che la Corte di giustizia possa far rientrare l'art. 24 CSE nell'ambito di applicazione del diritto dell'UE in virtù del riferimento alla Carta sociale contenuto

4. *I possibili effetti della decisione del Comitato nell'ordinamento italiano, tra vizi di costituzionalità e interpretazione "conforme"*

Esclusa la possibilità di valorizzare l'art. 24 CSE come fonte "indiretta" di interpretazione del diritto dell'UE, l'efficacia delle decisioni del CEDS resta affidata alle giurisdizioni nazionali.

Le convenzioni di diritto internazionale ratificate dall'Italia hanno il valore di "fonti interposte", ai sensi dell'art. 117, comma 1 Cost. che vincola il legislatore al loro rispetto. Dal momento che la Carta Sociale Europea (ri-veduta) è stata ratificata dall'Italia con la l. 9 febbraio 1999 n. 30, nessuna sorpresa dovrebbe dunque suscitare il fatto che di essa abbia tenuto conto la Consulta nella sentenza 120/2018, per valutare la costituzionalità dei limiti alla libertà sindacale dei militari previsti dal Codice dell'ordinamento militare²⁹. Piuttosto un elemento di criticità dell'arresto della Corte si coglie nella sbrigativa chiusura rispetto alle decisioni del CEDS, che "pur nella loro autorevolezza, non vincolano i giudici nazionali nella interpretazione della Carta, tanto più se – come nel caso in questione – l'interpretazione estensiva proposta non trova conferma nei nostri principi costituzionali"³⁰. Insomma, per i giudici delle leggi la Carta sociale è fonte dotata di forza giuridica nell'ordinamento italiano, ma non può dirsi altrettanto della "giurisprudenza" del CEDS.

nell'art. 151 Tratt. Funz. UE, come suggerito in dottrina (SARACINI, *Reintegra monetizzata e tutela indennitaria nel licenziamento ingiustificato*, Giappichelli, 2018, p. 28), non solo perché la Carta sociale resta comunque "una mera fonte di ispirazione per il diritto dell'Unione" (così DELFINO, *La Corte costituzionale e il contratto a tutele crescenti nella prospettiva degli ordinamenti sovranazionali*, in GC, 2019), ma anche perché l'art. 151 non è norma dotata di forza precettiva autonoma, limitandosi a fissare gli obiettivi che l'UE realizza esercitando le competenze previste dall'art. 153 Tratt. Funz. UE.

²⁹ Sorprende invece il fatto che, nella precedente giurisprudenza (ad es., C. Cost. 26 marzo 2015 n. 50), la Corte abbia derubricato le disposizioni della Carta sociale a mere norme "di indirizzo" prive di significativo contenuto precettivo (così, FONTANA, *La Corte costituzionale e il decreto n. 23/2015: one step forward two step back*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 2018, n. 382, p. 29).

³⁰ C. Cost. 13 giugno 2018 n. 120, punto 13; a supporto di questa conclusione la Corte osserva che valore di *res iudicata* nell'ordinamento italiano è riconosciuto solo alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo in virtù dell'art. 46 CEDU, nonché dell'art. 32, par. 1 CEDU che attribuisce alla Corte competenza in merito "a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli che siano sottoposte a essa"; norme, queste, che non hanno equivalenti né nella Carta Sociale né nel suo Protocollo Addizionale.

Il carattere “autorevole” delle decisioni del CEDS è però decisamente valorizzato nella sentenza 194/2018, nella quale i Giudici delle leggi si ricordano espressamente con la decisione *Finnish Society* che, come detto, costituisce il precedente della decisione *Cgil v. Italy*. Il richiamo alla Carta sociale ed alle decisioni del CEDS si iscrive qui in una prospettiva di apertura ad una lettura sinergica tra fonti interne e internazionali, orientata ad una integrazione verso l'alto dei diversi livelli di protezione dei diritti. A conferma di ciò, la Corte richiama quanto affermato nella sentenza 317/2000 in merito al fatto che “*il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo*”³¹.

Come più volte evidenziato però, nonostante simili aperture, le conclusioni cui giunge la Corte divergono da quelle del CEDS. Non a caso, la decisione *Finnish Society* viene richiamata in merito al carattere adeguato e dissuasivo dell'indennizzo, ma non si fa cenno alla censura delle soglie massime (già) espressa in quella decisione. D'altra parte anche nella sentenza 194/2018 la Corte rivendica la propria autonomia nell'interpretare le norme della Carta sociale rispetto alle decisioni del CEDS, delle quali infatti conferma la non vincolatività³².

L'indiscussa autonomia di giudizio della Corte costituzionale non può però giustificare il mancato confronto con l'“autorevole” interpretazione fornita dagli esperti di Strasburgo; ragion per cui di questa i Supremi Giudici dovrebbero quanto meno tener conto nella loro argomentazione, motivando in maniera adeguata l'eventuale decisione di discostarsene³³. Se ciò non è avvenuto nella sentenza 194/18, si deve al fatto che i precedenti del CEDS relativi all'art. 24 non riguardavano la legislazione italiana. Ma il sopravvenire della decisione *Cgil v. Italy* cambia il quadro di riferimento della Corte, qualora venisse di nuovo chiamata ad esprimersi sulla portata della disposizione della Carta sociale.

³¹ C. Cost. 20 luglio 2000 n. 317, punto 7; sul principio del “trattamento più favorevole”, pacificamente accolto in relazione alla CEDU, v. SALERNO, *La garanzia costituzionale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in SALERNO, SAPIENZA (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il giudice italiano*, Giappichelli, p. 9.

³² C. Cost. n. 194/2018, punto 14.

³³ Così la prevalente dottrina internazionalista (tra gli altri FORLATI, *Corte costituzionale e decisione del Comitato europeo dei diritti sociali*, in *LD*, 2019, p. 618; MOLA, *Jobs Act e controllo internazionale sull'attuazione della Carta sociale europea*, in *DLRI*, 2020, p. 366; TANCREDI, *La Carta Sociale Europea come parametro interposto nella recente giurisprudenza costituzionale: novità e questioni aperte*, in *RDInt*, 2019, p. 490 ss.).

A fronte di una nuova questione di costituzionalità relativa alla disciplina del licenziamento, i Giudici delle leggi potrebbero dunque decidere di recepire la decisione del CEDS modificando la propria pregressa giurisprudenza³⁴; oppure di confermare tale giurisprudenza, indicando le ragioni che non rendono possibile il recepimento nel nostro ordinamento dei più alti *standard* protettivi ricavabili dalla fonte internazionale. Le tutele “multilivello” in questo secondo caso non servirebbero evidentemente per rafforzare lo statuto dei diritti sociali; piuttosto si tratterebbe o di ricavare dallo stesso diritto internazionale diversi canoni interpretativi (in vero difficili da configurare)³⁵, o di invocare un “controlimito” costituzionale per ridurre gli *standard* che il CEDS deduce dall’art. 24³⁶, in nome della tutela che, evidentemente, alla libertà d’impresa sarebbe assicurata nel nostro ordinamento dall’art. 41 Cost. Una conclusione, questa, forse probabile, perché necessaria per evitare un brusco revirement della Corte rispetto alla propria consolidata giurisprudenza, ma che svelerebbe un’immagine della Costituzione italiana poco sintonica con quel modello avanzato di Costituzione “sociale” che, a torto o a ragione, ha ispirato generazioni di giuristi del lavoro dal dopoguerra ad oggi.

La questione si pone però in termini meno “drammatici” in relazione alla disciplina applicabile alle piccole imprese prevista dall’art. 9, d.lgs. 23/15, rispetto alla quale la Corte è stata chiamata ad esprimersi dal Tribunale di Roma³⁷. Tale norma infatti non è stata oggetto diretto della questione di costituzionalità risolta con la sentenza n. 194/2018, per cui una censura che investisse il limite all’indennizzo non configurerebbe in questo caso alcun cambio di orientamento della Corte. Né tale censura implicherebbe il riconoscimento del valore cogente della decisione del CEDS, ben potendo questa

³⁴ Sui possibili argomenti, fondati sui principi costituzionali, che giustificerebbero un *revirement* in merito alla ammissibilità delle soglie massime all’indennizzo, diffusamente SPECIALE, *La giurisprudenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, in *RGL*, 2020, I, p. 733.

³⁵ In merito alla coerenza della giurisprudenza del CEDS con gli *standard* internazionali (in specie, dell’OIL) in materia di licenziamento, ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell’ordinamento dell’Unione europea*, in *DLRI*, 2012, p. 636 ss.

³⁶ FORLATI, *op. cit.*, p. 614; analogamente, ad una “*previa valutazione di conformità* [della “giurisprudenza” del Comitato] *all’intera nostra costituzione*” fa riferimento PANZERA, *La “voce” del Comitato europeo dei diritti sociali*, in CARUSO, FONTANA (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, Il Mulino, 2015, p. 267.

³⁷ Trib. Roma 24 febbraio 2021 (ord.).

servire come mero supporto argomentativo di un giudizio fondato sui parametri di adeguatezza enunciati dalla stessa Corte.

Sino ad oggi la Corte è riuscita ad evitare di confrontarsi con la decisione del CEDS, pur decidendo altre questioni di costituzionalità relative alla disciplina del licenziamento sollevate sulla scia della sentenza 194/2018.

L'occasione non è stata colta nella sentenza n. 150 del 16 luglio 2020, con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità anche del meccanismo automatico di calcolo dell'indennità (1 mese di retribuzione per anno di anzianità) previsto dall'art. 4, d.lgs. 23/15 in caso di licenziamento viziato per motivi formali e procedurali. I giudici rimettenti (di Bari e di Roma) non avevano però sollevato la questione di costituzionalità in relazione al limite dell'indennizzo (12 mesi di retribuzione), il che ha permesso alla Corte di lasciarlo in vigore³⁸ ignorando nella sua argomentazione sia la Carta sociale sia la sopravvenuta decisione del CEDS³⁹.

La Corte non ha poi accolto l'invito del Tribunale di Napoli ad esprimersi in relazione alla compatibilità con l'art. 24 CSE dell'art. 10, d.lgs. 23/15, rispondendo con la sentenza n. 254 del 26 novembre 2020 alle questioni già sfociate nella sopra richiamata dichiarazione di manifesta incompetenza della Corte di giustizia. I Giudici delle leggi infatti non si sono espressi nel merito delle questioni di costituzionalità sollevate dal giudice partenopeo, che hanno respinto per vizi procedurali⁴⁰. La sentenza tuttavia merita attenzione per l'inciso nel quale si ribadisce come il giudizio circa l'adeguatezza del regime sanzionatorio in materia di licenziamento debba essere condotto considerando "i diritti sanciti dagli artt. 4 e 35 Cost e, in una prospettiva convergente, dall'art. 24 della Carta sociale europea"; ed è proprio in virtù degli *standard*

³⁸ Nel far salva la soglia massima prevista dalla norma, la Corte ne ha giustificato il diverso importo rispetto a quello previsto in caso di vizi sostanziali (C. Cost. n. 150/2020, punto 9); profilo anch'esso di dubbia coerenza con i principi deducibili dal diritto internazionale (*supra* par. 2).

³⁹ La parte privata ha sollevato la questione in merito alla costituzionalità dei limiti dell'indennizzo (alla luce della sopravvenuta decisione del CEDS) nel corso del procedimento davanti alla Corte, ma la richiesta è stata respinta con l'argomentazione che "tali censure travalicano e tendono ad ampliare irritualmente il tema del decidere, così come tracciato dall'ordinanza di rimessione" (C. Cost. n. 150/2020, punto 4).

⁴⁰ Per una analisi critica delle argomentazioni della Corte sfociate nella dichiarazione di inammissibilità cfr. SPEZIALE, *La sentenza della Corte costituzionale n. 254/2020 sul contratto a tutele crescenti: una forma di "leale e costruttiva collaborazione" con la Corte di giustizia europea?*, in *LDE*, 2020, p. 1 ss.

deducibili dalla Carta sociale che, la pur ampia discrezionalità di cui gode il legislatore nella scelta tra tutela reintegratoria e tutela indennitaria, dovrebbe esercitarsi rimodulando quest'ultima “in una più accentuata chiave deterrente”⁴¹.

Anche se la questione del rispetto dell'art. 24 della Carta sociale non è stata affrontata nel merito, nelle parole della Corte si può dunque cogliere un invito a rivedere il regime delle tutele indennitarie in modo da renderlo più sintonico con i principi del diritto internazionale. Questa prospettiva riguarda, certo, il possibile intervento futuro del legislatore (invocato dalla Corte in chiusura della sentenza 150/2020), ma anche l'interprete chiamato ad applicare la disciplina vigente⁴². Resta infatti spazio per un'interpretazione giurisprudenziale che tenga conto della decisione del CEDS, al fine di rendere la disciplina del licenziamento quanto più possibile conforme agli obblighi imposti dall'adesione dell'Italia alla CSE⁴³. Si tratta di una prospettiva praticabile, che certo presuppone un'attenzione alle fonti internazionali ed al ruolo degli organismi sovranazionali deputati ad interpretarle in vero non particolarmente diffusa tra i giudici del lavoro italiani⁴⁴.

L'interpretazione “conforme” troverebbe il proprio limite nella lettera del d.lgs. 23/15, non potendosi prospettare un'interpretazione *contra legem*; il che esclude la possibilità di superare per via interpretativa i “tetti” all'importo massimo dell'indennizzo⁴⁵. La decisione del CEDS può incidere però sul cal-

⁴¹ C. Cost. n. 254/2020, punto 5.2. Già nella sentenza n. 194/2018 la Corte ha riconosciuto che l'indennizzo debba non solo ristorare in maniera adeguata il lavoratore, ma anche “allontan[re] il datore dall'intento di licenziare senza valida ragione” (punto 12.2).

⁴² Sull'effetto “indiretto” che la Carta sociale e la giurisprudenza del CEDS può produrre nell'interpretazione del diritto nazionale (oltre che sul piano dell'iniziativa politica), FONTANA, *La Carta sociale europea*, cit., spec. p. 6.

⁴³ Primi segnali di attenzione alla decisione del CEDS si colgono nella giurisprudenza di merito (Trib. Lecce 19 giugno 2020 n. 1402, che la richiama per quantificare l'indennizzo). La decisione del CEDS è richiamata anche dal Tribunale di Roma nell'ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale (*supra* nota 37), a supporto della fondatezza della questione di costituzionalità in merito all'art. 9, d.lgs. 23/15, posta l'impossibilità di adottare un'interpretazione conforme in relazione alla disciplina applicabile alle piccole imprese.

⁴⁴ Si spiega anche così lo scetticismo in dottrina per la prospettiva suggerita nel testo (cfr. GIUBBONI, *I licenziamenti nel crogiolo delle tutele multilivello*, in *DLRI*, 2020, p. 347, ora in *Id.*, *Anni difficili. I licenziamenti in Italia in tempi di crisi*, Giappichelli, 2020, p. 184).

⁴⁵ A meno di non voler forzare a tal punto la lettera della legge da riferirlo al solo indennizzo basato sull'anzianità di servizio, attribuendo di fatto al tetto massimo funzione anche di possibile tetto minimo (come sembra suggerire audacemente ESPOSITO, *Intervento*, in ANDREONI, FASSINA (a cura di), *op. cit.*, p. 152, sulla base della sentenza n. 194/2018).

colo dell'indennizzo entro i limiti di legge⁴⁶, dando più solido sostegno alle letture della disciplina vigente orientate a massimizzarne l'importo. Assodato che il criterio dell'anzianità serve per determinare l'importo minimo dell'indennizzo⁴⁷, gli ulteriori criteri indicati dalla Corte nel 2018 (numero degli occupati, dimensioni dell'impresa, comportamento e condizioni delle parti) restano un riferimento ineludibile per i giudici; ineludibile ma non esclusivo, potendo tali criteri concorrere con altri funzionali a quantificare l'effettivo danno subito dal lavoratore nel caso concreto⁴⁸.

I criteri richiamati dalla Corte confermano poi la necessità di tener conto del carattere dissuasivo dell'indennizzo. Sotto questo secondo profilo, Consulta e Comitato convergono nel sottolineare la funzione di deterrenza dell'indennizzo, il che permette di valorizzare le aperture manifestate dalla Cassazione nei confronti della risarcibilità dei i c.d. danni punitivi nel nostro ordinamento⁴⁹. L'indennizzo previsto dal d.lgs. 23/15 non dovrebbe infine essere considerato omnicomprensivo, ma concorrente con il risarcimento degli ulteriori danni non patrimoniali causati dal licenziamento illegittimo

⁴⁶ Così anche PERRONE, *La forza vincolante del Comitato europeo dei diritti sociali: riflessioni critiche alla luce della decisione CGIL c. Italia dell'11 febbraio 2020 sul Jobs Act sulle tutele crescenti*, in *LDE*, 2020, p. 12, per il quale le decisioni del CEDS "possano e debbano esercitare un proprio effetto conformativo, per quanto soft, anche ai fini della determinazione del quantum dell'indennità risarcitoria per licenziamento illegittimo".

⁴⁷ Nella sentenza n. 150/2020 la Corte afferma espressamente che l'anzianità di servizio rappresenta "la base di partenza della valutazione. In chiave correttiva, con apprezzamento congruamente motivato, il giudice potrà ponderare altri criteri desumibili dal sistema, che concorrano a rendere la determinazione dell'indennità aderente alla particolarità del caso concreto" (punto 16), avvalorando l'opinione di parte della dottrina (GIUBBONI, *Il licenziamento del lavoratore con contratto «a tutele crescenti» dopo l'intervento della Corte costituzionale*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 2018, n. 379).

⁴⁸ Proprio perché i criteri indicati dalla Corte attengono per lo più alla "funzione sanzionatoria e dissuasiva del datore" (DE LUCA TAMAJO, *La sentenza costituzionale 194 del 2018 sulla quantificazione dell'indennizzo per licenziamento illegittimo*, in *DLM*, 2018, p. 640, in sintonia con ICHINO, *Il rapporto tra il danno prodotto dal licenziamento e l'indennizzo nella sentenza della Consulta*, in *LDE*, 2019, p. 5), deve ammettersi il ricorso ad ulteriori criteri per accertare il danno effettivo subito dal lavoratore.

⁴⁹ Il riferimento è alla nota Cass. Sez. Un. 5 luglio 2017 n. 16601, oggetto di contrastanti giudizi in dottrina. Nel senso della risarcibilità dei danni punitivi da licenziamento illegittimo, già sulla scia della sentenza 194/2018, DE LUCA, *Tutela contro il licenziamento, nel contratto di lavoro a tutele crescenti, dopo l'intervento della Corte costituzionale: alla ricerca del giusto risarcimento, quando risulta esclusa la possibilità della reintegrazione nel posto di lavoro (note a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2018)*, in *VTDL*, 2019 (contra, tra gli altri, PERSIANI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2018: parturiunt montes*, in *ADL*, 2019, I, p. 129).

al lavoratore⁵⁰; il che, paradossalmente, è quanto affermato nelle memorie difensive del Governo italiano per evitare la censura del CEDS⁵¹.

La decisione del CEDS dovrebbe anche indurre i giudici nazionali a riconoscere il diritto alla reintegrazione oltre gli stretti confini nei quali ha inteso limitarlo il legislatore del 2015; ciò non solo valorizzando i principi civilistici per ampliare le ipotesi di licenziamento nullo⁵² ma anche sfruttando le ambiguità ed i margini di incertezza interpretativa che caratterizzano la normativa vigente. Si tratta di ridefinire il rapporto tra reintegra e indennizzo nei termini di regola-eccezione, dando una lettura del d.lgs. 23/15 che ne neutralizzi sostanzialmente la portata innovativa rispetto all'art. 18 dello Statuto.

È evidente tuttavia che la risposta alla decisione del CEDS non può essere lasciata ai giudici. La via maestra da seguire per riallineare la disciplina italiana del licenziamento agli *standard* del diritto internazionale è quella legislativa di una riforma organica della materia che sancisca il definitivo superamento della stagione dell'austerità. Riforma invocata dalla stessa Corte costituzionale, che nella sentenza 150/2018 richiama il legislatore alla responsabilità di “ricomporre secondo linee coerenti una normativa di importanza essenziale, che vede concorrere discipline eterogenee, frutto dell'avvicinarsi di interventi frammentari”⁵³.

I tempi per una simile riforma potrebbero essere propizi, se è vero che la drammatica crisi sanitaria che ha travolto l'intero pianeta ha messo in luce con ogni evidenza l'inadeguatezza di una legislazione fondata sulla logica

⁵⁰ CARINCI M.T., *La Corte costituzionale n. 194/18 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel “Jobs Act”, e oltre*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT, 2018, n. 378; ROSELLI, *Funzione riparatoria e funzione sanzionatoria della condanna conseguente al licenziamento illegittimo*, in RGL, 2020, II, p. 13; da ultimo, SPEZIALE, *La giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., che trova conferma alla risarcibilità dei danni non patrimoniali nell'accento posto dalla Corte costituzionale alla “persona” del lavoratore danneggiato dal licenziamento illegittimo (*contra*, tra gli altri, TOSI, *La sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale e il suo “dopo”*, in DRI, 2019, p. 251).

⁵¹ Secondo il Governo italiano “nothing prevent the worker from requesting and claiming additional damages, for example in respect of ill-health damage caused by unlawful termination and ‘injurious’ dismissal” (*Cgil v. Italy*, par. 82); come osserva il CEDS, però, “the Government has not provided any examples of cases in which compensation has been granted for unlawful dismissal on the basis of the rule on civil liability” (par. 99).

⁵² Come di nuovo suggerito dal Governo, richiamando la recente giurisprudenza di merito (*supra* nota 21).

⁵³ C. Cost. n. 150/2020, punto 17.

della deregolamentazione del mercato del lavoro. Ne è segnale il prolungato regime del blocco dei licenziamenti introdotto per limitare gli effetti sociali della pandemia. L'auspicio è che una simile rottura dei dogmi neolibéristi non sia solo il riflesso di una legislazione emergenziale, come tale destinata a scomparire con la fine dell'emergenza, ma rappresenti il primo passo per riformare la disciplina del licenziamento non domandandosi più quale sia il regime di maggior favore per le imprese che violano la legge, ma quali siano le tutele più adeguate per i lavoratori che di tali violazioni subiscono gli effetti.

Paola Saracini

La disciplina dei licenziamenti dentro e fuori lo Statuto: la riforma dell'apparato sanzionatorio, oggi*

Sommario: **1.** Premessa. **2.** Tutela reale e tutela indennitaria: alla ricerca della “terra di mezzo”. **3.** Il senso della “terra di mezzo” nei licenziamenti ingiustificati. **4.** *Segue.* Gli strumenti necessari per una corretta navigazione. **5.** Differenze temporali: un falso problema? **6.** Licenziamenti e piccole imprese. **7.** I licenziamenti discriminatori. **8.** La necessità di un intervento legislativo.

I. *Premessa*

L'attuale apparato sanzionatorio dei licenziamenti, anche in considerazione dell'evoluzione normativa degli ultimi anni, presenta, com'è noto, un quadro regolativo particolarmente articolato e composito. Prima la legge 28 giugno 2012 n. 92, cd. legge Fornero, ha significativamente novellato l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, poi il d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23, con l'introduzione del cd. contratto a tutele crescenti, ha stilato ulteriori regole che disciplinano i licenziamenti per i lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015.

Non è qui il caso di ripercorrere puntualmente l'evoluzione della disciplina¹. Sarà sufficiente ricordare, da un lato, che l'attuale quadro regolativo è stato riformulato sulla base di un principio di modulabilità delle tutele e, dall'altro, che, a differenza del passato, in cui l'apparato sanzionatorio veniva

* Il presente contributo è destinato agli Studi in onore di Francesco Santoni.

¹ Per un'attenta ricostruzione dell'evoluzione della disciplina sanzionatoria dei licenziamenti, cfr., da ultimo, per tutti: BARBIERI, *Statuto e tutele contro i licenziamenti illegittimi*, in *RGL*, 2020, I, p. 85 ss.; ZOLI, *Il puzzle dei licenziamenti ed il bilanciamento dei valori tra tecniche di controllo e strumenti di tutela*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 428/2020; ZOPPOLI L., *L'estinzione del contratto di lavoro: risoluzione consensuale, dimissioni e licenziamento*, in ESPOSITO, GAETA, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L., *Diritto del lavoro e sindacale*, Giappichelli, 2020, spec. pp. 322-333.

osservato attraverso il limite dimensionale – essendo calibrato prevalentemente sulla differenza tra piccole e medie/grandi imprese – oggi la grande novità si rinviene nell’alternativa tutela reale/tutela indennitaria: un’alternativa da un alto valore, non solo simbolico ma di contenuto.

Un’alternativa che, pertanto, sarà il fulcro intorno al quale ruoterà l’analisi dell’apparato sanzionatorio dei licenziamenti, qui proposta, mettendone a fuoco i profili di maggiore interesse, in chiave sistematica e storica.

2. *Tutela reale e tutela indennitaria: alla ricerca della “terra di mezzo”*

Il titolo dell’incontro dal quale trae origine questo saggio (e che denomina la sezione del Quaderno in cui queste pagine sono inserite), ossia “*La disciplina dei licenziamenti, dentro e fuori lo Statuto*”, offre una chiave di lettura sicuramente interessante e, direi, tradizionale per un’analisi dell’apparato sanzionatorio dei licenziamenti. Nell’indagare il connubio licenziamenti/sanzioni è, però, preferibile ragionare in termini non così netti e contrapposti, di spartiacque tra il “dentro” e il “fuori”, bensì privilegiare una logica di continuità, che ci colloca in quella che potremmo definire una “terra di mezzo”: una “terra” dove, anzitutto, i diversi interessi possono trovare un punto di ragionevole equilibrio anche nell’ambito di un quadro assai articolato e diversificato.

D’altronde, se è certamente vero che il regime sanzionatorio predisposto originariamente dallo Statuto dei lavoratori ha avuto un effetto dirimpente sulla disciplina dei licenziamenti, e non solo – tanto che illustri studiosi hanno ritenuto l’art. 18 una “norma di impatto sistematico del diritto del lavoro italiano”², una disposizione dalle conseguenze rilevanti sul piano della cultura dell’effettività per moltissimi anni³ – è anche vero che lo stesso Statuto dei lavoratori (come più volte sottolineato nelle riflessioni che hanno accompagnato il suo cinquantesimo compleanno), è stato un intervento normativo connotato da estremo realismo⁴. Un realismo nel quale è insita la necessità di temperamento, che mal si adatta a logiche di mera contrapposizione. Del

² CARUSO, *Per un ragionevole, e apparentemente paradossale, compromesso sull’art. 18: riformarlo senza cambiarlo*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT, n. 140/2012, p. 3.

³ In tal senso, SCIARRA (a cura di), *Gino Giugni. Idee per il lavoro*, Laterza, 2020, p. XXXIV.

⁴ ZOPPOLI A., *Statuto dei lavoratori e lavoro pubblico: un incontro, fecondo, nel tempo*, in RGL, 2020, I, p. 148 ss.

resto, è a tutti noto che l'art. 18, anche nella versione originaria, nel momento in cui esclude dalla sua portata applicativa le imprese di una certa dimensione, esprime tale necessità: come dire, già la versione originaria dell'art. 18 conteneva il “dentro” e il “fuori”.

E allora, ragionare non in termini di contrapposizione, ma di continuità, potrebbe risultare alquanto fecondo.

3. Il senso della “terra di mezzo” nei licenziamenti ingiustificati

Punto di partenza della riflessione è la reintegra nei licenziamenti ingiustificati, come “sagomata” dal diritto vivente.

Come si sa, la tutela reale, che è la tutela dello Statuto, ben presto, per via dell'acclarata infungibilità degli obblighi di fare, e quindi dell'impossibilità di una sua esecuzione forzata⁵, si è tradotta in un sostegno economico. La reintegra si è *monetizzata*: non ha garantito il lavoro effettivo e tutto il suo valore, ma solo il *valore economico del lavoro*.

In estrema sintesi, nella *tutela reintegratoria monetizzata*, il posto di lavoro esiste ancora, ma solo formalisticamente, e ciò che viene corrisposto al lavoratore è il valore economico di quel posto: la tutela garantita al lavoratore si concreta nel valore economico dell'occupazione.

A questo punto è necessario domandarsi se la tutela indennitaria, che ormai ha preso sempre più piede nel nostro ordinamento in quanto “necessaria” perché garantita dalle fonti nazionali e sovranazionali⁶, come affermato

⁵ Sui diversi possibili limiti connessi all'incoercibilità degli obblighi di fare infungibili nella reintegrazione del lavoratore, cfr. PEDRAZZOLI, *La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro*, in *RTDPC*, 1973, pp. 1020-1101; PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Cedam, 1980, p. 167; D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro. Art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, Cedam, 1979, pp. 195-216; GHERA, *Le tecniche di tutela: statuto dei lavoratori e innovazioni legislative*, in *DLRI*, 1991, p. 635 ss.; SPEZIALE, *Situazioni delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro* in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*.IT, n. 45/2004, p. 13 ss. Per un'analisi della questione in chiave processualista, cfr. per tutti, MANDRIOLI, *L'esecuzione specifica dell'ordine di reintegrazione nel posto di lavoro*, in *RDP*, 1975, p. 9 ss.; PROTO PISANI, *Aspetti processuali della reintegrazione nel posto di lavoro*, in *FI*, 1982, V, c. 117 ss. In giurisprudenza, *ex plurimis*, cfr. Cass. 13 aprile 1985 n. 2485, in *MGL*, 1985, p. 437; 11 gennaio 1988 n. 112, in *RIDL*, 1988, II, p. 1071; 11 gennaio 1990 n. 46; 25 febbraio 2011 n. 1699; 18 giugno 2012 n. 9965, queste ultime, tutte in *Banca dati De Jure*.

⁶ Sul punto, da ultimo, cfr. LUCIANI, *Il licenziamento individuale dentro e fuori lo Statuto: cosa resta della tutela reale*, in questo Quaderno.

anche dalla nostra Corte Costituzionale (ma su questo v. *infra* par. 4), si ponga negli stessi termini appena descritti. L'interrogativo da porsi, in altre parole, è quale sia la tutela riconosciuta al lavoratore o meglio quale sia il valore dell'indennità che gli viene corrisposta in caso di licenziamento ingiustificato.

Come ho avuto modo di argomentare in altri scritti⁷, la tutela indennitaria, rimandando alla logica del bilanciamento tra diritti e valori contrapposti, consente certamente una maggiore duttilità nella determinazione dei danni da riconoscere al lavoratore ma, al tempo stesso, impedisce che possa essere intaccato il contenuto essenziale del diritto leso⁸. Il legislatore, pertanto, non potrà mai disconoscere il danno per la perdita di ciò che il diritto a non essere licenziati senza un valido motivo tutela, per logica deduzione, prima di ogni altro aspetto: la sussistenza del rapporto di lavoro nella sua immediatezza e concretezza. In altri termini, l'ordinamento garantisce il diritto a non essere licenziati arbitrariamente in quanto mira ad evitare la privazione dell'occupazione per il lavoratore: è questo il bene che intende proteggere. E la "congruità" dell'indennità riconosciuta al lavoratore nella tutela indennitaria (è evidente qui il riferimento all'art. 24 della Carta Sociale europea riveduta⁹) a tale contenuto deve essere correlata. È, questo, come sappiamo, uno dei punti giuridici più importanti. Si tratta di un'indicazione, per quanto indubbiamente generica, da valorizzare essendo strettamente correlata al contenuto essenziale del diritto.

In termini assiologici, quindi, ciò che viene tutelato è il valore dell'oc-

⁷ Sia consentito rinviare a SARACINI, *Reintegra monetizzata e tutela indennitaria nel licenziamento ingiustificato*, Giappichelli, 2018, spec. pp. 39-76.

⁸ Sul punto, per tutti, v. VENEZIANI, *Del contenuto essenziale dei diritti dei lavoratori. Spunti per una riflessione*, in questa rivista, 2016, p. 236 ss.

⁹ Come si ricorderà, l'art. 24 della Carta Sociale Europea riveduta, oltre a stabilire che: "qualsiasi licenziamento deve fondarsi su un valido motivo legato o alle attitudini o alla condotta del lavoratore o a esigenze organizzative dell'impresa" (lett. a); "il lavoratore deve potere impugnare il licenziamento davanti a un organo imparziale" (lett. c); recita anche che: "in assenza del motivo il lavoratore ha diritto a un congruo indennizzo o ad altra adeguata riparazione" (lett. b).

Sulla vincolatività dell'art. 24 della Carta Sociale Europea riveduta, cfr. ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *GDLRI*, 2012, p. 654; CESTER, *I licenziamenti nel Jobs Act*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 273/2015, p. 10, pur se con scetticismo circa gli esiti di un tale giudizio; GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *Costituzionalimo.it*, 2015; SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 259/2015, sp. p. 42 ss.

cupazione. In termini concreti, il contenuto essenziale del diritto in parola si sostanzia nella tutela dell'occupazione nella sua immediatezza: più esplicitamente, una volta consentita la produzione dell'effetto estintivo del licenziamento, nel tempo necessario per trovare una nuova occupazione. Tradotto in termini economici – imposti dal tipo di tutela prescelta – ciò significa nella retribuzione mensile del lavoratore moltiplicata per il numero di mesi necessari per trovare una nuova occupazione. Questa è la misura del valore giuridicamente vincolante dell'indennità, la misura per valutarne la sua *congruità*.

In definitiva, è possibile affermare che tanto nella tutela ripristinatoria, per com'è stata sagomata dal diritto vivente, quanto in quella economica, il fine è la tutela del posto di lavoro nella sua componente economico-retributivo. La differenza sta semplicemente nell'angolo di visuale: in un caso il fine viene considerato in positivo, nell'altro in negativo. Nel senso che nella tutela ripristinatoria il posto di lavoro-retribuzione giuridicamente *permane* grazie alla continuità del vincolo retributivo. Nella tutela economica, invece, il lavoratore *non* ha più il posto di lavoro-retribuzione, giacché il licenziamento produce effetti, ossia la *perdita del lavoro* si realizza di fatto e di diritto, e l'indennità, che deve essere congrua, mira a porre rimedio a questa perdita.

L'approccio è diverso ma la tutela finisce per essere la medesima: il valore economico dell'occupazione. La tutela *converge* e in questo senso, allora, può parlarsi di una “terra di mezzo”: che mi sembra abbia un significato storico, sistematico e, sul punto, di valore, di grande rilievo.

In questo senso, io auspicherei una linea interpretativa e un obiettivo verso cui procedere.

4. Segue. *Gli strumenti necessari per una corretta navigazione*

All'eventuale chiarezza dell'obiettivo, occorre però che corrisponda anche una qualche chiarezza sul mezzo più idoneo per raggiungerlo; in altre parole è necessario ragionare anche su come giungere a questa terra di mezzo.

La Corte Costituzionale con la sentenza 8 novembre 2018 n. 194¹⁰, nel momento in cui ha escluso che il solo criterio dell'anzianità di servizio possa

¹⁰ Tra i molteplici commenti alla sentenza in parola, si vedano i contributi di: DE LUCA TAMAJO, *La sentenza costituzionale 194 del 2018 sulla quantificazione per licenziamento illegittimo*; SARACINI, *Licenziamento ingiustificato: risarcimento e contenuto essenziale della tutela*, entrambi in questa

essere sufficiente per individuare il valore dell'indennità cui ha diritto il lavoratore ingiustamente licenziato¹¹, ha sicuramente fornito un'importante indicazione per orientare il cammino da seguire. Perché è chiaro che l'uso di quell'unico criterio impediva qualsiasi ragionamento sul piano dell'indennità occupazionale. Ma la Corte non ci ha detto altro, non ci ha fornito ulteriori coordinate per individuare il valore di quell'indennità.

È vero che, valorizzando una lettura sistematica, la stessa Corte ha rinvenuto altri e diversi criteri in alcune disposizioni già esistenti e dedicate proprio alla quantificazione del danno relativo alla perdita del posto di lavoro: l'art. 8 della legge 15 luglio 1966 n. 604 e l'art. 18, co. 5, della l. 300/70¹². Tuttavia questi criteri, più che essere osservati considerandone la vincolatività/esaustività/gerarchia – nella consapevolezza che il dibattito sul punto si è ampiamente sviluppato ed è molto problematico¹³ – non possono che essere valutati in relazione allo scenario appena tracciato. Vale a dire, cioè, valutandone l'idoneità a soddisfare quella che è la *ratio* della tutela occupazionale nel senso prima indicato.

In questa logica, l'anzianità è certamente un elemento che “complica”

rivista, 2018, pp. 633-660; BALLESTRERO, *La Corte costituzionale censura il d.lgs. n. 23/2015: ma crescono davvero le tutele?*; MARIUCCI, *Tra prudenza e coraggio: i licenziamenti dopo la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale*; MARTELLONI, *La legge del contrappasso: la Corte costituzionale reintegra il giudice del lavoro*; NOVELLA, *Il ritorno della discrezionalità giudiziale dopo la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale*, tutti in *LD*, 2019, pp. 235-304; BOLLANI, *Le tutele avverso il licenziamento ingiustificato e la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale: dopo le scosse, l'assessamento?*; MARESCA, *Licenziamento ingiustificato e indennizzo del lavoratore dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 (alla ricerca della norma che non c'è)*; TOSI, *La sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale il suo “dopo”*; TORSI, *Il diritto stocastico. La disciplina italiana dei licenziamenti dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018 (e “decreto dignità”)*; ZOPPOLI L., *Il licenziamento “decostituzionalizzato”: con la sentenza n. 194/2018 la Consulta argina, ma non architetta*, tutti in *DRI*, 2019 n. 1, pp. 214-294; nonché ANDREONI, FASSINA (a cura di), *La sentenza della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti: quali orizzonti?*, Ediesse, 2019.

¹¹ Esclusione ribadita anche più recentemente con la sentenza n. 150/2020, in merito ai licenziamenti viziati nella motivazione e nella procedura (art. 4 del d.lgs. 23/15). Per un primo commento, v. BUZZACCHI, *Il ripristino delle tutele nel rapporto di lavoro: il ruolo dei giudici costituzionale e ordinario*, in *AIC*, 2020, fasc. 5.

¹² I criteri richiamati dal combinato di questi due articoli attengono all'anzianità, al numero di dipendenti, al comportamento e alle condizioni delle parti, alla dimensione dell'attività economica.

¹³ Sul punto, per una ricostruzione del dibattito in materia, v. DAGNINO, C. *Cost. n. 194/2018: il dibattito dottrinale*, in *DRI*, 2019, p. 1 ss.

lo sblocco occupazionale e quindi il suo ruolo lo si può comprendere maggiormente se interpretato in questo senso; ma non può essere l'unico criterio.

Così come il comportamento delle parti, qualora lo si riferisca alla fase successiva dell'estinzione del rapporto di lavoro e non a quella del recesso o in fase di giudizio, come (a dire il vero) sembra emergere dalla giurisprudenza¹⁴.

Invece, un criterio, non a caso recente, che andrebbe certamente valorizzato è quello rinvenibile nell'art. 30 della l. 4 novembre 2010 n. 183, in virtù del quale il giudice, nel definire le conseguenze da riconnettersi ai licenziamenti ingiustificati, indica anche, “*la situazione del mercato del lavoro locale*”: attribuendo, quindi, al mercato un ruolo considerevole.

È chiaro però che, nonostante tutti gli sforzi interpretativi, dinanzi alla pluralità dei criteri indicati dal legislatore non è pensabile valorizzare solo quest'ultimo. Tuttavia, in una prospettiva *de iure condendo*, non può non rilevarsi la sua modernità e attualità, che ben si inseriscono nella questione del raccordo tra le tutele nel rapporto e nel mercato: la ben nota *flexicurity*, nel quale si colloca anche e soprattutto la disciplina dei licenziamenti.

E allora, oggi, è questa la prospettiva con cui approcciarsi all'apparato sanzionatorio dei licenziamenti. Poiché l'esperienza sulla *flexicurity* non è affatto felice, perché le tutele nel mercato sono deboli, anzi debolissime, è quanto mai necessario ragionare raccordando rapporto e mercato: nel senso che la tutela da riconoscere al lavoratore ingiustamente licenziato deve essere necessariamente connessa al tempo necessario per trovare una nuova occupazione.

In questa logica, se l'interprete è limitato, trovandosi in uno di quei classici casi in cui non può più di tanto, è inevitabile guardare a un intervento del legislatore¹⁵. È il legislatore che deve prendersi carico del problema, correlando la tutela indennitaria, perno della disciplina dei licenziamenti, al livello di funzionamento del mercato.

Se il passaggio da un'occupazione all'altra non è eccessivamente ostico per il lavoratore, i termini dell'indennità potranno essere ridotti, ma se c'è una difficoltà nel rinvenire una nuova occupazione il problema non può essere “scaricato” sul lavoratore che ha perso *ingiustamente* il posto di lavoro o

¹⁴ Da ultimo, v. ord. Trib. Cosenza 2 febbraio 2019, in www.bollettinoadapt.it.

¹⁵ A tal proposito cfr. SARACINI, ZOPPOLI L., *Licenziamento illegittimo: l'intervento legislativo necessario*, in *Lavoro & Welfare*, 4 novembre 2019, p. 4.

pensare di risolvere la questione riversando “genericamente” il problema sui servizi per l’impiego.

Il cammino verso la terra di mezzo è complicato anche dalla previsione di tetti massimi al riconoscimento delle diverse indennità¹⁶.

Non ci si può esimere, infatti, dal domandarsi se un tetto massimo, anche elevato (si pensi alle 36 mensilità introdotte dal d.l. 12 luglio 2018 n. 87, convertito in l. 9 agosto 2018 n. 96, cd. decreto dignità), possa essere considerato sempre soddisfacente rispetto alla finalità che si pone la sanzione. Se qui la discussione può aprirsi, specularmente si chiude subito quando l’indennità massima è particolarmente bassa, come nel caso delle piccole imprese (sul punto, v. *infra* par. 6).

Per adesso, fermo restando quanto affermato dalla Corte Costituzionale in riferimento alla non vincolatività delle decisioni del Comitato sociale europeo, non può non destare qualche preoccupazione la decisione dello scorso 11 febbraio 2020¹⁷. In tale decisione, infatti, il Comitato ha ritenuto che il d.lgs. 23/15, nonostante l’intervento della Corte Costituzionale del 2018 e le modifiche apportate alla disciplina dal d.l. 87/18, violerebbe l’art. 24 della Carta Sociale Europea, proprio nella misura in cui prevede un tetto massimo alle indennità risarcitorie, accompagnata ad una restrizione delle ipotesi di reintegrazione. In particolare secondo il Comitato “(...) Qualsiasi tetto massimo (*plafond*), che svincola le indennità scelte dal danno subito e non presenti un carattere sufficientemente dissuasivo, e, in linea di principio, contrario alla Carta (...)”¹⁸.

5. *Differenze temporali: un falso problema?*

Se si condivide questa impostazione, che guarda alla tutela reale e alla tutela indennitaria in chiave di convergenza piuttosto che di contrapposizione, anche il “dentro” e il “fuori” lo Statuto, osservato in chiave temporale

¹⁶ Sul punto cfr. CESTER, *Il Jobs Act sotto la scure della Corte costituzionale: tutto da rifare?*, in *LG*, 2019, p. 166.

¹⁷ La decisione è stata emessa sul reclamo collettivo proposto nel 2017 dalla CGIL nei confronti dello Stato Italiano.

¹⁸ Sulla questione v. DIAMANTI, *Il risarcimento danni conseguente al licenziamento illegittimo. Il percorso della Corte di giustizia, della Corte costituzionale e del Comitato Europeo dei diritti sociali*, in *LDE*, 2021; ORLANDINI, in questo Quaderno.

e riferito alla stessa realtà organizzativa, si presenta come un falso problema o, per lo meno, altamente sdrammatizzato.

In altre parole, se le differenti tecniche di tutela non vengono osservate in termini di contrapposizione ma di continuità, anche le differenze temporali sfumano.

È, questo, un dato di un certo interesse in quanto, nonostante la Corte Costituzionale – sempre con la sentenza n. 194 – non abbia rinvenuto alcun profilo di illegittimità nel trattamento differenziato di lavoratori assunti prima e dopo l'introduzione del contratto a tutele crescenti¹⁹, sappiamo bene che continuano a persistere dubbi sulla questione sul piano della sua legittimità²⁰ o, quanto meno, della sua opportunità²¹.

6. Licenziamenti e piccole imprese

Un altro profilo da affrontare riguarda le piccole imprese.

Nell'osservare l'apparato sanzionatorio predisposto per queste ultime, il dato che emerge è che le indennità, non solo sono calcolate secondo la stessa tecnica dichiarata incostituzionale, ma la misurazione avviene entro valori significativamente ridotti, con un tetto massimo che – come anticipato – giunge a sole sei mensilità.

Su questo piano, peraltro, i problemi non sorgono oggi. Come noto, non poche voci in dottrina, nonostante (anche in questo caso) la diversa opi-

¹⁹ La Corte, nella sua decisione, rammenta che il giudice delle leggi, rispetto ai rapporti di durata, ha già più volte affermato il principio secondo il quale “il legislatore, in materia di successione di leggi, dispone di ampia discrezionalità e può anche modificare in senso sfavorevole la disciplina di quei rapporti, ancorché l'oggetto sia costituito da diritti soggettivi perfetti, salvo – in caso di norme retroattive – il limite imposto in maniera penale dall'art. 25, comma 2 Cost., e comunque a condizione che la retroattività trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non si ponga in contrasto con altri valori e interessi costituzionalmente protetti” (C. Cost. 24 luglio 2009 n. 236).

²⁰ Particolarmente critico sul ragionamento portato avanti dalla Consulta su questo profilo, FONTANA, *La costituzionale e il decreto n. 23/2018: one step forward two steep back*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT*, n. 382/2018, pp. 4-19.

²¹ ZOLI, *op. cit.*, pp. 30-33.

²² Per tutti, v. già: VARDARO, *Licenziamenti individuali*, in LISO, RUSCIANO (a cura di), *La revisione della normativa sul rapporto di lavoro*, Guida, 1987, vol. II, p. 615 ss.; ALLEVA, *L'ambito di applicazione della tutela reale contro i licenziamenti*, in CARINCI F. (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Jovene, 1991, p. 6 ss.

nione della Corte Costituzionale, hanno sempre criticato la netta distinzione di tutele tra imprese medio/grandi e piccole²².

Sulla questione si è già pronunciato il Tribunale di Genova nell'ambito di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo²³.

Per quanto qui interessa, il giudice, riprendendo la censura del meccanismo automatico basato sull'anzianità di servizio di cui al primo comma dell'art. 9 del d.lgs. 23/15 e non considerando ostativo il requisito dimensionale di cui all'art. 18, l. 300/70, applica i criteri richiamati dalla sentenza della Corte costituzionale. Tuttavia il giudice non si discosta dai limiti indicati dallo stesso art. 9 che, come appena ricordato, sono alquanto bassi, pure nel valore massimo. E su questo oggi occorre nuovamente riflettere.

La marcata evoluzione della tutela contro il licenziamento arbitrario comporta che la rilevanza giuridica acquisita dal suo contenuto essenziale non consente più regole adottate in passato. Per i licenziamenti nelle piccole imprese se eravamo e siamo *fuori* dallo Statuto, la prospettiva delineata poc'anzi induce a ritenere che i tempi siano ormai maturi per recarsi, anche in questo caso, nella *terra di mezzo*.

È chiaro, che per farlo, occorre un intervento legislativo.

7. *I licenziamenti discriminatori*

Venendo ai licenziamenti discriminatori, è il caso di abbandonare la terra di mezzo; in questo caso, infatti, ci troviamo dinanzi a un "falso fuori" e a un "vero dentro".

In questo tipo di licenziamenti, com'è noto, entrano in gioco altri valori rispetto alla sola tutela economica dell'occupazione. Il fine della tutela sanzionatoria è colpire il comportamento radicalmente censurabile del datore di lavoro che richiede un'estrema durezza rispetto alla sanzione ad esso correlato.

La tutela, pertanto, va decontestualizzata dal mercato e può essere perseguita con una tecnica più rigida. In altri termini la valutazione di questi comportamenti, particolarmente riprovevoli, non cambia a seconda dei contesti di riferimento.

²³ Trib. Genova 21 novembre 2018, in *RIDL*, 2019, II, p. 168, con nota di ALBI, *Giudici, legislatore e piccole imprese dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 194/2018*.

Ci muoviamo in un'area in cui già lo stesso Statuto dei lavoratori ha ritenuto sin dalle sue origini, e a differenza di quanto fatto con il giustificato motivo in relazione alle dimensioni delle imprese, non necessario ragionare in termini di contemperamento²⁴.

E questa forma di tutela non ha subito mutamenti nel tempo: nasce con lo Statuto e continua a vivere dentro e fuori lo Statuto. Tanto l'attuale art. 18, quanto il d.lgs. 23/2015 sanciscono la nullità dei licenziamenti discriminatori e prevedono una tutela reintegratoria accompagnata da un risarcimento del danno per il quale è previsto un tetto minimo e non massimo: in questo senso, quando parliamo di licenziamenti discriminatori siamo dinanzi a un falso fuori.

8. *La necessità di un intervento legislativo*

L'attuale apparato sanzionatorio dei licenziamenti è connotato da eccessive incertezze scaturite da interventi bulimici, scatenati probabilmente da una lunga astinenza che ne ha connotato per anni, come tutti sappiamo, l'evoluzione della disciplina.

L'interprete, per il quadro delineatosi anche dopo gli interventi della Corte Costituzionale, non può molto. Diviene quindi sempre più urgente un intervento legislativo chiarificatore, che provi a fare ordine tra le numerose questioni oggi sul tappeto e solo in parte evidenziate in questo articolo²⁵.

Invito che non a caso è esplicitamente rivolto al legislatore dalla stessa

²⁴ LAZZERONI, *Lo Statuto tra vecchie e nuove sfide del diritto antidiscriminatorio*, in RUSCIANO, GAETA, ZOPPOLI L. (a cura di), *Mezzo secolo dallo Statuto dei lavoratori. Politiche del diritto e cultura giuridica, Quaderni di DLM*, 2020, n. 8, p. 251.

²⁵ A favore della necessità di un intervento legislativo, sebbene con accenti diversi, si annoverano, tra le altre, le voci di GAMBACCIANI, *I criteri legali di determinazione delle indennità risarcitorie nei licenziamenti*, in *MGL*, 2018, p. 86; MARTONE, *Calcolabilità del diritto e discrezionalità del giudice: a proposito della illegittimità costituzionale del "jobs act"*, in *ADL*, 2018, I, p. 1523; PISANI, *La Corte Costituzionale e l'indennità per il licenziamento ingiustificato: l'incertezza del diritto liquido*, in *MGL*, 2018, p. 171 ss.; SANTONI, *Relazione al convegno, "I Licenziamenti illegittimi: tecniche sanzionatorie e limiti costituzionali (dopo Corte Cost. 26 settembre 2018, n. 194)"*, svoltosi nell'Università di Napoli, Federico II, il 12 dicembre 2018; VALLEBONA, *Tutele crescenti: de profundis*, in *MGL*, 2018, p. 253 ss.; DEL PUNTA, *Ancora sul regime del licenziamento disciplinare: le nuove messe a punto della Cassazione*, in *RIDL*, 2019, II, p. 514; CESTER, *Il Jobs Act*, cit., p. 172 ss.; ZOLI, *op. cit.*, pp. 30-33. Di avviso contrario, BOLLANI, *op. cit.*, p. 227; MAGNANI, *Il "Jobs Act" e la Corte costituzionale. Riflessioni su C. cost. n. 194/2018*, in *DRI*, 2019, p. 621 ss.

Corte Costituzionale. Nel punto 17 della sentenza 150 del 2020 si afferma che: “spetta alla responsabilità del legislatore, anche alla luce delle indicazioni enunciate in più occasioni da questa Corte, ricomporre secondo linee coerenti una normativa di importanza essenziale, che vede concorrere discipline eterogenee, frutto dell’avvicinarsi di interventi frammentari”.

Un intervento legislativo in cui si potrebbero ipotizzare, là dove la situazione del mercato fosse particolarmente critica, misure di sostegno di vario tipo per le imprese: penso, ad esempio, ad un raccordo con le indennità previste oggi per i lavoratori disoccupati oppure ad agevolazioni fiscali contributive. Certo è un percorso tutto da costruire ma non appare irragionevole e irrealizzabile.

Quello che appare indubbio è che il legislatore non può proseguire ad astenersi: una scelta che non giova ai lavoratori, ma nemmeno alle imprese, che continuano a muoversi in un quadro regolativo poco chiaro.

È anche vero che, se guardando l’orizzonte le prime luci che affiorano sono le recenti disposizioni sul cd. blocco dei licenziamenti in concomitanza con la pandemia Covid-19, i segnali non sono certo confortanti. Si pensi solo alla poca chiarezza circa le conseguenze in caso di inosservanza di quelle norme: una questione per tutte, nullità o inefficacia?

Insomma sembra che un legislatore accorto e avveduto stenti ad emergere; una soluzione bisogna però trovarla se non si vuole scaricare la responsabilità di scelte così delicate e fondamentali sui soli giudici, che già stanno svolgendo un compito non facile in assenza di regole certe.

Rosa Casillo
Tutela della dignità
e art. 18 dello Statuto dei lavoratori

Sommario: 1. Statuto dei lavoratori e dignità. 2. Licenziamento e violazione della dignità. 3. Rimedi sanzionatori e tutela della dignità, a partire dall'art. 18 dello Statuto. 3.1. La tutela obbligatoria, reale, indennitaria.

I. *Statuto dei lavoratori e dignità*

Col richiamo alla dignità e con le prescrizioni sull'effettività dei diritti della persona nell'impresa, lo Statuto dei lavoratori "rivela"¹ lo sfondo valoriale che già da tempo percorreva la cultura giuslavoristica. Quello emerso a partire dai ragionamenti di chi, nel descrivere le "basi di un'elaborazione scientifica del diritto del lavoro", affermava la "salvezza della libertà, anzi della stessa personalità umana del lavoratore" quale "ragion d'essere del diritto del lavoro"². Diritto dunque funzionale alla garanzia delle libertà costitutive della personalità ed espressione della "dignità umana a cui le stesse libertà sono rapportate" proprio perché, come già si diceva, "la negazione di ognuna di esse equivale ad offesa che si apporta alla dignità umana del lavoratore"³.

La riflessione giuridica moderna sulla dignità, a partire dalla quale se ne

¹ RUSCIANO, *I pilastri del diritto del lavoro: prima e dopo lo Statuto*, in *Quad. DLM*, 2020, p. 24.

² SANTORO PASSARELLI F., *Spirito del diritto del lavoro*, in *RDL*, 1948, I, ora in *ID.*, *Saggi di diritto civile*, Jovene, 1961, II, p. 1069 ss. e, per gli incisi riportati, p. 1070.

³ NATOLI, *Sicurezza, libertà, dignità del lavoratore nell'impresa*, in *DL*, 1956, I, p. 3 ss., ora in *ID.*, *Diritti fondamentali e categorie generali*, Giuffrè, 1993, p. 441.

può argomentare l'efficacia normativa in senso proprio⁴, consente di precisare meglio questo profilo, e di ravvisare il cambio di prospettiva avviato dalla l. 20 maggio 1970 n. 300 in due direzioni.

Lo Statuto non solo ha colto per la prima volta la funzione del diritto del lavoro, perseguendo la ricerca dell'equilibrio tra l'istanza personalistica e l'istanza economica assegnando, alla prima, una posizione irrinunciabile nella disciplina sino ad allora funzionale al solo regolare funzionamento del mercato e della competitività dell'impresa.

Al contempo, e proprio per questo, ha colto la tutela della dignità come *ratio*, fondamento della disciplina orientata all'effettività dei diritti della persona che lavora⁵, e per la prima volta ha dato traduzione giuridica a questa tutela che proprio nell'invulnerabilità dei diritti della persona consiste. Consiste, precisamente, nella garanzia di effettività di tutti i diritti della persona *uti singulus*, per la dignità umana, e *uti socius*, per la dignità sociale, a fronte delle limitazioni che subiscono per l'interesse (in questo caso) privato⁶.

Per questa ragione si può dire che la tutela della dignità è la finalità della regolazione di “tutto” il Titolo I e di “tutto” lo Statuto.

Si chiarisce infatti, anzitutto, che la tutela della dignità non è altra rispetto alla garanzia di effettività delle prerogative costituzionali, tale che la distinzione tra libertà e dignità con cui si apre il Titolo I non ha valore tecnico-giuridico. Non è possibile, cioè, selezionare, tra i diritti della personalità qui contemplati, quelli riconducibili alla libertà e quelli riconducibili alla dignità. Tutte le prerogative fondamentali che il legislatore oppone ai poteri nell'impresa sono espressione della dignità. Lo sono la libertà di opinione (art. 1), la riservatezza (artt. 26 e 8), l'integrità psico-fisica (art. 9): costitutive dello statuto dignitario per il profilo individuale. Lo sono la professionalità e la formazione in generale (artt. 10 e 13), costitutive della condizione dignitaria nella dimensione sociale.

Si chiarisce, poi, che sono riconducibili al valore giuridico anche i diritti sindacali, riferibili tutti alla dimensione sociale della dignità e alla cui effettività nell'impresa sono dedicati il Titolo II e III Statuto. Come pure il diritto al lavoro, per la cui effettività il legislatore, da una parte, impegna lo Stato

⁴ CASILLO, *Diritto del lavoro e dignità*, ES, 2020, pp. 53-130.

⁵ DORSSEMONT, *Lo Statuto dei lavoratori all'avanguardia: uno strumento pionieristico per l'Europa e oltre*, in *Quad. DLM*, 2020, p. 57 ss.

⁶ Garanzia che è nell'intangibilità del nucleo essenziale dei medesimi diritti: CASILLO, *op. cit.*

con le regole sul mercato del lavoro di cui Titolo V; dall'altra, rafforza l'efficacia dei limiti al potere di licenziamento nelle imprese maggiori, con la tutela reale di cui all'art. 18⁷.

2. *Licenziamento e violazione della dignità*

La connessione tra dignità e licenziamento è nel fatto che il recesso datoriale, interrompendo la continuità dell'occupazione, incide direttamente sull'effettività del diritto al lavoro.

È la garanzia di inviolabilità di questo primo diritto di dignità sociale ad imporre che, nei rapporti caratterizzati da squilibrio di potere formale e sostanziale, il licenziamento non sia espressione della relazione di potere/soggezione che degenera in arbitrio e, così, annulla, viola in radice l'interesse di rilevanza costituzionale. È dalla garanzia dignitaria, cioè, che deriva quella che la Corte costituzionale ha chiamato "tutela della stabilità del lavoro una volta ottenuto" mediante la limitazione del potere di licenziamento⁸; tutela intorno alla quale, poi, ha costruito, in capo al lavoratore subordinato, il "diritto a non subire licenziamento arbitrario"⁹. Diritto che, come si sa, non è il diritto a non essere licenziati, bensì a non subire l'esercizio del potere del datore che impone la cessazione del rapporto autoritativamente, cioè per interesse suo proprio, travolgendo quello che, *ex art. 4, co. 1, Cost.*, il lavoratore porta nel contratto negandone la titolarità.

Come dire che il licenziamento è violazione della dignità se disconosce il diritto al lavoro; e che la tutela della dignità si esaurisce, qui, nella garanzia di effettività del diritto a non essere licenziati arbitrariamente, dove l'arbitrarietà non è assenza di ragioni, ma sussistenza di ragioni "espressione della volontà del potere"¹⁰. Si esaurisce, esattamente, nella garanzia nel nucleo essenziale delle due posizioni giuridiche in cui questo diritto si articola¹¹. La

⁷ Norma che, anche nella prospettiva della dignità, come ora si dirà, non è affatto "estranea alla cultura statutaria": ZOPPOLI L., *Dall'effettività alla sostenibilità: mezzo secolo di pragmatismo dei giuslavoristi*, in *Quad. DLM*, 2020, p. 76.

⁸ C. Cost. 18 dicembre 1970 n. 194; 8 gennaio 1986 n. 2.

⁹ C. Cost. 4 dicembre 2000 n. 541; 10 febbraio 2006 n. 56 (ord.).

¹⁰ CUONO, *Tra arbitrarietà e ragionevolezza. Riflessioni analitiche di teoria politica e giuridica*, in www.earchivo.uc3m.es.

¹¹ ZOPPOLI L., *Il licenziamento "decostituzionalizzato": con la sentenza n. 194/2018 la Consulta argina, ma non architetta*, in *DRI*, 2019, p. 289.

prima è la pretesa a che il recesso, non arbitrario, abbia invece una giustificazione che combini l'economia di gestione e il carattere fiduciario del rapporto con l'interesse alla continuità dell'occupazione. La seconda, strumentale alla prima, è la pretesa a che l'assenza di giustificazione legittima, che nella prospettiva giuridica configura mancanza di giustificazione, si accompagni a rimedi adeguati all'effettività del diritto.

Può essere spiegata diversamente, invece, la connessione tra dignità e licenziamento discriminatorio.

Qui l'atto datoriale non è tecnicamente ingiustificato nel senso che la ragione addotta non è riconducibile a causale oggettiva/soggettiva, con negazione del diritto al lavoro e della dignità sociale. All'opposto, questo recesso ha una ragione, accertata, rinvenibile nei diritti della personalità in cui consiste la dignità nella dimensione individuale (la dignità umana), e si pone in negazione dei medesimi. Il suo disvalore giuridico è, cioè, nella violazione del diritto all'espressione dell'identità (di genere, sessuale, sociale, religiosa, sindacale, ecc.) anche nel lavoro, e la manifestazione del potere datoriale contrasta direttamente col suo limite *ex art. 41, co. 2, Cost.*, e anche con la dignità sociale, per l'effetto, indiretto, sull'effettività del diritto al lavoro.

Sicché, la tutela della dignità nel licenziamento discriminatorio non richiede la conformazione del potere di recesso al diritto a non essere licenziati arbitrariamente. Richiede, invece, la netta preclusione del suo esercizio, in ragione della posizione giuridica che deriva, in capo al lavoratore, dalla stessa prerogativa identitaria: il "diritto" a non essere licenziati a causa della manifestazione della personalità, la quale, diversamente, è impedita – da cui, il divieto di licenziamento discriminatorio.

Pur scontando un'estrema sintesi nell'esposizione, queste osservazioni già dicono molto sulla necessità che un ragionamento sui rimedi al licenziamento illegittimo in rapporto alla tutela della dignità, come previsti ieri e oggi dall'art. 18 dello Statuto, ma anche dal d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23 e pure dalla l. 15 luglio 1966 n. 604, distingua il recesso per ragioni discriminatorie da quello ingiustificato.

3. *Rimedi sanzionatori e tutela della dignità, a partire dall'art. 18 dello Statuto*

Partendo da quest'ultimo, si osserva, anzitutto, che nella prospettiva della dignità si deve separare nettamente il recesso privo di giustificazione da quello che tale non è ma è comunque *contra legem* in quanto, benché sussista la causale giustificativa e il licenziamento non è “espressione della volontà del potere”, è intimato in difetto di altri elementi che il legislatore prescrive per la sua piena conformità all'ordinamento. Le due ipotesi, infatti, non sono equiparabili rispetto all'effettività del diritto a non subire licenziamento arbitrario, e non lo sono i rimedi¹². Solamente la mancanza di giustificazione adeguata testimonia arbitrarietà del recesso e annulla il diritto che nasce dall'art. 4, co. 1, in violazione della dignità sociale. Non anche il recesso privo di elementi individuati come cause di invalidità che, tuttavia, non indicano insussistenza del fatto/comportamento giustificativo.

È il caso, per esempio, della mancanza di estremi nel recesso per giustificato motivo soggettivo a cui si riferisce l'art. 18, co. 5 (e l'art. 3, co. 1, d.lgs. 23/15); come pure del vizio di procedura e di formale motivazione nel recesso per ragioni soggettive e oggettive di cui all'art. 18, co. 6 (e all'art. 4, d.lgs. 23/15). Sebbene siano discutibili, per il primo caso, l'elisione del profilo soggettivo dall'inadempimento rilevante ai fini espulsivi, e, per il secondo, la svalutazione del ruolo sindacale nella verifica del presupposto sostanziale del licenziamento nonché della procedura disciplinare, vi è comunque che il fatto posto a base della giustificazione è verificato, e vale ad escludere che recesso sia “manifestazione della volontà del potere” datoriale. Per questo ha una logica giuridica la previsione, in questi casi, di un rimedio/sanzione diverso da quello previsto per i casi in cui il fatto addotto a giustificazione manca del tutto (e il recesso ha, qui, ragioni autoritativamente decise dal datore di lavoro).

Nella prospettiva della dignità, allora, la frammentazione delle ipotesi di invalidità del recesso e dei rimedi compiuta dall'innovazione dell'art. 18 con l. 28 giugno 2012 n. 92, e che sussiste anche nel d. lgs. 23/15, è una scelta che, di per sé sola, non si espone alla critica giuridica.

È vero che le nuove regole hanno determinato una regressione delle

¹² CESTER, *I licenziamenti nel Jobs Act*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*. IT, n. 273/2015, p. 14.

tutele, stravolgendo il sistema precedente il quale, pur con le incoerenze che tutt'ora permangono¹³, accomunava tutte le ipotesi di invalidità dell'atto nel rimedio previsto per il più grave caso di licenziamento arbitrario. Ma la valutazione dell'impatto di quest'arretramento sulla dignità si misura verificando se esso contrasta con l'intangibilità del nucleo essenziale del diritto (sottoposto a limitazione, ossia del diritto) a non subire licenziamento arbitrario per l'aspetto che attiene ai rimedi. Si misura, cioè, sul rimedio previsto per il licenziamento ingiustificato, il solo che, direttamente incidente sulla dignità sociale, richiede una tutela inderogabile.

Condurre una lettura dell'attuale art. 18 e degli altri regimi sanzionatori col filtro della tutela della dignità significa, allora, capire qual è questa protezione inderogabile; qual è lo strumento che la realizza; quali ne sono i caratteri necessari.

Circa la fisionomia della tutela a cui è preordinato il diritto non subire licenziamento arbitrario, è abbastanza facile orientarsi: è la garanzia che il lavoratore, in caso di arbitrarietà del licenziamento, non venga privato del lavoro.

Quanto allo strumento più utile a questo fine, si sa che la dottrina, sulle tracce della giurisprudenza costituzionale, lo ha individuato nel ripristino della situazione precedente al licenziamento, che ricostituisce *ab origine* il rapporto ad ogni effetto¹⁴. E ha anche sottolineato che, come dice la Corte¹⁵, è nella discrezionalità del legislatore graduare la tutela modellando il rimedio di massima garanzia, purché non risulti svuotata la tutela medesima (il non esser privati del lavoro quando il licenziamento è arbitrario).

3.1. La tutela obbligatoria, reale, indennitaria

Su questa base, si può escludere che rechi un *vulnus* al diritto che deriva dall'art. 4, co. 1, e che contrasti con la garanzia di dignità, il rimedio obbligatorio *ex l. n. 604/1966*, art. 8.

È sicuramente un rimedio diverso dal ripristino della situazione giuridica precedente: perché il rapporto che nasce dall'invalidazione del licenziamento è nuovo, e perché la riassunzione, che ha un'alternativa nella forma di risarcimento, è disponibile al datore di lavoro. Non per questo, però, il ri-

¹³ ZOPPOLI L., *Il licenziamento "decostituzionalizzato"*, cit., p. 288 ss.

¹⁴ ZOPPOLI A., *Rilevanza costituzionale della tutela reale e tecnica di bilanciamento nel contratto a tutele crescenti*, in questa rivista, 2015, p. 299 ss.

¹⁵ C. Cost. 3 febbraio 2000 n. 46; 27 gennaio 2017 n. 26.

medio annulla la tutela, bensì la limita; non elimina bensì riduce, rispetto alla pienezza, l'intensità della garanzia a non perdere il lavoro per arbitrarie ragioni.

È un'altra, in realtà, la ragione per la quale questa tutela si espone, oggi, a forti dubbi. È il fatto che il suo presupposto – la debolezza economica dell'impresa di minori dimensioni e il maggiore connotato fiduciario che caratterizza qui i rapporti di lavoro – che è sempre apparso, alla Corte, razionale e ragionevole in fatto e in diritto (art. 41, co. 1)¹⁶, poteva esser vero al tempo in cui la tutela è stata introdotta (1966) e al tempo in cui, pur potendo esser uniformata alla maggior tutela dell'art 18 (nel 1970), è stata mantenuta. Ma oggi che le attività produttive sono largamente smaterializzate, il limite dimensionale non testimonia più il livello di solidità della realtà datoriale: non è più un fatto che assolve, *ex art. 3 Cost.*, una disparità di trattamento tra lavoratori circa il grado di effettività del diritto a non subire licenziamento arbitrario per quanto attiene al rimedio.

Quanto al regime sanzionatorio *ex art. 18* dello Statuto, si osserva, anzitutto, che la reintegrazione oggi prevista al suo co. 4 non può dirsi inadeguata perché è “debole”. La riduzione del risarcimento, che per la l. 92/12 non ha più il solo limite minimo (5 mensilità) ma anche massimo (12 mensilità), indubbiamente svilisce la pienezza della tutela; ma nulla toglie alla vitalità del diritto a non essere privati del lavoro quando il rapporto cessa per arbitrio del datore.

La problematicità dell'innovazione del 2012 in rapporto alla dignità sembra essere altrove: nel fatto che, nell'ipotesi in cui il difetto di giustificazione riguarda le ragioni d'impresa, la reintegrazione non è un diritto. È solo eventuale; rimessa al giudice, che può sostituirla con un'indennità (da un minimo di 12 a un massimo di 24 mensilità) che applicherà in ogni caso quando al motivo oggettivo mancano “gli estremi” (art. 18, co. 7). E se anche si riuscisse a risolvere la questione della sostituibilità della reintegrazione con l'indennità (*infra*), ne rimarrebbe un'altra egualmente importante, ma i cui margini di soluzione sembrano davvero pochi: la ragionevolezza della differenza di trattamento dell'arbitrarietà del recesso a seconda che esso riguarda ragioni d'impresa o del lavoratore, con minor tutela nel primo caso¹⁷.

¹⁶ A partire da C. Cost. n. 194/1970; n. 2/1986; e, ancora oggi, in C. Cost. n. 26/2017.

¹⁷ Mentre questo contributo era in stampa, è intervenuta C. Cost. 1 aprile 2021 n. 59, che, dichiarando l'illegittimità dell'art. 18, co. 7, secondo periodo, ha equiparato i due regimi sanzionatori.

Rimane, infine, la questione posta dal d.lgs. 23/15, in cui per l'insussistenza della giustificazione economica la reintegrazione è totalmente esclusa¹⁸, sostituita con un'indennità crescente (art. 3, co. 1 e 2) secondo criteri ridefiniti dalla Corte costituzionale nel 2018¹⁹.

Anche nella prospettiva della dignità, il giudizio giuridico qui deve tenere conto che il ripristino della situazione *quo ante*, naturale sanzione di un atto affetto da illiceità in quanto contrario a principi fondamentali – com'è il licenziamento arbitrario, che costituisce un *vulnus* al diritto al lavoro e alla dignità – ben può essere sostituita da una sanzione diversa dalla nullità. È il co. 1 dell'art. 1418 cod. civ. ad aprire alla possibilità che, per quell'atto negoziale, il legislatore disponga una sorte diversa dalla caducazione degli effetti²⁰.

Altro è il tema del se la sanzione diversa dalla nullità con conseguente reintegrazione, già prevista nella specie di annullabilità col rimedio della riasunzione nell'ambito della l. 604/66, possa assumere anche la forma della tutela indennitaria. Se, cioè, questa costituisca un rimedio/sanzione adeguato al diritto leso perché, pur non ricostruendo o ricostituendo il rapporto, comunque garantisce che il lavoratore, in caso di arbitrarietà del recesso, non sia privato del lavoro.

Una tale conclusione sembra doversi escludere. Ciò perché, per quanto si possa valutare favorevolmente la flessibilità nella determinazione della misura dell'indennità voluta dalla Corte nel 2018, e anche valorizzare l'art. 24 della Carta Sociale Europea, rimane il fatto che il lavoratore viene privato del lavoro per l'arbitrio del datore, con annullamento totale della tutela.

L'indennità, piuttosto, può essere solo una componente di una tutela alternativa alla ricostituzione o ricostruzione del rapporto di lavoro.

Se è vero, infatti, che la pretesa a rimedio adeguato in caso di licenziamento arbitrario non consiste nel “mantenimento del lavoro che già si ha”, ma nel “non essere privati del lavoro per l'arbitrio del datore”, la questione del rimedio “equivalente” alla reintegrazione si sposta tutta sulla sua idoneità a garantire al lavoratore l'accesso a una nuova occupazione, un nuovo lavoro. Una tutela, questa, che può essere veicolata solo da una “prestazione” com-

¹⁸ È esclusa anche in mancanza di estremi del motivo oggettivo, ma questa ipotesi, come si è detto nel testo, non configura in senso stretto un licenziamento arbitrario.

¹⁹ C. Cost. 9 novembre 2018 n. 194; 24 giugno 2020 n. 150.

²⁰ BAVARO, D'ONGHIA, *Profilo costituzionale del licenziamento nullo*, in *VTDL*, 2016, p. 4 ss.

posita: costituita da una indennità in misura che riflette il “sostegno per il tempo necessario a trovare una nuova occupazione”²¹, e da politiche attive dedicate²².

Per il licenziamento discriminatorio la conclusione non è la stessa.

Quando il recesso ha ragione in una specificità della persona, di qualsiasi natura anche sociale, impedendone la manifestazione nel lavoro, la possibilità di sanzione/rimedio alternativo alla nullità/reintegrazione non trova spazio nell'art. 1418 cod. civ., perché, a differenza del licenziamento arbitrario, qui non è configurabile un rimedio all'interesse leso diverso dal ripristino della situazione che consente al soggetto il godimento del diritto identitario “insieme” al diritto al lavoro.

²¹ SARACINI, *Reintegra monetizzata e tutela indennitaria nel licenziamento ingiustificato*, Giappichelli, 2018, p. 69.

²² ZOPPOLI L., *Il licenziamento “decostituzionalizzato”*, cit., p. 294.

Alessandro Di Casola

Il licenziamento illegittimo: effettività delle tutele e processo

Sommario: **1.** Premessa. **2.** Il dualismo dei riti processuali in materia di licenziamento. **3.** *Segue.* Le principali differenze tra i due riti e i rapporti di entrambi con la tutela cautelare. **4.** *Segue.* Cenni sull'esperienza applicativa del rito Fornero: in particolare, la celerità dei procedimenti. **5.** Superamento del rito “dedicato” e finalità deflattiva del contenzioso (finanche) in materia di licenziamento.

1. *Premessa*

Un dibattito su un tema tanto importante e interessante, in occasione del cinquantenario dall'emanazione dello Statuto dei lavoratori non poteva non comporsi anche di qualche spunto di riflessione rivolto al processo. Ciò al fine di analizzare gli strumenti che assistono le importanti tutele introdotte dall'art. 18 St.lav.¹ nonché – sebbene piuttosto depotenziate – quelle applicabili, ex d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23, agli assunti dopo il 7 marzo 2015.

Volendo riprendere il titolo del Convegno (“La disciplina dei licenziamenti dentro e fuori lo Statuto”), possiamo dire che, formalmente, saremmo fuori dallo Statuto: questo, infatti, addirittura pre-esiste alla riforma del processo del lavoro del 1973. Il legislatore dello Statuto si è pertanto fermato alla posizione del diritto, senza occuparsi (almeno in questo ambito) del processo. Il condizionale è d'obbligo perché, invece, a livello sostanziale – e considerata la *ratio* dello Statuto – possiamo affermare che, oggi ancor più di allora, vi siamo immersi: è infatti innegabile che, volendo attualizzare l'intento del legislatore dell'epoca, una tutela tanto poderosa della posizione del lavo-

¹ Com'è noto, rimodulate con la l. 28 giugno 2012 n. 92.

ratore licenziato debba necessariamente essere assistita da uno strumento processuale in grado di conferire piena effettività alla tutela stessa.

2. *Il dualismo dei riti processuali in materia di licenziamento*

Il discorso sul processo non può che partire dalla *summa divisio* tra lavoratori assunti prima e dopo il 7 marzo 2015, perché, com'è noto, anche il rito processuale cambia a seconda che si impugnino un licenziamento intimato nell'ambito di un rapporto di lavoro sorto prima o dopo tale data: rispettivamente, rito c.d. Fornero nel primo caso², ordinario del lavoro nel secondo (art. 11, d.lgs. 23/15).

Pertanto, oltre a una tutela differenziata, i due licenziamenti seguono altresì un *iter* processuale del tutto differente³.

3. *Segue. Le principali differenze tra i due riti e rapporti di entrambi con la tutela cautelare*

Come è noto, le principali caratteristiche che differenziano il rito Fornero⁴ da quello ordinario consistono⁵:

a) nello sdoppiamento del primo grado di giudizio e, in particolare, nella presenza obbligatoria di una prima fase a cognizione sommaria (non cautelare), che si conclude con un provvedimento idoneo al giudicato se non opposto nel ristretto termine fissato;

b) nella previsione di termini estremamente brevi per le impugnazioni;

² Ex art. 1, co. 48 ss., l. 92/12.

³ Preciso che, per ragioni di brevità e chiarezza – e non solo, visto che qui siamo “fuori” dallo Statuto sia formalmente, sia sostanzialmente – lascio da parte il discorso sui lavoratori di aziende che non integrano il requisito dimensionale dell'art. 18 e che, pertanto, anche se assunti prima del 7 marzo 2015, sono soggetti alla tutela indennitaria di cui alla l. 604/1966 e sono già *ab initio* esclusi dal rito Fornero.

⁴ Su cui, *ex multis*, v. i commenti di AMOROSO, *Il nuovo rito per i licenziamenti individuali e collettivi* (l. n. 92 del 2012), in ID., DI CERBO, MARESCA (a cura di), *Il processo del lavoro*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, p. 1268 ss.; BOTTINI, *Sub l. 28 giugno 2012, n. 92*, in DE LUCA TAMAJO, MAZZOTTA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, 2017, p. 2694 ss.; ROMEO, *Il processo “Fornero” tra innovazioni e contraddizioni*, in ID. (a cura di), *Processo del lavoro*, Giappichelli, 2016, p. 382 ss.

⁵ Per ragioni di spazio non è purtroppo possibile soffermarsi su, né enunciare i singoli istituti: si rinvia pertanto ai contributi menzionati nella nota precedente.

c) nell'obbligo, per il giudice, di riservare particolari giorni nel calendario delle udienze soggette a questo rito e, per i capi degli uffici, di vigilare sul rispetto di tale disposizione.

In una parola: speditezza.

Ebbene, sin dai primi tempi dall'introduzione del rito Fornero, è stato ai più chiaro che la prima fase, appunto sommaria, è certamente di cognizione, non avendo alcuna caratteristica tipica di quella cautelare: tanto che, in astratto, è del tutto compatibile con una domanda proposta *ex art. 700 cod. proc. civ.*⁶.

Tuttavia, se la tutela cautelare, nelle forme di cui all'art. 700 cod. proc. civ., è comunemente ammessa anche in materia di lavoro⁷, è altrettanto certo che la giurisprudenza, da sempre e in corretta applicazione della norma stessa, richiede una rigorosa prova, oltre che del *fumus boni iuris*, soprattutto del *periculum in mora*⁸.

Periculum che non è, né potrebbe essere, *in re ipsa*, neppure nel caso di licenziamento del lavoratore. E infatti, è principio acquisito che il lavoratore licenziato che agisca *ex art. 700 cod. proc. civ.* impugnando il licenziamento intimatogli debba fornire rigorosa prova del fatto che, nelle more di un giudizio ordinario, verrebbe a subire un pregiudizio (non solo imminente, ma anche) irreparabile, evidentemente dovuto alla mancanza – in relazione alla situazione concreta, dunque a quella patrimoniale e/o personale di se stesso e/o del proprio nucleo familiare – di forme alternative di reddito e/o di sussistenza. Il che, ovviamente, non può che restringere enormemente il campo dei possibili “aventi diritto” alla tutela cautelare.

⁶ V., tra le prime pronunce, Trib. Bari, ord. 17 ottobre 2012, in www.dottrinalavoro.it, nonché Trib. Ravenna, 18 marzo 2013, in *RIDL*, 2013, II, p. 561 ss., con nota di BOLEGO, nonché in *DRI*, 2013, p. 790 ss., con nota di DEL FRATE; *contra*, Trib. Bologna, ord. 25 ottobre 2012, in *FI*, 2013, I, c. 673.

⁷ Per completezza, sebbene non riguarda direttamente l'oggetto della presente indagine, non si può non fare un cenno alla sentenza della C. Cost. 14 ottobre 2020 n. 212, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, co. 2, della l. 15 luglio 1966 n. 604 (come modificato dalla l. 4 novembre 2010 n. 183, prima, e dalla l. 92/12 poi), nella parte in cui non prevede che anche il deposito del ricorso cautelare nei successivi 180 giorni rispetto all'impugnativa stragiudiziale possa impedire la decadenza del lavoratore dal diritto di agire in giudizio per l'accertamento dell'illegittimità del licenziamento (orientamento, invece, più volte ribadito dalla Cassazione: *ex plurimis*, Cass. 14 luglio 2016 n. 14390, 15 novembre 2018 n. 29429).

⁸ V. AMENDOLA, *Sub art. 700 c.p.c.*, in AMOROSO, DI CERBO, MARESCA (a cura di), *op. cit.*, p. 940 ss.; LO FARO L., *Provvedimento d'urgenza e condizioni per la concessione*, in ROMEO (a cura di), *op. cit.*, p. 358 ss. In giurisprudenza, *ex plurimis* e recentemente, Trib. Palermo, ord. del 17 luglio 2018, in www.iusexplorer.it.

Se, dunque, a livello teorico il procedimento cautelare (ricorrendone i presupposti) ben può coesistere sia con la fase sommaria del rito Fornero, sia con il rito ordinario del lavoro, ciò che è certo è che nel primo caso la fase sommaria di cognizione, per le caratteristiche prima evidenziate, “assorbe” in sé l’esigenza cautelare, assicurando al lavoratore una tutela estremamente rapida, più stabile (perché idonea al giudicato), e di tipo “universalistico”, nel senso che è assolutamente inclusiva con riferimento alla platea dei soggetti che possono avervi accesso.

Quindi, non solo, per i lavoratori a cui si applica l’art. 18 (e conseguentemente il rito Fornero), il numero dei ricorsi cautelari è – nei fatti – prossimo allo zero (perché, di fatto, non più necessari), ma, soprattutto, i lavoratori ricevono una prima risposta giudiziaria molto più rapida e senza che debbano dimostrare chissà quale stato di bisogno o particolarità della loro situazione; e con loro, ovviamente, traggono beneficio altresì le aziende, egualmente interessate, per motivi diversi, alla certezza in ordine alla stabilità del licenziamento.

Guardandola sotto quest’aspetto, si può dire che l’ordinamento ha sensibilmente migliorato, in termini di tempo, l’offerta di risposta giudiziaria in materia di licenziamento verso tutti i cittadini, evidentemente ritenendo meritevole la sottesa esigenza di rapida (benchè sommaria) giustizia.

Come è evidente, il contrario si può dire del ritorno al passato fatto con il *Jobs Act*: il primo grado di giudizio segue i tempi del giudizio ordinario, non sempre rapidi, con il ritorno all’attualità di tutte le descritte criticità per un eventuale accesso alla tutela cautelare. Il che vuol dire, in poche parole e rinviando al prosieguo per altre valutazioni, abbassamento dello standard di tutela offerta, soprattutto nell’ottica della platea di cittadini che potranno avere accesso ad una tutela in tempi rapidi.

4. Segue. *Cenni sull’esperienza applicativa del rito Fornero: in particolare, la celerità dei procedimenti*

Venendo all’esperienza applicativa del rito Fornero, bisogna dire che, superata qualche incertezza iniziale dovuta a formule legislative poco chiare⁹,

⁹ *Ex multis*, si pensi al novero di domande, diverse dall’impugnativa di licenziamento, ammissibili (nullità del termine apposto al contratto, accertamento della subordinazione) o alle questioni relative al mutamento di rito: per tutte e altre, v. AMOROSO, *op. cit.*

da vari anni la giurisprudenza ha trovato un assestamento su molti punti, chiarendo i rapporti tra fase sommaria e di opposizione (come detto, non impugnatori)¹⁰, nonché i termini del criptico “reclamo” contemplato dalla norma: avente, invece, natura impugnatoria a tutti gli effetti, al punto da ammettere, come per l’appello, anche il reclamo incidentale¹¹. Per il ricorso in Cassazione *nulla quaestio*, perchè variano solo i termini di proposizione.

Ciò che, però, appare di fondamentale importanza è che con il rito Fornero, e nonostante le 4 fasi nei 3 gradi di giudizio, la sinergia tra la natura sommaria e urgentissima della prima fase (da un lato) e l’obbligo di garantire un calendario di udienze dedicato, con trattazione assolutamente preferenziale alle cause soggette a tale rito (dall’altro) hanno portato ad un’enorme velocizzazione dei tempi dei processi: in alcuni fori e/o distretti (pur di dimensione primaria), anche “solo” due anni dal deposito del ricorso di fase sommaria per la conclusione del giudizio di merito con la sentenza di appello.

Il che, ovviamente, è una grande vittoria: del cittadino-lavoratore, dell’impresa e dell’ordinamento tutto, se si conviene, come non è difficile credere, che le cause di licenziamento, per l’importanza degli interessi in gioco, si pongono all’apice della classifica dell’urgenza tra quelle nella materia *de qua*.

Non bisogna infatti avere remore ad ammettere che una graduazione dell’urgenza dei procedimenti, anche in materia di lavoro, è non solo opportuna, ma altresì necessaria, considerata l’esistenza, e in numero tutt’altro che trascurabile, di cause “bagattellari” pure in tale ambito della giurisdizione e che rallentano, più o meno indistintamente, la definizione di tutti i procedimenti pendenti, compresi quelli di licenziamento.

Sul piano pratico, va detto che l’estrema rapidità imposta dalla legge alla prima fase di giudizio imprime, nel momento forse più delicato del processo (e cioè all’inizio, quando le parti devono definire il quadro allegatorio e probatorio e il giudice individuare i mezzi istruttori da ammettere, sebbene solo

¹⁰ Con l’opposizione il giudizio si riespande completamente per entrambe le parti, essendo devoluta al giudice dell’opposizione l’intera cognizione del giudizio e senza limiti allegatori e/o decadenziali derivanti dalla precedente fase: v. Cass. Sez. Un. 18 settembre 2014 n. 19674 e 20 febbraio 2017 n. 4308, Cass. 26 febbraio 2016 n. 3836, 25 agosto 2016 n. 17329, 24 agosto 2018 n. 21156, 28 febbraio 2019 n. 5993, 20 maggio 2019 n. 13532; v. anche C. Cost. 13 maggio 2015 n. 78.

¹¹ V., *ex plurimis*, Cass. 18 luglio 2018 n. 19089, 29 novembre 2016 n. 24258.

quelli indispensabili) un'accelerazione importantissima, che costringe le parti e il giudice alla pronta identificazione e al conseguente isolamento delle questioni fattuali e giuridiche maggiormente rilevanti ai fini della decisione, ancorché sommaria: il che, a propria volta, pone le premesse per una rapida adozione dell'ordinanza conclusiva.

Ma non finisce qui, perché il vantaggio così acquisito – quanto meno in termini di tempo – ha ottime *chances* di essere conservato anche nel successivo dispiegarsi del processo. Il fatto che, nella stragrande maggioranza dei casi in fase di opposizione si arrivi con la gran parte delle questioni già dedotte dalle parti e valutate da un giudice¹², determina che l'accelerazione di cui il processo ha beneficiato in fase sommaria non si perda neppure nella successiva fase a cognizione piena. In ogni caso, la persistenza della “corsia preferenziale” rappresentata dal calendario di udienze dedicato impone al giudice anche in fase di opposizione – e valga lo stesso per il reclamo – di dare continuo impulso al processo e di definirlo nel minore tempo possibile.

Insomma, sembrerà un paradosso, ma, nei fatti, una procedura *prima facie* più complessa e farragginosa (si pensi alle due fasi nel primo grado di giudizio), risulta essere assai più rapida, e di certo non meno approfondita, di quella ordinaria.

5. Superamento del rito “dedicato” e finalità deflattiva del contenzioso (finanche) in materia di licenziamento

Il discorso sin qui fatto – le cui conclusioni già probabilmente si sono intuite dal tenore delle considerazioni svolte – porta ad affermare, senza tema di smentita, che il viepiù criticato rito “Fornero” ha dato, nell'esperienza applicativa, più che buona prova di sé, velocizzando enormemente la definizione dei processi e, così, contribuendo significativamente a conferire effettività alle tutele previste dall'art. 18 dello Statuto, come novellato dalla medesima l. 92/12.

Dunque, una chiara riuscita della scommessa legislativa dell'epoca (nel cui merito non si entra in questa sede), con la quale, proprio sul presupposto della rapidità del processo, e dunque nell'ottica del celere raggiungimento

¹² Sulla possibilità che sia il medesimo giudice-persona fisica della fase sommaria, v. C. Cost. n. 78/2015.

della certezza in ordine alle sorti del licenziamento, si è riformato (*in pejus* per il lavoratore) l'impianto di tutele sostanziali per il licenziamento illegittimo, ponendo rimedio a quelle criticatissime conseguenze che proprio l'inaccettabile lungaggine del processo generava (*i.e.* risarcimenti ingentissimi, posti a carico delle aziende in caso di illegittimità del licenziamento, dopo numerosi anni di causa).

Il legislatore del 2015, in uno con un ulteriore e sensibile (soprattutto se si guarda alla versione originaria)¹³ abbassamento del livello di tutela sostanziale, ha ritenuto di superare tale esperienza, abbandonando il rito Fornero e, per i lavoratori sottoposti al c.d. *Jobs Act*, tornando "al passato". Ciò con l'inevitabile conseguenza che, come visto, nei casi socialmente più preoccupanti, si potranno avere 2 gradi di tutela cautelare e 3 di giudizio di merito nelle forme ordinarie; in ogni caso, con la prima pronuncia di merito, idonea al giudicato, che certamente arriva molto tempo dopo quella che sarebbe stata emessa all'esito della fase sommaria secondo il rito *ex l. 92/12*. In altre parole, con il d.lgs. 23/15 si è deliberatamente accantonato, a meno di due anni e mezzo dalla sua introduzione – e dunque prima che lo stesso potesse far emergere un dato affidabile sul suo risultato applicativo – quel procedimento speciale, come visto, in grado di garantire la definizione dei processi in materia di licenziamento in tempi che potremmo definire (una volta tanto) invidiabili per il nostro Paese.

Il d.lgs. 23/15, però, con riferimento all'eventuale contenzioso scaturente dal licenziamento, non si ferma al superamento del rito Fornero: consente altresì – o meglio, nei fatti, incentiva – l'effettuazione di un'offerta "reale" di conciliazione, ad ulteriore ribasso quanto agli importi, nonché detassata ai fini IRPEF ed esente da contribuzione (art. 6).

Volendo schematizzare: un processo molto più lungo, non sempre suscettibile di tutela cautelare anticipatoria (in base alle regole generali vigenti per la materia *de qua*), con poste in gioco molto ridotte (soprattutto guardando alla versione originaria del d.lgs. 23/15) e, addirittura, evitabile mediante un accordo raggiunto in fase precontenziosa, sì di importo modestissimo, ma "caldegiato" al punto da essere detassato e non coperto da contribuzione.

¹³ Prima cioè delle modifiche apportate con il c.d. decreto Dignità (d.l. 12 luglio 2018 n. 87, conv., con modificazioni, dalla l. 9 agosto 2018 n. 96) e della rottura dell'automatismo sul *quantum* del risarcimento determinato dalle pronunce della C. Cost. 8 novembre 2018 n. 194 e 16 luglio 2020 n. 150.

Ora, alcun dubbio può esservi sul fatto che, come anche affermato dalla Consulta, da ultimo, nella citata sentenza n. 212/2020, in materia processuale il legislatore gode di ancor maggiore discrezionalità che nell'ambito della produzione normativa sostanziale: con i limiti, tra gli altri, “della manifesta irragionevolezza o arbitrarietà delle scelte compiute” e di un bilanciamento di interessi costituzionalmente rilevanti che deve essere operato evitando il sacrificio o la compressione eccessiva di uno di essi. In tale discrezionalità non può non ritenersi compresa la sempre più diffusa produzione legislativa teleologicamente orientata, in vari modi, alla deflazione del contenzioso giuridiziaro: *trend* nel quale, sebbene ciò non sia dichiarato espressamente, per le ragioni suddette può senza dubbio essere annoverato altresì il d.lgs. 23/2015.

Invero, l'insieme degli elementi appena analizzati – evidente espressione dello spirito “rinnovatore” (o, secondo le cronache politiche di allora, *rottamatore*) del Governo dell'epoca – fanno maliziosamente sospettare che il legislatore del 2015 abbia inteso andare oltre la mera deflazione del contenzioso, spingendo la propria azione disincentivante fino ad usare l'arma, da ritenersi senz'altro impropria, consistente nel tentativo di renderlo “defaticante”. Operazione che, se pur in astratto rispettosa degli ampi limiti di discrezionalità di cui il legislatore gode in materia processuale, lascia estremamente perplessi sul piano dell'opportunità, soprattutto in considerazione del rilievo costituzionale dei diritti in gioco.

L'auspicio è quindi che, visti i buoni risultati raggiunti dal rito Fornero (forse evidenziatisi compiutamente dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 23/15), e considerato che col passare del tempo il numero dei licenziamenti ricadenti nell'ambito applicativo del *Jobs Act* è destinato a salire enormemente, si possa tornare a unificare quantomeno il rito processuale, capitalizzando (e magari migliorando) l'esperienza vissuta con il rito Fornero.

Ciò diviene ancor più urgente se si considera che il dilagare della crisi economica determinata dall'attuale pandemia, in uno con l'imminente “sblocco” dei licenziamenti, produrranno prevedibilmente e in tempi brevi un'impennata anche del contenzioso in materia di licenziamento. La gravità delle sottese esigenze sociali (e, di qui, l'impellente necessità di effettività delle tutele), da un lato, e l'elevato numero di procedimenti che verosimilmente si avranno, dall'altro, rendono inevitabile l'adozione di un modello processuale unico e il più possibile efficiente.

Mario Quaranta

Il nuovo tabù ai tempi del Covid: dallo Statuto dei Lavoratori al blocco dei licenziamenti

Sommario: **1.** La lunga marcia della reintegrazione. **2.** L'erosione della tutela reale. **3.** Il blocco dei licenziamenti: temporaneità *vs* illegittimità? **4.** La deroga contrattata al blocco.

1. *La lunga marcia della reintegrazione*

Dopo cinquant'anni dall'emanazione della legge 20 maggio 1970 n. 300 (a tutti nota con il nome di Statuto dei Lavoratori) può ritenersi un dato ormai pacificamente acquisito, anche perché confermato dalla ultradecennale applicazione di tale normativa, quanto siffatto intervento regolativo abbia segnato una rilevante limitazione dei poteri datoriali: sia nella fase di svolgimento del rapporto, sia in quella di chiusura e cessazione dello stesso.

Senza voler rinnegare i più disparati ambiti della disciplina lavoristica investiti da questa storica stagione legislativa, non pare possa negarsi che le norme che più hanno caratterizzato lo Statuto siano quelle in tema di licenziamento: il riferimento va ovviamente all'art. 18 ed al regime di stabilità reale ivi previsto in caso di licenziamento illegittimo.

Non è certo questa la sede per richiamare i contenuti dei principi costituzionali in tema di licenziamenti e la questione centrale del loro bilanciamento.

Basti qui citare, da un lato, il principio della libertà d'iniziativa economica che, estendendosi alle attività inerenti alla vita e allo svolgimento dell'impresa, giustifica un potere di licenziamento più ampio di quello per mero inadempimento degli obblighi del lavoratore, investendo sia la libertà di dimensionare e di organizzare internamente l'impresa, sia la libertà di variare

i fattori produttivi in ragione delle esigenze e delle condizioni di mercato, sia, infine, la libertà di cessare l'attività.

Dall'altro, a bilanciamento di siffatte esigenze imprenditoriali in materia di licenziamenti, il costituente fissa i limiti elencati nel secondo comma dell'art. 41 e quelli ricavabili dall'art. 4 Cost. In tal modo, l'utilità sociale, la sicurezza, la libertà e la dignità umana hanno imposto la previsione legislativa di una serie di vincoli dettati dal coinvolgimento della persona umana nella vicenda del licenziamento. Dalle minime regole di forma e di comunicazione dei motivi, alla garanzia del diritto di difesa quando il presupposto del licenziamento consiste in un inadempimento del lavoratore, dalla negata possibilità di porre in essere un recesso lesivo della persona del lavoratore sotto il profilo della sua dignità ed identità (licenziamento discriminatorio), alla previsione di un sistema di sanzioni integralmente ripristinatorio dello *status quo ante*.

Tutto questo e molto altro è presente nello statuto dei lavoratori. Il legislatore del '70 ha arricchito il neonato sistema di regole limitative del potere di licenziamento poste dalla l. 15 luglio 1966 n. 604 con una serie di norme fondamentali che hanno operato un bilanciamento dei contrapposti valori costituzionali ampiamente rispettoso delle esigenze della protezione del lavoratore e funzionale a garantire un'adeguata tutela del prestatore prima di tutto all'interno del rapporto contrattuale.

Oltre alle garanzie procedurali previste dall'art. 7 dello statuto in tema di licenziamento (e non solo) disciplinare, il riferimento va innanzitutto all'art. 18 ed al sistema di stabilità reale ivi previsto in caso di licenziamento illegittimo.

Una norma simbolo, ma al tempo stesso una pietra miliare del diritto del lavoro post costituzionale e della sua dimensione collettivo-sindacale.

Una norma che esprime un determinato equilibrio tra interesse alla produzione ed esigenze della protezione che è stato retto e mantenuto tale per più di quarant'anni, al punto da essere paragonato ad un tabù, o meglio ancora all'ultimo tabù¹: il processo di flessibilizzazione e di allentamento del rigido garantismo individuale ha investito, a partire dalla seconda metà degli anni settanta, diversi ambiti della disciplina lavoristica, mettendo in campo le più diverse e disparate tecniche di regolazione: ciò, senza però mai riuscire ad intaccare (malgrado qualche sforzo in tale direzione sia stato tentato) il sistema di regole in tema di licenziamenti. In tal modo, immutato ed immutabile l'ap-

¹ ACCORNERO, *L'ultimo Tabù*, Laterza, 1999.

parato di vincoli al potere di recesso, la direttrice del cambiamento ha investito come reazione uguale e contraria il versante della flessibilità in entrata, attraverso un processo di progressiva moltiplicazione dei tipi flessibili e temporanei che di fatto ha provato a rendere meno ingombrante ed opprimente la rigidità in uscita. Il risultato è che la nostra disciplina dei licenziamenti ha espresso per tanti anni un livello di protezione degli occupati più alto di ogni altro ordinamento europeo con costi giudicati da alcuni eccessivi e non più effettivamente sopportabili nella moderna economia globalizzata.

2. *L'erosione della tutela reale*

Bisognerà attendere il 2012 e la c.d. Legge Fornero per la prima opera di revisione dell'art. 18 e del sistema di sanzioni basato esclusivamente sul ripristino *ex tunc* del rapporto illegittimamente risolto.

E non è un caso che ad abbattere l'ultimo tabù sia stato proprio un governo tecnico, costretto a trovare un nuovo e diverso bilanciamento dei valori coinvolti, sotto la spinta di una crisi economica senza precedenti e di più o meno espliciti *inputs* provenienti dalle istituzioni finanziarie europee.

È noto che l'intervento di riforma della l. 28 giugno 2012 n. 92 non ha riguardato il sistema della causali giustificative del licenziamento e quindi dei limiti diretti al potere di recesso datoriale, ma ha operato sul piano sanzionatorio, allentando quella automatica equazione, propria dell'art. 18, tra illegittimità del licenziamento e reintegrazione. Quest'ultima, da regola generale valevole per tutte le ipotesi di illegittimità, formale e sostanziale, del licenziamento viene in parte graduata in livelli di diversa intensità a seconda della gravità del vizio dell'atto, oppure sostituita da una sanzione integralmente indennitaria determinata dal giudice tra una soglia minima ed una massima. Il tutto condito dalla previsione di speciali norme processuali che mirano ambiziosamente (in parte riuscendoci) a rendere fulminei i giudizi aventi ad oggetto l'accertamento della legittimità di licenziamenti sanzionabili con la reintegrazione.

Quello della Legge Fornero è solo l'inizio: il disegno di riscrittura delle regole in tema di licenziamento continua lungo la medesima linea direttrice con il *Jobs Act* all'insegna di un ancora più marcato carattere residuale della sanzione ripristinatoria del rapporto, accompagnato da un meccanismo di automatica e vincolante quantificazione dell'ormai prevalente indennità risarcitoria. All'esito di un diverso bilanciamento dei contrapposti interessi in

gioco, la via maestra diventa quindi quello della monetizzazione del licenziamento, non calcolando più il *firing cost* in base alla prudente valutazione del Giudice del caso concreto, bensì a parametri che rendano espliciti *ex ante* i costi e i benefici economici della scelta fatta dall'imprenditore.

Quanto questa opzione legislativa sia stata da più parti criticata è un dato notorio, com'è noto il suo progressivo ridimensionamento ad opera, prima, dello stesso legislatore e, poi, dalla Corte costituzionale.

Sotto il primo profilo è scontato il riferimento al d.l. 12 luglio 2018 n. 87, convertito con modificazioni dalla l. 9 agosto 2018 n. 96, più noto come decreto dignità, che opera un significativo "giro di vite" sul *quantum debeatur* in caso di accertata illegittimità del licenziamento, elevando la sua soglia massima al limite delle 36 mensilità.

Come da migliore e consolidata tradizione, il cambio della maggioranza politica ha, infatti, prodotto l'immancabile pseudo riforma del lavoro che questa volta ha investito, accanto al solito tema caldo dei lavori flessibili, anche quello da poco riformato del licenziamento.

Non si è trattato certo di una vera e propria controriforma, bensì di un vistoso ritocco funzionale all'ambizioso obiettivo del legislatore del tempo di ripristinare la dignità (ritenuta) sottratta dalla passata stagione legislativa.

Ben più dirompendi sono stati i successivi interventi della Corte Costituzionale (C. Cost. 26 settembre 2018 n. 194 e 16 luglio 2020 n. 150) che ha travolto il meccanismo di automatica quantificazione dell'indennità risarcitoria ritenuta non in linea con i principi ed i valori costituzionali: primi fra tutti quelli previsti dal solito trio di norme, quali l'art. 3, l'art. 4 e l'art. 35 della Costituzione in contrapposizione all'art. 41 Cost. interpretati ancora una volta dalla Corte nella complessa ricerca di un equilibrio, instabile, di contemperamento fra i diversi interessi in gioco.

3. *Il blocco dei licenziamenti: temporaneità vs illegittimità?*

È su questo terreno, ancora non adeguatamente assestato, che si è inserito l'ultimo atto delle regole sui licenziamenti.

Nel pieno dell'emergenza scatenata dalla pandemia da Covid-19, il 17 marzo 2020, viene introdotto con l'art. 46 del d.l. 17 marzo 2020 n. 18, un divieto di licenziamenti per ragioni economiche che non ha precedenti nel diritto del lavoro post costituzionale.

In particolare, la norma sospende (*ab origine* per 60 giorni) i licenziamenti individuali e collettivi per motivi economici indipendentemente dal numero dei dipendenti in servizio presso il datore di lavoro e sospende altresì le procedure di cui agli artt. 4, 5 e 24 della legge 23 luglio 1991 n. 223, avviate dopo il 23 febbraio 2020. La formulazione non certo felice della disposizione non segna confini netti e precisi attorno all'area coperta dal divieto. Al netto di non poche incertezze interpretative emerse già all'indomani della sua emanazione², può certamente affermarsi che risultano senz'altro estranei al blocco tutti i provvedimenti di recesso motivati da ragioni disciplinari: quelli intimati per giusta causa o giustificato motivo soggettivo.

Si tratta di una parentesi aperta in un momento di straordinaria eccezionalità e caratterizzata, nel disegno originario, dalla natura ontologicamente temporanea perché legata alla situazione di picco dell'emergenza sanitaria ed al blocco quasi totale delle attività produttive.

Ma come si suol dire, non c'è nulla di più definitivo del provvisorio.

Ed infatti, ad oggi, si sono succeduti quattro diversi interventi normativi che hanno ripetutamente prorogato il blocco originario³, lasciando ancora aperta (verosimilmente ancora per molto) questa eccezionale parentesi. E le cronache degli ultimi giorni lasciano chiaramente intendere che la misura sarà verosimilmente ancora prorogata, quasi fosse diventata un nuovo tabù a cui non si ha la forza di rinunciare, o per cui non vi sono ancora gli strumenti adeguati a superarlo.

Non sono mancati, invero, alcuni temperamenti: diversamente dai primi due provvedimenti di blocco, il decreto di Agosto introduce alcune prime eccezioni al rigido divieto del licenziamento⁴.

² Su cui si rinvia a GARILLI, *Il "blocco" dei licenziamenti: profili storici e sistematici*, in *MGL*, 2020, p. 585.

³ La sequenza si apre con il Decreto Cura Italia (d.l. 18/20, art. 46): "primo" blocco per 60 giorni a decorrere dal 18 marzo 2020 (i.e. 17 maggio 2020), successivamente modificato dall'art. 80 del Decreto Rilancio (d.l. 19 maggio 2020 n. 34) che estende il divieto fino al 18 agosto 2020. Successivamente il Decreto d'Agosto (art. 14, d.l. 14 agosto 2020 n. 104) prevede la durata del blocco variabile a seconda del se e del come l'azienda decideva di utilizzare la cassa (i.e. 18 settimane dal 13 luglio al 31 dicembre 2020) o lo sgravio (4 mesi entro il 31 dicembre 2020). Ed ancora, il Decreto Ristori (d.l. 28 ottobre 2020 n. 137) conferma il blocco sino al 31 gennaio 2021; ed infine, la Legge di Bilancio 2021 (l. 30 dicembre 2020 n. 178) proroga ancora il blocco sino al 31 marzo 2021.

⁴ Il divieto non si applica alle "ipotesi di licenziamenti motivati dalla cessazione definitiva dell'attività dell'impresa, conseguenti alla messa in liquidazione della società senza continuazione,

Ciò non è bastato ad impedire l'emersione nel dibattito, dottrinario e non⁵, di qualche iniziale dubbio sulla tenuta costituzionale di siffatto divieto, specie alla luce dei ripetuti interventi di proroga finora sistematicamente disposti e della conseguente inevitabile erosione che questi provocano ai pilastri della temporaneità ed eccezionalità su cui è stata sin da subito fondata la legittimità della misura.

È vero che nel caso di specie siamo chiaramente al fuori dalla consueta dialettica tra i valori costituzionali solitamente coinvolti: il tradizionale bilanciamento tra l'interesse dell'impresa e la tutela del diritto del lavoratore alla stabilità del posto di lavoro cede il passo ad un più complesso contemperamento in cui entrano in gioco altri diritti (*in primis* il diritto alla salute) unitamente ai doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale⁶.

Ma è altresì difficile negare che più si attenua il carattere transitorio e temporaneo del secco divieto, più i dubbi di legittimità si rivelano ammissibili.

Già in passato è stata ammessa la legittimità di provvedimenti non in linea con norme costituzionali facendo leva sulla natura transitoria, provvisoria ed eccezionale degli stessi, volti cioè a regolare una particolare situa-

anche parziale, dell'attività nel caso in cui nel corso della liquidazione non si configuri la cessione di un complesso di beni od attività che possano configurare un trasferimento d'azienda o di un ramo di essa ai sensi dell'art. 2112 c.c., ovvero nelle ipotesi di accordo collettivo aziendale, stipulato dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale, di incentivo alla risoluzione del rapporto di lavoro, limitatamente ai lavoratori che aderiscono al predetto accordo", con la precisazione che a questi lavoratori è comunque riconosciuto il trattamento Naspi di cui all'art. 1 del d.lgs. 4 marzo 2015 n. 22. Sono altresì esclusi dal divieto i licenziamenti intimati in caso di fallimento, quando non sia previsto l'esercizio provvisorio dell'impresa, ovvero ne sia disposta la cessazione. Nel caso in cui l'esercizio provvisorio sia disposto per uno specifico ramo dell'azienda, sono esclusi dal divieto i licenziamenti riguardanti i settori non compresi nello stesso.

⁵ Cfr. sul punto SCARPELLI, *Blocco dei licenziamenti e solidarietà sociale*, in RIDL, 2020, I, p. 315, secondo cui il carattere di temporaneità della norma, unitamente alle ragioni che l'hanno determinata e alle misure di sostegno alle imprese consentono di ritenere "senz'altro compatibile l'intervento con la tutela dell'iniziativa economica dell'impresa". Decisamente più scettico è PROIA, *Divieto di licenziamento e principi costituzionali*, in ID. (a cura di), *Divieto di licenziamenti e libertà d'impresa nell'emergenza Covid*, Giappichelli, 2020, p. 3. Nello stesso senso v. pure GRAGNOLI, *L'insopprimibile libertà di cessare l'impresa e l'illiceità del divieto di licenziamenti*, e MAGNANI, *Divieto di licenziamento e libertà d'impresa*, entrambi in PROIA (a cura di), *op. cit.*, rispettivamente p. 87 e p. 57.

⁶ PERULLI, *Sospensione dei licenziamenti e tutela costituzionale del lavoro*, in PROIA (a cura di), *op. cit.*, p. 63.

zione emergenziale giustificatrice della compressione di alcuni diritti costituzionalmente tutelati per la necessaria temporanea preminenza da attribuire ad altri diritti. Basti pensare alla Legge Vigorelli, la cui unica proroga fu giudicata illegittima da Corte Cost. n. 106 del 19 dicembre 1962, perché cancellava quei caratteri della transitorietà e dell'eccezionalità del provvedimento prorogato che avevano consentito di dichiarare insussistente la pretesa violazione del precetto costituzionale, finendo così "col sostituire al sistema costituzionale un altro sistema arbitrariamente costruito dal legislatore e pertanto illegittimo".

Che la valutazione di legittimità del blocco dei licenziamenti possa essere svolta e valutata con esiti diversi in relazione ai diversi segmenti normativi che hanno caratterizzato questa parentesi sembra ammessa anche dalla giurisprudenza. Non manca, infatti, nelle (finora) rare occasioni in cui i Giudici di merito si sono confrontati sul tema in parola, qualche spunto in tal senso, avendo ad esempio escluso i sollevati problemi di costituzionalità circa la durata attualmente assunta dal blocco dei licenziamenti, sulla base della considerazione che il licenziamento è avvenuto nella prima vigenza del blocco inizialmente disposto (aprile 2020) e non in un momento successivo⁷.

Ed è altrettanto innegabile che i prospettati dubbi di compatibilità costituzionale non sono per nulla attenuati dalla presenza di interpretazioni (anche giurisprudenziali) estensive, o quanto meno generose, del divieto in parola, basate essenzialmente sulla *ratio* protettiva e solidaristica della norma⁸.

Un ulteriore colpo alla tenuta costituzionale del divieto in parola è stato di recente inferto dalla sentenza del Tribunale di Barcellona con la sentenza n. 283 del 15 dicembre 2020. Chiamato a giudicare un licenziamento intimato per motivi economici nel luglio scorso, il Tribunale del Lavoro di Barcellona, dopo aver verificato la legittimità del recesso rispetto alle regole ordinarie precovid, giunge alla conclusione che la continua reiterazione del blocco, oltre a palesare la sua inidoneità rispetto ai fini prestabiliti, si rivela contrario al quadro costituzionale spagnolo (art. 38 della *Constitución Española*) ed europeo (art. 3, par. 3, Tratt. UE e art. 16 della Carta di Nizza).

È senz'altro difficile ad oggi fare una previsione su quanto questo pre-

⁷ In tale direzione v. Trib. Ravenna 7 gennaio 2021.

⁸ Cfr. Trib. Ravenna, cit., che fa rientrare nel divieto un licenziamento per sopravvenuta inidoneità; Trib. Mantova 11 novembre 2020 n. 112.

cedente possa influenzare i nostri Giudici sia sulla percezione del problema, quanto sulla sua soluzione. Certo è che la roboante sentenza del Tribunale spagnolo abbia gettato le prime concrete basi per mettere in discussione questo nuovo tabù.

4. *La deroga contrattata al blocco*

Una possibile valvola di sfogo a tali dubbi potrebbe, tuttavia, rinvenirsi nella valorizzazione delle già richiamate eccezioni al divieto di licenziamento previste dall'art. 14, co. 3, d.l. 104/20.

In particolare, la più rilevante, anche per la tecnica normativa adottata di coinvolgimento delle parti sindacali, è quella relativa agli “accordi collettivi aziendali di incentivo alla risoluzione del rapporto di lavoro”, che consentono di riconoscere il trattamento Naspi ai lavoratori “che aderiscono al predetto accordo”.

Il metodo non è certo nuovo e rimanda agli esempi di diritto riflessivo e di integrazione tra legge e autonomia collettiva⁹, già ampiamente collaudati dal nostro ordinamento del lavoro, caratterizzati, come nel caso di specie, dalla *voluntas legis* di delegare alla mediazione sindacale, piuttosto che a quella politico-legislativa, il difficile compito di trovare il concreto bilanciamento dei tanti e contrapposti interessi coinvolti in questa intricata e straordinaria vicenda.

Ancora una volta la contrattazione collettiva aziendale viene coinvolta attivamente nella gestione della crisi e delle relative ricadute sugli assetti occupazionali, come preferibile alternativa ad un intervento integralmente eteronomo; e data (oggi più di prima) la rilevanza e delicatezza della materia e degli interessi in gioco, la legge affida il testimone, come nel caso della contrattazione di prosimità, non ai soggetti aziendali ma agli attori sindacali territoriali.

Se il requisito soggettivo si rivela moderatamente selettivo, sottraendo la materia al (più vulnerabile) livello aziendale, per il resto non si rinvengono nel dettato normativo ulteriori particolari formalità o condizioni da rispettare: basta infatti un atto individuale del lavoratore di “adesione” all'accordo aziendale “di incentivo alla risoluzione”, senza nemmeno (a quanto pare) la necessità di manifestare il tutto in sede protetta.

⁹ Su cui per tutti si rinvia a RUSCIANO, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Utet, 2003.

Pur riconoscendo l'utilità di tale norma quale possibile valvola di sfogo al potere di licenziamento, pare innegabile che da sola risulti insufficiente a fugare i già prospettati dubbi di costituzionalità di un'eventuale ulteriore proroga del divieto. Forse, dunque, è arrivato il momento di mettere in campo qualche strumento meno provvisorio e congiunturale e più idoneo a traghettare imprese e lavoratori fuori da questo terribile stallo.

Maria Teresa Salimbeni
Una proposta di disarticolazione
dell'obbligo di *repechage*

Sommario: **1.** Premessa. **2.** La riconduzione dell'obbligo di *repechage* agli elementi integranti la fattispecie g.m.o. e l'individuazione del suo contenuto alla stregua dell'art. 2103 cod. civ. **3.** Le contraddizioni insite nella posizione della giurisprudenza anche alla luce della mutata disciplina dello *jus variandi*. **4.** Disarticolazione dell'obbligo e conseguenze processuali e sanzionatorie.

I. *Premessa*

In questo intervento, molto sinteticamente, si cercherà di esporre le ragioni per cui, pur convinti che il c.d. obbligo di *repechage* non possa rientrare tra gli elementi costitutivi del g.m.o., si ritiene inopportuno sovvertire l'opposto, e prevalente, orientamento giurisprudenziale, riconoscendone però una valenza limitata, nei termini che saranno qui di seguito spiegati.

Una cospicua parte della dottrina, non soltanto considera non riconducibile l'obbligo di *repechage* alla fattispecie, (e lo qualifica invece come limite esterno al potere datoriale di licenziare), ma esclude dall'obbligo in questione la ricerca di mansioni inferiori in cui ricollocare il lavoratore licenziando¹.

A questa dottrina è contrapposta la giurisprudenza, che costituisce il diritto vivente e non si può ignorare, la quale integra nella fattispecie il *repechage* in tutte le sue declinazioni, comprensive delle mansioni inferiori, escludendo

¹ Cf. CARUSO, *La fattispecie "giustificato motivo oggettivo" di licenziamento tra storie e attualità*, in PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, 2017, p. 11 ss.; ROMEI, *Natura e struttura dell'obbligo di repechage*, in PERULLI (a cura di), *op. cit.*, p. 106 ss.

soltanto le ipotesi in cui il datore sia costretto a mutare la sua organizzazione produttiva o a formare il lavoratore².

Ma stabilire se l'obbligo di cercare una diversa collocazione aziendale al lavoratore licenziando, per ragioni attinenti all'attività produttiva o all'organizzazione del lavoro, costituisca o meno elemento strutturale della fattispecie g.m.o. di cui all'art. 3, l. 15 luglio 1966 n. 604, non è una mera opzione teorica, implicando, nell'attuale regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo, diverse conseguenze in caso di mancata osservanza: nella prima ipotesi – in cui la violazione del c.d. *repechage* viene dalla giurisprudenza ascritta a insussistenza del fatto – la possibile reintegrazione del lavoratore; nella seconda – in cui si ritiene, invece, violato un obbligo esterno – l'indennità risarcitoria (art. 18 St.lav., co. 7).

2. *La riconduzione dell'obbligo di repechage agli elementi integranti la fattispecie g.m.o. e l'individuazione del suo contenuto alla stregua dell'art. 2103 cod. civ.*

Bisogna partire dall'ormai acquisito orientamento in base al quale il g.m.o. di cui all'art. 3, l. 604/66, in mancanza di aggettivazioni che valgano a delimitare – in funzione di giustificazioni economiche e di involontarietà della scelta imprenditoriale – le ragioni attinenti all'attività produttiva e all'organizzazione del lavoro, non sia circoscrivibile soltanto a “*situazioni sfavorevoli sopravvenute e non contingenti, di medio o lungo periodo*”... “*che influiscano sulla normale attività produttiva e impongano la riduzione dei costi*”; ovvero a “*crisi irreversibili dell'azienda*”³, ma si estende “*alle situazioni in cui la scelta organizzativa è diretta a una migliore efficienza gestionale*” o a un “*incremento della redditività o profitto dell'azienda*” o a “*rimediare a un calo di fatturato ovvero a una crisi meramente contingente*”⁴.

Quindi l'andamento economico negativo dell'azienda non costituisce un presupposto fattuale indispensabile, e soprattutto da provare, essendo sufficiente che le ragioni inerenti all'attività produttiva e all'organizzazione del lavoro determinino un effettivo mutamento dell'assetto organizzativo⁵.

² Cass. 8 gennaio 2019 n. 181; 2 maggio 2018 n. 10435.

³ Cass. 16 marzo 2015 n. 5173; 23 ottobre 2013 n. 24037; 24 febbraio 2012 n. 2874.

⁴ Cass. 7 dicembre 2016 n. 25201; 1 luglio 2016 n. 13516.

⁵ Cass. 20 febbraio 2019 n. 4946; 29 ottobre 2018 n. 27380; n. 25201/2016; in dottrina v.

L'abbandono della tesi del licenziamento come *extrema ratio* in senso forte (causale) può aver inciso sull'ampiezza dell'obbligo di *repechage*. Da un lato, può aver causato il recupero del bilanciamento tra interesse dell'impresa e interesse dei lavoratori sul piano di un più penetrante obbligo di salvaguardia della posizione individuale; ciò in uno con il *revirement* in tema di distribuzione di oneri allegatori e probatori⁶, che ha portato a rivedere il precedente orientamento in base al quale il lavoratore aveva l'onere di allegare l'esistenza di altri posti disponibili in azienda. Dall'altro, ha consolidato l'apertura a una ricerca di posizioni alternative anche nell'ambito di mansioni inferiori, e pur senza il consenso del lavoratore, in considerazione della novità dell'art. 2103 cod. civ., commi 1 e 2 (spostamento a mansioni diverse dello stesso livello e a mansioni di un livello inferiore).

Quanto all'ampiezza del *repechage*, essa è stata misurata alla stregua delle disposizioni dell'art. 2103 cod. civ., il quale, nella vecchia formulazione, prevedeva l'adibizione alle mansioni di assunzione o a mansioni equivalenti.

Convince la tesi che dalla norma derivi, oltre che un diritto del datore di lavoro di esigere determinate attività lavorative, pur diverse da quelle di assunzione – purché equivalenti da un punto di vista professionale (ora, rientranti nello stesso livello) – anche un diritto del lavoratore a eseguire tutto il ventaglio di attività riconducibili alle mansioni esigibili⁷. Da ciò la conseguenza che il datore di lavoro sia obbligato a riconoscere al dipendente la collocazione necessaria allo svolgimento di ciascuna di quelle attività, e quindi che la posizione non possa dirsi totalmente soppressa se residuano spazi di occupabilità del lavoratore in posizioni equivalenti (oggi, dello stesso livello).

Pur tuttavia la giurisprudenza si è spinta a considerare anche le mansioni inferiori alle quali era vietato adibire il lavoratore, anche consensualmente. Questo nella solita ottica dell'*extrema ratio*, volta a considerare il licenziamento come il male maggiore da evitare sia pure a costo di un male minore.

per tutti: DE LUCA TAMAJO, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in PERULLI (a cura di), *op. cit.*, p. 19 ss.

⁶ *Revirement* attuato da Cass. 22 marzo 2016 n. 5592 e, dopo alcuni ripensamenti, definitivamente confermato: v. Cass. 24 settembre 2019 n. 23789; DEL PUNTA, *Sulla prova dell'impossibilità del ripescaggio nel licenziamento economico*, in PERULLI (a cura di), *op. cit.*, p. 37 ss.; SALIMBENI, *La reductio ad unum di gmo e repechage*, in *RIDL*, 2019, II, p. 631 ss.

⁷ Diritto cui corrisponde un obbligo di cooperazione del datore all'adempimento o il rispetto dei doveri di correttezza e buona fede: Cass. Sez. Un. 7 agosto 1998 n. 7755; in dottrina sul punto: NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra principi costituzionali*, in *DLRI*, 2007, p. 593 ss.

Naturalmente, ciò a patto che il datore di lavoro non sia tenuto a modificare la sua organizzazione produttiva o a fornire formazione aggiuntiva al lavoratore⁸.

Allo stato attuale può, dunque, dirsi consolidato l'orientamento in base al quale: a) il datore deve provare la non utilizzabilità del lavoratore anche in mansioni inferiori; b) non rientrano nell'obbligo le mansioni l'adibizione alle quali implichi un obbligo formativo o la necessità di un mutamento organizzativo (all'infuori delle ipotesi di g.m.o. rappresentato dalla sopravvenuta inidoneità parziale del dipendente)⁹.

3. *Le contraddizioni insite nella posizione della giurisprudenza anche alla luce della mutata disciplina dello jus variandi*

Ma la riconduzione del *repechage* alla fattispecie non convince da un punto di vista giuridico e sistematico. Le argomentazioni a sostegno della giurisprudenza attuale, che non ritiene necessario a giustificare il licenziamento per motivi oggettivi un andamento non recessivo dell'impresa, escludono la rilevanza di situazioni non risultanti dal testo dell'art. 3, l. 604/66¹⁰. A maggior ragione deve essere esclusa la riconduzione alla fattispecie dell'obbligo di *repechage* in quanto non previsto nella formulazione della norma. Inoltre, se il licenziamento per g.m.o. è integrato da qualsiasi modifica organizzativa che implichi, in ragione di causa a effetto, la soppressione del posto di lavoro, appare onestamente irragionevole e contraddittorio farvi rientrare una non collocabilità del lavoratore, il cui posto sia stato soppresso, in altre posizioni anche non coincidenti con il livello ricoperto. Quest'ultimo contenuto, situandosi sul piano della solidarietà sociale (riversata nell'ambito del rapporto individuale di lavoro), risulta in contrasto con la nozione di g.m.o. che attiene alle ragioni che, invece, giustificano un atto "egoistico", e di parte, del datore di lavoro. Si trasformerebbe, inoltre, una causale estintiva in una causale non impeditiva di un fatto estintivo: causale di non impedimento al licenziamento¹¹.

⁸ Cass. 3 dicembre 2019 n. 31520; 11 novembre 2019 n. 29099; 24 settembre 2019 n. 23784; 16 luglio 2019 n. 19025; 8 marzo 2016 n. 4509.

⁹ Ipotesi prevista espressamente da l. 12 marzo 1999 n. 68, artt. 4 e 10.

¹⁰ Cass. n. 25201/2016.

¹¹ Cfr. DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 42.

A ciò si aggiunge che l'obbligo in questione attiene a un momento successivo rispetto alla valutazione della sussistenza del presupposto oggettivo, e forza in maniera incongrua il nesso di causalità tra ragioni produttivo-organizzative e licenziamento, trasformandolo in una vera e propria prova di resistenza¹².

In più, c'è anche da dire che la modifica dell'art. 2103 cod. civ. ha alterato il quadro di riferimento ampliando la sfera delle mansioni che il datore di lavoro può esigere, le quali non sono più soltanto quelle rientranti nel contenuto del contratto – cui è ricollegabile, di conseguenza, anche un diritto allo svolgimento da parte del lavoratore – ma anche mansioni appartenenti a un livello contrattuale inferiore (in caso di modifiche organizzative che incidano sulla posizione del lavoratore). Mentre prima, *jus variandi* e contenuto della prestazione contrattuale coincidevano, oggi questo non avviene perché è indubbio che le mansioni dello stesso livello sono quelle esigibili in base al contenuto fisiologico e originario del contratto, mentre quelle inferiori sono oggetto di un potere di modifica concesso al datore dall'ordinamento, non certo riconducibili alle pattuizioni originarie tra datore e lavoratore e/o all'inquadramento riconosciuto al momento dell'assunzione¹³. Del resto, come è stato notato, non si può pensare che da una norma recentemente modificata dal legislatore con la finalità di ampliare il potere direttivo, il cui esercizio resta rimesso a una decisione libera del datore di lavoro, si possa estrarre un precetto che, integrando la disciplina del g.m.o., imponga l'esercizio di tale potere¹⁴.

Quanto alle mansioni inferiori, ma al di sotto della categoria di appartenenza, il nuovo art. 2103 cod. civ. disciplina la possibilità di svolgimento delle stesse ma soltanto in vista di un preciso interesse del lavoratore che deve manifestarlo attraverso un accordo scritto con precisi requisiti e da concludersi in sede protetta.

Si potrebbe replicare che già le mansioni inferiori erano state fatte rientrare nell'obbligo di *repechage*, ma è anche vero che la nuova norma le disciplina mentre la prima no e, pertanto, se ne potrebbe inferire che in questo

¹² Ricollega il *repechage* al nesso causale e, quindi, alla fattispecie: CARINCI M.T., *L'obbligo di "ripescaggio" nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del Jobs Act*, in *RIDL*, 2017, I, p. 217 ss.

¹³ Sul punto: MARESCA, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: il prius, il posterius e il nesso causale*, in PERULLI (a cura di), *op. cit.*, p. 79 ss.

¹⁴ ROMEI, *op. cit.*, p. 108.

modo ha inteso sottrarle a interpretazioni integrative della giurisprudenza. Per non parlare dei problemi che sono sorti in relazione a chi deve proporre il patto di demansionamento e alla riduzione della retribuzione. Che cosa accadrebbe in caso di adibizione a mansioni inferiori? Violazione dell'art. 2103 cod. civ., co. 6, se non sottoscritto nelle sedi protette? Inoltre, la riduzione della retribuzione sarebbe consentita nell'ipotesi di cui al comma 6, ma non in quella di cui al comma 2.

I problemi applicativi sono tanti ma sembra che si possa ipotizzare una soluzione conciliante.

4. *Disarticolazione dell'obbligo e conseguenze processuali e sanzionatorie*

Il fatto che l'obbligo di *repechage* non rientri nella fattispecie non significa che il controllo di legittimità dell'operato del datore non possa essere così condotto al fine di ottenere un diverso bilanciamento degli interessi più spinto a favore del lavoratore.

Si tratta di una tipica operazione di integrazione giurisprudenziale, la quale va collocata in un quadro che, però, se riferito ai valori costituzionali (artt. 4, 41, 35, 36), presta il fianco a molte critiche perché non soltanto tali principi non fondano un diritto alla stabilità del posto di lavoro¹⁵, ma lo stesso coordinamento dell'iniziativa economica a fini sociali, ai sensi dell'art. 41, co. 3, Cost., va operato dalla legge e quindi postula un intervento diretto del legislatore.

Altro, invece, è il riferimento ai doveri di collaborazione, cooperazione all'adempimento e di comportamento improntato a buona fede e correttezza, i quali potrebbero rilevare per il tramite del collegamento dell'obbligo di *repechage* all'art. 2103 cod. civ. sulle mansioni del lavoratore.

In conclusione, la soluzione potrebbe essere quella di spacchettare l'obbligo di *repechage* considerando, in parziale ossequio alla giurisprudenza dominante, parte costitutiva della fattispecie g.m.o. soltanto l'obbligo di collocare il lavoratore in mansioni appartenenti al medesimo livello contrattuale (con il limite dell'esclusione delle mansioni che imporrebbero un obbligo formativo e che non corrispondano al bagaglio professionale del lavoratore).

La ricerca di una collocazione diversa del lavoratore nell'ambito di man-

¹⁵ Da ultimo: C. Cost. 8 novembre 2018 n. 194.

sioni inferiori al livello contrattuale sarebbe, invece, riconducibile a un obbligo esterno, di correttezza e buona fede, cooperazione, rispetto dei principi costituzionali, etc., ma non alla fattispecie g.m.o.

Questa impostazione può essere giustificata perché la collocazione del lavoratore in mansioni poste sullo stesso piano è operazione che non comporta nessuna alterazione nella gestione ordinaria del rapporto di lavoro, e quindi, avviene, per così dire, a bocce ferme, senza presumibilmente modificare il programma di riorganizzazione/modifica aziendale che è alla base del licenziamento. Tutto sommato il programma può non essere compromesso ove, venuta meno una posizione lavorativa per effetto della modifica, ve ne sia altra ricompresa tra quelle ordinariamente assegnabili al dipendente su cui collocare il medesimo. Inoltre, l'ambito del *repechage* modellato sull'art. 2103 cod. civ. ha ancora senso in relazione alle mansioni convenute con il dipendente e a quelle appartenenti allo stesso livello: queste costituiscono l'oggetto fisiologico del contratto sulle quali si radicano anche obblighi di cooperazione del datore di lavoro.

Non così si può dire per l'adibizione a mansioni inferiori che, invece, implica una modifica che va ben oltre l'ordinaria gestione del rapporto individuale di lavoro comportando una forzatura della relativa dinamica. Né si dica che il nuovo art. 2103 cod. civ. prevede la possibilità di adibizione a un livello inferiore in "caso di modifiche organizzative degli assetti aziendali che incidano sulla posizione del lavoratore", perché questa possibilità è concessa nell'interesse del datore di lavoro e non del lavoratore e, quindi, può essere percorsa quando il datore ne ricavi una utilità liberamente valutabile. Analogamente è a dirsi per il "patto di demansionamento" che risponde a logiche del tutto peculiari e a richiesta del lavoratore e che, in ogni caso, può essere posto in essere.

Il datore di lavoro dovrà, dunque, allegare e provare la non ricollocabilità del lavoratore in mansioni del medesimo livello contrattuale, perché quest'obbligo integra la fattispecie (sussistenza del g.m.o.), ex art. 5 l. 604/66, ma non l'impossibilità di una ricollocazione in mansioni inferiori.

In relazione a queste ultime varranno gli ordinari principi relativi agli oneri allegatori e probatori nel processo (del lavoro), in base ai quali al ricorrente (lavoratore) spetta di allegare e provare i fatti che ritiene siano a base delle sue pretese, in questo caso esistenza di mansioni inferiori e non offerta delle stesse, e al datore fornire prova contraria.

Ma quand'anche in materia di oneri probatori si dovesse propendere

per la diversa soluzione, addossando al datore (in osservanza del principio della vicinanza della prova) anche gli oneri relativi alla prova circa la mancanza di mansioni inferiori, si giungerebbe, in caso di violazione, al medesimo risultato sostanziale.

In caso di allegazione e prova dell'esistenza delle mansioni inferiori (o in mancanza di contestazione del datore di lavoro, per cui la circostanza risulterebbe accertata), non potrebbe mai addivenirsi alla decisione di "una manifesta insussistenza del fatto", non attenendo tale circostanza alla fattispecie, e la condanna non potrebbe che essere quella risarcitoria di cui al comma 5 dell'art. 18 l. 300/70, per illegittimità del licenziamento.

Irene Zoppoli

La cultura giuridica in tema di licenziamento nullo e discriminatorio: confini e potenzialità

Sommario: **1.** Parametri di misurazione dei mutamenti: il contesto interno relativo al modello civilistico. **2.** Il contesto esterno relativo alla disciplina sovranazionale. **3.** Il contesto settoriale: il rapporto con il complessivo sistema sanzionatorio

1. Parametri di misurazione dei mutamenti: il contesto interno relativo al modello civilistico

Una riflessione sulla disciplina del licenziamento nullo e discriminatorio dallo Statuto ai giorni nostri potrebbe essere falsata dalla tentazione di riscontrare più linee di continuità che di discontinuità, generando una sensazione di rassicurazione verso un sistema di tutela rimasto apparentemente invariato e per cui si può nutrire soddisfazione per quanto concerne l'effettività della tutela forte che ancora resiste. L'adozione di una prospettiva erronea è dettata dalla differenza che sussiste tra l'attuale apparato sanzionatorio riconosciuto in presenza dei suddetti vizi e quello vigente per le restanti fattispecie di illegittimità del licenziamento investite, come noto, da interventi ben più incisivi – talora neppure di mero *restyling* – da parte del legislatore moderno.

Il presente contributo tende, invece, a rispondere alla necessità di riflettere, a mezzo secolo dallo Statuto dei lavoratori, sui cambiamenti della “cultura giuridica del lavoro”, guardando “dentro e fuori lo Statuto” dal privilegiato angolo visuale del licenziamento nullo e discriminatorio, che, considerato nella sua specificità e in relazione agli altri possibili vizi del licenziamento, si atteggia a cartina di tornasole del complessivo sistema vigente di tutela.

Il programma, forse ambizioso in considerazione dei ridotti limiti di spazio, si dipana lungo tre parametri di misurazione dei mutamenti, che consistono nel confronto con: a) il modello civilistico; b) il modello sovranazionale; c) l'attuale e complessivo sistema sanzionatorio in tema di licenziamenti.

Interrogandosi sui mutamenti di disciplina intervenuti in relazione al modello civilistico, ci si chiede quanto lo Statuto riusciva a distanziarsi dal sistema delle nullità di diritto comune dei contratti e cosa sia cambiato oggi.

Il discorso non può essere affrontato in modo unitario, dal momento che il licenziamento nullo e quello discriminatorio hanno “storie diverse”, sebbene entrambe riassumibili come la concretizzazione di un percorso di *progressiva emancipazione dal diritto civile*.

Il licenziamento discriminatorio disciplinato dall'art. 15 dello Statuto dei lavoratori risentiva di una forte influenza del motivo illecito di cui all'art. 1345 cod. civ.; la riduzione della discriminazione ad un movente individuale non coglieva, tuttavia, la vera identità della fattispecie discriminatoria, subordinando la tutela alla prova dell'intento soggettivo della fattispecie¹. La giurisprudenza² ha contribuito a fare chiarezza sul punto, esplicitando che “la discriminazione, diversamente dal motivo illecito, opera obiettivamente [...] ed a prescindere dalla volontà illecita del datore di lavoro”.

La delimitazione del confine sussistente tra la fattispecie di licenziamento discriminatorio e quella viziata da motivo illecito permane, tuttavia, come questione non compiutamente risolta; la diversa distribuzione dell'onere probatorio è un aspetto che pesa notevolmente nell'inclusione di un'ipotesi nell'uno o nell'altro contenitore tipico. Emblematico, a tal riguardo, è il dibattito ancora vivace relativo all'inquadramento del cd. licenziamento ritorsivo³; tale confusione sistematica è presente persino in un recente intervento legislativo relativo alla disciplina del cd. *whistleblowing*: il legislatore, probabilmente ben consapevole della stessa, ne “sfrutta” l'esistenza, definendo la misura ritorsiva “o” discriminatoria, raddoppiando così le possibilità di tutela avverso il licenziamento collegato alla segnalazione⁴,

¹ BARBERA, *Principio di eguaglianza e divieti di discriminazione*, in BARBERA, GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Giappichelli, 2019, p. 46.

² Una svolta decisiva in tal senso si deve a Cass. 5 aprile 2016 n. 6575.

³ Tra tanti si veda MARINELLI F., *Ma il licenziamento ritorsivo è discriminatorio o per motivo illecito?*, in *RIDL*, 2017, II, p. 735 ss.

⁴ Sul tema si rinvia a PERUZZI, *La prova del licenziamento ritorsivo nella legge 179/17 sul whistleblowing*, in *LD*, 2020, p. 33 ss.

seppur con un'evidente ricaduta negativa in punto di certezza del diritto per quanto attiene agli elementi costitutivi delle due fattispecie e al conseguente regime.

Tale incertezza si dimostra un problema sempre più urgente da risolvere se si guarda alla seconda fattispecie che si intende analizzare, ossia il licenziamento nullo.

Come noto, se il testo originario dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori si riferiva genericamente alle ipotesi di nullità per riconnettervi la sanzione della reintegrazione, il legislatore negli ultimi tempi ha contribuito, invece, a specificare progressivamente sempre di più le ipotesi di nullità assistite dalla tutela forte; la riforma del 2012 aveva scelto la strada dell'elencazione di alcune fattispecie e del rinvio alle "altre nullità previste dalla legge"; la riforma del 2015 ha, invece, proceduto ad espungere il riferimento alle ipotesi specifiche, scegliendo di rinviare agli "altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge". L'aggiunta dell'avverbio "espressamente" ha, dunque, generato una serie di problemi interpretativi ancora aperti, inerenti alla collocazione delle cd. ipotesi di nullità virtuale e alla possibile inclusione delle sole nullità testuali della normativa di settore, escludendo, dunque, dal regime lavoristico specifico quelle ipotesi di nullità pur previste dalla legge ma dal codice civile, compreso, quindi, il motivo illecito di cui all'art. 1345 cod. civ.⁵

Se ne deduce, dunque, che, il percorso di emancipazione dalla tutela civilistica ha, da un lato, conferito all'art. 18 St. lav. una "funzione aggregante"⁶, nel senso di unificare il regime sanzionatorio in caso di recesso connotato dal particolare disvalore derivante dallo stigma di nullità o di misura discriminatoria, ma, dall'altro lato, non ha risolto il rapporto con fattispecie e discipline di diritto comune, consentendo lo sviluppo di una cultura giuridica del lavoro sul tema non ancora autosufficiente e dai confini incerti.

⁵ Si veda PASQUALETTO, *Il licenziamento discriminatorio e nullo nel "passaggio" dall'art. 18. Stat. lav. all'art. 2, d.lgs. n. 23/2015*, in CARINCI F., CESTER (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015 (contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti)*, Adapt University Press, 2015, p. 48 ss.; BELLOCCHI, *La nullità del licenziamento nel decreto legislativo n. 23/2015*, in *DRI*, 2018, p. 145 ss.

⁶ BORELLI, GUARISO, LAZZERONI, *Le discriminazioni nel rapporto di lavoro*, in BARBERA, GUARISO (a cura di), *op. cit.*, p. 224.

2. Il contesto esterno relativo alla disciplina sovranazionale

Il secondo parametro di misurazione dei mutamenti non può che essere il confronto con la disciplina sovranazionale, rivelatasi essenziale nell'evoluzione della nozione, dell'oggetto e del meccanismo di funzionamento della fattispecie discriminatoria.

A fronte delle innumerevoli e consistenti critiche ricevute dall'Unione Europea – ritenuta responsabile, più come attore politico che come legislatore, dell'impulso a procedere a riforme nazionali dei licenziamenti orientate nel senso di una riduzione delle tutele in nome di superiori ragioni economiche⁷ – gli interventi europei in tema di discriminazione registrano, invece, un più diffuso consenso⁸.

Guardando all'ordinamento italiano, e più precisamente, a quello statutario, occorre innanzitutto riconoscere alle direttive europee antidiscriminatorie⁹ il merito di aver contribuito fortemente all'espansione dei fattori protetti, andando oltre l'originaria triade delle discriminazioni sindacali, politiche e religiose contenuta nell'art. 15 dello Statuto. La legislazione sovranazionale è stata, infatti, in grado di recepire i mutamenti sociali in atto e di tradurre in un linguaggio giuridico l'esigenza di porre argini all'ampliarsi delle ragioni di disegualianza, conferendo alla tutela discriminatoria un carattere speciale, ossia di “sottosistema normativo avente caratteri distintivi propri”¹⁰.

Non si può di certo ignorare che la norma statutaria si sia dimostrata virtuosa nella sua “ampiezza prospettica”¹¹, rivelando un'intrinseca idoneità a recepire le evoluzioni del diritto e, conseguentemente, ad accogliere l'influenza sovranazionale.

Rispetto a questo secondo parametro si può, dunque, ritenere sussistente una *buona sinergia* tra la cultura nazionale statutaria e quella sovranazionale

⁷ Per una ricostruzione del tema tra tanti si rinvia a GIUBBONI, *Diritto del lavoro europeo. Un'introduzione critica*, CEDAM, 2017.

⁸ GUARRIELLO, Relazione in Seminario virtuale Laburisti Dem “Lo statuto dei lavoratori 50 anni dopo”, 19 maggio 2020.

⁹ Sul tema si rinvia a RANIERI, *Identità, organizzazioni, rapporti di lavoro*, CEDAM, 2017, p. 296 ss.

¹⁰ BARBERA, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *RGL*, 2013, I, p. 148.

¹¹ LAZZERONI, *Lo Statuto dei lavoratori tra vecchie e nuove sfide del diritto antidiscriminatorio*, in questa rivista, 2020, p. 255.

successiva; in altri termini, seppure il contenuto del licenziamento discriminatorio si sia indubbiamente arricchito di ulteriori divieti di discriminazione, tali da mutarne il perimetro di operatività, la rotta è la medesima, ossia il riconoscimento di una tutela forte nel caso in cui il potere datoriale di recedere dal contratto di lavoro venga esercitato in spregio a diritti fondamentali degli individui¹² da proteggere non solo fuori, ma anche dentro la relazione lavorativa.

Ciò vale, tuttavia, a sottolineare utilmente per il prosieguo della riflessione che la tutela avverso il licenziamento discriminatorio, oggi più che all'epoca statutaria, gode di una propria precisa identità, che la differenzia dal più ampio contenitore della nullità così come dal licenziamento ingiustificato.

3. *Il contesto settoriale: il rapporto con il complessivo sistema sanzionatorio*

L'ultimo parametro di misurazione dei mutamenti può essere identificato nella necessità di confrontare il sistema di tutela del licenziamento nullo e discriminatorio con il complessivo contesto settoriale della disciplina vigente relativa ai vizi del recesso datoriale.

Un simile sguardo di insieme è imposto dall'esistenza di una conseguenza pratica, che, per eterogenesi dei fini, è stata prodotta dai numerosi interventi legislativi di riforma dell'apparato sanzionatorio: si è parlato, infatti, di una "sopravvenuta centralità del diritto antidiscriminatorio per cause esterne"¹³, di un "gioco di vasi comunicanti"¹⁴ in base al quale la tendenza normativa di progressivo depotenziamento delle tutele in caso di licenziamento illegittimo ha comportato un'emigrazione del bisogno di tutela verso "l'ombrello protettivo" più sicuro, rappresentato, appunto, dal licenziamento nullo e discriminatorio¹⁵.

¹² FONTANA, *Statuto e tutela antidiscriminatoria (1970-2020)*, in questa rivista, 2020, p. 217 ss.

¹³ IZZI, *Il licenziamento discriminatorio secondo la più virtuosa giurisprudenza nazionale*, in *LG*, 2016, p. 748.

¹⁴ BOLLANI, *Tutele e tecniche normative nel diritto antidiscriminatorio a cinquant'anni dallo Statuto dei lavoratori*, in questa rivista, 2020, p. 242.

¹⁵ Si veda sul tema CARINCI M.T., *Il licenziamento discriminatorio alla luce della disciplina nazionale: nozioni e distinzioni*, in *RIDL*, 2016, II, p. 720 ss. L'Autrice definisce il licenziamento discriminatorio "l'ultima cittadella in cui è assicurata una tutela effettiva contro il licenziamento"; BARBERA, *Il licenziamento*, cit., p. 143. L'Autrice rappresenta i divieti di discriminazione come "i soldati di Salamina, i difensori ultimi dei diritti assoluti della persona".

La centralità perduta dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori con la consequenziale marginalizzazione del rimedio della reintegrazione non è oggetto della presente riflessione, ma è rilevante in questa sede come dato di fatto; essa funge da tentazione per chi subisce un atto di licenziamento ritenuto in senso lato illegittimo a fare appello alle categorie della nullità o della discriminazione per ottenere una tutela maggiore.

Una tale prassi non può essere tollerata, ma al tempo stesso, in quanto fenomeno sociale, deve essere compresa; in altri termini, è necessario recepire il bisogno ad essa sotteso, che non può essere sminuito come semplice identificazione di una manifestazione di opportunismo¹⁶ processuale.

Occorre trovare un rimedio che non sia l'esclusivo affidamento alla prudente valutazione del giudice, costretto tra l'imperativo deontologico del rigore giuridico e l'imperativo ideologico delle proprie convinzioni valoriali; in questo modo, infatti, non si farebbe che fornire linfa allo sviluppo della cd. "giurisprudenza anarchica"¹⁷. Potrebbe dirsi, infatti, che la potenzialità della tutela prevista in caso di licenziamento nullo e discriminatorio è una *potenzialità abusata*, allorquando si concretizza in una forzatura della sussunzione dei casi specifici nelle fattispecie astratte per ottenere un risultato rimediabile maggiore in termini di efficacia. I complessi percorsi di specializzazione del licenziamento nullo e di arricchimento contenutistico, sia dal punto di vista della nozione che degli strumenti processuali di tutela, del licenziamento discriminatorio finiscono, in questo modo, per essere sforzi perduti.

Prendendo in prestito una definizione sociologica di cultura giuridica, essa viene descritta come "un insieme di opinioni, idee e convinzioni che orientano il comportamento dei membri di una società nei confronti del loro sistema giuridico"; si tratta, dunque, di un "fattore dinamico" i cui elementi caratteristici sono la "consapevolezza del diritto" e il "senso di giustizia"¹⁸.

La cultura giuridica del lavoro promossa all'epoca statutaria forniva un messaggio chiaro nel senso di stigmatizzare con la previsione di una sanzione

¹⁶ L'altra faccia della medaglia consiste nel guardare alla possibile strumentalizzazione dei motivi di licenziamento da parte del datore di lavoro. Si veda SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, in RIDL, 2016, I, p. 111.

¹⁷ VIDIRI, *La riforma Fornero: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in RIDL, 2012, I, p. 617.

¹⁸ FRIEDMAN, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, Il Mulino, 1983.

forte ipotesi di licenziamento connotate da un particolare disvalore; è paradossale lasciare che – pur a fronte di definizioni più precise e di tecniche di tutela più sofisticate – la consapevolezza del diritto e il senso di giustizia in tema di licenziamento nullo e discriminatorio diventino elementi incerti e strumentalizzati.

L'unica strada per evitare un uso fraudolento del diritto, dunque, è un'efficace “operazione di riordino delle categorie”¹⁹, in mancanza della quale non sarebbe peregrino ritenere che la cultura giuridica del lavoro a mezzo secolo dallo Statuto dei lavoratori è sensibilmente in declino.

¹⁹ BIASI, *Il licenziamento per motivo illecito: dialogando con la giurisprudenza*, in *LDE*, 2018. Si veda anche LOKIEC, *La réforme italienne du marché du travail: les modifications concernant le droit du licenciement*, in *RDT*, 2012, p. 514 ss. Il giuslavorista francese, analizzando le riforme legislative italiane in tema di licenziamento, definisce le cause del licenziamento “il grande assente del dibattito”.

Raffaele De Luca Tamajo

I licenziamenti individuali

tra resistenze ideologiche e incertezze interpretative

Dopo tanti e accesi dibattiti sulla disciplina emergenziale dei licenziamenti e segnatamente sul binomio Cig-blocco dei recessi “economici” torniamo a occuparci di temi classici: causali e regime sanzionatorio ordinario dei licenziamenti, quali disegnati dall’art. 18 in edizione legge Fornero e dalla disciplina del Contratto a tutele crescenti.

Questo rilievo potrebbe far pensare al carattere anticiclico di questo webinar, ma l’impressione sarebbe fallace poiché in realtà la versione emergenziale non è poi così avulsa ed ininfluente rispetto alla disciplina post covid dei licenziamenti. Basti solo pensare che da più parti – e in particolare da un recente editoriale della Rivista giuridica del lavoro – viene il monito a non pensare che all’uscita dal “blocco” sarà tollerabile la permanenza della disciplina preesistente ed emerge la convinzione che la attuale difficile contingenza produrrà inevitabili spinte per una riforma in chiave garantistica della materia. Come dire che quella riforma organica che non sono riuscite a provocare le varie e note picconate della Corte costituzionale e del Comitato europeo dei diritti sociali sarà forse portata a compimento, per effetto delle preoccupazioni indotte dalla pandemia, in una ottica di maggiore tutela dell’occupazione, ma auspicabilmente anche in una prospettiva di semplificazione della complessa e stratificata materia.

Quanto alla necessità di una semplificazione della trama normativa, tutti gli odierni relatori hanno sottolineato il tasso di incertezza interpretativa che grava sia in tema di causali del licenziamento che in ordine al regime sanzionatorio: comprensibile forse per le prime, meno per il secondo.

In effetti la carica ideologica consentita in sede interpretativa dalle clausole elastiche e dalla delicatezza della problematica occupazionale rende inevitabili

orientamenti giurisprudenziali e dottrinali molto altalenanti se non talora contraddittori. Gli aggettivi che vengono utilizzati dal legislatore per caratterizzare le causali – giusto, notevole, manifesto, proporzionato – non sono dei meri orpelli decorativi, sono piuttosto dei veri e propri ponti che traghettano entro l'ordinamento valutazioni e contesti extra normativi, culture e sensibilità ambientali anche molto differenziate: con l'inevitabile risultato di incidere negativamente sulla certezza delle soluzioni giurisprudenziali.

Sul tema delle causali del recesso datoriale Luca Calcaterra ha sottolineato un particolare profilo di complessità del “giustificato motivo oggettivo” connesso al fatto che in realtà vi è ben poco di “oggettivo” entro tale nozione, non soltanto perché spesso viene in gioco una vicenda personale del lavoratore, pur sussunta sotto l'etichetta del *g m o* (come nei casi dell'arresto del lavoratore o della perdita di un patentino abilitante), ma anche perché in realtà non esiste un interesse oggettivo della impresa che trascende quello del singolo imprenditore, sicché dietro ogni decisione organizzativa c'è sempre un profilo soggettivo.

Anche Irene Zoppoli ha fatto riferimento al tema delle causali allorché ha rilevato che al depotenziamento normativo delle tutele previste per le ipotesi di mancanza di giusta causa o di giustificato motivo è corrisposto il tentativo da parte dei lavoratori di appellarsi alle fattispecie di discriminazione o di rappresaglia che, come è noto, restano assistite da un ben più solido profilo di reintegrazione. Una simile tendenza, tuttavia, non giova alla stabilizzazione delle nozioni di discriminazione e rappresaglia, che, viceversa, postulano confini concettuali ben definiti.

Molto meno giustificabili, poi, sono le incertezze in tema di apparato sanzionatorio del licenziamento, ridisegnato dalla legge n. 92/2012 e poi dalla disciplina del Contratto a tutele crescenti; un disegno frutto di una brillante mediazione politica, ma di un infelicissimo compromesso tecnico che ha prodotto una selva normativa intricata costituita da ben tredici regimi giuridici diversi previsti per il licenziamento illegittimo.

Se è dunque vero che una parte delle difficoltà interpretative deve essere imputata al legislatore, è anche vero, però, che su un punto questi è stato molto chiaro: riduzione dell'area della reintegrazione in favore della soluzione meramente indennitaria. E purtroppo è proprio su questo tema che giurisprudenza e dottrina, influenzate da una forte resistenza ideologica nei confronti di una disciplina meno efficiente in tema di stabilità del posto di lavoro, hanno creato una certa confusione, ancorché mitigata dagli interventi nomofilattici della

Corte di Cassazione. Sta di fatto che a 8 anni dalla legge n. 92/2012 e a 5 anni dal d.lgs. n. 23 del 2015 la linea spartitoria tra reintegrazione e indennizzo economico in molte pronunzie giudiziarie ancora non è limpida.

Sul piano meramente valutativo della opzione legislativa in tema di regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo vorrei spendere una considerazione sulla recente pronunzia del Comitato europeo dei diritti sociali, richiamata da Giovanni Orlandini, che ha bollato come non conforme alle disposizioni contenute nella Carta sociale europea la disciplina italiana in materia. Prendere sul serio questa pronunzia, il cui segno ideologico è fin troppo evidente, avrebbe la conseguenza di ritenere che la quasi totalità dei Paesi europei sono in contrasto con i disposti della Carta sociale dal momento che la normativa italiana, tanto più dopo l'innalzamento fino a 36 mensilità dell'indennizzo dovuto al lavoratore ingiustamente licenziato (in presenza di un fatto sussistente) e dopo i plurimi interventi modificativi della Corte costituzionale, presenta un livello garantistico comparativamente elevato. Proprio per questa plateale ignoranza della realtà normativa di tanti Paesi sarei del parere di non attribuire eccessivo valore ad una opinione proveniente da un Comitato di discutibile formazione e di incerta funzione, opinione peraltro in contrasto con reiterate affermazioni della nostra Corte costituzionale, secondo cui l'opzione reintegratoria non è costituzionalmente necessitata.

Maria Teresa Carinci ha rilevato che di fronte al *decalage* delle tutele predisposto dal legislatore nell'ultimo decennio giurisprudenza e dottrina hanno tentato un po' di tutto per salvaguardare il livello garantistico in tema di stabilità del posto di lavoro. Ad esempio hanno ragionevolmente creato la tesi del fatto insussistente ma privo di rilievo disciplinare o di illiceità oppure non suscettibile di sicura imputabilità per consentire in tali ipotesi l'applicazione del rimedio reintegratorio; hanno meno ragionevolmente confuso l'insussistenza del fatto materiale con l'insussistenza della giusta causa pervenendo così ad un esito sempre reintegratorio, in spregio al diverso dosaggio normativo; hanno tentato di recuperare erroneamente il canone della proporzionalità anche ai fini della selezione della tipologia sanzionatoria del licenziamento ingiustificato laddove il legislatore del 2015 è stato quanto mai esplicito nel circoscrivere il rilievo della proporzionalità al solo fine dell'accertamento della legittimità del recesso datoriale, privandolo di ogni significato in sede di individuazione della conseguenza sanzionatoria.

È appena il caso di sottolineare in proposito che se è vero che l'interpretazione costituzionalmente orientata rientra a pieno titolo tra gli stru-

menti ermeneutici, non si può abusarne fino a far dire al legislatore qualcosa di totalmente diverso da quanto abbia esplicitamente sancito.

Su questi temi ben evidenziati da Maria Teresa Carinci sarò felice di conoscere in altra occasione la sua opinione di merito.

Devo necessariamente fare solo un cenno agli altri interventi dell'odierno seminario, scusandomi preventivamente per la fugacità delle notazioni.

Paola Saracini ha forgiato la tesi della disciplina sanzionatoria del licenziamento ingiustificato in chiave di tutela economica della occupazione e quindi come fattore di soluzione della quantificazione economica dell'indennizzo dovuto al lavoratore, che appunto dovrebbe essere plasmata sulla maggiore o minore difficoltà di trovare una nuova occupazione, considerata l'area geografica interessata, la professionalità e l'età del lavoratore. Un simile criterio, che difficilmente potrebbe essere formalizzato dal legislatore, pena un evidente rischio di incostituzionalità, trova però un qualche implicito seguito nella giurisprudenza inevitabilmente influenzata dalle diverse realtà del mercato del lavoro.

Maria Teresa Salimbeni ha proposto un interessante distinguo in tema di *repechage*, traendone conseguenze precise e del tutto condivisibili.

La Consigliera De Franco ha confermato che l'equilibrio normativo originario in tema di onere della prova non è risultato alterato dalle riforme degli ultimi anni e ha proposto interessanti rilievi in tema di onere della prova al riguardo delle discriminazioni dirette e indirette.

Alessandro Di Casola ha argomentato in merito alla compatibilità tra tutela cautelare e i riti, ordinario e Fornero, previsti in tema di impugnativa del licenziamento, sottolineando altresì la forte spinta in favore delle soluzioni conciliative, evidente in più di una disposizione legislativa.

Questo ultimo rilievo mi offre lo scivolo per una conclusione. La valorizzazione insistita dello strumento conciliativo si colloca nella comprensibile ottica finalistica di deflazione di un contenzioso lavoristico non gestibile o almeno non in tempi ragionevoli; tuttavia il vero incentivo al ricorso alle soluzioni conciliative in materia di licenziamento sembra essere nell'attuale momento l'assoluta incertezza delle soluzioni giurisprudenziali, caratterizzate da un alto tasso ideologico e soprattutto gravate da un impianto normativo quanto mai complesso per non dire confuso. Si vuol dire, insomma, che il condivisibile obiettivo di deflazione del contenzioso viene di fatto perseguito tramite il più improprio e deplorabile degli strumenti: la assoluta incertezza del diritto, che induce le parti a soluzioni conciliative onde evitare esiti altamente aleatori.

sezione seconda

Il contratto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni: dallo Statuto alla riforma Madia

Antonello Zoppoli

Filosofia dello Statuto dei lavoratori, contratto di lavoro e organizzazione nelle pubbliche amministrazioni

Sommario: **1.** Il carattere “destabilizzante” dell’art. 37 dello Statuto dei lavoratori. **2.** Poteri datoriali e suoi limiti (esterni) nel realismo dello Statuto. **3.** Funzionalizzazione del potere datoriale pubblico *vs.* alterità degli interessi delle parti del contratto di lavoro. **4.** Statuto, organizzazione, art. 97 Cost. **5.** Lavoro privato e lavoro pubblico: normazione ponderata e adeguate tecniche regolative. **6.** La tormentata “privatizzazione” del lavoro pubblico e una moderna idea di organizzazione.

1. *Il carattere “destabilizzante” dell’art. 37 dello Statuto dei lavoratori*

L’argomento del ciclo di seminari promosso agli inizi del 2020 dalla Rivista Diritti Lavori Mercati, i cui risultati sono raccolti in questo Quaderno e nel Quaderno n. 8¹, pone una domanda di fondo, ossia a che punto sia oggi, a distanza di cinquant’anni dalla Statuto dei lavoratori, la cultura giuridica per quanto riguarda il contratto di lavoro con le pubbliche amministrazioni.

La questione invita a prendere le mosse dallo Statuto per giungere poi sino a un “oggi” che trova i suoi tratti nel tormentato percorso di riforme giunte, al momento, alla cd. riforma Madia del 2017 (d.lgs. 25 maggio 2017 nn. 74 e 75), quinto intervento riformatore dopo quelli del 1993, 1997-98, 2002, 2009. Nelle pagine che seguono mi soffermerò essenzialmente su alcuni tratti basilari dello Statuto divenuti, dopo la cd. privatizzazione del pubblico impiego degli anni Novanta, consapevolezze giuridiche anche per il lavoro presso le amministrazioni pubbliche. Proverò poi a tracciare solo qualche spunto di ri-

¹ Quaderni intitolati, entrambi, *Mezzo secolo dallo Statuto dei lavoratori. Politiche del diritto e cultura giuridica*. Il Quaderno n. 8 è a cura di RUSCIANO, GAETA, ZOPPOLI L.

flessione conclusivo in una prospettiva diacronica, rivolta cioè al ricordato sviluppo della riforma, cui l'interrogativo posto rimanda.

Anzitutto una premessa.

Lo Statuto dei lavoratori, se – come si legge nella presentazione del primo dei menzionati Quaderni – cinquant'anni or sono fece “irruzione in un diritto del lavoro vecchio”², con il suo art. 37 (da ora semplicemente art. 37) assumeva, in riferimento al lavoro pubblico, una portata addirittura “destabilizzante”. Ha scritto Mario Rusciano, in occasione dei quarant'anni dello Statuto, che l'art. 37 solo a prima vista sembrava confermare la corrispondente norma del codice civile, cioè l'art. 2129, laddove gli interpreti più sensibili non ebbero alcuna difficoltà a cogliere la netta differenza tra le due disposizioni. Lo Statuto “fissa limiti al potere datoriale, a tutela della libertà e dignità dei lavoratori, e prevede la presenza del sindacato nei luoghi di lavoro”: due materie, nella legislazione dell'impiego pubblico, “non (...) diversamente regolate”, bensì “completamente ignorate, perché distanti anni-luce dalla logica dello statuto giuridico di natura pubblica”, sostanzialmente sottesa all'art. 2129 cod. civ.³.

Questa distanza alimenterà, in pratica, le note difficoltà di interpretazione dell'art. 37. Ampiamente superate – dopo la tappa intermedia della l. 29 marzo 1983, n. 93 – dalla “privatizzazione” (artt. 2, c. 2, e 51, c. 2, del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165)⁴: con la quale, l'applicazione dello Statuto al lavoro pubblico seguirà logica e tecnica di tutte le norme del lavoro nell'impresa; sarà cioè, per espressa previsione normativa, diretta, “salve le diverse disposizioni contenute” nello stesso decreto 165.

Sulle ragioni di quella distanza è però utile, oggi, tornare.

2. *Poteri datoriali e suoi limiti (esterni) nel realismo dello Statuto*

Come si sa, lo Statuto capovolge definitivamente, e in maniera giuridicamente robusta, l'approccio del codice civile al contratto di lavoro subordinato, ispirato a un'integrale razionalità liberista⁵: sollevando il velo del

² *Presentazione* di RUSCIANO, GAETA, ZOPPOLI L., p. 13.

³ Le citazioni sono di RUSCIANO, *Lo Statuto dei lavoratori e il pubblico impiego*, in *LD*, 2010, p. 106.

⁴ In cui sono confluiti gli artt. 2, co. 2, e 55, co. 2, del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29.

⁵ V., per tutti, LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, 1982,

debolissimo impianto di tutele apprestate dal legislatore codicistico, lo Statuto considera le parti del contratto non più, secondo un'ottica formalistica, in una posizione di parità, bensì nella loro *effettiva* situazione, di indubbio e marcato squilibrio. La posizione delle parti di un contratto di lavoro subordinato viene considerata, cioè, in tutti suoi profili, per ciò che *realmente* è, nella sua dimensione di "potere-soggezione"⁶. Si dà così anzitutto corpo a una nota lettura dell'art. 1 della Costituzione, secondo la quale il Costituente ha assunto a riferimento "l'essere reale, visto nella concretezza dei bisogni che ricercano nuovi strumenti di soddisfazione"⁷.

Nel considerare l'effettiva posizione delle parti lo Statuto prende molto sul serio già i poteri datoriali nell'impresa in un'economia di mercato: li riconosce e legittima come "coessenziali" al rapporto di lavoro subordinato; e sì, perché senza potere non c'è subordinazione, ossia non v'è lavoro funzionale per l'organizzazione⁸. Tuttavia la relazione, se è giocoforza di potere in funzione dell'organizzazione, non può essere *legibus soluta*. A farne le spese sarebbe, inevitabilmente, chi – lo Statuto lo sa bene – è in posizione di soggezione e quel potere subisce: il lavoratore subordinato, con la sua persona. A differenza del legislatore del codice, decisamente sensibile all'istanza liberista, il legislatore statutario ritiene, al massimo, *legibus soluta* l'impresa "illuminata", ma questa è non più di una possibilità: al legislatore statutario lo ha indicato la Costituzione, in modo espresso nell'art. 41, dove ha accompagnato la libertà d'iniziativa economica con limiti molto significativi.

Sicché, il potere in funzione dell'organizzazione – dice lo Statuto – va preso

p. 17; MENGONI, *Le modificazioni del rapporto di lavoro alla luce dello Statuto dei lavoratori*, in ID., *Diritto e valori*, il Mulino, 1985, p. 378.

⁶ "Il tratto più eterodosso della Statuto è dunque quello dell'effettività", scrive MAZZOTTA, *Le molte eredità dello Statuto dei lavoratori*, in LD, 2010, p. 33. Su questo centrale profilo cfr., da ultimo, DORSSEMONT, *Lo Statuto all'avanguardia: uno strumento pionieristico per l'Europa e oltre*, e ZOPPOLI L., *Dall'effettività alla sostenibilità: mezzo secolo di pragmatismo dei giuslavoristi*, entrambi in *Quad. DLM*, 2020, n. 8, rispettivamente p. 57 e p. 75.

⁷ MORTATI, *Commento all'art. 1*, in BRANCA G., (a cura di), *Principi fondamentali*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli-Il Foro it., 1975, p. 10.

⁸ Come osserva efficacemente ROMAGNOLI (ID., *Lo Statuto ha 50 anni!*, in *Quad. DLM*, 2020, n. 8, p. 34), lo Statuto "si proponeva di incivilire il potere aziendale sostituendo all'autorità-autoritaria un'autorità basata sulla rilegittimazione dell'impresa mediante l'adeguamento della sua gestione ai valori di cui è portatrice il lavoro, anche di quelli non negoziabili né monetizzabili". Sul punto, da ultimo, v. anche VOZA, *Statuto, poteri dell'imprenditore e tutele della persona del lavoratore*, in *RGL*, 2020, I, p. 66; GARGIULO, *La determinazione della prestazione di lavoro tra libertà e dignità: potere direttivo e jus variandi a cinquant'anni dallo Statuto*, in *Quad. DLM*, 2020, n. 8, p. 381.

sul serio ed esige limiti al suo esercizio, in tutte le sue fasi, a tutela del lavoratore⁹. Questi limiti, tuttavia, per unanime consolidata opinione¹⁰, non potranno riguardare profili “interni” al potere datoriale, come il “cosa” o il “perché” produrre, altrimenti risulterebbe intaccata la libertà d’iniziativa economica. Si tratta dunque, riprendendo una classica distinzione, di limiti cc.dd. esterni.

3. *Funzionalizzazione del potere datoriale pubblico vs. alterità degli interessi delle parti del contratto di lavoro*

Nell’assetto tradizionale dell’impiego pubblico, prima della “privatizzazione”, il quadro si presenta molto diverso. E questo, come si diceva, è sostanzialmente il quadro sotteso all’art. 2129 cod. civ.

Nell’impostazione codicistica la struttura del potere del datore di impiego pubblico segue la struttura del potere attribuito, in generale, alle amministrazioni pubbliche per lo svolgimento della propria attività istituzionale. Il potere del datore di lavoro pubblico è “funzionalizzato”: in quanto correlato a un preciso fine, comunque d’interesse generale, che ne conforma, sul piano giuridico, nascita, svolgimento, esito¹¹. Tutte fasi soggette a limiti di legittimità, ma, appunto, nell’interesse generale, in piena sintonia – si ritiene – con quanto statuito dall’art. 97 Cost.

Questa fisionomia del potere del datore fa aggio sulla tutela della persona del lavoratore alle dipendenze dell’amministrazione. Non è qui il caso di intrattenersi sulle caratteristiche del rapporto di lavoro che ne conseguono¹². Piuttosto, tornando allo Statuto dei lavoratori, la fisionomia del po-

⁹ V., tra i tanti, GRANDI, *Rapporto di lavoro*, in *ED*, 1989, XXXVIII, p. 313; TREU, *Lo Statuto dei lavoratori: vent’anni dopo*, in *QDLRI*, 1989, p. 26; MENGONI, *I poteri dell’imprenditore*, in *ID.*, *Diritto e valori*, il Mulino, 1985, p. 400.

¹⁰ D’obbligo il riferimento a MINERVINI, *Contro la “funzionalizzazione” dell’impresa privata*, in *RDC*, 1958, I, p. 618.

¹¹ Secondo il concetto di “funzionalizzazione analitica”: così, in modo esaustivo, ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d’impiego con enti pubblici*, in *GDLRI*, 1993, p. 471; ORSI BATTAGLINI, CORPACI, *Sub art. 4, d.lgs. n. 29/1993*, in CORPACI, RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dell’organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *NLCC*, 1999, p. 1098.

¹² Vale a dire, in sintesi: a) prevalenza del rapporto organico, d’immedesimazione del soggetto nel *munus publicum* – in cui appunto spicca l’interesse pubblico –, sul cd. rapporto di servizio, concernente invece lo scambio tra prestazione di lavoro e retribuzione, con la posizione di supremazia speciale dell’amministrazione; b) conseguente negazione della alterità delle po-

tere datoriale pubblico risulta incompatibile con l'impostazione statutaria prima ricordata: l'introduzione di limiti "esterni" al potere datoriale a tutela del lavoratore, propria dello Statuto, mal si concilia con l'esistenza di un potere funzionalizzato per un fine che tale tutela dovrebbe assorbire. La ragione sta ancora nel realismo dello Statuto, che non tollera questo assorbimento.

Lo Statuto – come già accennato – muove dall'assunto secondo cui il potere del datore è *immanente* al rapporto di lavoro subordinato: lo esige l'organizzazione, per la quale il potere opera. Nell'impostazione statutaria, il fondamentale potere datoriale-organizzativo conforma la prestazione del lavoro, che è strutturalmente "altro" rispetto all'organizzazione (benché ad essa necessaria) e indissolubilmente legata alla persona del lavoratore. Sicché, tra chi dirige l'organizzazione e l'individuo alle sue dipendenze c'è, sempre, una intrinseca contrapposizione: è anzitutto qui che si radica un'ineludibile *alterità d'interessi*¹³. Ed è questa che va necessariamente regolata. Va regolata delimitando "dall'esterno" il potere e, al contempo, mettendo la persona del lavoratore nelle condizioni *effettive* di far valere i limiti previsti per dare, più in generale, sostanza dinamica alla sua tutela durante la vita del rapporto di lavoro. Da tale secondo punto di vista scaturisce l'inedita e grande attenzione dello Statuto alla dimensione collettivo-sindacale: posta "al servizio dell'individuale", anche senza la mediazione associativa, in una dialettica diretta con l'antagonista"¹⁴.

A questo punto, non occorrono troppe parole per mettere bene a fuoco una prima enorme distanza tra logica tradizionale del pubblico impiego e logica dello Statuto. L'assorbimento della tutela del lavoratore subordinato nella tutela dell'interesse generale, tipica della prima, è, per la seconda, improponibile: la tutela è *del* lavoratore, non solo nel senso che riguarda la sua persona, ma anche nel senso che *a lui appartiene*, è lui a doverne seguire e decidere le sorti.

sizioni delle parti del rapporto di lavoro – assorbita dall'interesse generale preminente – e della natura contrattuale dello stesso rapporto, con tutte le relative implicazioni sul piano sindacale; c) tutela solo indiretta del lavoratore, quale riflesso della tutela dell'interesse generale, e la configurazione delle sue situazioni soggettive in termini d'interesse legittimo. Classiche, sul tema, le citazioni di GIANNINI, *Impiego pubblico (teoria e storia)*, in *ED*, Giuffrè, 1970, XX, p. 293; RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, il Mulino, 1978.

¹³ Secondo un noto insegnamento: cfr. GIUGNI, *Diritto sindacale*, Cacucci, 2014, p. 14, sulla scia degli studi sul conflitto di DAHRENDORF, *Classi e conflitto di classe nella società industriale*, Laterza, 1963; ID., *Per un nuovo liberalismo*, Laterza, 1988.

¹⁴ MAZZOTTA, *op. cit.*, p. 33. Sotto questo profilo, il carattere complementare delle due linee di tutela dello Statuto, individuale e collettiva, tante volte e da tanti sottolineato, risulta molto evidente.

Evidente è la distanza anche tra l'art. 37 e l'art. 2129 cod. civ.

Dopo che la “privatizzazione” ha posto fine alla tormentata questione dell'applicazione della normativa statutaria nel lavoro pubblico, pure in quest'area del lavoro dipendente il descritto approccio può considerarsi acquisita consapevolezza giuridica, di rilievo teorico e pratico: l'equilibrio tra l'essenziale potere datoriale-organizzativo e il lavoratore-persona, strutturalmente antitetici, non può passare attraverso un potere funzionalizzato per un fine terzo.

4. Statuto, organizzazione, art. 97 Cost.

Non può passarvi neanche in ragione dell'interesse generale dall'organizzazione datoriale pubblica perseguito: anche tale interesse va sì attentamente tenuto presente, ma comunque attraverso limiti “esterni” al potere datoriale, nella logica della cd. funzionalizzazione sintetica¹⁵. Infatti questa logica non solo è in sintonia con le indicazioni dell'art. 97 della Costituzione, ma anche ad esse più rispondente se si guarda ad amministrazioni pubbliche al passo con i tempi.

Come già più volte rimarcato, il legislatore statutario, nel considerare l'effettiva posizione delle parti, prende molto sul serio i poteri datoriali in funzione dell'organizzazione. Da tale prospettiva lo Statuto rafforza il rilievo dell'organizzazione nell'assetto d'interessi realizzato dal contratto di lavoro; per meglio dire, rafforza il rilievo di una determinata *concezione di organizzazione*: un'organizzazione che *si fa* nella complessità e nella dinamicità del reale, alla quale il prestatore, con il contratto, assicura le proprie energie in funzione, appunto, delle sue mutevoli esigenze di produzione, sottoponendosi al potere di chi l'organizzazione dirige. E l'intervento eteronomo a tutela del prestatore, sublimato dallo Statuto, si innesta nella relazione funzionale disponibilità del lavoro-organizzazione che *si fa*¹⁶, ribadendone la rilevanza.

Da questo punto di vista, il legislatore, con la privatizzazione dei rapporti di lavoro, intende mettere ciascuna “moderna” amministrazione nella con-

¹⁵ ORSI BATTAGLINI, *op. cit.*, p. 471; ORSI BATTAGLINI, CORPACI, *op. cit.*, p. 1098.

¹⁶ Sul classico tema della rilevanza dell'organizzazione nella struttura del contratto di lavoro, v., per tutti, con prospettive e accenti diversi, CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *GDLRI*, 2004, p. 1; LISO, *op. cit.*, p. 51 e ss.; PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, 1966, *passim*.

dizione di realizzare adeguatamente l'interesse pubblico nei diversi e complessi contesti di riferimento. L'ordinamento rivede, cioè, radicalmente l'impostazione di fondo: non si affida più alla "regolazione" (*in primis* legale) delle varie componenti dell'organizzazione, secondo il tradizionale assai rigido approccio del diritto pubblico – antitetico al concetto in sé "dinamico" di organizzazione –, ma si rimette, in breve, alla "responsabilità" dei soggetti che dell'organizzazione scelgono obiettivi e moduli di azione, secondo quanto mostra l'esperienza del privato. È il passaggio dalla funzionalizzazione *analitica* alla funzionalizzazione *sintetica*: la "privatizzazione" non è in questa o in quella regola – più o meno generale o specifica –, in questo o in quell'istituto; è, prima di tutto, in una diversa concezione giuridica dell'organizzazione e quindi del potere organizzativo: che non può essere regolato, nei suoi singoli atti, con l'idea di assicurarsene un presunto esito, anch'esso staticamente definito secondo una razionalità meramente interna di stampo weberiano, bensì deve "liberamente" esprimersi, e l'esito della sua attività, intrinsecamente variabile, deve essere, specularmente e nel suo insieme, di volta in volta sottoposto ad adeguata verifica¹⁷.

Tutto ciò *illumina l'imprescindibile posizione del creditore della prestazione di lavoro*, soggetto che *fa* l'organizzazione: senza il quale le finalità cui è preordinato il contratto divengono, inevitabilmente, irrealizzabili.

5. *Lavoro privato e lavoro pubblico: normazione ponderata e adeguate tecniche regolative*

Su questo profilo, assai importante e complesso nelle organizzazioni pubbliche, in tante altre occasioni affrontato, non è qui il caso di indugiare. Piuttosto, è opportuno coglierne il risvolto più generale, vale a dire la centralità della ponderata e adeguata normazione, al fine di differenziare oggi, nella giusta misura, lavoro pubblico e lavoro privato.

In virtù dell'approccio realista il legislatore statutario sa che il vero nodo problematico del contratto di lavoro sta nell'individuare, in modo soddisfacente, il concreto mutevole punto di equilibrio tra l'essenziale potere dato-

¹⁷ Al riguardo, sia consentito rinviare al mio *Dirigenza, contratto e organizzazione*, ESI, 2000, pp. 344 e 350, prima delle molte riflessioni nelle quali ho richiamato l'attenzione sul carattere decisivo, ai fini delle sorti della privatizzazione del lavoro pubblico, di un sistema di valutazione delle attività delle amministrazioni contraddistinto dalla "terzietà".

riale e l'inestricabile binomio lavoratore-persona, strutturalmente antitetici: anche avendo presente *la differenza tra organizzazione e organizzazione, tra contesti e contesti*. A questa consapevolezza ne è correlata un'altra. L'intrinseca dinamicità del punto di equilibrio richiede una *pluralità* di approcci e di tecniche normative: piano individuale e piano collettivo; norme dettagliate e teleologicamente connotate; regolazione definita e procedimentalizzazione, con il coinvolgimento delle parti sociali e del soggetto amministrativo; interazione legge/contratto collettivo e utilizzazione dello strumento penale; valorizzazione del piano processuale e rafforzamento delle risoluzioni stragiudiziali delle controversie¹⁸.

Al di là dell'opinione circa il contenuto delle scelte di volta in volta fatte dal legislatore, la *normazione ponderata attraverso adeguate tecniche* costituisce, dunque, un altro insegnamento di grande modernità dello Statuto.

Tornando al lavoro pubblico, quest'insegnamento costituisce una bussola per orientarsi all'interno della "privatizzazione" al fine di riflettere sulle persistenti o nuove differenze regolative con il lavoro privato o magari su quelle ancora da introdurre. L'attenzione è da concentrare anzitutto sulle specificità delle esigenze funzionali organizzative e di contesto delle pubbliche amministrazioni, per contemperarle, poi, con le esigenze di tutela del lavoro, adottando appropriate tecniche e soluzioni normative, secondo un sano realismo. La *filosofia* dello Statuto, per dirla ancora con Rusciano¹⁹.

6. La tormentata "privatizzazione" del lavoro pubblico e una moderna idea di organizzazione

Assumendo che quanto sin qui illustrato tracci la fisionomia del contratto di lavoro di lavoro dopo il fondamentale apporto dello Statuto e come tale

¹⁸ Per rendersi conto della consapevolezza, nello Statuto, della necessità di diversificare le tutele tra organizzazioni/contesti non occorre spendere troppe parole. Si pensi a due lampanti esempi per tutti, entrambi legati alle dimensioni della struttura imprenditoriale: 1) la differenziazione della tutela contro il licenziamento, con due regimi radicalmente diversi, reale e obbligatorio; 2) l'applicazione o l'esclusione del livello di tutela "privilegiato" introdotto dal titolo III dello Statuto. Quanto all'esigenza di articolare l'intervento normativo e le sue tecniche, è anche inutile fare esempi, giacché è l'intero Statuto a offrirne dimostrazione: dal potere di controllo al potere disciplinare; dal mutamento di mansioni al licenziamento; dalle rappresentanze sindacali aziendali all'art. 28.

¹⁹ RUSCIANO, *Lo Statuto*, cit., p. 107.

sia parte caratterizzante il disegno riformatore dell'impiego pubblico avviato nel 1993, sulla base dell'interrogativo da cui queste pagine hanno preso le mosse ci sarebbe, ora, da incamminarsi lungo il successivo pluridecennale e sofferto cammino di riforma. Come dapprima accennato, mi limito invece solo a qualche veloce spunto di riflessione, riprendendo tre profili degli interventi normativi del nuovo secolo – che possono darsi verosimilmente per conosciuti – con altre tre più specifiche ma significative domande, rispetto alle quali evidentemente non accenno neanche un tentativo di risposta.

A. Le differenze di disciplina tra lavoro pubblico e lavoro privato, in merito a questo o a quell'istituto, pure crescenti negli anni Duemila, riguardano il piano strutturale del contratto/rapporto, sino a giungere finanche a un presunto e inevitabile ritorno al tradizionale assetto di diritto pubblico, o attingono piuttosto alle tecniche della regolazione e, quindi, alla sua adeguatezza?

B. In particolare, l'esercizio di questo o quell'aspetto dei poteri del datore di lavoro pubblico "definito" per legge che significato sistematico e pratico assume?

C. Il percorso riformatore ha prestato la dovuta attenzione alle condizioni di contesto perché il datore di lavoro pubblico, nella sua qualità di creditore della prestazione di lavoro, curi davvero l'utile inserimento, di tale prestazione, nell'organizzazione?

Non accenno alle risposte – dicevo – bensì concludo con una considerazione che riannoda, a mo' di sintesi, buona parte delle precedenti riflessioni.

Ho l'impressione che, dagli inizi del nuovo secolo, nel tormentato cammino di riforma, sovente non si sia prestata la dovuta attenzione a quello che, in una visione d'insieme attenta alla storia e alle peculiarità delle amministrazioni pubbliche, a me pare un *elemento cruciale* della "privatizzazione" del pubblico impiego, come tale ben mostrato dalla filosofia dello Statuto (e anche qui nitidamente emerso). Da individuare, secondo un *appropriata* prospettiva giuridica, precisa e articolata – condensato dei vari punti di vista (politico-istituzionale, organizzativo, sociale, economico) –, nell'estensione alle pubbliche amministrazioni di una *moderna idea di organizzazione*: contraddistinta dalla *consapevolezza di tutto ciò che la riguarda*, a cominciare dalle mutevoli e complesse finalità del suo operare e, ancor prima, dall'identità di coloro che operare la fanno.

Con una maggiore attenzione a questa prospettiva, invero tanto semplice quanto basilare nelle sue molteplici implicazioni, per un verso, forse, non sa-

remmo tornati nell'ultimo ventennio a mettere in discussione (e a complicare) a ogni piè sospinto la scelta della "privatizzazione" – a cui pure è la storia ad aver condotto²⁰ –, e, per altro verso, avremmo riposto maggiore convinzione per realizzarla quella scelta, adoperandoci fattivamente a implementarla e migliorarla.

Come dire, per la bisogna, alla cultura giuridica occorrerebbe, più che mai, un passo diverso da quello del gambero.

²⁰ Cfr., per tutti, le eloquenti parole di D'ANTONA, *Dirigenti pubblici: meglio se a tempo*, in *Il Sole-24 Ore*, 4 febbraio 1998.

Antonella Occhino

Storia di una privatizzazione, a cinquant'anni dall'art. 37 dello Statuto

Sommario: 1. La struttura del rapporto. 2. La funzione amministrativa. 3. Lo Statuto dei lavoratori. 4. Legge e autonomia collettiva. 5. La storia recente.

I. *La struttura del rapporto*

Sollecitata anche dalla introduzione di Antonello Zoppoli, trovo centrale nella ricostruzione del pubblico impiego, *rectius* del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, la dicotomia struttura/funzione, da cui prende avvio il contributo: il primo, la struttura – vocabolo di natura amministrativa – che evoca il tema del rapporto sinallagmatico nel contratto di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, dal d.lgs. n. 29/1993, e dell'interesse creditorio della p.a. datrice di lavoro, come in ogni rapporto obbligatorio; e soprattutto il secondo, la funzione. Essa si inserisce nella vicenda dell'obbligazione come il perno di verifica dell'adempimento, se si considera che la prestazione solvente è *utiliter data*, ovvero resa in modo (diligente e perito) in tempo e luogo tali da configurare il comportamento del lavoratore subordinato come adempimento, e quindi solutorio della obbligazione stessa.

Ora l'utilità, che nel caso del datore di lavoro privato si misura sull'andamento dell'organizzazione economica imprenditoriale *in primis*, per la collocazione dell'art. 2094 cod. civ., nel caso del datore di lavoro pubblico, analogamente, seppur con questa specificità, si misura sull'andamento della pubblica amministrazione, e quindi deve tenere conto della efficacia della prestazione lavorativa rispetto alla finalità ultima dell'agire amministrativo,

che è il servizio. Pertanto la questione della funzionalizzazione, che ha avuto un peso rilevante nella letteratura, e non solo, relativa al pubblico impiego e al rapporto di lavoro nelle p.a., può dirsi almeno astrattamente il crocevia di necessarie osservazioni: che l'attività amministrativa è funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico, certamente, ma in pari tempo che la prestazione lavorativa deve servire effettivamente a tale interesse, seppur in via mediata dalla utilità della prestazione rispetto all'organizzazione e non in via immediata rispetto alla finalità di servizio amministrativo che l'organizzazione persegue. Questo è quanto può trarsi, almeno guardando dal punto di vista dell'adempimento, dalla analogia fra la struttura e la funzione del rapporto contrattuale, e quindi obbligatorio, nei casi di datore privato e pubblico, e permette di distinguere l'agire economico e amministrativo del datore di lavoro dal comportamento solutorio dei rispettivi dipendenti, che a quell'agire contribuiscono. E permette altresì di trattare in modo simile del potere organizzativo del datore privato e pubblico, nel senso che esso inerisce alla gestione della organizzazione e come fatto materiale costituisce il sostrato delle azioni e decisioni che il datore esprime di volta in volta, verso i dipendenti, con quello che quindi può dirsi in senso proprio potere datoriale, in specie potere di conformazione e direttivo.

Una sintetica ricostruzione della storia della privatizzazione del pubblico impiego può darsi seguendo un criterio cronologico solo per ricordare che ho trovato molto opportuno prendere l'avvio dallo Statuto dei lavoratori e in special modo dall'art. 37 della legge 300/1970, secondo cui «Le disposizioni della presente legge si applicano anche ai rapporti di lavoro e di impiego dei dipendenti da enti pubblici che svolgono esclusivamente o prevalentemente attività economica. Le disposizioni della presente legge si applicano altresì ai rapporti di impiego dei dipendenti dagli altri enti pubblici, salvo che la materia sia diversamente regolata da norme speciali».

Qui la disciplina a tutela della libertà e dignità del lavoratore e la normativa sulla libertà della presenza sindacale nei luoghi di lavoro irrompono formalmente nelle pubbliche amministrazioni, con una disposizione che ha avuto un triplice ordine di significati, come è stato evidenziato da Mario Rusciano: “a cominciare da quello, diciamo così, ‘culturale’ per finire a quello ‘politico’, passando per quello ‘tecnico-giuridico’, di certo il più importante e complicato”¹; e che, come disposizione, va pienamente inquadrata nel contesto dello Statuto

¹ RUSCIANO, *Lo Statuto dei lavoratori e il pubblico impiego*, in *LD*, 2010, p. 101.

dei lavoratori, al fine di valutare (i) quale fosse la situazione precedente, apprezzandone dunque il grado di innovazione, (ii) che tipo di impatto potesse avere, all'epoca della sua emanazione, a livello legislativo trattare di una "materia" e non di singoli istituti (iii) e infine valutarne gli sviluppi successivi.

2. *La funzione amministrativa*

Esisteva, prima di allora, una contrattazione collettiva che si può definire sotterranea, informale, dagli esiti comunque molto interessanti, che si era sviluppata a livello di dialogo sindacale e politico e che aveva visto i sindacati, fin dagli anni Sessanta, quali attori presenti e dinamici, in un quadro normativo però in cui erano la legge e il provvedimento amministrativo ad avere la competenza esclusiva nella regolazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni fin dalla costituzione del relativo rapporto, allora non contrattuale. Era anche presente una sensibilità sindacale molto diversa rispetto a quella del settore privato, ma che peculiarmente riguardava gli stessi attori poiché i sindacati, che poi ai sensi dell'art. 19 St. lav. sarebbero stati chiamati maggiormente rappresentativi, non si erano certo disinteressati del settore del pubblico impiego.

È importante ricordare il contesto: il pubblico impiego era stato regolato come un nucleo di disciplina adatta a funzionari dello Stato, lavoratori certamente, ma nei confronti dei quali dominava l'aspetto della funzione e del servizio all'ufficio, con la conseguenza che l'adempimento dell'obbligazione lavorativa, che di questo pur sempre si trattava, veniva misurato sulla efficacia rispetto all'andamento dell'agire amministrativo in modo immediato. Di qui la nota della funzionalizzazione come motivo ricorrente nella letteratura e la difficoltà di riconoscerne i tratti quando la ampiezza del pubblico impiego raggiunse, nel tempo, le dimensioni notevoli con cui è conosciuto in settori dell'agire che non sono facilmente riconducibili al mero agire amministrativo, se si considera che gli aspetti del servizio pubblico si affievoliscono se predominano quelli del funzionamento di una (quasi) normale organizzazione. Penso ai servizi privi di aspetti legati all'esercizio di poteri pubblici e delle relative funzioni, come quelli inerenti alla comunicazione, ai trasporti, alla produzione di beni, alla sanità, alla scuola, all'assistenza².

² Anche alla luce del Testo unico sulle partecipate (d.lgs. 175/2016) tale ambito ha visto negli anni più recenti una pluralità di approfondimenti, dalla visuale del diritto del lavoro. Senza

Questa origine³, nella storia della differenza tra il pubblico impiego e il lavoro nell'impresa, che troviamo nel codice civile, subì in altri termini un processo di “elefantiasi” (così una volta secondo Alessandro Garilli), rifluendo anche nella vicenda del cd. intervento del pubblico nell'economia, che fu nel nostro Paese particolarmente incisivo, e che portò ad un progressivo ampliamento dello statuto dei lavoratori in senso lato pubblici ad una platea di destinatari non (sempre) legati ad attività di servizio pubblico, ovvero all'agire amministrativo di un datore di lavoro “speciale”. Erano così presenti largamente aspetti che sono stati considerati di privilegio, a giustificazione o meno della disciplina pubblicistica, retta sul concetto di statuto – nell'accezione che deriva da *status* – del dipendente pubblico, paradossalmente in settori che avrebbero poi conosciuto il processo inverso della cd. privatizzazione, ma qui dei servizi e delle attività produttive.

3. *Lo Statuto dei lavoratori*

Ritornando all'art. 37 dello Statuto dei lavoratori – il quale, come ben osservato, “con una formulazione tanto perentoria quanto ricca di insidie, dà avvio all'affiancamento del ‘pubblico’ al ‘privato’”⁴ – è necessario evidenziare l'utilizzo da parte del legislatore di un termine non particolarmente diffuso nella legislazione, soprattutto in quella in senso lato privatistica: mi riferisco alla parola “materia”. Vi è, in realtà, un precedente molto rilevante, quale l'art. 11 della legge 604/1966 là dove prescrive che “la materia dei licenziamenti collettivi per riduzione di personale è esclusa dalle disposizioni

pretesa di esautività cfr. BORGOGELLI, *Frammentazione organizzativa e pubbliche amministrazioni: interesse generale e tutela dei lavoratori nelle società a controllo pubblico*, in *GDLRI*, 2018, p. 357 ss.; PINTO, *Sui rapporti di lavoro alle dipendenze delle società in controllo pubblico e delle società in house*, in FORTUNATO, VESSIA (a cura di), *Le “nuove” società partecipate e in house providing*, in *QGC*, 2017, p. 225 ss.; TULLINI, *Processi organizzativi e continuità del lavoro nelle società partecipate*, in *RIDL*, 2019, p. 33 ss.; MAINARDI, *Società a controllo pubblico e diritto del lavoro*, in *LPA*, 2019, p. 1 ss.; MARESCA, ROMEI, *Il rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico*, Giuffrè, 2019; ALTIMARI, *Società pubbliche e diritto del lavoro*, Giappichelli, 2020.

³ Imprescindibile punto di partenza è ovviamente lo studio di RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, il Mulino, 1978; per una analisi puntuale sulle origini del pubblico impiego nel nostro ordinamento v. ROMAGNOLI, *Giolittismo, burocrazia e legge sull'impiego privato*, in *RTDPC*, 1971, p. 187 ss.; cfr. altresì CARINCI F., *Alle origini di una storica divisione: impiego pubblico-impiego privato*, *RTDPC*, 1974, p. 1098 ss.

⁴ ZOPPOLI A., *Lo Statuto dei lavoratori e il pubblico impiego*, in *RGL*, 2020, p. 149.

della presente legge”. In quel caso l'intento del legislatore era quello di salvaguardare il ruolo che la contrattazione collettiva vi aveva da sempre svolto, mentre lo Statuto esprime con tale termine l'intento di salvaguardare l'assetto dei rapporti di lavoro dell'allora pubblico impiego. Sembrerebbe che la materia permetta una sottrazione di campo di applicazione non tanto per generare aree di specialità, rispetto ad una disciplina generale, ma di sospensione della normazione, che la materia lascia a lato per come si trova normata in quel contesto e in quel momento, il che storicamente significa quasi un *self restraint* del legislatore, o più semplicemente un punto di attesa, per salvaguardare un nucleo forte di disposizioni, quasi a sé stanti.

Con riferimento alla lettera dell'art. 37, prevedere l'applicazione dello Statuto nei confronti dei rapporti di pubblico impiego “salvo che la materia sia diversamente regolata da norme speciali” significa allora salvaguardare la cd. legislazione speciale, che in verità è legislazione altra. Non può dirsi allora, circa le conseguenze di quella disposizione, che l'art. 37 St. lav. abbia rappresentato il primo passo verso la contrattualizzazione del rapporto di pubblico impiego, ma più semplicemente che la sua introduzione ha comunque segnato un punto decisivo nel saldare i piani della tutela individuale e collettiva: da un lato la libertà e dignità del lavoratore, dall'altro lato le prerogative sindacali nei luoghi di lavoro, le quali si spiegano sempre in ottica di tutela del lavoratore, nel senso esatto di persona che lavora con il suo carico di dignità e libertà tratto dalla Costituzione, direttamente, secondo la logica dei diritti fondamentali anche sociali.

A me pare che in questo risieda il senso – culturale, prima ancora che tecnico-giuridico – dell'intera vicenda legislativa, ovvero che, pur non volendo contraddire lo *status* derivante dal rapporto di pubblico impiego, sebbene le ragioni che lo giustificassero andavano per taluni affievolendosi, l'art. 37 abbia voluto fortemente fare chiarezza sul fatto che i diritti fondamentali della persona del lavoratore vi trovassero piena espressione, fin da subito. La privatizzazione sarebbe arrivata molto più avanti negli anni, e avrebbe completato il disegno.

Non potrei in questa sede soffermarmi sulla differenza terminologica tra privatizzazione e contrattualizzazione – che evidentemente sopporta su di sé il peso di una questione più importante rispetto a una mera preferenza lessicale – già segnalata e approfondita dalla dottrina⁵. A valle però

⁵ Cfr. NAPOLI, *Contratto e rapporti di lavoro, oggi*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di*

di un processo ormai pluridecennale, ritengo che si sia trattato di una privatizzazione nella sostanza e di una contrattualizzazione nella forma, dovendosi porre la giusta enfasi sul termine “contratto”, dal momento che lo stesso è perfetto per la comprensione della struttura creditoria sottostante: centrale, in altri termini, per poter delineare esattamente ciò che il dirigente può richiedere al debitore/dipendente. Più in generale, se utilizzo il termine privatizzazione, penso al momento finale di quel processo, cioè alla figura privatistica del datore di lavoro che faticosamente, ma definitivamente, era stata affermata all’origine del rapporto individuale di lavoro e che nel caso della pubblica amministrazione riporta al centro lo scambio sinallagmatico e quindi la ripresa della necessità, come sempre, di individuare qual è l’interesse sotteso all’obbligazione, a partire – come insegna Mario Rusciano – dall’alterità degli interessi stessi.

4. Legge e autonomia collettiva

L’interpretazione rifluisce addirittura nell’interesse generale, se si va oltre quello creditorio, e però così re-ingenerando l’equivoco della sovrapposizione fra l’utilità solutoria del comportamento lavorativo e l’utilità ultima dell’azione organizzativa, economica o amministrativa. La prestazione *utiliter data*, invece, nel pubblico come nel privato, è quanto basta. Se esiste infatti un interesse generale *ex art. 97, co. 2 Cost.* in relazione al fatto che “i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l’imparzialità dell’amministrazione”, va riaffermato ancora una volta che così come il lavoratore subordinato nel settore privato non risente di un vincolo giuridico teso a perseguire l’utilità economica della organizzazione di cui è titolare il datore di lavoro (*ex art. 41 Cost.*), allo stesso modo la prestazione del dipendente pubblico deve essere sì utile all’organizzazione /datrice di lavoro, la quale tuttavia è orientata, *rectius* vincolata, al raggiungimento di un interesse generale che è altro, esterno al rapporto obbligatorio, e quindi alla verifica dell’adempimento.

In altri termini, la relazione tra la pubblica amministrazione e i suoi dipendenti non contiene, all'interno, l'interesse generale così come il contratto di lavoro privato non ricomprende la finalità economica. Appare evidente la centralità del tema dell'utilità della prestazione lavorativa rispetto all'organizzazione del datore di lavoro pubblico: con riferimento a quest'ultimo senz'altro lo stesso è titolare di un potere organizzativo – che a seguito della privatizzazione incontrerà la distinzione fra “macro” e “micro” organizzazione – come anche, nel settore privato, vi è un potere organizzativo distinto da quello datoriale.

Certamente siamo in un ambito differente, poiché nel pubblico si ha la riserva di legge *ex art. 97 Cost.* e si tratta di organizzazione amministrativa, ma il tema centrale rimane quello della prestazione, la quale va senz'altro misurata e premiata (secondo il grande tema della *performance* e della premialità) in una logica che resta pur sempre quella della misura dell'adempimento. Se così è, però, il punto dirimente diventa quello della corretta individuazione del datore di lavoro pubblico: argomento non nuovo che ha infatti accompagnato tutte le riforme del pubblico impiego. Non a caso è qui che la disciplina della figura dirigenziale riaffiora delicatissima, perché si colloca al crocevia⁶ di quella scissione, necessaria, cui già accennavo, fra perseguimento dell'interesse generale e potere organizzativo, puntando dritto al cuore della gestione del personale.

L'altro punto di vista è rappresentato dalla vicenda del contratto collettivo nelle pubbliche amministrazioni, poiché esso interseca per altro verso la medesima questione dei poteri del datore pubblico, definendone di volta in volta quelli che sono i limiti esterni, e senza che sia possibile trattarne se non guardando agli istituti per i quali maggiormente si incrina quella tendenziale uniformità pubblico/privato che le differenti fasi della privatizzazione, pur con modalità e afflitti diversi, hanno sempre ricercato. Ho già citato il riparto di competenze, consapevole che tale terminologia vada utilizzata con cautela poiché, nella perdurante inattuazione dell'art. 39 *Cost.*, “non si può né si deve ipotizzare [...] conflitto tra attività normativa dei sindacati e attività legislativa del Parlamento e chiamare questa Corte ad arbitrarlo”

⁶ «La dirigenza è il nodo scorsoio dell'intera operazione di riforma del pubblico impiego: per il suo cruciale ruolo organizzativo-istituzionale, costituisce, nel concreto della gestione delle amministrazioni, il delicatissimo crocevia delle relazioni, da un lato, con il soggetto politico e, dall'altro, con il soggetto sindacale»: ZOPPOLI A., *Lo Statuto dei lavoratori e il pubblico impiego*, cit., p. 151.

(Corte cost. 141/1980). Il che è vero, evidentemente, nel settore privato, ma forse meno nelle pubbliche amministrazioni dove la legge ha sempre potuto definire i confini della relazione con l'autonomia collettiva, sebbene modificando gli stessi, quasi ad ogni riforma.

E difatti, a partire dalla seconda metà degli anni Settanta, prese avvio quel processo – disorganico – di recepimento legislativo della contrattazione collettiva quale fonte regolatrice soprattutto del trattamento economico in numerosi settori del pubblico impiego fino a giungere allo snodo sistematico rappresentato dalla cd. legge quadro sul pubblico impiego (l. 29 marzo 1983, n. 93), la quale continuava ad essere fondata sull'ancoraggio allo *status* pubblicistico dell'impiegato pubblico; mentre è soltanto con la riforma del 1993 che può parlarsi realmente di privatizzazione, i cui esiti trovarono nella giurisprudenza della Corte costituzionale – riassumo – l'avallo della legittimità. Il riferimento è ad esempio alla sentenza n. 309 del 1997, la quale si pronunciò in maniera “definitiva” circa la costituzionalità della sottoposizione del rapporto di già-pubblico impiego alla legislazione del rapporto di lavoro privato – con le numerose eccezioni di cui il futuro testo unico sarà portatore – e alla contrattazione collettiva, per cui uno dei temi centrali era fra l'altro rappresentato dal ruolo del contratto collettivo, con quella efficacia *erga omnes* che è definita non di fatto ma di diritto, seppur in via implicita.

Un ultimo tema è quello concernente la presenza del sindacato nei luoghi di lavoro, che è dipeso anche dalla applicabilità – per molto tempo messa in dubbio – nel settore pubblico dell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori, in tema di condotta antisindacale, sebbene in un primo momento nell'ambito della cognizione del giudice amministrativo, ciò che aveva rappresentato allora una soluzione di compromesso.

Proprio il passaggio dalla giurisdizione dal giudice amministrativo al giudice del lavoro, nell'ambito di quella che è stata definita seconda privatizzazione, ha un significato estremamente importante, se si considera che il modello, nonostante conservi importanti specificità⁷ sul c.d. doppio canale di rappresentanza, abbia al contempo svolto un ruolo trainante per il settore privato, ad esempio in tema di misurazione della rappresentatività.

⁷ Cfr. ZOPPOLI A., *Lo Statuto dei lavoratori e il pubblico impiego*, cit., p. 161 ss.

5. *La storia recente*

Nell'attuale assetto, seguito alla c.d. Riforma Madia, la “nuova” gerarchia delle fonti in realtà non rivoluziona il precedente ma ha quale obiettivo quello di chiarire i rispettivi ambiti di intervento della legge e dell'autonomia collettiva, affidandole un rinnovato ruolo di disciplina del rapporto di lavoro e delle relazioni sindacali con le modalità previste dal decreto. Per completezza aggiungo che in materie di grande rilevanza anche sotto il profilo del rapporto di lavoro individuale, quali le sanzioni disciplinari e la valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, la contrattazione collettiva è invece consentita solo nei limiti previsti dalle norme di legge, mentre altre materie, escluse dalla contrattazione collettiva, per evitare situazioni di incertezza (ma molto diffuse nella prassi), sono state espressamente trattenute dal legislatore: come quelle attinenti all'organizzazione degli uffici, e quelle afferenti alle prerogative dirigenziali e relative al conferimento e alla revoca degli incarichi dirigenziali.

La storia recente consegna una evoluzione della disciplina sul contratto di lavoro nelle p.a. strettamente legata all'andamento del contesto economico e finanziario del Paese. Almeno a partire dalla crisi economica del 2007/2008 – e soprattutto alla luce delle vicende politico-istituzionali che hanno condotto nel 2011 all'esecutivo cd. tecnico – nel dare una valutazione delle norme introdotte in tema di lavoro pubblico occorre tenere in considerazione come le stesse siano andate a compiersi all'interno di un più generale processo legislativo di c.d. *spending review* che, sebbene con modalità differenti, ha prodotto in estrema sintesi un rilevante taglio della spesa pubblica, con ripercussioni sul rapporto di lavoro: si pensi ai cd. tagli lineari (ad esempio in tema di lavoro flessibile o collaborazioni di cui le p.a. potevano servirsi), ai blocchi, variamente intesi, delle retribuzioni – superati soltanto in virtù dell'intervento della Corte costituzionale⁸ – nonché all'impossibilità di procedere al *turn over*.

Si è trattato di una situazione che ha condizionato altresì le dinamiche dell'autonomia collettiva, determinando di fatto una situazione di fermo. La

⁸ Corte Cost. 23 luglio 2015, n. 178, v. ZOPPOLI L., *La Corte finalmente costituzionalizza la contrattazione per il lavoro pubblico. E la retribuzione?* in questa rivista, 2015, p. 378 ss.; BARBIERI, *Contratto collettivo e lavoro pubblico: blocco salariale e blocco della contrattazione tra scelte legislative e giurisprudenza*, in RIDL, 2015, p. 453 ss.; FERRANTE, *Anche per i dipendenti pubblici arriva l'ora della riscossa: la Corte dichiara l'incostituzionalità della proroga del blocco della contrattazione collettiva*, in DRI, 2015, p. 1120 ss.

riduzione del numero dei comparti, prevista già dal d.lgs. 150/2009, ha trovato realizzazione con il Contratto Collettivo Nazionale Quadro 2016-2018 del 13 luglio 2016, per il tramite dell'accorpamento dei precedenti undici settori in quattro aree omogenee (Funzioni centrali, Funzioni locali, Istruzione e ricerca, Sanità), dopo di che si diede l'avvio alle trattative negoziali che condussero, nei primi mesi del 2018, alla stipula dei quattro nuovi contratti collettivi, ad oltre un decennio di distanza dai precedenti relativi ai "vecchi" comparti. In tutto questo la Riforma Madia⁹ non ha rappresentato un nuovo corso nell'ambito del pubblico impiego, pur provvedendo a specificare i rapporti tra legge e autonomia collettiva.

In conclusione, il decennio appena concluso è stato caratterizzato, in larga parte, da una (più o meno forzata) anomia della contrattazione collettiva, con le evidenti criticità che tale situazione normalmente determina. Ciò ha fra l'altro contribuito al rallentamento di alcune disposizioni di legge: in assenza di una contrattazione sulla parte economica, visto il duraturo blocco delle retribuzioni, l'autonomia collettiva non ha nemmeno adeguato la parte "normativa" dei contratti, lasciando alcune disposizioni presenti nella c.d. Riforma Brunetta¹⁰ – soprattutto in tema di *performance* e premialità – sostanzialmente in sospenso.

Con riferimento, infine, agli anni più recenti¹¹, è notevole, paradossalmente, la ripresa di alcuni temi di perdurante interesse, importanti ma non sempre sistematici, come quello della cd. lotta all'assenteismo, tuttavia senza che si intravedano in merito vere e proprie riforme: del resto, le norme, anche su questi temi, sono già previste nel nostro ordinamento e si tratta, allora, solo di riuscire ad applicarle con consapevolezza.

⁹ Cfr. almeno ESPOSITO, LUCIANI, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2018.

¹⁰ Senza pretesa di esaustività cfr. NAPOLI, GARILLI, *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo*, Cedam, 2013.

¹¹ ZOPPOLI L., *Il diritto del lavoro gialloverde: tra demagogia, cosmesi e paralisi regressiva*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* - 377/2018.

Franca Borgogelli

Le prerogative del datore di lavoro pubblico:
l'eloquente caso delle sanzioni disciplinari*

Sommario: **1.** Introduzione. **2.** Prerogative datoriali e potere disciplinare: il percorso legislativo. Il modello originario. **3.** *Segue.* Le modifiche introdotte nel 2009. **4.** La disciplina vigente dopo gli interventi 2012–2019. **5.** Le conseguenze dell'incoerenza nel sistema regolativo.

1. Introduzione

Riflettere sulle prerogative del datore di lavoro pubblico, prendendo come punto di riferimento la regolazione del potere disciplinare, significa ricostruire e analizzare un percorso legislativo che ha condotto al passaggio da un modello basato sul principio di armonizzazione e tendenziale uniformità tra lavoro pubblico e lavoro privato a una progressiva, sempre più marcata, distanza tra i due ambiti. Un percorso che disegna una parabola: dalla prospettazione di una osmosi tra i poteri del dirigente-datore di lavoro pubblico e i poteri del privato datore di lavoro, riducendo all'indispensabile i profili di specialità, si è giunti a una regolazione legislativa i cui caratteri e contenuti conducono a una netta differenziazione.

Si è in tal modo determinata una contraddizione interna al sistema normativo del lavoro pubblico, tale da renderlo incoerente. Infatti, se l'attribuzione al dirigente pubblico delle capacità e dei poteri del datore di lavoro privato, che connota la riforma sin dal progetto iniziale, non è mai stata messa formalmente in discussione, le modifiche successivamente introdotte dal legislatore, in particolare nel decennio 2009–2019, hanno inciso sensibilmente su quella connessione pubblico/privato, modificandola nella sostanza. Assume

* Questo contributo è destinato agli Scritti in onore del Professore Oronzo Mazzotta.

in proposito una valenza emblematica la regolamentazione del potere disciplinare, nonché del collegamento di questo con il sistema di valutazione, con riguardo sia al rapporto del dirigente/datore di lavoro con i dipendenti, sia alla disciplina delle responsabilità, manageriale e disciplinare, del dirigente, e dunque alla definizione della sua figura nel rapporto con la sfera politica. La distonia che si è prodotta nell'ordinamento è causa di inefficienza e inefficacia, e in definitiva di inadeguatezza, nell'azione delle pubbliche amministrazioni (d'ora innanzi PA); in ultima analisi, del mancato rispetto del principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost., alla cui attuazione può dirsi finalizzata la riforma del lavoro pubblico disegnata negli anni 90 del '900, nel contesto della prospettazione di una globale ridefinizione del ruolo, delle regole e delle strutture del sistema amministrativo italiano (rimasta incompiuta).

In altri termini, la regolazione del potere datoriale, e di quello disciplinare in particolare, nell'ordinamento del lavoro pubblico oggi vigente sollecita interrogativi sulla qualificazione giuridica privatistica ma, sopra tutto, pone rilevanti problemi di coerenza interna al sistema regolativo. Infatti, si può dimostrare che le norme "speciali" introdotte in materia dal legislatore non intaccano nella sostanza la qualificazione giuridica contrattuale/privatistica del potere disciplinare, respingendo con fondati argomenti le tesi che ne prospettano una ripubblicizzazione. Tuttavia, gli strumenti dell'interpretazione adeguatrice non possono ovviare ai limiti e alle incoerenze dell'ordinamento che hanno causato quelle insufficienze nell'azione pubblica che restano irrisolte, nonostante i continui auspici e il reiterarsi degli interventi, prospettati come risolutori, da parte del legislatore. Insufficienze particolarmente preoccupanti nel tempo dell'emergenza Covid e delle gravi difficoltà da affrontare nel gestire le conseguenze economiche e sociali della pandemia.

Il sistema disciplinare costituisce un esempio eloquente del progressivo allontanamento dalla normativa privatistica e della contraddizione che si è venuta a determinare tra il modello statutario del bilanciamento tra poteri datoriali e diritti dei lavoratori, a cui si erano ricondotte le prerogative del dirigente pubblico¹, e l'attuale regolazione: quest'ultima infatti richiama, anche nel lessico, valori e principi del modello pubblicistico, che aveva già

¹ Sul rapporto tra Statuto e contratto di lavoro pubblico v. RUSCIANO, *Lo Statuto dei lavoratori e il pubblico impiego*, in *LD*, 2010, p. 101 ss.; ZOPPOLI A., *Statuto dei lavoratori e lavoro pubblico: un incontro, nel tempo, fecondo*, in *RGL*, 2020, I, p. 148 ss.

dato risultati pessimi nel passato pre-riforma e che appare totalmente inadeguato, nella sua rigidità formalistica, per affrontare le esigenze odierne. La costruzione basata sulla qualificazione giuridica contrattuale del rapporto di lavoro pubblico, “che è sul piano concettuale il cuore della riforma”², finisce con l’essere stravolta nella sostanza: le soluzioni esegetiche che respingono le letture pubblicistiche riescono a far salvi i principi base della privatizzazione, ma non sono sufficienti a rivitalizzare la costruzione statutaria del rapporto tra diritti e poteri³ che si voleva applicata anche alla disciplina del lavoro pubblico – con un equilibrato dosaggio tra uniformità e specialità – ridotta ora, certamente per quanto riguarda il sistema disciplinare, a un’icona vuota.

È utile pertanto ripercorre, pur sinteticamente, le tappe del tragitto legislativo, facendo particolare riferimento alle ‘eloquenti’ norme sul potere disciplinare: uno sguardo diacronico può servire a ritrovare la strada.

2. *Prerogative datoriali e potere disciplinare: il percorso legislativo. Il modello originario*

L’attribuzione alla dirigenza pubblica dei “poteri del privato datore lavoro” ben rappresenta la finalità della riforma realizzata negli anni 90 del secolo scorso di garantire una gestione flessibile ed efficiente degli uffici e del personale, e per tale via una migliore qualità dell’azione amministrativa e dei servizi resi ai cittadini dalle diverse (e diversificate) PA. La locuzione prefigura, in una sintesi efficace, una dirigenza dotata di autonomia decisionale rispetto sia al potere politico, che definisce gli indirizzi e gli obiettivi, sia al potere sindacale, con cui si confronta nella sede negoziale. La relazione contrattuale posta alla base del modello – al quale la valutazione a valle dei risultati garantisce la conformità al principio costituzionale del buon andamento⁴ – definisce il potere datoriale di organizzare e gestire il personale alla luce dei principi introdotti dallo Statuto dei lavoratori: come evidenziato

² D’ANTONA, *La neolingua del pubblico impiego riformato*, in *LD*, 1996, p. 240.

³ Tra le analisi in tema v., in particolare, MAZZOTTA, *Poteri e contropoteri nello Statuto dei lavoratori cinquant’anni dopo*, in *LD*, 2020, p. 759 ss.; ID., *Le molte eredità dello Statuto dei lavoratori*, in *LD*, 2010, p. 31 ss.

⁴ Così ORSI BATTAGLINI, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto d’impiego con enti pubblici*, in *DLRI*, 1993, p. 461 ss.

dalla dottrina, le norme limitative dell'esercizio del potere del datore di lavoro, quel potere legittimano e confermano.

Anche la regolazione del sistema disciplinare, poi recepita nell'art. 55 del d.lgs. 165/2001, si configura in termini di sostanziale omogeneità con la normativa privatistica per quanto concerne le fonti e i profili sostanziali: la disciplina è costruita intorno al richiamo all'art. 2106 cod.civ. e ai commi 1, 5, 8 dell'art. 7 St. lav., differenziandosi solo nelle procedure per adeguarle al particolare contesto, peraltro ricalcando il modello statutario e legificando alcuni principi affermati dalla giurisprudenza nell'applicazione delle norme disciplinari del settore privato; si lascia ampio spazio alle parti negoziali, per i profili sia sostanziali sia procedurali.

Per quanto riguarda il decennio successivo al completamento della riforma con i decreti legislativi del 1997/1998, sono rilevanti le difficoltà incontrate dai dirigenti nell'esercizio del potere datoriale, con riguardo sia all'organizzazione, sia alla gestione del personale. Difficoltà che connotano i rapporti con la sfera politica, anche per le inadempienze e le inadeguatezze di questa nella comunicazione di indirizzi e obiettivi e per la regolazione insoddisfacente dell'attribuzione degli incarichi; e quelli con il sindacato, per le debolezze degli uni e i corporativismi dell'altro, che conducono anche a un esercizio lassista del potere disciplinare. Effetti negativi importanti conseguono altresì all'assenza di un sistema di valutazione efficace, sotto i due fondamentali profili: da un lato, con riguardo alla valutazione del merito per i riconoscimenti economici e di carriera al personale, dall'altro, per la valutazione della dirigenza come elemento di chiusura del modello regolativo basato sulla funzionalizzazione non dei singoli atti, ma dell'esito dell'attività dell'amministrazione.

Si tratta peraltro di difetti e lacune che non vengono corretti: è totalmente assente l'opera di implementazione, di messa a punto in connessione con il processo di attuazione del modello regolativo. Per contro si registrano interventi improvvisi, quali da un lato le modifiche che alterano la coerenza del modello regolativo anziché perfezionarlo (v. per la dirigenza la l. 145/2002), dall'altro con il blocco delle assunzioni 'regolari' e l'incentivazione all'utilizzo, per lo più illegittimo, delle forme contrattuali atipiche (2001-2006).

3. Segue. *Le modifiche introdotte nel 2009*

Come è ben noto, ma è utile ricordare per un confronto con gli interventi successivi, con la c.d. Riforma Brunetta ci si propone di ottenere con lo strumento della legge quei risultati che non sono stati raggiunti con l'attribuzione ai dirigenti delle prerogative datoriali privatistiche e al contratto collettivo di un ruolo primario come fonte regolativa: il legislatore sceglie la via della rilegificazione, disciplinando puntualmente i poteri dei dirigenti e ponendo stretti limiti e confini alla autonomia collettiva. Con riguardo al sistema disciplinare, che viene ad assumere un rilievo centrale, la normativa muta nettamente (anche di dimensioni: da un articolo in sostanziale osmosi con l'art. 7 St. lav., a una decina di disposizioni puntuali e complesse, senza riferimenti allo Statuto). Ricapitolando in estrema sintesi le novità più significative: il legislatore tipizza gli illeciti e legifica il procedimento, riducendo drasticamente il ruolo della negoziazione collettiva; tenta (v. *infra*) di obbligare il dirigente all'esercizio del potere disciplinare; attribuisce al sistema disciplinare finalità nuove e improprie, determinando altresì confusione con il sistema di valutazione, soprattutto per quanto riguarda la figura dirigenziale.

Queste modifiche consentono ad alcuni autorevoli amministrativisti⁵ di mettere in discussione la stessa privatizzazione, riscontrando il ritorno a una "specialità pubblicistica" con riferimento sia alla generale disciplina delle fonti, sia alla nuova regolamentazione del sistema disciplinare. Si tratta peraltro di argomenti a cui i giuslavoristi⁶ replicano proprio sulla base delle norme del d.lgs. 165/2001. Sul piano generale, si sottolinea come, nonostante la "rilegificazione" e la "decontrattualizzazione", restino inalterati: la regolazione contrattuale dei rapporti di lavoro; il rinvio alle disposizioni del codice civile e alle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa; l'affermata corrispondenza dei poteri della dirigenza pubblica in materia di

⁵ V. GARDINI, *L'autonomia della dirigenza nella (contro)riforma Brunetta*, in *LPA*, 2010, p. 586; MATTARELLA, *La responsabilità disciplinare*, in *GDA*, 2010, p. 34 ss.; BATTINI, *Un vero datore di lavoro per il settore pubblico: politico o amministrativo?*, in *GDA*, 2009, p. 479.

⁶ Per le analisi e i riferimenti alla dottrina giuslavorista, nonché alla dottrina amministrativista che respinge la lettura pubblicistica, si rinvia a BORGOGELLI, *Sulle nuove regole in materia di responsabilità disciplinare dei dipendenti e dei dirigenti pubblici*, in GARDINI, *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, Bononia University Press, 2012, p. 229 ss.; BORGOGELLI, *I poteri della dirigenza pubblica nella disciplina dei rapporti di lavoro: le novità e i problemi*, in BORELLI, MAGRI, *La riforma dell'impiego nelle pubbliche amministrazioni*, Jovene, 2011, p. 95 ss.

organizzazione degli uffici e di gestione dei rapporti di lavoro con i poteri del privato datore di lavoro; la competenza del giudice ordinario nelle controversie di lavoro. Con riguardo al potere disciplinare in particolare, a chi avanza dubbi sulla “correttezza dell’inclusione della responsabilità disciplinare nell’ordinamento civile, e non nell’organizzazione amministrativa”, perché le nuove disposizioni in materia “descrivono, per i dipendenti pubblici, un quadro normativo assai diverso da quello della responsabilità disciplinare dei dipendenti privati”⁷, la dottrina giuslavorista risponde evidenziando come il modello costruito dagli artt. 67 ss. del d.lgs. 150/2009 sia anch’esso riconducibile ai principi fondanti la regolazione del potere disciplinare nel settore privato; e offrendo argomenti esegetici, poi accolti dal giudice del lavoro, che consentono di attenuare alcune criticità delle nuove disposizioni.

Quel che rileva sopra tutto è la conferma – contenuta, e tutt’ora presente, nell’art. 55, c. 2, d.lgs. 165/2001 – del riferimento all’art. 2106 cod.civ.. Questa disposizione, nell’attribuire al datore di lavoro la titolarità di uno specifico potere che gli consente, come ulteriore effetto legale tipico derivante dal contratto di lavoro, di irrogare direttamente le sanzioni al lavoratore inadempiente, ne individua anche gli elementi essenziali con riguardo sia ai presupposti sostanziali di esercizio (la violazione degli obblighi di diligenza, obbedienza, fedeltà), sia alla misura della sanzione (il vincolo della proporzionalità della sanzione all’infrazione). Pertanto il suo richiamo comporta la riconduzione del potere disciplinare del dirigente pubblico alla radice del potere disciplinare del datore di lavoro privato, confermandone la natura contrattuale, e indica anche i principi-guida per l’esercizio del potere.

Per quanto concerne la questione centrale del rapporto legge-contratto collettivo delineato dalla novella – ovvero l’ingerenza della legge, con carattere di inderogabilità, nella definizione del codice disciplinare e della procedura – si può affermare che, per quanto assai più pervasiva e incidente direttamente negli spazi del contratto collettivo, non può ritenersi per ciò stesso incompatibile con l’esercizio di un potere privato, perché anche nella normativa privatistica la legge assume un ruolo centrale, quale fonte del potere e vincolo al suo esercizio, pur lasciando uno spazio importante all’autonomia collettiva. In merito in particolare alla tipizzazione legislativa di illeciti e sanzioni, se si approfondisce l’analisi oltre il diaframma del lessico si nota come le modifiche alla previgente regolazione contrattuale non paiono in

⁷ Così MATTARELLA, *op. cit.*, p. 37.

realtà così incisive. Sembra che il legislatore si preoccupi sopra tutto di far proprie alcune regole, al fine di imporle ai dirigenti riottosi o inetti, oltre che di enfatizzarle nella comunicazione mediatica: ciò vale per alcune delle infrazioni a cui si applica “comunque” la sanzione del licenziamento (art. 55 *quater*, d.lgs. 165/2001, nel testo introdotto dal d.lgs. 150/2009). Inoltre se a una prima lettura la disposizione sembrerebbe prefigurare un’applicazione automatica, e senza margini di discrezionalità nella valutazione dei profili soggettivi della responsabilità, della più grave delle sanzioni, a ben vedere l’interpretazione attenta porta a conclusioni diverse. Infatti, trattandosi di una “sanzione disciplinare”, il licenziamento può essere comminato solo al termine del normale procedimento disciplinare; del resto la Corte costituzionale, più volte e in più occasioni, ha escluso la legittimità del licenziamento “automatico”. È pertanto da ritenere che vada comunque ponderata, ai sensi dell’art. 2106 cod.civ. e alla luce dei criteri interpretativi elaborati dalla giurisprudenza, la gravità del fatto sotto i profili soggettivo e oggettivo⁸. In tal senso si è poi orientata anche la giurisprudenza⁹.

Nuove, e discutibili nonché di fatto difficilmente applicabili, sono le configurazioni di illeciti e sanzioni che, facendo anche ambiguo riferimento al “rendimento”, confondono tra piani diversi – da un lato quello dei risultati, e dunque del sistema di valutazione, dall’altro quello della diligenza e quindi dell’inadempimento – toccando peraltro la questione importante, di rilievo sistemico, dei rapporti tra adempimento e *performance*¹⁰.

Viene ridimensionata sul piano interpretativo anche la nuova regola che dispone di sanzionare i dirigenti che si rendano responsabili del mancato esercizio e della decadenza dell’azione disciplinare – per l’omissione o il ritardo,

⁸ Ho argomentato questa tesi in BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, in ZOPPOLI L., *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, 2009, p. 410 ss. Per i richiami alle analisi della dottrina con riferimento anche al quadro normativo dopo la Riforma Madia v. *infra*, nota 15.

⁹ Sulla ‘difesa’ degli spazi per il sindacato giudiziale la giurisprudenza appare concorde; v. Cass. nn. 22798/2012, 13159/2015, 1351/2016, 17304/2016, 17335/2016, 18326/2016, 6099/2017, 22075/2018, 28445/2018.

¹⁰ Ci si riferisce agli artt. 55 *quater*, c. 2, e 55 *sexies*, c. 2, introdotti dal d.lgs. 150/2009. La relazione tra i due piani è analizzata da TULLINI, *L’inadempimento e la responsabilità disciplinare del dipendente pubblico: tra obblighi giuridici e vincoli deontologici*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, 229/2014. Al riguardo v. altresì AVIO, *La performance come valutazione dell’adempimento nel rapporto alle dipendenze della P.A.*, Jovene, 2017, p. 63 ss.; BAVARO, *Note sul potere disciplinare nel lavoro pubblico fra aziendalismo e amministrativismo*, in RGL, 2018, I, p. 507 ss.

“senza giustificato motivo”, degli atti del procedimento disciplinare o per valutazioni dell’insussistenza dell’illecito disciplinare “irragionevoli o manifestamente infondate in relazione a condotte aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare” (art. 55 *sexies*, c. 3, d.lgs.165/2001, nel testo introdotto dal d.lgs.150/2009). Se appare stridente il contrasto con la discrezionalità propria del *manager* privato, e dunque con l’obiettivo pur dichiarato nella novella di “convergenza degli assetti regolativi del lavoro pubblico con quelli del lavoro privato”, l’impatto di tale disposizione può essere ridimensionato¹¹ valorizzando sul piano interpretativo il riferimento al giustificato motivo e al controllo sulla ragionevolezza delle decisioni assunte; ovvero configurando il nuovo dettato legislativo in termini non di trasformazione di un potere in obbligo, ma come l’apposizione di un altro vincolo all’esercizio del potere disciplinare, sempre con la finalità di incentivare il dirigente a far uso delle proprie prerogative. Si può leggere tale disposizione infatti (solo) come l’introduzione di un obbligo di motivazione che impone al dirigente che non abbia esercitato il potere disciplinare di esplicitare le ragioni sottese a tale decisione; quindi non comporterebbe una restrizione della discrezionalità del dirigente, ma inciderebbe nell’area del controllo sull’esercizio del potere, effettuato *ex post*.

È peraltro da sottolineare il fatto che il legislatore colloca il controllo nell’ambito non della valutazione dei risultati dell’attività dirigenziale, ma della responsabilità disciplinare per inadempimento. La fondatezza della motivazione, che giustifica un atto omissivo, è verificata in un procedimento disciplinare a carico del dirigente, che può dar luogo a una sanzione disciplinare come responsabilità contrattuale per un inadempimento connesso all’esercizio di un potere-corollario del potere direttivo datoriale. Dunque, da un lato abbiamo un limite all’esercizio di un potere datoriale, dall’altro l’integrazione da parte della fonte legale della responsabilità contrattuale del dirigente pubblico nei confronti dell’amministrazione sua datrice di lavoro. Un segnale emblematico dell’estensione della responsabilità disciplinare del dirigente e della confusione con la responsabilità manageriale, a cui si adeguerà la contrattazione collettiva di area e che connoterà anche la successiva legislazione: non solo un problema di confini, evidenziato anche in giurisprudenza, ma una contraddizione nella definizione della figura dirigenziale con riguardo alla responsabilità, tutt’ora inadeguatamente regolata nell’art. 21 del d.lgs. 165/2001.

¹¹ È la lettura di una parte dei giuslavoristi (tra cui mi colloco: v. BORGOGELLI, *I poteri della dirigenza pubblica*, cit.); v., per la ricostruzione delle diverse opinioni e per riferimenti bibliografici ulteriori, gli Autori citati a nota 15.

In conclusione, con la riforma del 2009 si allontana il lavoro pubblico dal lavoro privato e si espande l'area del "diritto privato differenziato"¹², anche se non si riscontra un passaggio (*rectius* un ritorno) da una "mera specializzazione delle regole del diritto del lavoro privato" a "una regolazione di diritto speciale pubblico della materia"¹³: la disciplina del lavoro pubblico anche dopo la riforma si muove sempre all'interno della cornice di un adattamento delle regole privatistiche alle specificità del contesto, e se anche i profili di specialità vengono ampliati e modificati, ciò non incide sullo statuto giudico, ovvero sulla 'radice' contrattuale e privatistica. Tuttavia sono numerosi gli argomenti che conducono a giudicare gli interventi riformatori non appropriati, sul piano della politica del diritto come su quello della tecnica regolativa. Il legislatore si affida alle 'virtù salvifiche' di una regolamentazione legislativa puntuale e pervasiva, con un approccio 'pedagogico-autoritario': poiché i dirigenti non hanno avuto la forza e la capacità di usare il potere loro attribuito, il legislatore anziché ricercarne le cause – per correggere i difetti nel modello regolativo e ovviare alle carenze formative e culturali – ha preferito definire con precisione e imporre il comportamento da assumere 'secondo il modello imprenditoriale'.

La povertà dei risultati conseguiti dalla riforma del 2009 conferma che le correzioni non erano quelle necessarie e adeguate: non basta normare puntigliosamente i comportamenti perché questi divengano virtuosi, e con regole che riducono autonomia e discrezionalità il dirigente pubblico non diventa più efficiente, ma si allontana dalla figura del *manager* accostandosi a quella del lavoratore subordinato. Soprattutto, si delinea una figura dirigenziale che non corrisponde al paradigma teorizzato: si determina infatti una contraddizione interna al nuovo modello regolativo, connotato come alternativo a quello pubblicistico proprio per la concezione dell'attività amministrativa "non in chiave formale-legalistica, bensì sostanziale-aziendalistica", con la finalità di accentuare "la considerazione dell'attività organizzativa e di gestione del lavoro sotto il profilo della strumentalità al conseguimento di un risultato in termini di efficienza, efficacia ed economicità"¹⁴.

¹² D'AURIA, *Il nuovo sistema delle fonti: legge e contratto collettivo, Stato e autonomie territoriali*, in *GDA*, 2010, p. 6.

¹³ Come invece ritiene GARDINI, *op. cit.*, p. 591.

¹⁴ CORPACI, *Regime giuridico e fonti di disciplina dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *RGL*, 2010, I, pp. 473 e 477.

4. *La disciplina vigente dopo gli interventi 2012-2019*

La legislazione successiva al 2009 per quanto riguarda il profilo in esame si caratterizza per la continuità con la direzione impressa dalla Riforma Brunetta, peraltro accentuando la differenziazione rispetto alla normativa privatistica. Ciò può dirsi con riguardo alle nuove disposizioni relative al codice di comportamento introdotte dalla l. 190/2012 e al sistema regolativo del potere disciplinare e delle responsabilità dei dirigenti come modificato dalla Riforma Madia (d.lgs. 116/2016, d.lgs. 75/2017), un indirizzo che si riconferma nella successiva legislatura (l. 56/2019): le linee di politica del diritto adottate dalla riforma del 2009 quindi, nonostante le critiche e i risultati deludenti, si confermano e si rafforzano¹⁵.

Si osserva in particolare come, benché la Riforma Madia si connoti per il recupero del ruolo di fonte attribuito all'autonomia collettiva, nel sistema disciplinare si conferma il predominio della legge e la posizione ancillare della contrattazione collettiva voluti dalla Riforma Brunetta: a fronte di una normativa eteronoma inderogabile che allunga la lista delle tipizzazioni legislative degli illeciti e delle sanzioni, non resta molto spazio alle scelte dell'autonomia collettiva, in particolare per gli illeciti più gravi (con poche eccezioni: v. il nuovo comma 3 *bis* aggiunto all'art. 55 *quinquies*). Si accentua altresì, e diviene sistematico, l'inserimento di finalità ultronee rispetto a quelle che connotano l'esercizio del potere disciplinare nella relazione contrattuale: si ampliano le responsabilità e il debito contrattuale, da un lato riconducendo

¹⁵ Non potendo dar conto delle numerose, approfondite analisi della dottrina che ha commentato le innovazioni normative, le quali hanno guidato la riflessione qui svolta, ci si limita ad alcune, per quanto incomplete, indicazioni dei saggi più recenti, a cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici: TULLINI, *op. cit.*; BAVARO, *op. cit.*; AVIO, *op. cit.*; BOSCATI, *Potere disciplinare*, in BIANCO, BOSCATI, RUFFINI, *La riforma del pubblico impiego e della valutazione*, Maggioli, 2017, p. 79 ss.; QUARANTA, *Illeciti rilevanti e tipologia di sanzioni*, e GARGIULO, *Il licenziamento disciplinare*, in ESPOSITO, LUCIANI, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L., *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2018, pp. 233 e 249 ss.; CARUSO, *Le riforme e il lavoro pubblico: la 'legge Madia' e oltre. Miti, retoriche, nostalgie e realtà nell' 'eterno ritorno' al allo statuto speciale del lavoratore pubblico*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", *Collective volumes*, 8/2019, p. 9 ss.; ZOLI, *L'esercizio del potere disciplinare nel settore pubblico riformato*, in DLRI, 2018, p. 689 ss.; BARBIERI, *Note critiche sul licenziamento disciplinare nel lavoro pubblico dopo l'intervento legislativo del 2017*, in DLRI, 2019, p. 157 ss.; MAINARDI, *Questioni in merito al licenziamento disciplinare del dipendente e dirigente pubblico*, in DLRI, 2019, p. 170 ss.; MILITELLO, *Etica comportamentale, procedimento disciplinare e sanzioni. L'homo novus nel pubblico impiego*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", *Collective volumes*, 8/2019, p. 193 ss.

ai “doveri d’ufficio del funzionario pubblico” una serie eterogenea di prescrizioni collegate a principi etici, di integrità, imparzialità e trasparenza, e al contrasto all’illegalità e alla corruzione, dall’altro lato mescolando riferimenti impropri alla diversa dimensione della produttività, della verifica della *performance* e dei risultati e quindi del sistema di valutazione.

La conferma dei riferimenti alle norme-base dell’ordinamento privatistico e dei rinvii alla negoziazione collettiva consente ai giuslavoristi di salvaguardare i principi del sistema disciplinare del settore privato, respingendo le tesi di ritorno al regime pubblicistico e ribadendo, con il supporto della giurisprudenza, la negazione di automatismi nell’applicazione delle sanzioni legislativamente preordinate. Tuttavia, se le approfondite esegesi dottrinali possono aiutare il giudice, nello svolgimento del suo importante ruolo¹⁶, a districarsi nel coacervo di vecchie e nuove disposizioni, non è possibile recuperare sul piano interpretativo i caratteri sostanziali che dovrebbero connotare l’attività dirigenziale – in particolare l’autonomia, la discrezionalità organizzativa, la flessibilità – a fronte di un sistema la cui complessità non può che condizionare fino a paralizzare l’esercizio del potere datoriale.

Senza pretese di completezza, si evidenziano di seguito alcuni profili di criticità che ben rappresentano non solo la distanza, ma il contrasto, tra il modello contrattuale/privatistico originario e la disciplina oggi vigente.

Significativa è la vicenda delle modifiche al Codice di comportamento introdotte dalla legge 190/2012. L’originaria versione dell’art. 54 d.lgs. 165/2001 lasciava alla contrattazione collettiva il compito di definire la vincolatività, quali obblighi contrattuali disciplinarmente rilevanti, dei doveri fissati dai codici di comportamento, chiedendo un “coordinamento” dei principi del codice (da recepire in allegato dai contratti) con le previsioni negoziali in materia di responsabilità disciplinari. Ora invece il legislatore prescrive direttamente che “La violazione dei doveri contenuti nel Codice di comportamento, compresi quelli relativi all’attuazione del piano di prevenzione della corruzione, è fonte di responsabilità disciplinare” (art. 54, c.

¹⁶ Da considerare anche i poteri di rideterminazione della sanzione attribuiti al giudice dall’art. 63, c. 2 *bis*, d.lgs. 165/2001 e, per il licenziamento, il disposto dell’art. 30, comma 3, l. 183/2010 ritenuto applicabile anche al lavoro pubblico; e senza dimenticare che “il cardine intorno a cui si avvia la disciplina del recesso dal rapporto di lavoro è sempre e comunque una norma generale, cioè un concetto indeterminato con cui il legislatore fa slittare la decisione verso un’altra autorità”: così MAZZOTTA, *Il licenziamento disciplinare alla prova di un giurista antropologo*, in *LD*, 2017, p. 661. In generale, sul ruolo del giudice v. le riflessioni di ESPOSITO, *I giudici e il lavoro pubblico: dalla contrattualizzazione alla c.d. Riforma Madia*, in *LD*, 2016, p. 871 ss.

3, come modif. da l. 190/2012), aggiungendo che le “gravi o reiterate violazioni dei codici di comportamento” sono punite “comunque” con il licenziamento (art. 54, c. 3; art. 55 *quater*, c. 1, lett. f-*bis* introdotta dal d.lgs. 75/2017). Il rapporto dell’autonomia collettiva con la fonte unilaterale si capovolge: “alla fonte negoziale è consentito di specificare, integrare o aggiungere istituendo un raccordo più sicuro con l’apparato sanzionatorio, senza tuttavia poter ridurre o incidere con la deroga *in melius*”¹⁷. Significativa anche la terminologia relativa alle finalità del Codice: “assicurare la qualità dei servizi, la prevenzione dei fenomeni di corruzione, il rispetto dei doveri di diligenza, lealtà, imparzialità e servizio esclusivo alla cura dell’interesse pubblico”.

Queste innovazioni rafforzano le letture pubblicistiche del sistema sanzionatorio: facendo riferimento alla rilevanza attribuita al Codice, nonché ai numerosi rinvii alle norme sull’anticorruzione e la trasparenza (v. l. 190/2012, d.lgs. 33/2013, d.p.r. 62/2013) si ripropone la tesi per cui il procedimento disciplinare apparirebbe ora, come nella fase anteriore alla privatizzazione, espressione della pretesa punitiva dell’autorità, in una logica pubblicistica di perseguimento di interessi generali. Ciò nel contesto di una lettura dell’ordinamento del lavoro pubblico che accentra tutta l’attenzione sul profilo dell’onestà e sulla lotta all’assenteismo, e dà rilievo prioritario al principio di imparzialità, trascurando il profilo dei risultati e quindi il principio del buon andamento. Sono significativi al riguardo i commenti di alcuni amministrativisti, nel sottolineare l’importanza del ruolo del Codice di comportamento quale strumento attraverso il quale “possono entrare, tra le situazioni di doverosità assistite da sanzione disciplinare, quelle relative a questioni di interesse pubblico e non riconducibili in una dimensione essenzialmente sinallagmatica (...) a presidio di un’area di “specialità” del rapporto irriducibile nelle dinamiche negoziali e di scambio”¹⁸.

Non mancano ai giuslavoristi argomenti per respingere queste tesi; si osserva tra l’altro, anche alla luce della giurisprudenza, che comunque: i co-

¹⁷ TULLINI, *op. cit.* p. 14. L’autonomia collettiva è deputata dal codice nazionale (d.p.r. 62/2013) a definire “ulteriori criteri d’individuazione delle sanzioni applicabili in relazione alle tipologie di violazioni”.

¹⁸ Così CARLONI, *I codici di comportamento “oltre” la responsabilità disciplinare*, in LPA, 2017, p. 172. V. altresì CAVALLO PERIN, *Codice di comportamento e sistema disciplinare*, in CORPACI, DEL PUNTA, MONACO, *La riforma del lavoro pubblico*, Franco Angeli, 2018, p. 143 ss.; TENORE, *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, Giuffrè, 2017.

dici devono rispettare il principio di legalità e non coprire le materie di organizzazione; per rilevare a fini disciplinari i comportamenti vietati devono essere tipizzati e articolati; per la tipologia delle infrazioni e sanzioni il rinvio alla sede negoziale, che vale anche per il Codice di comportamento, garantisce una armonizzazione tra le norme negoziali e le norme eteronome. Sono assunti importanti per porre limiti all'invasività della fonte unilaterale e per respingere le tesi pubblicistiche; ma è difficile che siano sufficienti per negare una sostanziale limitazione del ruolo della autonomia collettiva e per ridimensionare le conseguenze improprie della stretta connessione con la disciplina di contrasto alla corruzione e all'illegalità.

Un altro profilo critico riguarda l'accentuarsi delle interferenze con il sistema della valutazione, che determina confusioni e ambiguità nell'intreccio tra inadempimenti, infrazioni e raggiungimento della qualità nei livelli di prestazione. Il legame improprio tra i doveri di rilevanza disciplinare e il ciclo della *performance* assume un rilievo particolare per i dirigenti, per i quali sono molto più gravi le implicazioni dell'assenza di una definizione chiara dei confini tra le responsabilità; oltre che le implicazioni derivanti dal prevalere della dimensione della responsabilità disciplinare (espansa in modo assolutamente non compatibile con una figura manageriale) in rapporto alla responsabilità dirigenziale, e di conseguenza alle verifiche in ordine al raggiungimento degli obiettivi e al rispetto delle direttive.

Esempio significativo delle contraddizioni nel sistema è anche la vicenda della competenza per la gestione del procedimento disciplinare, che la novella del 2009 aveva attribuito ai dirigenti responsabili della struttura, con esclusione degli illeciti più gravi e dei casi più complessi affidati a un ufficio appositamente deputato. Una scelta, apprezzata come ampliamento dei poteri datoriali in chiave privatista, che la riforma del 2017 cancella, lasciando ai dirigenti solo la competenza per l'applicazione della sanzione del rimprovero scritto. Benché non manchino valutazioni critiche di questa sottrazione di poteri al dirigente, la maggioranza della dottrina commenta favorevolmente l'affidamento del compito all'Ufficio per i procedimenti disciplinari (UPD), perché consente di risolvere i casi di incerta attribuzione e di sollevare dalle difficoltà nell'applicare una normativa complessa dirigenti nella maggior parte dei casi privi delle necessarie competenze tecniche. Il che può apparire ragionevole sul piano pratico, ma solo come conseguenza di una regolazione eccessiva che ostacola quello che dovrebbe essere di norma l'esercizio diretto e autonomo del potere disciplinare, che viene così 'separato' dal potere di-

rettivo e di controllo. Da sottolineare altresì il determinarsi di una ambiguità: il compito assegnato all'UPD viene talvolta letto in chiave di "sostanziale imparzialità", prospettando una "terzietà" dell'organo non coerente con l'ordinamento privatistico vigente¹⁹.

Per quanto riguarda la controversa questione della doverosità dell'esercizio del potere disciplinare si osserva come, alla luce delle integrazioni delle disposizioni in materia, sia ora più difficile – e secondo alcune letture impossibile – sostenere che si tratti solo di un obbligo di motivazione delle scelte²⁰. Peraltro, la lettura che ridimensiona sul piano interpretativo l'impatto delle disposizioni vincolanti consente anche di contrastare la tesi per cui la doverosità del potere disciplinare del dirigente inciderebbe sulla natura giuridica privatistica del potere stesso, riportandolo ad una qualificazione in termini di supremazia speciale, dunque a segmento di un potere pubblico di natura autoritativa²¹. Tuttavia, resta comunque l'estrema difficoltà di salvaguardare spazi di effettiva discrezionalità nell'esercizio del potere disciplinare per il dirigente, sommerso da molteplici regole, con sovrapposizioni tra diversi ambiti di poteri e di responsabilità, sovrabbondanza di contenuti, alcuni inutili e tralatici, e vincoli. Si determinano anche situazioni paradossali: il necessario rispetto puntuale delle condizioni di legge limita la possibilità di contestare comportamenti illeciti non esattamente coincidenti con la tipizzazione legislativa²². E la prevalenza del profilo dell'inadempimento finisce con l'ostacolare il dirigente nell'adozione dei più adeguati criteri nell'assolvimento dei compiti organizzativi e gestionali.

Per quanto concerne la qualificazione giuridica del rapporto di lavoro pubblico, la dottrina giuslavorista, mentre respinge le tesi neopubblicistiche²³

¹⁹ Per il giudizio positivo, considerando i vantaggi sul piano applicativo, v. ZOLI, *op. cit.*, p. 696; VOZA, *Il riassetto del sistema disciplinare nel lavoro pubblico*, in *LPA*, 2018, p. 2; nonché MAINARDI, *op. cit.*, pp. 178–179, il quale, pur riconoscendo il carattere "di parte" dell'UPD, sottolinea positivamente "il modo imparziale" del suo giudizio e la distanza dal dirigente che già esercita i poteri direttivo e di controllo. Un giudizio che non si condivide. Per la critica alla nuova regola v. BARBIERI, *Note critiche*, cit., pp. 161–162, che ne ritrova le radici "culturali" nella Commissione di disciplina prevista dal d.p.r. 3/1957 e cita criticamente la qualificazione in termini di "terzietà" attribuita all'UPD da Cass. 16900/2016.

²⁰ Ad esempio, per la sussistenza dell'obbligo v. ZOLI, *op. cit.*, p. 700, per la negazione BARBIERI, *Note critiche*, cit., p. 159.

²¹ MATTARELLA, *op. cit.*, p. 38.

²² Come rilevato in dottrina (v. in particolare TULLINI, *op. cit.*, BAVARO, *op. cit.*, AVIO, *op. cit.*).

²³ Sostenute, tra l'altro, sulla base della prospettiva di un legame tra "disciplina e onore"

e ribadisce la qualificazione negoziale e il rilievo della definizione codicistica di lavoratore subordinato, si interroga in merito all'effetto delle nuove norme sulla configurazione causale del contratto, in particolare per il rilievo da queste attribuito ai valori etici. Si prospettano diverse ipotesi interpretative: si ribadisce il carattere di "puro" scambio del contratto nel lavoro pubblico come definito e caratterizzato dall'art. 2094, collocando le differenze solo nella disciplina del rapporto tra diritti e doveri²⁴; si ritiene, invece, che non si possa ricostruire la corrispettività nel contratto di lavoro pubblico prescindendo dalla sua funzione complessa che è anche organizzativa oltre che di scambio, nella quale assumono rilievo gli interessi tutelati dalla specifica organizzazione²⁵; si delinea la costruzione di un nuovo paradigma collaborativo, comune al contratto nel pubblico e nel privato²⁶, sino a una visione innovativa che dà rilevanza ai valori etici e di sostenibilità nella relazione negoziale²⁷.

Senza poter aprire un confronto con le diverse proposte interpretative²⁸, ci si limita qui a sottolineare l'importanza di riflessioni che nel modellare la nozione di adempimento con riferimento all'obbligazione contrattuale e al suo oggetto, nonché in relazione all'assetto organizzativo delle diverse P.A., offrono elementi importanti per ricostruire in termini nuovi la disciplina del lavoro pubblico restando nel prisma del contratto e delle regole privatistiche.

che integrerebbe l'obbligo di cui all'art. 2105 cod. civ con una fedeltà qualificata alla quale i pubblici funzionari non potrebbero sottrarsi e del riferimento allo *status* di pubblico impiegato, inteso come qualità giuridica da cui sorgono in capo all'individuo diritti e doveri verso il datore di lavoro e verso coloro che si qualificano come soggetti coinvolti dall'amministrare pubblico: v. CAVALLO PERIN, *op. cit.*, *passim*.

²⁴ BARBIERI, *I principi costituzionali e l'evoluzione della disciplina*, in CURZIO, DI PAOLA, ROMEI, *Lavoro pubblico*, Giuffrè, 2018, p. 30 ss.; più in generale ID., *Il sinallagma nei contratti di lavoro per le pubbliche amministrazioni: un percorso storico-critico*, Cacucci, 2018.

²⁵ ZOPPOLI L., *Buon andamento della pubblica amministrazione e diritti e doveri dei lavoratori*, in LPA, 2019, p. 12; v. altresì ID., *Giustizia distributiva, giustizia commutativa e contratti di lavoro*, in questa rivista, 2017, p. 292 ss.

²⁶ CARUSO, *op. cit.*

²⁷ Su questi valori, anche nell'ottica di conciliazione vita-lavoro, v. CALAFÀ, *Marginalità apparente: l'innovazione organizzativa nella p.a. alle soglie della XVIII legislatura*, in RGL, 2018, I, p. 473 ss.

²⁸ Per l'illustrazione e l'analisi critica delle diverse teorie v. ZOPPOLI L., *Buon andamento*, cit., § 5 e 6.

5. *Le conseguenze dell'incoerenza nel sistema regolativo*

Ricapitolando, dall'analisi svolta si delinea una regolazione legislativa dei poteri datoriali – di cui la normativa sul sistema disciplinare è una eloquente rappresentazione – prolissa e confusa, con sovrapposizioni e incongruenze che pongono numerosi problemi interpretativi/applicativi, concentrata sulla (vana, visti gli esiti) lotta all'assenteismo e alla corruzione. Ma il problema più grave non è quello dei difetti nella tecnica regolativa, bensì quello delle contraddizioni che si sono determinate all'interno dell'ordinamento del lavoro pubblico in seguito agli interventi legislativi susseguitisi a partire dal 2009; e quindi delle conseguenze sul piano dell'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa di una regolazione che di fatto presta poca attenzione agli strumenti necessari a garantire realmente la qualità dei risultati.

Da un lato, infatti, restano immutate le basi normative della disciplina del lavoro pubblico costruita nel periodo 1993-1998²⁹, che pongono al centro il contratto individuale di lavoro subordinato, con le sue peculiarità rispetto alla generale disciplina codicistica dell'autonomia privata, tra cui l'attribuzione del potere datoriale nella configurazione statutaria. Un potere che si caratterizza per lo stretto legame con l'organizzazione, strumento essenziale utilizzato dal datore di lavoro e da lui 'plasmato' per il raggiungimento delle sue finalità, definite dalla Costituzione nei termini indicati dall'art. 41 per il settore privato e dall'art. 97 per le PA. Dall'altro lato il legislatore costruisce una regolazione dell'esercizio del potere datoriale che non si limita a indicare i necessari adattamenti al contesto pubblico, ma diviene sempre più ampia, puntuale, invasiva, dettando norme lontane da quelle operanti nel settore privato, ma anche dalle esigenze reali. Mentre la disciplina della figura dirigenziale resta carente sotto molteplici profili, ci si preoccupa di orientare – entrando nel merito degli aspetti che connotano il potere direttivo, disciplinare e di controllo e le scelte organizzative – il comportamento del dirigente-datore di lavoro, impedendogli di operare con l'autonomia e la flessibilità necessarie anche per adattare le regole generali alle differenze profonde tra le PA; e nel contempo si limita la possibilità per l'autonomia collettiva di fornire il suo necessario contributo. Il legislatore ha progressivamente accentuato le discrasie, invece di risolverle, impedendo la realizzazione dell'equilibrio funzionale necessario a garantire

²⁹ V. il legame tra le disposizioni contenute negli artt.: 1, c. 1, lett. c, 2, c. 1, lett. a), 5, c. 2, d.lgs. 165/2001.

il buon andamento³⁰ con l'inserimento, in un sistema fondato sullo schema contrattuale/privatistico, di elementi propri di un modello diverso, pubblicistico-unilaterale, dettando le modalità del comportamento microorganizzativo e gestionale con una normativa non coerente con le basi della riforma. Si aggiunge altresì una normazione incongrua del rapporto con il sistema di valutazione, pilastro del modello originario, ma anch'esso tutt'ora regolato in modo insoddisfacente³¹.

Si è criticata la legislazione del 2009 per aver falsato il ruolo del potere disciplinare, tramutando uno strumento di gestione del rapporto individuale di lavoro nella dimensione dei diritti e dei doveri in uno strumento di condizionamento del potere organizzativo del dirigente, finalizzato al miglioramento dell'efficienza organizzativa e del rendimento dei lavoratori. Ma in realtà è stata stravolta la sua finalità propria senza tuttavia raggiungere alcun risultato positivo: non si è prodotta così – né si poteva – efficienza, efficacia, economicità dell'azione pubblica, ovvero rispetto del principio di buon andamento. Nonostante ciò la legislazione successiva ha percorso la stessa strada, e per di più ha posto sulle spalle del potere disciplinare ulteriori finalità improprie, quali quelle di garantire onestà, trasparenza, contrasto all'assenteismo e alla corruzione, *etc.*; senza raggiungere, anche in questo caso, risultati positivi, ma producendo complicazioni e ritardi, sino a prospettare il rischio di una eterogenesi dei fini: che nel formalismo esasperato la corruzione e l'illegalità prosperino meglio, come si scoprì – con la vicenda “Mani pulite” – essere accaduto nell'ordinamento giuridico vigente sino al 1993.

Si è determinata quindi una divaricazione sempre maggiore tra settore privato e settore pubblico: mentre il primo è alla ricerca di un modello di disciplina del contratto e del rapporto di lavoro che garantisca recupero di produttività, ma anche una visione adeguata con riferimento all'innovazione

³⁰ ZOPPOLI L., *Buon andamento*, cit., *passim*; non si realizza altresì l'equilibrato dosaggio delle fonti richiesto dalla Corte Costituzionale nel legittimare la riforma (C. Cost. 309/1997). Per la riflessione di carattere generale v. in particolare: PINTO, *Il lavoro pubblico nella transizione dall'autogoverno responsabile delle pp.aa. al rinnovato protagonismo della legge*, in IADICICCO, NUZZO, *Le riforme del diritto del lavoro. Politiche e tecniche normative*, in *Quad. DLM*, 2016, p.107 ss.; ZOPPOLI L., *Perché una quarta riforma del lavoro pubblico?*, in *WP “Massimo D'Antona”*, 366/2018.

³¹ Sulle insufficienze dell'ultima riforma in materia – attuata dal d.lgs.74/2017 – rispetto alle criticità del sistema costruito dal d.lgs.150/2009, si rinvia, anche per i riferimenti bibliografici, a BORGOGELLI, *Riflessioni sul sistema di valutazione nelle pubbliche amministrazioni, in attesa di nuove norme*, in questa rivista, 2019, p. 473 ss.

tecnologica e ai valori di sostenibilità e tutela dell'ambiente, gli interventi legislativi nel settore pubblico presentano un modello che è sostanzialmente antiquato e lontano dalle esigenze reali, basato sul controllo dei costi, su valori proclamati solo formalmente, su interventi per la "semplificazione" e la "concretezza" che si trasformano in complicazioni e ideologismi. Il legislatore distanzia il lavoro pubblico dal lavoro privato proprio nel momento in cui entrambi, e per certi aspetti insieme, dovrebbero riflettere sul modello di *governance* più adatto a gestire le radicali modifiche introdotte dall'innovazione tecnologica, cercando gli strumenti che consentano di raggiungere risultati utili. Si delinea un apparato normativo non conforme a una visione dei criteri organizzativi e gestionali adeguata ai tempi e alle regole della buona amministrazione, un lavoro pubblico che non produce servizi pubblici efficienti rispondenti alle esigenze dei cittadini e dell'economia: i danni prodotti sono evidenti, e particolarmente gravi nell'emergenza Covid, come dimostrano i timori e gli allarmi per la lentezza, l'inadeguatezza, l'incapacità di utilizzare proficuamente le risorse dell'Unione europea da parte delle PA, costantemente espressi in tutte le sedi.

Tuttavia, se le analisi critiche sono condivise e le richieste di ulteriori riforme reiterate, anche evocando sovente provvedimenti che sono già operativi per quanto inefficaci, è difficile trovare le risposte giuste³². Ovviamente non è qui possibile dir nulla sul piano propositivo, se non porre una domanda: se la soluzione non possa essere ricercata ricominciando da capo, dal progetto iniziale, ma disegnando uno sviluppo diverso, modellato sulle esigenze attuali e facendo tesoro del fallimento di una tipologia di regolazione da cancellare. Se il modello della riforma degli anni 90 – una rivoluzione a cui non tutti gli attori erano culturalmente e professionalmente preparati – fosse stato implementato e applicato si potrebbe oggi dire che è fallito quel progetto; ma non è questo che è avvenuto. A una regolazione incoerente con quel progetto non potevano che conseguire – o comunque non potevano essere efficacemente impedito – le difficoltà incontrate dai soggetti principali del sistema: vertici politici, dirigenti, sindacati. Vogliamo ripartire da qui?

³² Come evidenza RUSCIANO, *A proposito di una ricerca sul lavoro pubblico*, in *DLRI*, 2018, p. 205 ss., commentando il libro curato da DELL'ARINGA, DELLA ROCCA, *Lavoro pubblico fuori dal tunnel?*, il Mulino, 2017.

Luigi Fiorillo

**Tutela delle mansioni e professionalità:
un bilancio dopo mezzo secolo**

Sommario: **1.** Il contributo dell'art. 37 dello Statuto al processo di avvicinamento tra lavoro privato e pubblico in materia di mansioni e professionalità. **2.** Il ripensamento delle regole di derivazione pubblicistica per la disciplina delle mansioni del dipendente pubblico. **3.** La disciplina attuale: lo spostamento in orizzontale e la tutela della professionalità. **4. Segue.** La rilevanza delle mansioni di fatto ai fini economici. **5. Segue.** La rilevanza delle mansioni superiori anche ai fini della crescita professionale. **6.** Le possibili novità in materia di classificazione professionale dovute ad un cambio di passo da parte della contrattazione collettiva.

1. Il contributo dell'art. 37 dello Statuto al processo di avvicinamento tra lavoro privato e pubblico in materia di mansioni e professionalità

Con l'entrata in vigore dello Statuto dei diritti dei lavoratori (legge 20 maggio 1970, n. 300) le regole poste a tutela delle mansioni che il prestatore è obbligato a svolgere nel rispetto di quanto stabilito dall'art. 2094 cod. civ. vengono completamente rideterminate secondo parametri giuridici decisamente innovativi, frutto di quel cambiamento culturale che è alla base del modello normativo di cui si è fatto portatore lo Statuto.

L'art. 13 della l. 300/1970, non a caso inserito nel titolo primo dedicato alla "libertà e dignità del lavoratore", riscrive integralmente il testo dell'originario art. 2103 cod. civ., introducendo tutele, inedite fino a quel momento per il lavoratore subordinato, che trovano il comune denominatore nella protezione e valorizzazione della sua professionalità. A tal fine lo *ius variandi* del datore di lavoro viene circoscritto in limiti ben definiti ed invalicabili costituiti dal riconoscimento a favore del dipendente di specifici diritti, quali: l'impossibilità di essere adibito a mansioni inferiori; la protezione del bagaglio

professionale effettivamente acquisito ed utilizzato; la promozione automatica in caso di svolgimento, anche di fatto, di mansioni proprie di un livello di inquadramento superiore, in presenza di determinate condizioni.

Questi principi non avrebbero mai trovato un riconoscimento nella disciplina dell'impiego pubblico, così come codificata al momento della loro emanazione, se non fosse stato previsto dallo stesso Statuto un meccanismo che rendesse possibile di trasferirli, con gli opportuni adattamenti, anche nelle regole che governavano il lavoro subordinato alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche.

Per questa ragione una riflessione, occasionata dai cinquant'anni dello Statuto, sulla disciplina posta a tutela delle mansioni e della professionalità del dipendente pubblico, non potendo non tener conto anche della sua evoluzione a partire dalle regole statutarie, deve necessariamente prendere le mosse dall'art. 37. Quest'ultimo, rendendo possibile applicare le disposizioni dello Statuto all'impiego pubblico "salvo che la materia non sia diversamente regolata da norme speciali", ha il merito di aver avviato nel mondo del lavoro subordinato la cinghia di trasmissione privato-pubblico.

Per comprendere la portata della regola appena menzionata è sufficiente ricordare che, all'epoca, nel settore pubblico le materie più qualificanti disciplinate dallo Statuto non erano diversamente regolate ma completamente ignorate perché distanti anni-luce dalla logica dello stato giuridico di natura pubblica¹.

Questa considerazione spiega anche le diverse conseguenze che la norma statutaria ha effettivamente prodotto, pur avendo utilizzato una tecnica di collegamento tra privato e pubblico già presente nell'impianto codicistico grazie all'art. 2129 cod. civ. per il quale le disposizioni previste per il lavoro subordinato privato "si applicano ai prestatori di lavoro dipendenti da enti pubblici, salvo che il rapporto sia diversamente regolato dalla legge". È interessante osservare, a questo proposito, che la norma statutaria, nella sua formulazione testuale, si differenzia da quella contenuta nel codice civile (di cui potrebbe, ad una prima lettura, apparire una ripetizione sotto il profilo applicativo) in quanto pone come condizione per l'estensione, anche al pubblico impiego, delle disposizioni dello Statuto che "la materia" non sia regolata da norme speciali, con ciò diversificandosi dal testo della norma codicistica che usa il termine, omnicomprensivo, "rapporto".

La realtà ha dimostrato la scarsa operatività dell'art. 2129 cod. civ. in

¹ RUSCIANO, *Lo Statuto dei lavoratori e il pubblico impiego*, in *LD*, 2010, I, p. 106.

quanto è stato sufficiente che il rapporto di impiego pubblico, nel suo insieme, fosse regolato dalla legge per evitare che allo stesso potessero applicarsi le disposizioni del codice civile previste per il lavoro privato.

Al contrario, la potenzialità offerta dall'art. 37 è stata molto più significativa, in quanto ha consentito di verificare se la disciplina delle singole "materie" regolate dallo Statuto fosse o meno oggetto di una specifica normativa e, in caso di esito negativo, di porre la questione per una sua possibile applicazione anche all'impiego pubblico².

In tal modo l'art. 37 è stato utile ad aprire spazi, a mo' di grimaldello, nella costruzione monolitica della disciplina del pubblico impiego tutta incentrata sulla cura dell'interesse pubblico e poco attenta ai diritti dei dipendenti, salvo quello della conservazione del posto di lavoro.

Da una analisi del dibattito dottrinario e degli interventi della giurisprudenza nel decennio successivo all'entrata in vigore dello Statuto si coglie con immediatezza la funzione che ha avuto l'art. 37 nell'avviare una riflessione sulla opportunità che anche la disciplina del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche si arricchisse del sistema dei valori introdotto dalla legge 300/1970 con la conseguenza di indurre, poi, lo stesso legislatore ad assumere un ruolo attivo per realizzare l'obiettivo³.

Va ricordato che proprio la tecnica appena menzionata fosse quella inizialmente prevista dagli ideatori dello Statuto (dotati di notevole sensibilità e senso di modernità) i quali, nel momento in cui si sono posti la questione di una possibile estensione anche all'impiego pubblico della legge 300/1970, hanno previsto il ricorso ad una normazione delegata, da adottare entro due anni, intesa ad uniformare, compatibilmente con la natura del rapporto, il trattamento giuridico di tutti i dipendenti pubblici alle disposizioni contenute nello Statuto⁴.

² La rilevanza della terminologia utilizzata dalla norma statutaria è stata subito messa in evidenza dalla giurisprudenza pretorile immediatamente successiva all'entrata in vigore della legge 300/1970 ed avallata dalla dottrina; sulla questione si rimanda alle interessanti ed articolate riflessioni di FERRARO G., *Commento art. 37*, in GIUGNI (diretto da), *Lo Statuto dei lavoratori – Commentario*, Giuffrè, 1979, p. 683 ss., al quale si rinvia anche per la completa ricostruzione del dibattito dottrinario e per la puntuale ricognizione giurisprudenziale.

³ Come avvenuto, prima, con la legge 70/1975 sul riordino degli enti pubblici non economici e, poi, in modo più organico, con la legge quadro sul pubblico impiego 93/1983.

⁴ Obiettivo disatteso, in sede parlamentare, e dal cui dibattito è scaturita, poi, la vigente formulazione dell'art. 37 cfr. BOZZI, *Commento all'art. 37*, in PROSPERETTI (diretto da), *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, Giuffrè, 1975, p. 1239.

Allo stato attuale una riflessione del genere potrebbe apparire del tutto fuori luogo. L'impiego pubblico, inteso come insieme di regole governate dalle categorie giuridiche di diritto pubblico, riveste un ruolo marginale e riguarda un numero molto contenuto di dipendenti.

Il rapporto di lavoro della quasi totalità dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche è regolato dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa secondo un modello rigidamente definito dal d.lgs. 165/2001 che disciplina direttamente le materie per le quali, rispetto alla regola generale, è necessaria una specifica regolamentazione.

In questo contesto una apposita norma viene dedicata allo Statuto (art. 51, comma 2, del d.lgs. 165/2001) la cui diretta applicazione è estesa alle pubbliche amministrazioni "a prescindere dal numero dei dipendenti", con ciò ampliandone l'area di intervento rispetto a quella del settore privato nel quale alcune disposizioni sono applicabili solo a condizione che l'impresa o l'unità produttiva occupi un certo numero di dipendenti.

Queste brevi considerazioni vogliono essere un giusto riconoscimento all'importanza dell'art. 37 per la centralità del ruolo dallo stesso rivestito agli albori del processo riformatore dell'impiego pubblico. *Iter* che ne ha comportato la sostanziale attuazione da parte del legislatore in un settore che, anche grazie a questa norma, è stato oggetto di una radicale trasformazione foriera del cambiamento dell'ambiente giuridico di riferimento, non più costituito dal diritto pubblico ma dal diritto privato con il conseguente ingresso, quale strumento normativo, del contratto, sia individuale che collettivo, al quale si è accompagnata la legislazione propria del diritto del lavoro e, di conseguenza, di una delle sue leggi più qualificanti; appunto, lo Statuto dei diritti dei lavoratori.

2. *Il ripensamento delle regole di derivazione pubblicistica per la disciplina delle mansioni del dipendente pubblico*

La disciplina in materia di mansioni e tutela della professionalità del lavoratore introdotta dall'art. 13 dello Statuto è emblematica per cogliere appieno gli effetti sopra menzionati.

Le nuove regole statutarie sono in parte estranee e in parte agli antipodi rispetto a quelle vigenti nell'impiego pubblico: il personale non viene assunto per lo svolgimento di una determinata prestazione (mansione) ma per essere

inserito in un ufficio e l'attività lavorativa che è chiamato a svolgere deriva dai compiti ai quali quell'ufficio è preposto.

Esistono, poi, profonde diversità nei principi ispiratori che sottendono le due tipologie di rapporto di lavoro subordinato. Volendo semplificare al massimo, il lavoro privato, sia nel momento genetico che in quello funzionale, si fonda sul principio di effettività: nella sua regolamentazione rileva il dato fattuale, a discapito di quello risultante esclusivamente da atti formali; il rapporto di pubblico impiego, invece, nasce e si sviluppa solo in funzione di atti amministrativi opportunamente formalizzati.

In questo contesto la disciplina delle mansioni introdotta dall'art. 13, tutta incentrata sulla valorizzazione dell'effettività della prestazione, a discapito della sua formale qualificazione, è apparsa, da subito, inconciliabile con il rapporto di pubblico impiego, caratterizzato, in materia di classificazione del personale, dalla presenza della pianta organica, intesa come rigida ed astratta previsione delle teoriche necessità di personale, non adattabile nell'immediato alle effettive esigenze di servizio se non attraverso procedure rigidamente formalizzate.

Ed infatti, un criterio di carattere generale, quello introdotto dall'art. 13, che tenta di adeguare l'organizzazione (teorica) alla gestione (pratica) privilegiando, ai fini dell'inquadramento, le mansioni effettivamente espletate a discapito di quelle formalmente assegnate, sotto il profilo sia normativo che economico, costituisce un fattore di destabilizzazione dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e rappresenta una causa di possibile dilatazione, al di fuori di ogni tipo di controllo, della spesa relativa al personale.

Le ragioni legate alla mancata (ed automatica) attribuzione, nel settore pubblico, della qualifica propria delle mansioni effettivamente svolte trovano una plausibile spiegazione nel principio, di rango costituzionale, che comunque impone oggettivi criteri di selezione per l'accesso all'impiego e, conseguentemente, per la progressione di carriera.

In ogni caso, l'impatto della disciplina sulle mansioni così come riportata dall'art. 13 si avverte quasi immediatamente nelle aule giudiziarie soprattutto con riferimento alla parte della norma che riconosce, "nel caso di assegnazione a mansioni superiori" il diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta con un conseguente diritto al superiore inquadramento al verificarsi di determinate condizioni (vacanza del posto e decorso del tempo).

Sotto questo aspetto si sviluppa un rilevante contenzioso dinanzi al

giudice amministrativo in virtù del binomio art. 37 / art. 13 che non sortisce, però, alcun effetto pratico a motivo dello sbarramento nei confronti della diretta applicazione della normativa statutaria, salvo rare eccezioni che aprono uno spiraglio al riconoscimento – quanto meno – del trattamento economico e pongono il problema del rispetto dell’art. 36 Cost. che all’epoca non sempre si riteneva applicabile all’impiego pubblico (anche grazie ad una disinvolta interpretazione della Corte dei Conti che ritiene non applicabile il precetto costituzionale in caso di assegnazione temporanea a mansioni superiori)⁵.

Trova ingresso nel settore pubblico anche la questione relativa allo *ius variandi in peius* (esplicitamente ammesso dall’art. 31 del t.u. n. 3 del 1957) con sentenze secondo cui la chiara formulazione della prima parte dell’art. 13 sul divieto di assegnazione a mansioni inferiori non può essere sacrificato al cospetto di reali o presunte esigenze pubbliche.

Nella dottrina giuslavoristica la questione viene affrontata in modo netto: significative sul punto le riflessioni di Umberto Romagnoli che ritiene che in questo caso “si è alla presenza di un atto di gestione del personale tipicamente di parte e tale rimane anche se sottoposto alle regole proprie del procedimento amministrativo”, sottolineando che “l’amministrazione-datore di lavoro ha cessato di essere l’unico interprete dell’interesse pubblico di fronte al personale, per lo meno nella misura in cui le esigenze di servizio incidono sugli interessi del personale stesso”⁶.

Insomma, grazie all’art. 37, il dibattito sulle novità apportate dall’art. 13 dello Statuto investe anche il pubblico impiego. Si avvia, così, un ripensamento dei criteri di classificazione del personale, attribuendo rilevanza alla mansione a discapito del formale inquadramento, favorendo un processo di affinità delle modalità di organizzazione del lavoro nel settore privato e in quello pubblico.

Ne è prova l’adozione della qualifica funzionale come sistema di classificazione e inquadramento dei lavoratori pubblici e l’avvio della scissione tra progressione economica e di carriera introdotta prima con la legge 70/1975,

⁵ Per una indicazione della giurisprudenza amministrativa, contabile e della Corte costituzionale si rinvia a FIORILLO, *L’art. 13 dello Statuto dei lavoratori nella giurisprudenza amministrativa*, in RGL, 1976, 3-4, II, p. 625 e ID, *Commento all’art. 56*, in CORPACI, RUSCIANO, ZOPPOLI L, *Commentario al d.lgs. n 29/1993*, in NLCC, 1999, p. 1389.

⁶ ROMAGNOLI, *Commento sub art. 37 (Applicazione ai dipendenti da enti pubblici)*, in GHEZZI, MANCINI, MONTUSCHI, ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli, 1972, p. 574.

per i soli enti pubblici non economici, e poi, per l'intero impiego pubblico, dalla legge quadro 93/1983.

Il recepimento sostanziale nella disciplina del pubblico impiego della filosofia che sottende la *ratio* dell'art. 13 – rivolta alla tutela delle mansioni del prestatore di lavoro con la valorizzazione e protezione della sua professionalità – coincide con la riforma radicale delle fonti di regolamentazione del lavoro pubblico che viene assoggettato al codice civile e alle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa.

È lo stesso legislatore a realizzare compiutamente la finalità dell'art. 37, ritenendo pienamente compatibile con l'organizzazione giuridica delle pubbliche amministrazioni la configurazione del rapporto di lavoro (in generale) voluta dallo Statuto⁷.

Al fine di evitare possibili incertezze in sede interpretativa è sempre il legislatore a preservare, per alcuni istituti del rapporto, le peculiarità proprie del lavoro pubblico: l'art. 2, comma 2, del d.lgs. 29/1993 (oggi d.lgs. 165/2001), dopo aver esteso l'intera legislazione prevista per il rapporto di lavoro subordinato nell'impresa al lavoro pubblico, fissa la regola per la quale le “diverse disposizioni” rispetto a quelle previste per il lavoro privato sono solo quelle “contenute nello stesso decreto”.

La rilevanza di ordine sistematico dell'art. 13 sulle modalità di organizzazione del lavoro, accompagnata alla oggettiva impossibilità di calare la norma, così come strutturata per il lavoro privato, nel mondo del lavoro pubblico, ha determinato, sin dall'inizio del processo di riforma, il diretto intervento del legislatore.

Inizialmente la normativa speciale è stata predisposta secondo una *ratio* antitetica a quella fatta propria dall'art. 13, tanto da far ritenere ad alcuni commentatori che il legislatore si fosse quasi pentito della scelta di ricondurre la disciplina del rapporto di lavoro pubblico alle regole proprie del diritto civile⁸.

⁷ Così anche CERBONE, *L'applicazione dello Statuto ai dipendenti pubblici*, in questa rivista, 2010, p. 925.

⁸ Così FERRANTE, *La nuova disciplina dell'inquadramento: profili individuali e collettivi*, in NAPOLI (a cura di), *Riforma del pubblico impiego ed efficienza della pubblica amministrazione*, Giappichelli, 1996, p. 145. Si tratta della normativa contenuta negli artt. 56 e 57 del d.lgs. 29/1993, frutto evidente di un approccio legislativo molto condizionato dalla giurisprudenza amministrativa del tempo e dalle regole presenti nell'art. 31 t.u. 3/1957 che non tiene in alcun conto le novità introdotte dallo Statuto, come dimostra l'inesistenza del riferimento all'equivalenza professionale

Successivamente, con la seconda riforma avviata dalla legge delega Basanini del 1997 il legislatore delegato, anche sensibilizzato dalle perplessità sollevate dalla dottrina, è intervenuto sull'istituto in modo diverso rispetto alla prima riforma.

L'art. 25 del d.lgs. n. 80 del 1998 ha riunito in un'unica norma (art. 56 d.lgs. n. 29 del 1993) gli originali artt. 56 e 57, predisponendo una disciplina che ripercorre quella contenuta nell'art. 13; normativa, poi, confluita nell'art. 52 d.lgs. 165/2001 e ritoccata dalla riforma del 2009.

3. *La disciplina attuale: lo spostamento in orizzontale e la tutela della professionalità*

Attualmente, in materia di tutela delle mansioni e della professionalità l'art. 52 costituisce la disciplina di riferimento e dà prova del ruolo e della funzione dell'art. 37^o.

Ed invero, sin dalla prima formulazione del comma 1^o dell'art. 56 (oggi art. 52) si coglie la forte influenza della normativa statutaria. Anche nel settore pubblico “il prestatore di lavoro deve essere adibito alle *mansioni* per le quali è stato assunto”: scompare il riferimento alla qualifica di appartenenza e, di conseguenza, si passa dalla logica *formale* della qualifica a quella *fattuale* delle mansioni⁹.

Viene introdotto, per la prima volta il concetto di equivalenza professionale inteso come parametro per il legittimo esercizio da parte del datore

ed alla possibilità di adibire l'impiegato a mansioni inferiori senza decurtazione della retribuzione. All'epoca i limiti delle due norme furono ben evidenziati da ALLEVA, *Lo ius variandi*, in CARINCI E (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Giuffrè, 1995, p. 942.

⁹ A questo proposito è pienamente condivisibile il titolo di un ampio saggio di Zoppoli A. sul ruolo e la funzione dello Statuto nella evoluzione della disciplina del lavoro pubblico: *Statuto dei lavoratori e lavoro pubblico: un incontro nel tempo fecondo*, in RGL, 2020, 1, I, p. 148.

¹⁰ Un raffronto con l'art. 31 del t.u. 3/1957 (norma di riferimento per l'impiego pubblico al momento dell'entrata in vigore dello Statuto e della successiva riforma avviata con il d.lgs. 29/1993) rende evidente il cambio di passo. A tal fine si riportano le parti più significative della norma, per la quale l'impiegato “ha diritto all'esercizio delle funzioni inerenti alla sua qualifica e non può essere privato del suo ufficio (...) Può essere destinato a qualunque altra funzione purché corrispondente alla qualifica che riveste ed al ruolo cui appartiene (...) Quando speciali esigenze di servizio lo richiedano, l'impiegato può temporaneamente essere destinato a mansioni di altra qualifica della stessa carriera”.

di lavoro del suo diritto di variazione unilaterale dell'oggetto della prestazione.

A questo proposito la norma, adottata dopo quasi un ventennio dall'entrata in vigore dell'art. 13, se ne discosta non richiamando più una generale nozione di equivalenza ma indicando un preciso parametro legale per accertarne il rispetto ai fini del confronto tra vecchie e nuove mansioni. Si rinvia espressamente alla fonte collettiva¹¹ che ha la possibilità, attraverso l'inserimento di più tipologie di attività in una stessa area di inquadramento, di tipizzare le ipotesi nelle quali differenti mansioni sono considerate equivalenti sotto il profilo professionale.

Si è trattato di un criterio di raffronto quanto mai opportuno, destinato, da una parte, a rendere questo tipo di tutela meno opinabile (nel senso di conferire maggiore certezza alle decisioni assunte dal datore di lavoro) e più rispondente alle effettive esigenze organizzativo-gestionali che solo la disciplina pattizia, bilanciando gli interessi delle parti, può individuare al meglio; dall'altra, a sottrarre la materia alle valutazioni, non sempre uniformi, della giurisprudenza che, in mancanza di parametri di riferimento legali, ha necessariamente dovuto effettuare l'indagine circa l'equivalenza o meno delle nuove mansioni rispetto a quelle svolte in precedenza, avendo riguardo all'attività effettivamente espletata, anche contravvenendo alle valutazioni convenzionali frutto della fonte collettiva.

Su questo aspetto si è formata una consolidata giurisprudenza – destinata anche a responsabilizzare la contrattazione collettiva pubblica – che offre una interpretazione, forse un po' troppo rigida¹², sul significato da attribuire alla statuizione di legge, sottolineando che “la lettera dell'art. 52, comma 1, specifica un concetto di equivalenza formale, ancorato cioè ad una valutazione demandata ai contratti collettivi e non sindacabile da parte del giudice”, e specificando ulteriormente che “condizione necessaria e sufficiente affinché le mansioni possano essere considerate equivalenti è la mera previ-

¹¹ La norma, inizialmente, ha operato un rinvio “alla classificazione professionale prevista dai contratti collettivi”; attualmente, a seguito delle modifiche apportate dal d.lgs. 150/2009, indica “l'area di inquadramento”, scelta quest'ultima non di poco conto destinata ad influenzare anche le regole che governano il fenomeno dello spostamento delle mansioni in verticale (vedi *infra* par. 5).

¹² La presenza del termine equivalenza nel corpo dell'art. 52 comunque non dovrebbe precludere al giudice di controllare, sotto il profilo della effettiva tutela della professionalità, il rispetto del dettato normativo da parte della disciplina pattizia.

sione in tal senso da parte della contrattazione collettiva, indipendentemente dalla professionalità specifica che il lavoratore possa aver acquisito in una precedente fase del rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A.”¹³.

Dopo anni di sostanziale immobilismo in materia da parte della contrattazione collettiva, dovuto anche al blocco imposto per legge al rinnovo dei contratti¹⁴, si registra un rinnovato interesse che, anche grazie alle chiare indicazioni della giurisprudenza appena richiamata, dovrebbe portare ad una sostanziale rivisitazione del sistema di classificazione del personale.

Nell'ultima tornata contrattuale 2016–2018 le parti hanno deciso di individuare una regolamentazione condivisa volta a “garantire l’ottimale bilanciamento delle esigenze organizzative e funzionali degli Enti con quelle di riconoscimento e valorizzazione della professionalità dei dipendenti”, istituendo, a tal fine, una apposita Commissione paritetica sui sistemi di classificazione del personale con compiti ricognitivi e propositivi da proporre alle parti negoziali con il compito di: a) prevedere la revisione dell’attuale classificazione del personale; b) individuare le professionalità che, per la loro specificità, necessitano di una peculiare regolamentazione; c) individuare strumenti per sostenere lo sviluppo delle competenze professionali e per riconoscere, su base selettiva, il loro effettivo accrescimento¹⁵.

Un’ulteriore spinta per un intervento significativo da parte della fonte collettiva è data anche dalle novità presenti da qualche anno nel settore privato grazie alla riscrittura dell’art. 2103 cod. civ.¹⁶, che sullo spostamento in orizzontale recepisce gli stessi criteri presenti nel lavoro pubblico, costituendo, così, anche un esempio inverso di trasferimento di regole, dal pubblico al privato.

¹³ Cass. 26 gennaio 2017, n. 201. Sulla questione, anche per l’ampia ricognizione di dottrina e giurisprudenza, da ultimo vedi TAMPIERI, *L’equivalenza “formale” delle mansioni dal lavoro pubblico al lavoro privato*, in *LPA*, 2018, I, p. 20.

¹⁴ Con una serie di provvedimenti normativi nel periodo 2011 – 2014 il legislatore ha disposto la sospensione della negoziazione nel settore pubblico, il blocco è stato, poi, dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 178/2015. Per un approfondimento vedi FIORILLO, *Contrattazione collettiva e lavoro pubblico: una nuova interpretazione sistematica della Corte costituzionale*, in *GCost.*, 2015, 5, p. 1679.

¹⁵ Così si esprime il ccnl Funzioni locali, art. 11. Nello stesso senso i ccnl Funzioni Centrali, Sanità ed Istruzione e Ricerca.

¹⁶ Sulla quale si condividono le riflessioni di LISO, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT* – 257/2015, p. 257.

Nell'intero mondo del lavoro subordinato viene, dunque, rimesso alle parti sociali l'equo bilanciamento tra esigenze aziendali di flessibilità organizzativa e tutela della professionalità acquisita dal prestatore di lavoro, contribuendo in tal modo a creare una nozione tipizzata di equivalenza professionale – con la definitiva scomparsa del generico criterio delle “mansioni equivalenti” contenuto nella previgente formulazione della norma codicistica – e la possibilità concreta per il sindacato di raggiungere un obiettivo unitario per tutti i propri iscritti, dipendenti pubblici e privati.

4. Segue. *La rilevanza delle mansioni di fatto ai fini economici*

L'art. 52, dopo aver indicato il perimetro all'interno del quale il datore di lavoro pubblico può muoversi nell'esercizio ordinario del suo *ius variandi*, affronta tutte le altre “materie” oggetto della normativa statutaria, prevedendo gli adattamenti necessari al rispetto delle peculiarità proprie del lavoro pubblico.

Emblematiche le regole per controllare in positivo, senza cioè trincerarsi dietro dinieghi di principio, le possibili anomalie nello svolgimento delle mansioni di fatto di attività non corrispondenti alla qualifica di appartenenza.

Alla previsione per la quale “l'esercizio di fatto di mansioni non corrispondenti alla qualifica di appartenenza non ha effetto ai fini dell'inquadramento o dell'assegnazione di incarichi di direzione”, si accompagna il diritto del lavoratore di percepire il trattamento economico nell'ipotesi in cui le mansioni espletate di fatto siano proprie di una qualifica superiore (art. 52, commi 1 e 5). In tal modo, si evitano possibili abusi e/o favoritismi da parte della dirigenza pubblica, consentendo al dipendente di espletare mansioni superiori per ottenere, in modo contrario alle regole che caratterizzano l'impiego pubblico, avanzamenti di carriera, ma nel contempo non si penalizza il lavoratore che comunque ha svolto mansioni che meritano un trattamento economico maggiore di quello in godimento.

In virtù della disciplina sopra menzionata, oramai da oltre venti anni, anche nel settore pubblico, in linea con le regole comunemente applicate al lavoro subordinato in osservanza degli artt. 36 Cost. e 2126 cod. civ., non esiste alcuna preclusione di principio al riconoscimento, ai fini economici e contributivi, delle mansioni superiori svolte in via di fatto sempre che il di-

pendente dimostri di averle effettivamente espletate attraverso gli strumenti forniti dal processo del lavoro e secondo le regole previste in materia di prova dal codice civile¹⁷.

5. *Segue. La rilevanza delle mansioni superiori anche ai fini della crescita professionale*

La presenza di una normativa (quella prevista dall'art. 13 St. lav.) che attribuisce specifici diritti al prestatore di lavoro come conseguenza dello svolgimento di mansioni superiori non consente al legislatore di ignorare il fenomeno anche nel lavoro pubblico.

Da una parte vengono salvaguardate le regole, di derivazione costituzionale, in materia di tutela dell'organizzazione degli uffici pubblici, dichiarando, sempre nel comma 5 dell'art. 52, la nullità dell'assegnazione del lavoratore a mansioni della qualifica superiore salvo che non avvenga nel rispetto di specifiche modalità; dall'altra si procede ad un adattamento della normativa di derivazione statutaria al fine di apprestare una adeguata tutela al dipendente pubblico (art. 52, comma 2).

L'assegnazione a mansioni superiori è legittima alle seguenti condizioni: *a)* esistenza di obiettive esigenze di servizio, che devono pertanto essere indicate nel provvedimento di adibizione; *b)* conferimento di mansioni proprie della qualifica immediatamente superiore; *c)* vacanza del posto in organico ed avviamento delle procedure idonee alla copertura del posto nel termine di novanta giorni a decorrere dall'assegnazione; *d)* sostituzione di altro lavoratore con diritto alla conservazione del posto, con esclusione dell'assenza per ferie.

Il quadro normativo di riferimento contiene ulteriori precisazioni che contribuiscono a rendere meno problematica la effettiva applicazione dell'istituto: il comma 3 dell'art. 52, indica quando lo svolgimento di determinati compiti costituisce esercizio di mansioni superiori, precisando che la fattispecie si verifica nell'ipotesi in cui il dipendente svolga in modo prevalente "sotto il profilo qualitativo, quantitativo e temporale, compiti propri di dette mansioni".

¹⁷ È interessante ricordare a questo proposito, in un contesto che vuole celebrare lo Statuto, che la normativa sopra descritta "corona un progetto apertosi quasi trent'anni fa con l'art. 37 dello Statuto dei lavoratori", cfr. ALLEVA, *op. cit.*, p. 1547.

Nei casi sopra menzionati, il dipendente, legittimamente assegnato alle superiori mansioni, ha diritto al trattamento sia economico che normativo previsto per la corrispondente qualifica, senza alcuna possibilità di conseguire in forma stabile la promozione che può avvenire solo a seguito di una procedura selettiva.

Conseguenze positive per il dipendente, legittimo assegnatario di mansioni superiori, possono comunque verificarsi nel caso in cui il bando di concorso preveda il riconoscimento di un punteggio aggiuntivo, ai fini della graduatoria finale, per quei candidati che siano stati legittimi assegnatari delle mansioni superiori proprie della qualifica per la cui copertura è stata bandita la procedura selettiva.

È indubbio che la disciplina legale, rimasta invariata sul punto per oltre un ventennio, conserva delle rigidità, che rischiano di ostacolare l'efficienza dell'azione amministrativa, non consentendo, dal lato del prestatore di lavoro, di conseguire un legittimo riconoscimento della sua professionalità, acquisita e dimostrata sul campo. D'altro canto, lo stesso legislatore non ha potuto non tener conto del principio consolidato, avallato anche da una monolitica giurisprudenza costituzionale¹⁸, per il quale la crescita professionale del dipendente pubblico può avvenire solo a seguito di accertamenti oggettivi nell'osservanza di regole imparziali e, quindi, mediante procedure selettive.

La peculiare legislazione prevista in materia comunque ha provato ad adattarsi alle sollecitazioni culturali avviate dallo Statuto.

Sin dalla sua originaria formulazione, l'art. 52 contiene una significativa novità di carattere metodologico, aprendo alla possibilità di una parziale delegificazione con l'attribuzione di un preciso ruolo alla contrattazione collettiva. Il comma 6 dello stesso articolo consente al contratto collettivo di regolare “diversamente gli effetti dei commi 2, 3 e 4” che disciplinano, appunto, le concrete modalità di assegnazione a mansioni superiori e gli effetti che ne conseguono.

La regola costituisce una interessante apertura per una disciplina dell'istituto più vicina alla *ratio* dell'art. 13, molto più attenta alla gestione delle risorse umane basata sull'effettività della prestazione richiesta, rendendo possibile l'inquadramento del prestatore d'opera anche in considerazione dell'attività espletata.

¹⁸ La posizione assunta in materia dalla Corte costituzionale risale alla sentenza 4 gennaio 1999 n. 1 ed è rimasta sempre univoca. In proposito vedi, più di recente, C. Cost. 23 luglio 2013 n. 227, in *FI*, 2014, I, c. 1384.

Chiaramente, la deroga da parte della contrattazione collettiva non potrà mai mettere in discussione i principi tassativamente indicati dai commi 1 e 5 dello stesso articolo che, rispettivamente, prevedono l'adozione di una procedura selettiva per la stabile acquisizione della qualifica superiore e la nullità dell'assegnazione a mansioni superiori senza il rispetto delle modalità indicate nel comma 2 sempre della stessa norma.

L'assunto si ricava dal carattere imperativo dei precetti appena menzionati e dalla circostanza che la deroga a favore della disciplina pattizia investe solo i commi 2, 3 e 4 dello stesso art. 52.

Tuttavia una lettura dell'intero comma 6 per il quale "le disposizioni del presente articolo si applicano in sede di attuazione della nuova disciplina degli ordinamenti professionali prevista dai contratti collettivi", accompagnata alla derogabilità degli "effetti" delle modalità (legittime) di assegnazione alle superiori mansioni, lascia trasparire la volontà del legislatore di offrire, ad una organica disciplina pattizia sulla classificazione del personale, concreti strumenti per favorire la crescita professionale effettivamente acquisita sul campo, frutto anche di, altrettanto effettive, esigenze gestionali.

A titolo di esempio, la fonte collettiva, nel "regolare diversamente gli effetti" del comma 4 dell'art. 52 (per il quale il lavoratore a determinate condizioni "ha diritto al trattamento previsto per la qualifica superiore") potrebbe inserire l'obbligo per le amministrazioni che, per obiettive esigenze di servizio, hanno assegnato il prestatore di lavoro a mansioni superiori, di inserire nel bando di concorso per la copertura in via definitiva del posto il riconoscimento, come titolo qualificante, dell'avvenuto espletamento delle superiori mansioni, introducendo così, a regime, un criterio che premia in modo certo lo sviluppo professionale nel frattempo acquisito.

Successivamente, con il d.lgs. 150/2009, l'art. 52 è stato oggetto di alcuni aggiustamenti che, sempre tenendo conto delle peculiarità del lavoro pubblico, affrontano la materia delle progressioni di carriera con l'obiettivo di favorire sistemi di mobilità che tengano conto del patrimonio professionale acquisito dal dipendente. Viene inserito un nuovo comma 1 bis che, dopo aver imposto alla contrattazione collettiva di inquadrare i dipendenti in almeno tre distinte aree funzionali, tipizza le modalità per la progressione *all'interno* dell'area di inquadramento e *tra le aree*.

In tal modo il legislatore introduce un sistema di inquadramento c.d. a

fasce larghe¹⁹, al quale deve adattarsi anche la contrattazione collettiva, favorendo così una flessibilità gestionale di tipo sostanziale in quanto all'interno dell'area è possibile inserire più livelli professionali, differenziati anche sotto il profilo economico, ai quali il dipendente meritevole, grazie al suo accrescimento professionale, può accedere senza la necessità di espletare lunghe e farraginose procedure concorsuali comparative aperte anche all'esterno²⁰.

Comunque, anche per la progressione all'interno dell'area, la nuova normativa fissa regole per favorire lo sviluppo professionale del dipendente che si differenziano dall'impianto statutario. Non viene dato rilievo all'accertamento sostanziale del patrimonio professionale acquisito e alla conseguente capacità effettivamente espressa, ma solo a quello comprovato da procedure tese al formale accertamento del bagaglio professionale posseduto.

Il dato positivo è costituito dal fatto che la selezione avviene con atti di gestione interna che se, da una parte, devono ispirarsi a "principi di selettività" ricavabili da non meglio specificate "qualità culturali e professionali" dall'altra si desumono da parametri più concreti costituiti dalla "verifica sull'attività svolta" e dai "risultati conseguiti attraverso l'attribuzione di fasce di merito", maggiormente idonei ad un accertamento effettivo del livello professionale acquisito da ciascun dipendente. Sempre in questa ottica, la norma specifica che la valutazione positiva sull'attività svolta, conseguita dal dipendente per almeno tre anni, costituisce titolo ai fini della progressione economica.

Il concorso pubblico di tipo comparativo, aperto anche alla partecipazione dall'esterno, resta l'unico strumento per la progressione di carriera che si traduce nel passaggio in una area diversa.

La normativa di carattere generale, fissata sempre dal comma 1 *bis* dell'art. 52, non solo esclude il ricorso a più generiche "procedure selettive" (che potrebbero anche realizzarsi senza il criterio comparativo tra i candidati per la scelta dell'avente titolo alla promozione), ma non consente al personale interno, in ragione dell'esperienza maturata e della professionalità acquisita

¹⁹ Così GARGIULO, *La promozione della meritocrazia*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Esi, 2009, p.374.

²⁰ Sull'art. 52, per un commento completo ed aggiornato vedi, da ultimo, PISANI, *Qualifiche e mansioni*, in SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Privato e pubblico*, Utet giuridica, 2020, p. 3457 e anche TRICOMI, *Disciplina e tutela delle mansioni*, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 403.

sul campo, di eludere il requisito formale del possesso del titolo di studio richiesto per l'accesso dall'esterno.

L'unica forma di attenzione per i candidati già dipendenti dell'amministrazione che bandisce il concorso è costituita dal loro inserimento in una graduatoria agli stessi riservata con una disponibilità di posti che comunque non può eccedere il 50% di quelli messi a concorso. All'interno di tale graduatoria la valutazione positiva conseguita dal dipendente per almeno tre anni costituisce "titolo rilevante" per l'effettivo accesso all'area superiore.

Un tentativo rivolto esclusivamente a favorire lo sviluppo professionale del personale già dipendente che comporta il passaggio ad un'area superiore si riscontra nell'ultima riforma del pubblico impiego contrattualizzato avviata con la legge delega 124/2015

L'art. 22, comma 15, del d.lgs. 75/2017, solo per un triennio²¹, allo scopo di valorizzare le professionalità interne consente alle amministrazioni di attivare procedure selettive per le progressioni tra le aree da riservare interamente al personale di ruolo che sia comunque in possesso dei titoli di studio richiesti per l'accesso dall'esterno. Il numero di posti per tali procedure selettive riservate non può superare il 30% di quelli previsti nei piani dei fabbisogni come nuove assunzioni consentite per la relativa area o categoria, con conseguente riduzione dei posti riservati al personale interno ai sensi dell'art. 52, comma 1 *bis*, di cui si è appena detto²².

Tali procedure selettive prevedono prove volte ad accertare la capacità dei candidati di utilizzare e applicare nozioni teoriche per la soluzione di problemi specifici e casi concreti. Anche in questo caso la valutazione positiva conseguita dal dipendente per almeno tre anni, l'attività svolta e i risultati conseguiti, nonché l'eventuale superamento di precedenti procedure selettive, costituiscono titoli rilevanti ai fini dell'attribuzione dei posti riservati per l'accesso all'area superiore.

La breve ricognizione del dato normativo dimostra che nell'organizzazione del lavoro pubblico, nonostante le aperture generate dall'attuale formulazione dell'art. 52 e dai più recenti interventi normativi appena

²¹ Originariamente tale possibilità era prevista per il triennio 2018-2020, di recente l'art. 1, comma 1 *ter*, d.l. 30 dicembre 2019, n. 162, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2020, n. 8 ha prorogato per un ulteriore triennio (2020-2022) il meccanismo.

²² Sul punto è il caso di rilevare, comunque, che detta possibilità non può assurgere a regola di carattere generale per la posizione assunta in materia dalla Corte costituzionale, vedi *retro* n. 18.

richiamati, il tema del patrimonio professionale del dipendente comunque acquisito, della crescita e relativa tutela della sua professionalità resta ancorato più a dati formali che sostanziali.

In particolare, la regola della nullità della adibizione a mansioni superiori se non nei casi tipizzati, costituiti dal c.d. buco in organico e dalla sostituzione di altro dipendente assente, impediscono di far fronte ad esigenze gestionali di adeguamento sostanziale del fabbisogno di personale, venendo così a mancare quello che è stato definito un “meccanismo sollecitatorio di adeguamento dell’organico innescato dalla adibizione a mansioni superiori”²³.

Certamente non è possibile, per le ragioni già espresse, introdurre nel settore pubblico meccanismi automatici di promozione, legati all’effettività della prestazione resa, ma si sarebbe potuto conseguire un risultato migliore responsabilizzando maggiormente la contrattazione collettiva, senza ingabbiarla nei rigorosi limiti posti dall’attuale formulazione del comma 6 dell’art. 52, consentendo a quest’ultima di non limitare il suo intervento ai soli “effetti” dei commi 2, 3 e 4 dell’art. 52 ma anche alle “condizioni” stabilite dal comma 2. In tal modo sarebbe stata offerta la possibilità alle parti sociali di migliorare la gestione dei processi lavorativi e realizzare l’obiettivo dell’adeguamento dell’organico reale a quello formale, contribuendo, così, a rendere più efficiente e produttivo l’apparato amministrativo.

Su questo aspetto la filosofia dello Statuto, dopo cinquant’anni, non è ancora riuscita a penetrare completamente nel mondo del lavoro pubblico.

6. *Le possibili novità in materia di classificazione professionale dovute ad un cambio di passo da parte della contrattazione collettiva*

Si è già accennato, ricostruendo le regole che governano lo spostamento in orizzontale (*retro* par. 3), alle possibili novità che potrebbero derivare dall’attività negoziale, riferendo su quanto previsto nei contratti collettivi stipulati nell’ultima tornata i quali, in materia di “ordinamento professionale”, hanno il dichiarato obiettivo di individuare le soluzioni più idonee a garantire le esigenze organizzative e funzionali delle amministrazioni e quelle di riconoscimento e valorizzazione della professionalità dei dipendenti.

In particolare, le parti hanno convenuto “sull’opportunità di prevedere

²³ Cfr. ALLEVA, *op. cit.*, p. 1548.

una fase istruttoria, che consenta di acquisire ed elaborare tutti gli elementi di conoscenza sugli attuali sistemi di classificazione professionale, nonché di verificare le possibilità di una loro evoluzione e convergenza (...) nella prospettiva di pervenire a modelli maggiormente idonei a valorizzare le competenze professionali e ad assicurare una migliore gestione dei processi lavorativi” (art. 12 ccnl Funzioni centrali 2018).

Per realizzare la fase ricognitiva, per ognuno dei quattro comparti, è stata prevista l’istituzione, presso l’Aran, di una Commissione paritetica sui sistemi di classificazione del personale.

Allo stato risulta, per il solo comparto delle Funzioni centrali, che la Commissione, regolarmente istituita, ha predisposto, nel giugno 2020, un “Rapporto finale di analisi e prospettive” in una versione “bozza”, non ancora ufficializzata in quanto mancante dell’ultimo paragrafo sulle conclusioni, ma di sicuro interesse per prevedere come si muoverà in materia la futura disciplina pattizia²⁴.

Scorrendo la relazione si ha la netta sensazione che le parti sociali intendano mettere mano ad una profonda e sostanziale riscrittura del sistema di classificazione del personale, realizzando in modo compiuto quanto previsto dal comma 6 dell’art. 52, oramai da più di venti anni.

In particolare, nel capitolo 3 dedicato alle “Criticità” vengono evidenziati, in modo puntuale, tutti i limiti operativi in tema di progressione sia orizzontale che di carriera. Si rileva, a questo proposito, che in sede di attuazione delle regole in materia di inquadramento giuridico, molte delle quali risalgono alla tornata contrattuale 1999-2001, “la pratica applicazione ha corrisposto in misura molto limitata alle attese e alla impostazione teorica sottesa”.

Le criticità relative alla progressione orizzontale sono state rinvenute nell’elevato formalismo delle procedure e dei criteri di selezione, non idonei ad evidenziare “un reale accrescimento di abilità, competenze ed esperienza professionale”, e ciò, soprattutto, in ragione di prove finalizzate ad accertare conoscenze teoriche di tipo generale, anziché competenze.

La conclusione critica cui arriva la relazione evidenzia un dato che aiuta a cogliere le ragioni della persistente inefficienza della pubblica amministrazione: “le esperienze in atto mostrano con una certa evidenza che le pro-

²⁴ Il Rapporto è reperibile al link: https://www.ilmessaggero.it/uploads/ckfile/202006/Commissione%20paritetica_11084947.pdf.

gressioni economiche sono lontane dall'essere uno strumento di valorizzazione del merito e della crescita professionale”.

Sulla progressione di carriera la Commissione ha evidenziato l'elemento di maggiore criticità, costituito dalla presenza, negli attuali sistemi di classificazione, della rigidità dei meccanismi di carriera. Un dato sicuramente positivo si ricava dalla considerazione, pienamente condivisa da tutti i componenti, che si debbano introdurre “equilibrati meccanismi di carriera” che costituiscano, da una parte, “una importante leva motivazionale per le persone” e, dall'altra, “una possibilità per i datori di lavoro di reclutare competenze e professionalità sul mercato del lavoro interno”.

Da queste brevi considerazioni si comprendono chiaramente le finalità della prossima disciplina di fonte collettiva che saranno sicuramente rivolte a superare le criticità evidenziate, con l'obiettivo di arrivare ad un equilibrato bilanciamento delle esigenze di riconoscimento e valorizzazione della professionalità dei dipendenti con quelle organizzative e funzionali delle Amministrazioni.

A dimostrazione del perdurante stimolo che, in materia di inquadramento del lavoratore, ancora svolge la disciplina di derivazione statutaria relativamente al concetto di “mansioni effettivamente svolte” – solo in parte realizzato nel lavoro pubblico – è interessante riportare la posizione ufficiale da parte di tutte le organizzazioni sindacali presenti nella Commissione. Queste ultime, stigmatizzando “uno scollamento tra inquadramento del personale e mansioni effettivamente svolte”, stabiliscono che queste ultime, nella prossima disciplina collettiva, dovranno essere adeguatamente valorizzate attraverso “un reinquadramento per mansioni”.

Vito Pinto

La tutela reintegratoria per i dipendenti pubblici e le sue ragioni costituzionali

Sommario: **1.** La contrattualizzazione del lavoro pubblico e l'applicazione dell'art. 18 St. lav. **2.** La novella dell'art. 18 St. lav. e il contratto a tutele crescenti. **3.** Invalidità dei licenziamenti e reintegrazione dei dipendenti pubblici. Il problema dell'eccesso di delega. **4.** Il campo di applicazione oggettivo della tutela restitutoria. **5.** Per una revisione del fondamento costituzionale della reintegrazione.

1. La contrattualizzazione del lavoro pubblico e l'applicazione dell'art. 18 St. lav

Riflettere sulla reintegrazione dei dipendenti pubblici nel cinquantenario dello Statuto dei lavoratori significa dare conto di una delle più nette divergenze regolative attualmente registrabili rispetto al lavoro privato. Per farlo è necessario ripercorrere sinteticamente le tre stagioni nelle quali ad una sostanziale continuità della tutela in ambito pubblico è corrisposta, in ambito privato, una delle più incisive, e discusse, rimodulazioni delle protezioni garantite ai lavoratori. Ma occorre altresì fornire un inquadramento costituzionale dell'attuale assetto che spieghi se la sottostante opzione di politica legislativa sia legittima, come pare a chi scrive, oppure no.

È opportuno ricordare subito che una perfetta identità di disciplina tra pubblico e privato non c'è mai stata, neppure quando ad entrambe le realtà era applicato l'art. 18 St. lav. nella formulazione antecedente alla novella del 2012.

L'originario d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29 stabiliva che “i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche [fossero] disciplinati dalle disposizioni delle sezioni II e III, capo I, titolo II, del libro V del codice civile

e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa¹; e precisava che "la legge 20 maggio 1970, n. 300, si applica[sse] alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti"².

Dall'interpretazione combinata di queste due norme si trasse subito la convinzione che in ambito pubblico la tutela reale fosse garantita non soltanto a tutto il personale non dirigente, ma che lo fosse anche a prescindere dal requisito occupazionale minimo richiesto nel privato. Si convenne, insomma, che la particolarità del datore di lavoro non giustificasse l'applicazione del doppio regime di tutela all'epoca previsto per i dipendenti privati e che, proprio in virtù del rinvio incondizionato di cui sopra, non potesse mai avere ingresso in ambito pubblico la tutela obbligatoria di cui all'art. 8, l. 15 luglio 1966 n. 604³.

A parte questa originaria specificità normativa, comunque, la questione più importante e complessa (anche in ragione del sempre cangiante quadro legislativo di riferimento) riguardava la dirigenza pubblica contrattualizzata. Orbene, le previsioni innanzi richiamate inducevano a ritenere che i dirigenti pubblici, al pari di quelli privati, fossero assoggettati alla regola della libera recedibilità⁴ e che, di conseguenza, anche per essi un problema di invalidità del licenziamento si ponesse soltanto in caso di discriminazione⁵ o di intimazione orale⁶.

Ben presto, però, il legislatore iniziò a specializzare la disciplina del rap-

¹ Così l'art. 2, co. 2, d.lgs. 29/1993. L'estensione di cui al testo, per il vero, era prevista "in quanto compatibil[e] con la specialità del rapporto e con il perseguimento degli interessi generali nei termini definiti" dallo stesso decreto n. 29. Già con il d.lgs. 543/1993, tuttavia, è venuto meno il riferimento alla "specialità del rapporto" e, con il d.lgs. 80/1998, anche quello agli "interessi generali". Da allora, l'unico limite all'estensione è costituito dall'applicazione delle "diverse disposizioni contenute" nel medesimo decreto (v., oggi, l'art. 2, co. 2, d.lgs. 165/2001).

² V. l'art. 55, co. 2, d.lgs. 29/1993 e, attualmente, l'art. 51, co. 2, d.lgs. 165/2001.

³ V., tra i primi, CARINCI M.T., *L'estensione dello Statuto dei lavoratori*, in CARINCI F. (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal d.lgs. n. 29/1993 alla Finanziaria 1995. Commentario*, t. II, Giuffrè, 1995, p. 906 ss. e EAD., *L'estensione dello Statuto dei lavoratori*, in CARINCI F., D'ANTONA (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal d.lgs. n. 29/1993 ai d.lgs. nn. 396/1997, 80/1998 e 387/1998. Commentario*, t. II, Giuffrè, 2000, p. 1502 ss.; MAINARDI, *La responsabilità e il potere disciplinare*, in *Diritto del lavoro. Commentario diretto da Franco Carinci*, vol. V, CARINCI F., ZOPPOLI L. (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, t. II, UTET, 2004, pp. 856-857.

⁴ Secondo quanto previsto dagli artt. 2118 e 2119 cod. civ. nonché dall'art. 10 l. 604/1966.

⁵ Come disposto dall'art. 3, legge 11 maggio 1990, n. 108.

⁶ Art. ex art. 2, co. 1 e 4, legge 15 luglio 1966, n. 604.

porto dirigenziale, in generale, e dell'estinzione, in particolare. L'inizio di questo processo può farsi risalire all'introduzione della responsabilità cd. dirigenziale per il "risultato dell'attività svolta dagli uffici ai quali sono preposti, [per la] realizzazione dei programmi e dei progetti loro affidati [e per la] gestione del personale e delle risorse finanziarie e strumentali ad essi assegnate"⁷. L'art. 6, d.lgs. 18 novembre 1993, n. 470, infatti, modificando l'art. 20 del d.lgs. 29/1993, tipizzò una specifica ipotesi di recesso inevitabilmente *causale* perché legittimamente irrogabile soltanto "in caso di responsabilità particolarmente grave o reiterata"; una previsione speciale che si chiudeva, non senza ambiguità, con un esplicito rinvio alle "disposizioni del codice civile"⁸. Com'è intuitivo, questa previsione affidava all'interprete il non semplice compito di individuare gli effetti giuridici derivanti dall'eventuale illegittimità del licenziamento. Ma, soprattutto, la sua sola vigenza rendeva sistematicamente insostenibile l'estensione ai dirigenti pubblici del regime di libera recedibilità. In effetti, sarebbe stato contraddittorio ammettere che l'amministrazione potesse licenziare i propri dirigenti liberamente e senza motivazione alcuna (e, quindi, anche soltanto per divergenze "politiche") dal momento che alla stessa era impedito di farlo qualora gli stessi si fossero dimostrati "inidonei" sul piano gestionale ma in modo occasionale e, comunque, complessivamente non grave⁹.

Qui non è necessario, né per il vero sarebbe possibile, ricostruire puntualmente il susseguirsi di interventi legislativi (dalla contrattualizzazione della dirigenza apicale alle incisive riforme del 2002 e del 2009), l'intreccio delle leggi con le discipline collettive, le molteplici pronunce della Corte Costituzionale, gli orientamenti non uniformi espressi dai giudici di legittimità e di merito, il severo impegno dottrinale a organizzare questi eterogenei materiali in un assetto regolativo concettualmente coerente¹⁰. Sta di fatto

⁷ V. l'art. 20, co. 1, d.lgs. 29/1993. Una siffatta responsabilità aveva il suo antecedente nell'art. 19, d.P.R. 30 giugno 1972, n. 748 (ma v. anche l'art. 51, co. 4, legge 8 giugno 1990, n. 142).

⁸ Così il co. 9 del citato art. 20. Incidentalmente, conviene ricordare come la previsione distinguesse le posizioni dei dirigenti, da un lato, e dei "dirigenti generali nominati con decreto del Presidente della Repubblica [...] e [di] quelli agli stessi equiparati per effetto dell'art. 2 della legge 8 marzo 1985, n. 72", dall'altro. Nei confronti di questi ultimi, all'epoca esclusi dalla contrattualizzazione (cfr. art. 2, co. 4, d.lgs. 29/1993), l'amministrazione poteva adottare – previo contraddittorio – un provvedimento di "collocamento a riposo per ragioni di servizio".

⁹ In proposito, ampiamente, BOSCATI, *Il dirigente dello Stato. Contratto di lavoro e organizzazione*, Giuffrè, 2006, p. 337 ss. (ove anche una puntuale ricostruzione del dibattito teorico).

¹⁰ Per uno sguardo d'insieme, ZOPPOLI A., voce *Dirigente (privato e pubblico)*, in *ED Annali*,

che, al termine di un lungo e travagliato processo di mutazione, il quadro legislativo ammetteva, accanto al licenziamento per responsabilità gestionale, anche il licenziamento del dirigente per ragioni disciplinari¹¹, con la conseguenza di poter ritenere definitivamente esteso anche alla dirigenza pubblica il principio di giustificazione del licenziamento.

Quanto ai rimedi, due decisioni sono apparse subito determinanti per l'affermazione della tutela reale del dirigente illecitamente licenziato¹². Sia la sentenza della Corte di Cassazione¹³, sia quella della Corte Costituzionale¹⁴, peraltro, proponevano un percorso argomentativo ben poco convincente.

La decisione della Cassazione trae origine dal licenziamento di un dirigente motivato per il mancato superamento del periodo di prova ma ritenuto ingiustificato perché intimato diverso tempo dopo la scadenza del

2012, V, p. 544 ss.; la ricostruzione del dibattito dell'epoca sul tema trattato in questa sede, invece, può essere utilmente iniziata da NICOSIA, *Dirigenze responsabili e responsabilità dirigenziali pubbliche*, Giappichelli, 2011, pp. 165 ss. e 204; da ZOPPOLI A., *L'estinzione del rapporto*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Contratti collettivi a confronto: impiego pubblico, industria, servizi*, Quaderni Aran, Franco Angeli, 1996, p. 298 ss.; ID., *I fondamenti del licenziamento del dirigente pubblico: nell'attesa di Godot...*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 66/2008; ID., *L'indipendenza dei dirigenti pubblici*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale scientifica, 2009, spec. p. 141 ss.

¹¹ V., oggi, l'art. 55, co. 4, d.lgs. 165/2001.

¹² Cfr. già BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, in *La figura del datore di lavoro. Articolazioni e trasformazioni*, Atti del convegno Aidlass 2009, Giuffrè, 2010, p. 245.

¹³ Cass. 1° febbraio 2007, n. 2233. La massima della sentenza è stata pubblicata in diverse riviste (v. in LPA, 2007, p. 515; o in RIDL, 2007, II, p. 924). Tra i molti commenti, v. BOSCATI, *Disciplina speciale del rapporto di lavoro del dirigente pubblico e tutela applicabile nel caso di illegittimo recesso dell'amministrazione*, in ADL, 2007, II, pp. 703-735; D'AURIA, *Rapporto di lavoro dirigenziale nel settore pubblico e tutela reale contro i licenziamenti illegittimi*, in FI, 2007, c. 1722; MENGHINI, *Il licenziamento dei dirigenti: applicabilità della reintegra ai pubblici e delle tutele procedurali ai privati*, in LG, 2007, pp. 889-906; PARDINI, *Reintegrazione del dirigente pubblico illegittimamente licenziato*, in RIDL, 2007, II, pp. 924-927; SANTORO, *Sull'applicabilità della tutela reale all'ipotesi di licenziamento del dirigente pubblico*, in DRI, 2008, pp. 133-138; SGROI, *Dirigenti pubblici e tutela reale ex art. 18 Stat. Lav. in caso di licenziamento illegittimo*, in LPA, 2007, pp. 525-535.

¹⁴ C. Cost. 24 ottobre 2008, n. 351, in RIDL, 2009, II, p. 685, con nota di MARTELLONI, *La Corte costituzionale censura lo spoils system «oneroso» del direttore generale AUSL: quando la reintegrazione risponde a interessi collettivi di rango costituzionale*; in LPA, 2009, p. 109 con nota di MONTINI, *Le «cose buone dal sapore antico»*, l'art. 97 della Costituzione e la tutela del dirigente pubblico; in FI, 2009, I, c. 606, con nota di AMOROSO, *Dirigenza pubblica e «spoils system» nella giurisprudenza costituzionale*; ai quali adde ZOPPOLI A., *Licenziamento del dirigente pubblico e organizzazione dopo la sentenza della Consulta n. 351 del 2008*, in questa rivista, 2009, p. 111 ss. Impossibile, ad ogni modo, dare compiutamente conto delle numerose riflessioni originate da questa sentenza.

relativo patto. Rispetto alla Corte d'Appello, la Cassazione evidenziò anzitutto che il rapporto giuridico del dirigente pubblico fosse contrassegnato da differenze strutturali e funzionali tali da dover escludere la libera recedibilità dell'amministrazione. Il problema del licenziamento ingiustificato e il dubbio circa l'applicazione dell'art. 18 St. lav., poi, fu semplicisticamente risolto in base alla sola esegesi dell'art. 51, d.lgs. 165/2001. In breve, la Corte fece leva sulla circostanza che entrambi i commi di quest'ultima previsione consistessero in meri rinvii ad altre disposizioni legislative per concludere che, essendo il primo (all'art. 2, co. 2 e 3, del medesimo decreto) riferito a tutti i dipendenti pubblici inclusi i dirigenti, altrettanto dovesse valere per il secondo (all'intero Statuto dei lavoratori e, quindi, anche all'art. 18).

Della sentenza della Corte Costituzionale è stato scritto, molti anni dopo, che “è stata la vera pietra tombale per la disciplina simil-privatistica del licenziamento per la dirigenza pubblica”¹⁵. È altrettanto vero, però, che essa decideva una vicenda peculiarissima che conviene ricordare. Oggetto di sindacato era una legge regionale che assegnava alla Giunta regionale la scelta di reintegrare o equamente indennizzare i direttori generali delle Aziende Sanitarie Locali rimossi – automaticamente e senza contraddittorio – per effetto di una previgente disciplina regionale dichiarata costituzionalmente illegittima¹⁶; e che, addirittura, prevedeva quale unico rimedio l'equo indennizzo “qualora il rapporto di lavoro [fosse] stato interrotto, di fatto, per oltre sei mesi”¹⁷. Così disponendo, il legislatore regionale dava seguito a una precedente sentenza della Corte sostanzialmente di fatto eludendola perché, seppure *una tantum* e a titolo oneroso, assicurava alla Giunta ciò che la precedente normativa già le garantiva: vale a dire, la possibilità di rimuovere i direttori generali delle ASL. Dichiarando incostituzionale per contrasto con l'art. 97 Cost. anche la legge sopravvenuta, insomma, la Corte preservò nuovamente da un eccesso di politicizzazione i rapporti interistituzionali tra l'ente di riferimento (la Regione) e gli enti che, nonostante la loro “strumentalità”, dovevano restare a guida “tecnica”. Obiettivo condivisibile, ma perseguito al prezzo di equiparare implicitamente i rapporti esterni tra vertici di enti diversi a quelli tra organo di indirizzo e dirigenza apicale di uno stesso

¹⁵ ZOPPOLI L., *La contrattazione collettiva nel lavoro pubblico e il pensiero di Carlo Dell'Aringa, Professore e Presidente dell'Aran*, in questa rivista, 2019, p. 206.

¹⁶ Con la sentenza 23 marzo 2007, n. 104.

¹⁷ Così l'art. 1, co. 1 e 2, legge Regione Lazio 13 giugno 2007, n. 8.

ente; l'incarico (di lavoro autonomo) di un direttore generale di ASL al rapporto di lavoro subordinato del dirigente pubblico; la decadenza automatica ad una manifestazione di volontà unilaterale e recettizia¹⁸.

La premessa del ragionamento è che, “a differenza di quanto accade nel settore privato, nel quale il potere di licenziamento del datore di lavoro è limitato allo scopo di tutelare il dipendente, nel settore pubblico il potere dell'amministrazione di esonerare un dirigente dall'incarico e di risolvere il relativo 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” della collettività. La conseguenza, sul piano rimediabile, è “che forme di riparazione economica, quali, ad esempio, il risarcimento del danno o le indennità riconosciute dalla disciplina privatistica in favore del lavoratore ingiustificatamente licenziato, non possono rappresentare, nel settore pubblico, strumenti efficaci di tutela degli interessi [della collettività] lesi da atti illegittimi di rimozione di dirigenti amministrativi”. Secondo la Corte, più precisamente, “un ristoro economico, non [avrebbe attenuato] in alcun modo il pregiudizio da quella rimozione arrecato [...] all'imparzialità e al buon andamento della pubblica amministrazione”; e, comunque, nella misura in cui la previsione di rimedi monetari avesse realizzato nei fatti “una “forma onerosa di spoils system”, la collettività [avrebbe subito] anche un aggiuntivo costo finanziario: all'obbligo di corrispondere la retribuzione dei nuovi dirigenti sanitari, nominati in sostituzione di quelli automaticamente decaduti, si [sarebbe aggiunto], infatti, quello di corrispondere a questi ultimi un ristoro economico”¹⁹.

La particolarità del caso, ovviamente, spiega alcuni passaggi argomentativi altrimenti discutibili e, comunque, avrebbe dovuto circoscrivere la portata sistematica della sentenza. È accaduto, invece, che essa abbia avuto larga fortuna e abbia condizionato le dinamiche istituzionali in tema di tutela avverso il licenziamento illegittimo.

¹⁸ Equiparazione spiegabile forse in ragione del fatto che l'autorevole giudice redattore aveva già colto l'occasione offerta dalla sentenza 104/2007 (e, conseguentemente, anche dalla sentenza in discorso) per “rimediare” alla sentenza n. 233 del 2006 (la quale aveva giudicato parzialmente legittimo il sistema delle spoglie previsto da due leggi regionali), da lui esplicitamente non condivisa. Cfr. CASSESE, *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, il Mulino, 2015, pp. 42-43, 67-68 e 107.

¹⁹ Un aggravamento degli oneri economici che, proprio perché legislativamente previsto e legittimato, non sarebbe stato qualificabile come danno erariale (e, di conseguenza, mai avrebbe potuto dare luogo a una rivalsa dell'amministrazione sui responsabili).

2. *La novella dell'art. 18 St. lav. e il contratto a tutele crescenti*

L'entrata in vigore della legge 28 giugno 2012, n. 92, con la novella dell'art. 18 St. lav.²⁰, cambiò il quadro di riferimento generando nuove questioni e più diffuse preoccupazioni. In gioco, infatti, c'era la reintegrabilità di tutti i dipendenti pubblici e non più soltanto dei dirigenti.

L'incertezza nasceva dalla circostanza che, pur dichiarando di muoversi “in coerenza con quanto disposto dall'articolo 2, comma 2” del d.lgs. 165/2001 (il quale, come si ricorderà, dispone che le leggi sul lavoro privato si applichino anche ai dipendenti pubblici, fatte salve le eccezioni previste dallo stesso decreto), il legislatore aveva previsto una dinamica regolativa diversa e alternativa. Le previsioni della legge n. 92, infatti, avrebbero costituito “principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni”²¹, ad eccezione di quelle che avessero *esplicitamente* disposto la loro immediata applicabilità ai rapporti sia privati che pubblici; e al Ministro per la pubblica amministrazione sarebbe spettato il compito di confrontarsi con le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative e di definire, “anche mediante iniziative normative, gli ambiti, le modalità e i tempi di armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche”²².

Fin dalla presentazione del d.d.d. in Senato il 5 aprile 2012, insomma, era chiaro che il Governo e la maggioranza parlamentare erano portatori di una visione dicotomica del mercato del lavoro e che, data la situazione contingente, ritenevano prioritario intervenire sui rapporti di lavoro di chi produce per il mercato rinviando a un momento successivo l'adattamento delle nuove regole al lavoro pubblico²³. Un processo, quest'ultimo, confermato qualche giorno dopo dalla sottoscrizione del “Protocollo di intesa sul lavoro pubblico” da parte del Ministro per la pubblica amministrazione, delle Regioni, delle Province e dei Comuni, da un lato, e delle organizzazioni sinda-

²⁰ V. l'art. 1, co. 42.

²¹ Così l'art. 1, co. 7, l. 92/2012.

²² Cfr. l'art. 1, co. 8, l. 92/2012. Il comma precedente, peraltro, includeva tra i destinatari dell'armonizzazione soltanto i dipendenti pubblici contrattualizzati, escludendo le categorie di lavoratori elencate nell'art. 3, d.lgs. 165/2001.

²³ Secondo un modello che già non aveva dato buona prova di sé allorché previsto dall'art. 86, co. 8, d.lgs. 276/2003 (essendo le pp.aa. escluse dal campo di applicazione delle discipline ivi contenute: artt. 3, co. 1, e 6, l. 30/2003 e 1, co. 2, d.lgs. 276/2003).

cali, dall'altro (11 maggio 2012). Nell'occasione le parti, “visti gli ultimi interventi nell'ambito del mercato del lavoro privato”, concordarono sulla necessità di una “convergenza” mediante il riordino della disciplina del lavoro pubblico e, per quanto qui più interessa, convennero anche sul bisogno di “rafforzare i doveri disciplinari dei dipendenti prevedendo al contempo garanzie di stabilità in caso di licenziamento illegittimo”²⁴.

L'aver previsto un “adattamento” delle nuove regole al lavoro pubblico, però, poneva un'importante questione di diritto transitorio proprio con riferimento all'art. 18 St. lav. Tenuto conto che l'art. 51, co. 2, d.lgs. 165/2001 già all'epoca disponeva l'applicabilità alle amministrazioni pubbliche della “legge 20 maggio 1970, n. 300 e successive modificazioni ed integrazioni” (corsivo di chi scrive), la discussione in sede teorica si articolò essenzialmente sullo stabilire se questo rinvio “dinamico” determinasse, anche per ragioni di ordine sistematico, l'immediata applicazione dell'art. 18 (nuovo testo)²⁵ oppure se, come la stessa lettera della legge n. 92 induceva a ritenere, fino al compimento del processo di armonizzazione ai dipendenti pubblici dovesse essere applicato l'art. 18 nel testo previgente al 2012²⁶. E se quest'ultima soluzione era decisamente preferibile in ragione dell'indiscutibile prevalenza della legge successiva su quella precedente, essa conduceva altresì a un esito “disdicevole”, per quanto non inedito²⁷: la contemporanea vigenza di due differenti enunciati legislativi contenuti nello stesso articolo di legge, l'uno applicabile ai dipendenti privati e l'altro ai dipendenti pubblici, con la conseguente necessità di giustificare costituzionalmente la disparità di trattamento.

²⁴ Cfr. la sezione “Nuove regole riguardanti il mercato del lavoro”, lett. m.

²⁵ Tra i sostenitori dell'applicazione della riforma Fornero al lavoro pubblico v., ad esempio, CAVALLARO, *Pubblico impiego e (nuovo) art. 18 St. lav.: “difficile convivenza” o coesistenza pacifica?*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 176/2013*, p. 14; ESPOSITO, “Quo usque tandem...?": politica, giudici e realtà nel dibattito sul licenziamento dei pubblici dipendenti, in questa rivista, 2016, p. 669; e FIORILLO, *Riflettendo sull'art. 18 dello statuto nel lavoro pubblico*, in questa rivista, 2016, p. 671.

²⁶ V., almeno, CARINCI F., *Art. 18 St. lav. Per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in *AA.VV., Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro*, Giappichelli, 2013, p. 29; e BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in BARBIERI, DALFINO, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, 2013, p. 47 ss. (anche per ulteriori riferimenti bibliografici).

²⁷ Il precedente, come si ricorderà, riguardava alcune previsioni del d.lgs. n. 61/2000 in materia di *part-time* novellate, ma soltanto con riferimento al lavoro privato, dal d.lgs. 276/2003.

Il dilemma, del resto, è ben presto esondato dall'ambito teorico a quello giurisprudenziale. Limitando il discorso alla Cassazione, conviene ricordare come all'inizio²⁸ – e a quanto consta soltanto in un'altra occasione²⁹ – essa optò per l'applicazione dell'art. 18 St. lav. nella sua nuova formulazione. A questa conclusione il collegio arrivò, appunto, valorizzando il contenuto dispositivo di cui all'art. 51 cpv. d.lgs. 165/2001 e sottraendo l'art. 18 St. lav. dal novero delle previsioni che sarebbero state oggetto delle “iniziative normative di armonizzazione previste dalla legge c.d. Fornero”³⁰. La motivazione, peraltro, non fu particolarmente elaborata forse perché ritenuta dalla Corte secondaria rispetto all'esito pratico al quale il ragionamento complessivo conduceva. Dichiarando nullo il licenziamento per violazione di una norma – l'art. 55-bis, co. 4, d.lgs. 165/2001 – avente sicura natura imperativa (ex art. 55, co. 1, d.lgs. 165/2001), infatti, il Collegio riconobbe al lavoratore la reintegrazione piena di cui all'art. 18, co. 1, St. lav. (nuovo testo) e, pertanto, una tutela perfettamente equivalente a quella prevista dalla formulazione originaria della medesima disposizione.

Poco dopo, comunque, la Corte si orientò diversamente. La sentenza che per prima revisionò la precedente posizione giustificava la persistente applicazione dell'art. 18 St. lav. (vecchio testo) con l'assenza dell'intervento di armonizzazione previsto dallo stesso legislatore; con le finalità dichiarate della legge 92/2012, rispondenti esclusivamente alle esigenze dei datori di lavoro privati; con l'inconciliabilità dell'articolazione delle tutele previste dal nuovo art. 18 con la regolamentazione imperativa della materia disciplinare contenuta nel . Secondo il Collegio, del resto, la circoscritta applicabilità al lavoro privato dell'art. 18 novellato era confermata da una considerazione di ordine costituzionale. Infatti, “una eventuale modulazione delle tutele nell'ambito dell'impiego pubblico contrattualizzato [avrebbe richiesto] da parte del legislatore una ponderazione di interessi diversa da quella compiuta per l'impiego privato, poiché [...], 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

²⁸ Cass. 26 novembre 2015, n. 24157, in *RIDL*, 2016, II, p. 370 e nota critica di CESTER, *Lavoro pubblico e licenziamento illegittimo davanti alla Corte di Cassazione*.

²⁹ Cass. 4 ottobre 2016, n. 19774, in *LPA*, 2016, II, p. 779.

³⁰ Cfr. il par. 5.

nell'interesse del soggetto da rimuovere, ma anche e soprattutto a protezione di più generali interessi collettivi"³¹. Abbandonando (forse opportunisticamente) l'impostazione concettuale seguita in altri importanti occasioni³², la Cassazione riprendeva esplicitamente quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 351/2008 ampliandone la portata: non solo il rapporto dei dirigenti, bensì tutti i rapporti di lavoro alle dipendenze delle pp.aa. dovrebbero essere considerati funzionalizzati ex art. 97 Cost. al buon andamento e all'imparzialità dell'amministrazione e tale diversità "ontologica" (meglio: causale) giustificerebbe anche l'eterogeneità di disciplina rispetto al lavoro privato.

Altrettanto controversa, ma forse meno discussa per il sopraggiungere del d.lgs. 75/2017³³, è stata l'impermeabilità del lavoro pubblico all'altra novità legislativa del periodo, vale a dire all'introduzione del regime cd. a tutele crescenti (ad opera del d.lgs. 23/2015). La legge delega (n. 183/2014), in realtà, era caratterizzata da un'ambiguità di fondo perché disponeva l'"estensione dei principi [ivi previsti] ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni" solo con riferimento a cure parentali, maternità e conciliazione vita/lavoro³⁴. Un'estensione esplicita e circoscritta che si prestava ad essere interpretata come deroga ad una regola generale opposta, per quanto implicita. Entrato in vigore il decreto delegato, ad ogni modo, questo argomento testuale è parso ai più avvalorato dall'elencazione dei destinatari delle tutele crescenti e, in particolare, dall'inclusione dei quadri (categoria legale che – com'è noto – è assente nell'organizzazione delle pp.aa.)³⁵. Insomma, è soprattutto la diversa rilevanza attribuita agli elementi testuali ad aver orientato la parte più consistente degli studiosi nel senso di

³¹ Cass. 9 giugno 2016, n. 11868, par. 3.3, lett. d. Per condivisibili osservazioni critiche su questo punto specifico, v. FIORILLO, *Riflettendo sull'art. 18 dello statuto nel lavoro pubblico*, in questa rivista, 2016, p. 8. Hanno seguito lo stesso orientamento di cui al testo Cass. 6 giugno 2016, n. 20056, inedita a quanto consta; Cass. 4 aprile 2017, n. 8722, in *RIDL*, 2017, II, p. 853; Cass. 25 ottobre 2017, n. 25376, inedita a quanto consta; Cass. 27 agosto 2018, n. 21192, inedita a quanto consta.

³² Si pensi alla fondamentale Cass. SS.UU. 14 luglio 2015, n. 14689 (in *FI*, 2016, I, c. 2524 ss.), la quale ha escluso la configurabilità di una responsabilità patrimoniale delle organizzazioni sindacali nei confronti della p.a. in caso di sottoscrizione di clausole collettive nulle.

³³ V. *infra*, il par. seguente.

³⁴ Art. 1, co. 9, lett. i, l. 183/2014.

³⁵ L'art. 1, d.lgs. 23/2015.

un'applicazione circoscritta ai privati³⁶ anziché estesa anche ai dipendenti pubblici³⁷.

3. *Invalità dei licenziamenti e reintegrazione dei dipendenti pubblici. Il problema dell'eccesso di delega*

Le incertezze derivanti dall'imperfetta configurazione del processo di armonizzazione del 2012 e dall'ambiguo silenzio circa il campo di applicazione delle tutele crescenti del 2015 ha generato una notevole pressione sul legislatore affinché confermasse l'esclusività del rimedio ripristinatorio in ambito pubblico. Di qui, la novella dell'art. 63, co. 2, d.lgs. 165/2001 ad opera dell'art. 21 d.lgs. 75/2017 e il favore (mal riposto, come si mostrerà a breve) con cui essa è stata accolta.

Stando alla disciplina attualmente in vigore il giudice, “con la sentenza con la quale annulla o dichiara nullo il licenziamento”³⁸, deve condannare l'amministrazione “alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro”; “al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva

³⁶ Così, tra i primi, CARINCI M.T., *Il tramonto dello Statuto dei lavoratori (dalla l. 300/1970 al Jobs Act)*, in FERRARO G. (a cura di), *I licenziamenti nel contratto «a tutele crescenti»*, in *Quaderni ADL*, 2015, pp. 7-8; MAINARDI, *Il campo di applicazione del d.lgs. n. 23/2015: licenziamenti illegittimi, tutele crescenti e dipendenti pubblici*, in CARINCI F., CESTER (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, ADAPT Labour Studies e-Book series, 2015, n. 46, p. 44; GIUBBONI, COLAVITA, *La nuova disciplina dei licenziamenti e i rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT* - 304/2016, p. 11; BOSCATI, *Il campo di applicazione del d.lgs. 23/2015 e il nodo del pubblico impiego*, in ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di), *Commentario Breve alle riforme “Jobs Act”*, Cedam, 2016, p. 144; MARTONE, *La riforma della riforma. Il licenziamento illegittimo e la reintegrazione del pubblico dipendente tra contrasti dottrinali, incertezze giurisprudenziali e modifiche legislative*, in *ADL*, 2017, p. 379.

³⁷ Cfr., per tutti, VERBARO, *Jobs Act e tutele crescenti: il nodo della applicazione al lavoro pubblico*, in CARINCI F., TIRABOSCHI (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, ADAPT Labour Studies e-Book series, 2015, n. 37, p. 123; DE CEGLE, ARIOLA, *L'applicabilità della legge delega e del decreto attuativo al pubblico impiego*, in GHERA, GAROFALO D. (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Cacucci, 2015, p. 79 ss.

³⁸ Intimato dopo l'entrata in vigore della riforma, deve intendersi. In termini, LUCIANIV., *Il licenziamento illegittimo del dipendente pubblico e la tutela reintegratoria “universale”*, in ESPOSITO, LUCIANIV., ZOPPOLI A., ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2018, p. 412.

reintegrazione, e comunque in misura non superiore alle ventiquattro mensilità, dedotto quanto il lavoratore abbia percepito per lo svolgimento di altre attività lavorative”; e, “per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali”.

L’opinione largamente accreditata è che questa previsione abbia definitivamente generalizzato la tutela restitutoria per tutti i dipendenti pubblici³⁹. In effetti, essa unifica il regime per dirigenti e no ma, a ben considerare, collega la reintegrazione non all’illegittimità bensì all’invalidità del licenziamento. Il tenore testuale della previsione, in altri termini, non è tale da escludere radicalmente che vi possano essere ipotesi di licenziamento valido ancorché illegittimo⁴⁰.

Né elementi utili possono essere rinvenuti nella legge delega e nei principi e criteri direttivi in essa contenuti. Oggetto di delegazione da parte della legge 7 agosto 2015, n. 124, infatti, era soltanto l’adozione di decreti legislativi “di semplificazione” in tre distinti ambiti, tra i quali vi era anche il “lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e connessi profili di organizzazione amministrativa”⁴¹. Sempre la legge di delegazione, poi, distingueva “i principi e criteri direttivi generali” (meglio, comuni ai tre ambiti)⁴², da quelli specificamente dettati per ciascun intervento di semplificazione⁴³. I primi consistevano nell’“elaborazione di un testo unico delle disposizioni in ciascuna materia, con le modifiche strettamente necessarie per il coordinamento delle disposizioni stesse” (lett. a); nel “coordinamento formale e sostanziale del testo delle disposizioni legislative vigenti” con “le modifiche

³⁹ In termini, senza pretesa di completezza, MARTONE, *La riforma della riforma. il licenziamento illegittimo e la reintegrazione del pubblico dipendente tra contrasti dottrinali, incertezze giurisprudenziali e modifiche legislative*, in *ADL*, 2017, p. 382; LUCIANI V., *Il licenziamento illegittimo*, cit., p. 400; NICOLOSI, *La tutela reale nel lavoro pubblico tra dottrina, giurisprudenza e riforma Madia*, in *DRI*, 2018, pp. 1016 e 1038; SARACINI, *Reintegra monetizzata e tutela indennitaria nel licenziamento ingiustificato*, Giappichelli, 2018, pp. 90-91; CERBONE, *Le nuove regole in materia di licenziamento del dipendente pubblico: fattispecie e tutele*, in *VTDL*, 2020, p. 178; MISCIONE, *I regimi di tutela dei licenziamenti nella pubblica amministrazione*, in *VTDL*, 2020, p. 379; GIUBBONI, *Anni difficili. I licenziamenti in Italia in tempi di crisi*, Giappichelli, 2020, p. 80.

⁴⁰ L’equiparazione tra illegittimità e invalidità del licenziamento potrebbe essere stabilita in base ad un’interpretazione costituzionalmente orientata della previsione; ma ciò presuppone che, nel diritto vivente, la reintegrazione si affermi pienamente come l’unico paradigma di attuazione degli artt. 4 e 35 Cost. (sul punto, v. *infra*, par. 5).

⁴¹ Cfr. l’art. 16, co. 1, lett. a, l. 124/2015.

⁴² V. l’art. 16, co. 2, l. 124/2015.

⁴³ Cfr. gli artt. 16, co. 3, e 17, l. 124/2015.

strettamente necessarie per garantire la coerenza giuridica, logica e sistematica della normativa e per adeguare, aggiornare e semplificare il linguaggio normativo” (lett. b); e, infine, nella “risoluzione delle antinomie in base ai principi dell’ordinamento e alle discipline generali regolatrici della materia” (lett. c). Nessuna indicazione utile, infine, era ricavabile dai principi e criteri direttivi specificamente riguardanti il “riordino della disciplina del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche”. Anche il principio/criterio concettualmente più vicino alla materia che qui ci occupa, infatti, si limitava a prevedere l’“introduzione di norme in materia di responsabilità disciplinare dei pubblici dipendenti finalizzate ad accelerare e rendere concreto e certo nei tempi di espletamento e di conclusione l’esercizio dell’azione disciplinare”⁴⁴.

Un’attenta analisi della legge delega, scevra da pregiudizi, quindi, non solo non offre alcun dato su cui fondare la pretesa universalità della tutela reale in ambito pubblico ma, al contrario, mostra come l’art. 21 d.lgs. 75/2017 debba essere considerato costituzionalmente illegittimo per eccesso di delega⁴⁵. Una valutazione, quest’ultima, rafforzata dal fatto che la disposizione in questione non è neppure parte di un testo unico di semplificazione della disciplina del lavoro pubblico (la cui elaborazione, invece, è condizione imprescindibile affinché sia legittima una modificazione del quadro regolativo vigente⁴⁶).

Non è stata questa, ad ogni modo, la conclusione del Consiglio di Stato allorché si è espresso sullo schema di decreto. Il ragionamento formulato nell’occasione, però, merita di essere ripreso in quanto ulteriore manifestazione della tendenza a ritenere insufficiente la tutela meramente economica del dipendente pubblico illegittimamente licenziato, seppur in ragione della

⁴⁴ Art. 17, co. 1, lett. s, l. 124/2015.

⁴⁵ Prima dell’approvazione del decreto legislativo, l’eccesso di delega era stato denunciato sia in sede istituzionale (v. la *Relazione* sull’atto di Governo n. 393 tenuta da Pietro Ichino alla Commissione Lavoro del Senato il 28 marzo 2017 (pubblicata in <https://www.pietroichino.it/?p=44342>); sia in sede teorica, ad esempio, da PINELLI, *Se l’art. 21 dello schema di decreto legislativo attuativo della l. n. 124/2015 configuri una violazione dell’art. 76 Cost. per il tramite della violazione della stessa l. n. 124/2015 (norma interposta)*, in AA.VV., *Tre pareri sulla costituzionalità della disposizione del decreto legislativo Madia in tema di reintegrazione dei lavoratori pubblici nel posto di lavoro*, Astrid Rassegna, n. 264 del 3 maggio 2017 (pubblicata all’indirizzo: <http://www.astrid-online.it/rassegna/2017/03-05-2017-n-264.html>).

⁴⁶ La necessità di un testo unico al fine di dare copertura all’art. 21 è stata evidenziata da ZOPPOLI L., *Parere sulla riconducibilità alla delega di cui alla l. 124/2015 dell’art. 21 dello schema di d.lgs. che modifica l’art. 63 del d.lgs. 165/2001 prevedendo la tutela reale piena per il lavoro pubblico*, in AA.VV., *Tre pareri sulla costituzionalità*, cit., p. 8.

peculiarità “ontologica” del relativo rapporto. Premessa del discorso è la riconduzione dell’art. 21 dello schema di decreto all’art. 16, co. 2, lett. c, l. 124/2015 e alla necessità, ivi prevista, di risolvere eventuali “antinomie in base ai principi dell’ordinamento e alle discipline generali regolatrici della materia”⁴⁷. Per il Consiglio, l’art. 21 avrebbe “recepito la formulazione del “vecchio” art. 18 Stat. Lav.” e riferito la tutela reintegratoria “ad ogni tipo di licenziamento [illegittimo], non solo quello disciplinare, ma anche quello per giusta causa e per giustificato motivo o le altre ipotesi previste dalla contrattazione collettiva”⁴⁸. Così facendo, il legislatore si sarebbe uniformato alle “considerazioni di ordine generale già presenti” nelle sentenze n. 351/2008 della Corte Costituzionale e n. 11868/2016 della Corte di Cassazione, le quali “ben possono essere considerate ormai, nonostante i contrasti registratisi nella stessa giurisprudenza di legittimità, come ‘diritto vivente’”⁴⁹.

Una ricostruzione solo apparentemente ineccepibile, se si considera che l’art. 21 non recepisce affatto il testo dell’art. 18 St. lav. vigente fino al 2012 ma, al contrario, specializza il regime degli effetti patrimoniali connessi alla reintegrazione creando un terzo regime, applicabile esclusivamente al lavoro pubblico, alternativo anche rispetto all’art. 18 St. lav. e al d.lgs. 23/2015. Comparando i rimedi previsti in caso di nullità del licenziamento dalle tre fonti, infatti, ci si avvede che l’indennità risarcitoria spettante al dipendente pubblico potrà essere inferiore a cinque mensilità di retribuzione e non superiore a ventiquattro⁵⁰; e che il dipendente pubblico non ha diritto a chiedere l’indennità sostitutiva della reintegrazione⁵¹. Se si tiene conto del suo reale con-

⁴⁷ Parere dell’11 aprile 2017, affare n. 00422/2017, par. 3.6.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 85.

⁴⁹ *Ibidem*. La posizione del Consiglio di Stato è stata condivisa da CERULLI IRELLI, *Sulla cd. tutela reale a fronte di licenziamenti illegittimi nel settore pubblico*, in AA.VV., *Tre pareri sulla costituzionalità*, cit., p. 3.

⁵⁰ Cfr. l’art. 18, co. 2, St. lav. (nuovo testo, ovviamente) e l’art. 2, co. 2, d.lgs. 23/2015.

⁵¹ Per il lavoro privato, v. l’art. 18, co. 3, St. lav. e l’art. 2, co. 3, d.lgs. 23/2015. Al dipendente pubblico, comunque, non è vietato concordare con l’amministrazione una monetizzazione della reintegrazione: l’importante è che l’accordo non si traduca in un aggravio di costi per l’amministrazione. Cfr. gli ultimi rinnovi contrattuali delle aree dirigenziali prevedono una simile facoltà i cui costi sono compensati dall’impossibilità per la p.a. di “assumere altro dirigente nel posto precedentemente coperto dal dirigente cessato, per un periodo corrispondente al numero di mensilità riconosciute” (cfr. l’art. 41 dell’ipotesi di CCNL dell’Area Funzioni locali sottoscritta il 16 luglio 2020; v. altresì l’art. 33 del CCNL dell’Area Istruzione e Ricerca dell’8 luglio

tenuto precettivo, in definitiva, si può escludere che il legislatore abbia risolto un'antinomia facendo applicazione dei principi dell'ordinamento e delle discipline generali regolatrici della materia⁵². Anzi, proprio il fatto che la tutela garantita al dipendente pubblico nei casi di maggiore gravità sia (economicamente) meno incisiva di quella riconosciuta al lavoratore privato⁵³ impone di essere giustificato alla luce del principio costituzionale di uguaglianza⁵⁴.

4. Il campo di applicazione oggettivo della tutela restitutoria

Salvo che non si acceda ad un'interpretazione costituzionalmente orientata e si equiparino in via generale illegittimità e invalidità del licenziamento, il tenore testuale dell'art. 63, co. 2, d.lgs. 165/2001 impone di stabilire caso per caso e in base alla disciplina sostanziale delle diverse ipotesi quando il recesso sia nullo o annullabile.

In alcuni casi, com'è noto, l'invalidità è espressamente prevista dalla legge. Si pensi al licenziamento discriminatorio⁵⁵ (la cui latitudine è però controversa⁵⁶), al licenziamento a causa di matrimonio⁵⁷ o intimato in violazione dei divieti a sostegno della maternità e della paternità⁵⁸; ma anche al licenziamento inefficace per mancanza di forma scritta. In quest'ultimo caso,

2019; l'art. 77 del CCNL dell'Area Sanità stipulato il 19 dicembre 2019; e l'art. 41, co. 4, del CCNL dell'Area Funzioni centrali definitivamente sottoscritto il 9 marzo 2020).

⁵² Peraltro, come precisato all'inizio del paragrafo, le incertezze regolative non derivavano affatto da una "antinomia" (che, in logica, designa un rapporto di contraddizione tra due proposizioni e, trasposta in ambito giuridico, tra due regole applicabili alla medesima fattispecie).

⁵³ In termini, GIUBBONI, *Anni difficili*, cit., p. 81.

⁵⁴ *Infra*, par. 6.

⁵⁵ La cui nullità è comminata dall'art. 4, legge 15 luglio 1966, n. 604, dall'art. 15 St. lav. e dall'art. 3, legge 11 maggio 1990, n. 108 (che alle prime due previsioni rinvia); e, ancora, dall'art. 26, co. 3, d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198.

⁵⁶ Dubbia è la riconducibilità alle ipotesi di nullità elencate nella nota precedente del licenziamento intimato per motivi diversi, ma esplicitamente qualificati come discriminatori dal legislatore. Si v. le fattispecie enucleate dall'art. 5, co. 5, legge 5 giugno 1990, 135; l'art. 43, co. 1 e 2, lett. e, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286; dall'art. 25, co. 2-bis, d.lgs. 198/2006; dall'art. 2, d.lgs. 9 luglio 2003, n. 215; dall'art. 2, co. 1 e 3, d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216. Incertezza che, a parere di chi scrive, deve essere risolta in senso positivo. Cfr., in dottrina, almeno le riflessioni di CHIECO, *Il licenziamento nullo*, in ID. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, 2013, p. 280 ss.; e di BARBIERI, *La nuova disciplina*, cit., p. 27 ss.

⁵⁷ Nullità comminata dall'art. 35, co. 2, d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198.

⁵⁸ Cfr. l'art. 54, co. 1, 5-7 e 9, d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151.

è vero che l'art. 2, co. 3, l. 604/1966 stabilisce esplicitamente l'"inefficacia" dell'atto; ma, considerando che la forma scritta è un elemento essenziale dell'atto e che il suo difetto impedisce il perfezionamento dello stesso, si può ritenere che il legislatore abbia impiegato quel termine per indicare un aspetto caratteristico della nullità (la quale, pertanto, sarebbe dalla norma implicitamente presupposta)⁵⁹.

La tutela reale, inoltre, si applicherà alle ipotesi in cui il licenziamento è nullo perché intimato dall'amministrazione in violazione di norma imperativa e, quindi, per effetto del combinato disposto degli artt. 1418, co. 1, e 1324 cod. civ. Qui, com'è ovvio, il compito del giusperito si complica e le interpretazioni diventano più controvertibili.

In quest'ambito, dovranno essere ricomprese tutte le ipotesi in cui il recesso sia intimato violando condizioni, procedure e termini direttamente previsti da disposizioni del d.lgs. 165/2001. Quest'ultimo, infatti, autoqualifica tutte le proprie previsioni come "imperative" (all'art. 2, co. 2) e ribadisce tale carattere per le norme disciplinari (all'art. 51, co. 1).

Sarà nullo, pertanto, il recesso per responsabilità dirigenziale che non sia stato preceduto dalla contestazione dei fatti addebitati o dal contraddittorio tra le parti imposti dall'art. 21, co. 1, d.lgs. 165/2001⁶⁰. Una violazione dell'art. 21, co. 1, inoltre, sarà ravvisabile anche quando il licenziamento costituisca un rimedio sproporzionato alla "gravità" delle responsabilità dirigenziali; e, per quanto indiretta, anche nel caso di mancata indicazione dei motivi del recesso. L'esternazione delle ragioni del recesso, infatti, è strumentale al controllo giudiziale sulla sua legittimità (o, se si preferisce, sulla conformità dello stesso alle prescrizioni imperative). Con la conseguenza logica che, se all'assenza di motivazione non conseguisse la stessa invalidità propria dell'assenza di giustificazione, all'amministrazione sarebbe sufficiente tacere le proprie ragioni per estinguere comunque il rapporto ed eludere l'applicazione di una norma imperativa.

Analogo discorso vale per la materia disciplinare. Anche in questo caso,

⁵⁹ Con riferimento al lavoro privato si sono espressi in questi termini, ad esempio, ICHINO, *Il contratto di lavoro*, vol. III, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, 2003, p. 493 e D'ONGHIA, *I vizi formali e procedurali del licenziamento*, in CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, 2013, p. 367, alla quale si rinvia anche per ulteriori riferimenti alla dottrina.

⁶⁰ ZOPPOLI A., *I fondamenti del licenziamento del dirigente pubblico: nell'attesa di Godot...*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 66/2008*, p. 14.

la violazione delle regole del d.lgs. 165/2001 determineranno la nullità del licenziamento *ex artt.* 1418, co. 1, e 1324 cod. civ.⁶¹. Ciò vale, certamente, per il recesso intimato senza il preventivo esperimento del procedimento disciplinare regolato dagli artt. 55, co. 4, e 55-*bis* nonché il licenziamento formalmente (ma illegittimamente) irrogato per una delle ragioni tipizzate dall'art. 55-*quater* e 55-*sexies*, co. 2. Ma un'indiretta violazione dell'art. 55-*quater* è configurabile in ogni ipotesi di licenziamento ingiustificato dal momento che il primo comma, tenendo "ferma la disciplina in tema di licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo", accoglie il principio di necessaria giustificazione del recesso disciplinare dotandolo di forza imperativa⁶². Sarebbe conseguentemente invalido anche licenziamento asseritamente irrogato per la violazione del regime delle incompatibilità o per cumulo di impieghi, essendo anch'essa tipizzata in termini di "giusta causa di recesso"⁶³.

Se si condivide questa impostazione, infine, si potrà considerare invalido anche il licenziamento carente di giustificazione⁶⁴. Al pari di quanto già affermato a proposito del recesso per responsabilità dirigenziale, anche in questo caso la necessità di evitare una facile elusione di norme imperative impone logicamente di parificare la reazione dell'ordinamento giuridico a quella prevista per il licenziamento ingiustificato⁶⁵.

La casistica, ad ogni modo, è molto articolata e meriterebbe un'attenzione maggiore di quanto possibile in questa sede. L'imperatività dell'art. 55-*octies*, per fare ancora qualche esempio, permette di dichiarare nullo il recesso

⁶¹ Secondo uno schema decisionale già seguito, prima ancora della novella del secondo comma dell'art. 63, da Cass. 24157/2015, cit.; e condiviso in dottrina da BOSCATI, *La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 e il lavoro pubblico*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 170/2013*, p. 12 ss.; e da DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro il licenziamento illegittimo e rapporto di lavoro privatizzato alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: problemi e prospettive di coordinamento*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 178/2013*, p. 9.

⁶² Resta sempre valida la possibilità – suggerita da ZOPPOLI L., *La reintegrazione del dirigente pubblico tra "capriccio degli organi politici" e "giurisprudenza creativa"*, in questa rivista, 2003, p. 531 – di considerare il licenziamento ingiustificato del dirigente come discriminatorio (per ragioni politiche) e, pertanto, nullo.

⁶³ Dall'art. 1, co. 61, legge 23 dicembre 1996, n. 662.

⁶⁴ Licenziamento "inefficace" per l'art. 2, co. 3, l. 604/1966 e, nonostante l'illegittimità, produttivo di effetti estintivi per gli artt. 18, co. 6, St. lav. e 4, d.lgs. 23/2015.

⁶⁵ La considerazione di cui al testo, ovviamente, non è inficiata dalla circostanza che C. Cost. 16 luglio 2020, n. 150, abbia ritenuto eccedente rispetto al *thema decidendum* la richiesta della parte privata di una pronuncia "sul trattamento difforme, quanto alle soglie, tra vizi formali e vizi sostanziali" previsto dal d.lgs. 23/2015 (cfr. le considerazioni in diritto, par. 4).

dell'amministrazione in caso di (asserita) "permanente inidoneità psicofisica al lavoro" del dipendente o di (asserita) reiterazione del rifiuto da parte del dipendente di sottoporsi alla visita di idoneità⁶⁶. Così come il medesimo carattere, essendo predicabile anche dell'art. 33, d.lgs. 165/2001, consente di ritenere invalido il licenziamento illegittimo perché intimato senza il rispetto della prescritta procedura o, ad esempio, prima della scadenza del periodo di disponibilità⁶⁷. Ancora, invalido sarà il licenziamento per superamento del periodo di comporta, intimato però prima della scadenza dello stesso (e, quindi, in violazione dell'art. 2110 cod. civ.). Se è vero, infatti, che quella prevista dal secondo comma dell'art. 2110 cod. civ. è un'ipotesi autonoma di recesso, è altresì vero che il divieto evincibile dallo stesso articolo, almeno secondo parte della giurisprudenza, ha natura imperativa⁶⁸. In alternativa, si potrebbe includere questa fattispecie in una terza classe di casi in cui la nullità del recesso deriva dal combinato disposto dell'art. 1345 cod. civ. e 1324 cod. civ. (sempre che il motivo illecito sia stato il solo a determinare la volontà del datore di lavoro).

Ad ogni modo, l'esemplificazione che precede dovrebbe aver mostrato come la "generalizzazione" della tutela reale in ambito pubblico – lungi dall'essere l'effetto dell'art. 63, co. 2, d.lgs. 165/2001 – sia una considerazione di mero fatto conseguente ad un'analisi puntuale del regime giuridico delle diverse forme di licenziamento; un esito interpretativo altamente instabile perché fondato, oltre che sulle preferenze dogmatiche dell'interprete, soprattutto sull'imperatività delle disposizioni del d.lgs. 165/2001 (e inevitabilmente destinato a mutare, qualora tale carattere venga meno).

⁶⁶ Il carattere non automatico dell'estinzione per sopravvenuta e permanente inidoneità psicofisica del lavoratore allo svolgimento delle mansioni assegnate è stato affermato, ad esempio, da Cass. 4 ottobre 2016, n. 19774, spettando alla p.a. di valutare la possibile di impiegare il lavoratore in mansioni diverse (in termini, anche Cass. 29 luglio 2013, n. 18196, in *LPA*, 2013, II, p. 650).

⁶⁷ Essendo questo il momento dell'estinzione (non automatica) del rapporto: Cass. 18 maggio 2006, n. 11671, Cass. 25 maggio 2006, n. 12441, Cass. 13 febbraio 2017, n. 3738, tutte inedite a quanto consta.

⁶⁸ In termini, ad esempio, Cass. 22 maggio 2018, n. 12568, in *DRI*, 2018, p. 1218; 18 novembre 2014, n. 24525, inedita a quanto consta; Cass. 26 ottobre 1999, n. 12031, in *MGL*, 2000, p. 61; Cass. 12 febbraio 1981, n. 875, in *RGL*, 1981, II, p. 655.

5. *Per una revisione del fondamento costituzionale della reintegrazione*

Le questioni interpretative affrontate nel paragrafo precedente non si porrebbero se si consolidasse il principio della reintegrazione quale tutela costituzionalmente necessaria del dipendente pubblico⁶⁹. Come si è visto, un'opinione in tal senso circola da tempo ma resta fortemente controversa in ragione delle fragili basi concettuali⁷⁰e, nei termini in cui è stata formulata finora, non sarebbe neppure in grado di giustificare la disparità di trattamento economico nelle ipotesi più gravi di licenziamento.

La tesi corrente, in particolare, non convince in ragione del richiamo all'art. 97 e al (presunto) carattere “ontologicamente” speciale che l'imparzialità e il buon andamento dell'amministrazione conferirebbero al rapporto di lavoro pubblico. È vero che questa è la base teorica utilizzata dalla Corte Costituzionale nel 2008 per restringere i margini di discrezionalità del legislatore regionale e per fondare, appunto, la necessità costituzionale della tutela reale (quanto meno della dirigenza pubblica). Ed è altrettanto vero che il medesimo argomento è stato più volte utilizzato dalla Corte Costituzionale in senso opposto, ossia, per liberare il legislatore dai vincoli derivanti dal principio di uguaglianza formale, ampliare i margini di discrezionalità a sua disposizione e legittimare – per quanto possibile – le conseguenti scelte legislative⁷¹. Per giustificare costituzionalmente la disciplina speciale in discorso, però, quella ricostruzione dovrebbe operare contemporaneamente in entrambi i sensi: in senso restrittivo, per fare della reintegrazione l'unico paradigma attuativo dei principi evincibili dagli artt. 4 e 35 Cost.; e in senso ampliativo, per giustificare il trattamento economicamente inferiore riservato ai dipendenti pubblici nei casi più gravi. Operazione logicamente molto ardua, che mette a nudo l'impiego della “specialità ontologica” quale argo-

⁶⁹ Sul quale si tornerà a breve, nel prossimo paragrafo.

⁷⁰ Al punto che, in dottrina, vi è chi ha visto nella reintegrazione un “privilegio” riconosciuto ai dipendenti pubblici: così TAMPIERI, *Il licenziamento disciplinare nelle disposizioni di legge*, in *LPA*, 2018, p. 7; valutazione che pare implicitamente condivisa da buona parte degli studiosi che si sono occupati del tema.

⁷¹ Questa linea interpretativa risale a C. Cost. 14 ottobre 1997, n. 309 (che a sua svolta sviluppa alcuni elementi già presenti in C. Cost. 18 luglio 1996, n. 313); ed è stata mantenuta, senza pretesa di esautività, da C. Cost. 23 luglio 2001, n. 275; da C. Cost. 12 febbraio 2003, n. 82; da C. Cost. 26 marzo 2003, n. 199; da C. Cost. 11 ottobre 2006, n. 367; da C. Cost. 11 marzo 2008, n. 146; da C. Cost. 4 aprile 2012, n. 120; e anche da C. Cost. 23 giugno 2015, n. 178. Tutte le sentenze sono reperibili sul sito www.cortecostituzionale.it.

mento *passerpartout*⁷² e, nello stesso tempo, spiega come la sua fortuna sia dovuta a ragioni pratiche più che teoriche.

Come già spiegato in altra sede⁷³, l'innesto dell'interesse pubblico nella causa del contratto di lavoro subordinato non persuade perché è un retaggio di quella tradizione giuridico-amministrativa che accorpava i rapporti di lavoro all'organizzazione dei "pubblici uffici", intendendoli come l'elemento personale di questa e da essa indistinguibili; un presupposto dal quale conseguiva la diretta funzionalizzazione anche dei primi al perseguimento di interessi pubblici⁷⁴. Il significato profondo della contrattualizzazione, invece, sta proprio nell'aver separato nettamente i due ambiti in base al presupposto che l'interesse perseguito dalle pp.aa. allorché instaurano i rapporti di lavoro è meramente strumentale alla cura degli interessi pubblici di cui ciascuna di esse è affidataria⁷⁵. Con la contrattualizzazione, in altri termini, anche nei rapporti di lavoro pubblico "le parti agiscono assumendo posizioni attive e passive che sono riferibili e che si esauriscono nella qualità di soggetti del contratto di lavoro"⁷⁶; e, come nel lavoro privato, il sinallagma contrattuale è indifferente rispetto all'interesse perseguito dal datore di lavoro mediante l'utilizzazione del lavoro altrui. Di qui, appunto, la logica impossibilità che l'art. 97 Cost. abbia riflessi sulla causa del rapporto di lavoro pubblico⁷⁷.

⁷² Uno "spirito-totem", per utilizzare l'espressione di ESPOSITO, "Quo usque tandem...?", cit., p. 669.

⁷³ PINTO, *Il lavoro pubblico nella transizione dall'autogoverno responsabile delle pp.aa. al rinnovato protagonismo della legge*, in NUZZO, IADICICCO (a cura di), *Le riforme del diritto del lavoro: politiche e tecniche normative*, in *Quad. DLM*, 2016, n. 2, p. 119 ss.

⁷⁴ Soprattutto, essa consente "un importante ma indeterminato ingresso di interessi pubblicistici e di limiti 'interni' in una gestione del lavoro del rapporto di lavoro pubblico basata su posizioni giuridiche soggettive a matrice contrattuale" (MAINARDI, *L'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori alla prova della riforma Madia: «vorrei ... ma non posso»*, in questa rivista, 2016, p. 689).

⁷⁵ GIANNINI M.S., voce *Impiego pubblico (teoria e storia)*, in *ED*, vol. XX, 1970, p. 303.

⁷⁶ Così MARESCA, *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*, in *Le trasformazioni dei rapporti di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*, Atti delle giornate di studio Aidlass, Giuffrè, 1997, p. 10 ss.; in termini anche D'ANTONA, 1997 (qui citato da ID., *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni*, ora in ID., *Opere*, vol. IV, Giuffrè, 2000, 167).

⁷⁷ Tesi già ampiamente argomentata da BARBIERI, *Problemi costituzionali della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico*, Cacucci, 1997, pp. 127 ss. e 423 ss.; e ripresa, da ultimo, in ID., *Il sinallagma nei contratti di lavoro per le pubbliche amministrazioni: un percorso storico critico*, Cacucci, 2018, p. 51 ss. e ID., *I principi costituzionali e l'evoluzione della disciplina*, in CURZIO, DI PAOLA,

Le conseguenze, anche per il discorso svolto in questa sede, sono notevoli. Se la natura giuridica del datore di lavoro non ha alcuna incidenza sulla causa del contratto, che è sempre la stessa, le disparità di disciplina tra dipendenti pubblici e privati devono essere contenute nei limiti consentiti dal principio di uguaglianza formale o, se si preferisce, sono legittime quando giustificabili in base ad un accurato scrutinio degli interessi coinvolti e della relativa rilevanza costituzionale⁷⁸.

In questa prospettiva, è plausibile sostenere che la reintegrazione costituisca davvero, per i dipendenti pubblici, l'unico paradigma attuativo dei principi evincibili dagli artt. 4 e 35 Cost. in ragione delle concorrenti necessità di assicurare una precondizione essenziale del "buon andamento" ex art. 97, co. 2, Cost., vale a dire la destinazione delle risorse finanziarie disponibili al perseguimento degli scopi istituzionali dell'amministrazione datrice di lavoro e il loro impiego efficiente⁷⁹; e di contenere la spesa pubblica mantenendo l'equilibrio di bilancio ex art. 81 Cost.⁸⁰.

La questione non riguarda, o almeno non riguarda soltanto, l'indennizzo

ROMEI (diretto da), *Lavoro pubblico*, Giuffrè, 2018, p. 1 ss. (al quale si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici).

⁷⁸ Questa è la base costituzionale di disposizioni legislative quali l'art. 2, co. 2, d.lgs. 165/2001, l'art. 22, co. 1, d.lgs. 29 giugno 1996, n. 367, e l'art. 19, co. 1, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175. Presuppongono implicitamente l'inesistenza di limiti costituzionali alla diversificazione normativa tra lavoro privato e pubblico SARACINI, *Reintegra* monetizzata, cit., p. 100; e ZOPPOLI A., *Statuto dei lavoratori e lavoro pubblico: un incontro, nel tempo, fecondo*, in RGL, 2020, p. 160. Per entrambi, infatti, la conservazione della tutela ripristinatoria è una (condivisibile) scelta storica, in quanto tale sempre rivedibile.

⁷⁹ Il tema è lambito da LUCIANI V., *Il licenziamento illegittimo*, cit., p. 403, il quale comunque giustifica costituzionalmente la scelta regolativa in base al principio del concorso. Le ragioni di cui al testo, invece, sono da quasi un ventennio addotte in dottrina (e anche da scrive) per giustificare il divieto di conversione a tempo indeterminato dei rapporti di lavoro instaurati violando norme imperative. Per una ricostruzione de dibattito sia consentito il rinvio a PINTO, *Le assunzioni a termine nelle pubbliche amministrazioni: specialità della disciplina e criticità irrisolte*, in SARACINI, ZOPPOLI L. (a cura di), *Riforme del lavoro e contratti a termine*, Giappichelli, 2017, pp. 243-244.

⁸⁰ *Contra*, MAINARDI, *L'articolo 18*, cit., p. 691, secondo il quale un rimedio indennitario in caso di illegittimità per "vizi formali o di procedura" sarebbe "di sicuro equilibrio costituzionale" per la necessità di tutelare "la posizione dell'amministrazione (e degli utenti) a non dover sopportare il grave costo (economico-organizzativo ma, in taluni casi, anche sociale) del rientro in organico di chi commette gravi illeciti a danno della p.a.". In un diverso ordine di idee, invece, si muove ZOPPOLI L. (*La contrattazione collettiva*, cit., p. 216) allorché auspica una tutela indennitaria per il dirigente che sia stato formalmente licenziato per grave incapacità gestionale.

monetario eventualmente previsto in alternativa alla reintegrazione. È stato scritto, in passato, che la “sanzione per equivalente semplicemente non riveste nelle P.A. alcun carattere affittivo per il titolare del potere di recesso che ne abbia fatto uso scorretto, visto che si risolverebbe solo in un aggravio di costi per la collettività”⁸¹. In realtà, sarebbe meglio sostenere che la previsione di un indennizzo potrebbe non avere alcuna valenza dissuasiva e che i relativi oneri potrebbero restare a carico del bilancio pubblico. A quell’opinione, infatti, si potrebbe obiettare che, in linea teorica, anche l’indennizzo ha un’efficacia affittiva dal momento che l’amministrazione sarà tenuta a recuperare le relative somme e gli oneri economici graveranno esclusivamente sul responsabile del licenziamento illegittimo (a titolo di risarcimento del danno erariale).

Tuttavia, la sostanziale ineffettività dell’analogia responsabilità prevista dall’art. 36, co. 5, d.lgs. 165/2001 a carico del dirigente che abbia abusato del lavoro flessibile, dovrebbe indurre a valutare realisticamente potenzialità e limiti di questi dispositivi. Non si può pensare che sia sufficiente prevedere un obbligo di recuperare le somme da chi ha illegittimamente intimato il licenziamento affinché ciò accada davvero e il pregiudizio economico per l’amministrazione sia scongiurato. Anche qualora l’amministrazione si attivasse in tal senso, il titolare del potere di recesso risponderebbe soltanto per dolo e colpa grave e resterebbe pur sempre aperta la possibilità per la Corte dei Conti di esercitare il proprio potere riduttivo dell’addebito⁸². Del resto, proprio la difficoltà pratica di procedere al recupero delle somme può spiegare l’imposizione di un tetto massimo all’indennizzo spettante al lavoratore reintegrato.

Occorre tenere in conto, piuttosto, che la validità di un licenziamento illegittimo sarebbe fonte di inefficienze e costi indiretti. Basti considerare l’onerosità implicita nel reclutamento di un nuovo lavoratore (che, in caso di concorso pubblico, potrebbe anche essere lo stesso precedentemente licenziato⁸³) – e l’inevitabile minore produttività del neo-assunto per il primo periodo di attività. Soprattutto se dovesse essere licenziato un dirigente⁸⁴,

⁸¹ BARBIERI, *La nuova disciplina*, cit., p. 49.

⁸² V. l’art. 83 del R.D. 2440/1923; art. 52 del R.D. 1214/1934; art. 19 del D.P.R. 3/1957.

⁸³ Sempre che il relativo bando non richieda, quale condizione per la partecipazione alla procedura, che il candidato non sia mai stato licenziato da una p.a. o rimosso dall’impiego (come, invece, spesso accade).

⁸⁴ In questo caso, infatti, i comportamenti di cui al testo sarebbero ingenerati non solo

inoltre, la vicenda tenderebbe fatalmente a ingenerare comportamenti opportunistici, quali la ricerca di consenso e di protezione politica, anche a scapito della qualità della prestazione lavorativa⁸⁵. La difficoltà di individuare e stimare questi e altri costi organizzativi, evidentemente, non li rende meno reali.

Queste considerazioni in ordine ai costi e alle inefficienze organizzative sembrano spiegare perché, in un contesto di progressivo deterioramento degli equilibri della finanza pubblica, il legislatore abbia preferito la tutela reale a quella monetaria. L'opzione regolativa, in altri termini, può essere costituzionalmente giustificata in considerazione dell'interesse generale al buon andamento dell'amministrazione *ex art. 97 Cost.*, seppure in una prospettiva completamente diversa da quella finora accreditata, e dell'art. 81 Cost. La necessità di preservare per quanto possibile la destinazione delle risorse finanziarie al perseguimento degli interessi pubblici, inoltre, è l'unica ragione che permette di giustificare anche la riconfigurazione al ribasso delle conseguenze economiche della reintegrazione dei dipendenti pubblici rispetto alle ipotesi di reintegrazione "piena" dei dipendenti privati: dall'inesistenza di un ammontare minimo dell'indennità risarcitoria (nel privato pari a 5 mensilità) all'imposizione di un ammontare massimo pari a ventiquattro mensilità (laddove nel privato tetto non è previsto alcun tetto)⁸⁶ fino al mancato riconoscimento del diritto all'indennità sostitutiva della reintegrazione. Così argomentato, il principio della necessaria reintegrazione del dipendente pubblico avrebbe forse un più sicuro ancoraggio costituzionale e maggiori possibilità di consolidamento diventando non soltanto un più plausibile fondamento per un'interpretazione

orizzontalmente, tra i colleghi dirigenti, ma anche "a cascata". In questa prospettiva, bisogna convenire che la tutela ripristinatoria dovrebbe essere assicurata soprattutto ai dirigenti. Di qui, il dissenso rispetto a proposte dirette a (re)introdurre una tutela indennitaria anche solo per i dirigenti (in tal senso, ad esempio, ZOPPOLI L., *La contrattazione collettiva*, cit., p. 216).

⁸⁵ Laddove, con riferimento al lavoro nell'impresa, la riduzione dei vincoli per i licenziamenti è stata sempre considerata un mezzo per disincentivare comportamenti opportunistici del lavoratore, quali il risparmio di energie psico-fisiche (e ciò fin dal pionieristico studio di SHAPIRO, STIGLITZ, *Equilibrium Unemployment as a Worker Discipline Device*, in *American Economic Review*, 1984, vol. 74, n. 3, p. 433 ss.).

⁸⁶ Che la "necessità di contenimento dei costi della finanza pubblica" sia stata la ragione storica della previsione di cui al testo è affermato da MARTONE, *Ancora sulla reintegrazione*, cit., p. 656.

costituzionalmente orientata dell'art. 63, co. 2, d.lgs. 165/2001, ma anche un più sicuro criterio direttivo per il legislatore che dovesse rimediare ad un'eventuale dichiarazione di illegittimità costituzionale (per eccesso di delega) della medesima disposizione.

Emilia D'Avino

I profili di specialità del reclutamento presso le società partecipate

Sommario: 1. I principi del reclutamento e della mobilità del personale presso le società partecipate. 2. Una lettura unitaria dei recenti interventi della Corte Costituzionale.

1. *I principi del reclutamento e della mobilità del personale presso le società partecipate*

L'esternalizzazione di attività di interesse generale mediante affidamento alle società partecipate ha ampliato l'area dei rapporti di lavoro che si interfacciano con le pubbliche amministrazioni, anche indirettamente. Nel corso degli anni si è pertanto resa necessaria l'introduzione di una disciplina speciale dei rapporti presso le società partecipate che, pur essendo accomunabile per la *ratio* al processo della contrattualizzazione compatibile, è dotata di propria autonomia e non è riconducibile all'area del pubblico impiego. Infatti, l'art. 19 d.lgs. 16 agosto 2016, n. 175 (t.u.s.p.) sancisce l'applicabilità della normativa dei rapporti di lavoro privato¹, e solo parzialmente recepisce i principi speciali del pubblico impiego. Invero, data la partecipazione pubblica, le società controllate sono tenute ad adottare provvedimenti che sanciscano il rispetto, in occasione delle procedure di selezione, dei principi stabiliti dall'art. 35, c. 3, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (t.u.p.i.).

¹ Sul tema Cass. Sez. Un. 1 dicembre 2016 n. 24591; Cass. Sez. Un. 27 marzo 2017 n. 7759. V. GIORGI, *Il regime del pubblico concorso non è obbligatorio ex se per le società in house*, in *LG*, 2017, p. 802. Sull'evoluzione del quadro normativo GRECO, *Il reclutamento del personale nelle società a partecipazione pubblica*, in *VTDL*, 2019, p. 77; NICODEMO, *Il pubblico concorso e il momento costitutivo del rapporto di lavoro nelle società pubbliche. Regole e privilegi*, in *DA*, 2018, p. 437 ss.

Il rinvio al solo comma 3 dell'art. 35 t.u.p.i. risulta eccentrico poiché crea incertezze sul perimetro di applicabilità degli istituti del pubblico impiego non espressamente richiamati. Alcuni dubbi sorgono, in particolare, sulla possibilità di applicare tanto i principi strettamente connessi all'art. 35 t.u.p.i., come il divieto di conversione del rapporto a termine², quanto le procedure di mobilità precedenti o alternative al momento genetico del rapporto. Non è certo, ad esempio, se il legislatore nazionale o regionale possa imporre procedure di mobilità preassuntive ex art. 33 t.u.p.i., né se siano legittimi i trasferimenti di lavoratori da pp.aa. a società controllate e viceversa, con conseguente mutamento del regime giuridico applicabile; infine, neppure è chiaro se sia consentito l'utilizzo condiviso del personale. D'altro canto, il t.u.s.p. su queste tematiche ha solamente previsto, da un lato, specifiche ipotesi di reinternalizzazione per il personale previamente assunto presso le pp.aa. (art. 19 co. 8) e, dall'altro, una procedura eccezionale e transitoria (art. 25)³.

Sul punto, comunque, la C. Cost. ha fornito alcuni interessanti elementi

² La giurisprudenza, pur non applicando l'art. 36 t.u.p.i., ritiene l'impossibilità di conversione a causa della nullità dell'assunzione per violazione di legge. Cass. 11 novembre 2020, nn. 25400; 25399; 25398; Cass. 10 novembre 2020, n. 25227; Cass. 6 ottobre 2020, nn. 21469 e 21468; Cass. 17 settembre 2020, n. 19417. Sia permesso rinviare a D'AVINO *Reclutamento e modalità d'impiego del personale nelle società partecipate: vincoli e tutele*, in questa rivista, 2020, I, p. 113. V. SATTÀ MAZZONE, *Lavoro a termine e società a partecipazione pubblica: nessuna conversione in rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato*, in *DE&G*, 2020, 183, p. 9.

³ BORGOGELLI, *Frammentazione organizzativa e pubbliche amministrazioni: interesse generale e tutela dei lavoratori nelle società a controllo pubblico*, in *GDLRI*, 2018, p. 357; CARINCI F., *L'inquadramento del rapporto di lavoro e società a partecipazione pubblica: l'evoluzione legislativa*, in *LDE*, 2018, 2; FALSONE, *Dalla corsa per esternalizzare alla (re)internalizzazione negli enti pubblici: l'incerto destino del personale*, in *VTDL*, 2019, I; FONTANA, *Società pubbliche e rapporti di lavoro, fra riorganizzazione e crisi di un modello*, in *ADL*, 2018, 2; GARILLI, *La gestione del personale nelle società a controllo pubblico. Riordino della disciplina speciale e soluzioni interpretative*, in *LPA*, 2018, 4, p. 1; GRAMANO, *Il reclutamento e la gestione del personale alle dipendenze delle società a partecipazione pubblica*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 332/2017; FERRANTE, *Re-internalizzazione e successione di appalto nella gestione dei servizi pubblici*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 385/2019; MARESCA, *Eccedenze di personale ed assunzioni nelle società a controllo pubblico: il regime transitorio dell'art. 25, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, in MARESCA, ROMEI (a cura di), *Il rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico*, Giuffrè, 2019, p. 137; MEZZACAPO, *Prime osservazioni sul rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 251/2016*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 319/2017; PINTO, *Sui rapporti di lavoro alle dipendenze delle società in controllo pubblico e delle società in house*, in FORTUNATO, VESSIA (a cura di), *Le nuove società partecipate e in house providing*, Giuffrè, 2017, p. 225.

chiarificatori con le sentenze del 23 luglio 2020, n. 159, del 12 agosto 2020, n. 194 e del 30 ottobre 2020, n. 227. In effetti, dalla lettura unitaria di tali provvedimenti sembra potersi ricavare un principio generale in base al quale non sono applicabili estensivamente gli istituti sulla mobilità pubblica se non esplicitamente recepiti a livello nazionale⁴.

2. *Una lettura unitaria dei recenti interventi della Corte Costituzionale*

I primi elementi utili per ricostruire tale principio sono ravvisabili nella sentenza 23 luglio 2020, n. 159, con la quale la Corte ha dichiarato incostituzionale una l.r. che imponeva alle società partecipate l'obbligo di attivare procedure di mobilità volontaria prima di ricorrere alle assunzioni, analogamente a quanto previsto *ex art.* 33 t.u.p.i. Secondo la Corte, l'imposizione di questa procedura violerebbe l'art. 19, co. 5, t.u.s.p., predeterminando *ex lege* le concrete modalità di reclutamento, rimesse invece dal legislatore statale alle singole società. Ne deriva una indebita compressione del potere di autodeterminazione della società, in un'area in ogni caso di competenza statale in quanto riconducibile alla materia dell'ordinamento civile. Inoltre, la legislazione regionale non è conforme a quanto stabilito *ex art.* 25 t.u.s.p. in materia di gestione delle eventuali eccedenze di personale. Infatti, non solo la procedura non rispecchia quella dell'art. 25, ma essa reintroduce sostanzialmente, *sine die*, un obbligo analogo a quello che il legislatore nazionale ha inteso disporre solo in via transitoria.

Il t.u.s.p., dunque, è l'unico punto di riferimento in materia. Ulteriori principi speciali del pubblico impiego non sono applicabili in via estensiva nemmeno se la finalità ultima dovesse essere annoverabile nell'art. 1, c. 4, lett. a), t.u.s.p. Quest'ultimo articolo legittima l'introduzione di discipline speciali qualora le società partecipate siano deputate al perseguimento di una specifica missione di pubblico interesse: quale ad esempio il graduale rientro dal precariato. In effetti, la C. Cost. nella sentenza 12 agosto 2020 n. 194, non la-

⁴ Sulla precedente giurisprudenza in materia, costituzionale e non, BOLOGNINO, *La Corte dei Conti si pronuncia sulla nuova disciplina delle c.d. reinternalizzazioni del personale delle società a controllo pubblico da parte delle amministrazioni socie*, in *LPA*, 2016, p. 725; DI PAOLANTONIO, *Trasferimento di attività, successione di appalti, eccedenza di personale: quali garanzie per i dipendenti delle società a controllo pubblico?*, in *LDE*, 2018, 2.

scia dubbi sul punto. Pronunciandosi sulla legittimità di una l.r. che dispone il transito ad una società controllata, con contratto a tempo indeterminato, di soggetti utilizzati nelle pp.aa. con contratti di formazione⁵, la Corte ribadisce che le stabilizzazioni sono possibili solo nel rispetto della normativa statale, dettata segnatamente dagli artt. 19, 20 e 25 t.u.s.p. A nulla rileva, a tal proposito, che la società partecipata fosse deputata al ruolo di collettore di varie tipologie di rapporti precari con pp. aa. regionali.

D'altronde, le previsioni dell'art. 19 t.u.s.p. sono principi fondamentali, autonomi rispetto all'ambito del pubblico impiego, anche sul piano del coordinamento della finanza pubblica. Effettivamente, uno dei punti centrali della riforma sulle partecipazioni pubbliche è proprio la *spending review*, giustificata dalla finalità di tenere sotto controllo sia le dinamiche occupazionali, sia i relativi oneri economici, onde evitare che i costi si ripercuotano sulla finanza pubblica.

Quanto detto sino ad ora vale anche per le vicende di mobilità tra regimi giuridici differenti, introdotte in alternativa al reclutamento nell'ambito delle riorganizzazioni degli enti. Si pensi agli istituti caratterizzati dall'utilizzo condiviso del personale, come il comando, o a quelli sanciti nell'art. 30 t.u.p.i. Come chiarito dalla C. Cost. nella sentenza del 30 ottobre 2020 n. 227⁶, il legislatore statale nel t.u.s.p. non ha previsto il rinvio a tali norme e “non a caso”⁷. Infatti, pur essendo introdotti criteri di selezione ai fini delle assunzioni del personale, non è mutata la natura strettamente privatistica del rapporto, né si è imposta una procedura propriamente concorsuale.

“Rimane quindi fra questo personale e quello dipendente delle pub-

⁵ Nel giudizio si affrontano diverse questioni, aventi ad oggetto l'art. 64 l.r. Sicilia 8/2018, l'art. 75 l.r. Sicilia 8/2018, l'art. 3 l.r. Sicilia 1/2019 e l'art. 22 l.r. Sicilia 17/2019.

⁶ L'art. 15 l.r. Molise 4/2019, definisce un progetto di riordino dell'assetto organizzativo del Sistema Regione Molise, che prevede l'utilizzo condiviso del personale dipendente degli enti e delle società appartenenti al gruppo Sistema Regione Molise, tramite l'istituto giuridico qualificato formalmente come distacco. La Corte qualifica l'istituto come comando, non essendo caratterizzato da quella unità finanziaria, presupposto dell'unità organizzativa nel cui ambito si colloca l'istituto del distacco.

⁷ In questi termini la C. Cost., che prosegue affermando: “l'estensione della possibilità di comando inficia il sistema organizzativo e finanziario costruito dal legislatore statale, permettendo di fatto una incontrollata espansione delle assunzioni, con il duplice effetto negativo di scaricare oneri ingiustificati sulle società pubbliche, indotte ad assumere personale non necessario, e di alterare il delicato equilibrio che dovrebbe presiedere al rapporto fra organici e funzioni”.

bliche amministrazioni una barriera tuttora insuperabile”⁸, che fonda la sua *ratio* sul piano delle scelte discrezionali del legislatore statale nell’esercizio della competenza esclusiva in materia di ordinamento civile e, più sostanzialmente, nei principi di buon andamento, *ex art. 97 Cost.*, ed in materia di coordinamento della finanza pubblica, *ex art. 117 co. 3 Cost.*

In conclusione, alla luce delle sentenze qui richiamate, deve ritenersi che ogni qualvolta il legislatore abbia inteso limitare l’autonomia privata delle società e mutuare principi tipici del pubblico impiego, lo ha sancito *apertis verbis*. Pertanto, in assenza di richiami espressi a principi del t.u.p.i. essi non possono trovare applicazione. Quanto detto rappresenta senza dubbio un limite sia per il legislatore, in special modo quello regionale, sia per le pp.aa. e le società, che non possono avvalersi della mobilità tra regimi giuridici diversi: superando ed eludendo altrimenti barriere, rigidità e specialità del t.u.p.i. comunque esistenti.

⁸ C. Cost. 30 ottobre 2020, n. 227.

Mariagrazia Militello

Il licenziamento tra tipizzazione e proporzionalità

Sommario: **1.** Premessa. **2.** La tipizzazione delle fattispecie di licenziamento tra automatismo e principio di proporzionalità. **2.1.** L'avverbio “comunque” dinanzi alla Corte costituzionale. **3.** Il lavoro pubblico privatizzato e il fondamento *comunque* contrattuale del potere disciplinare.

I. *Premessa*

Oggetto di questo breve scritto – che riprende l'intervento presentato al Convegno dedicato al contratto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni – sarà l'analisi di uno degli aspetti che riguardano il licenziamento e il modo in cui è stato regolato in occasione degli interventi regolativi più recenti. Come noto, a partire dalla Riforma Brunetta, il legislatore ha optato per la tipizzazione di alcune fattispecie di inadempimento associandovi, quale conseguenza apparentemente automatica, la sanzione disciplinare del licenziamento; il che ha posto il problema del rapporto tra tale previsione e il principio di proporzionalità, principio cardine in materia di esercizio del potere disciplinare.

Si tratta di un argomento che evoca temi ampi che riguardano le scelte compiute dal legislatore sia nei confronti della contrattazione collettiva sia nei confronti della dirigenza, guidate da un modo preciso di concepire il ruolo della Pubblica Amministrazione e le modalità di funzionamento della relativa organizzazione, e funzionali all'obiettivo di ripulirne l'immagine, rispondendo all'opinione pubblica e alla vulgata per la quale i fannulloni o furbetti sarebbero la causa principale dell'inefficienza della PA.

Un siffatto atteggiamento ha viziato in vario modo l'operazione legi-

slativa che, difatti, si fonda sull'equivoco di considerare la produttività come un problema disciplinare e di ritenere che l'etica possa imporsi a suon di sanzioni disciplinari¹. Ciò, insieme alla necessità di affrontare i problemi inerenti alla gestione del lavoro e al perseguimento degli obiettivi di efficienza e all'urgenza di fornire risposte che fossero plateali in tema di assenteismo, ha condotto il legislatore a ridimensionare, sul piano dell'assetto delle fonti, il ruolo della contrattazione collettiva, dimostrando una totale sfiducia nei confronti del senso di responsabilità del sindacato², ribadita anche nei confronti della dirigenza, spogliata di uno tra i più importanti poteri di gestione del lavoro, qual è appunto il potere disciplinare³.

2. *La tipizzazione delle fattispecie di licenziamento tra automatismo e principio di proporzionalità*

Nel contesto rapidamente descritto si colloca la questione del rapporto tra tipizzazione del licenziamento e principio di proporzionalità.

Come noto, l'art. 55 *quater* individua una serie tassativa di ipotesi alle quali connette l'applicazione della sanzione del licenziamento creando una sorta di automatismo che si regge letteralmente sull'uso dell'avverbio *comunque*.

Siffatta formulazione si presta ad una duplice interpretazione: da una parte, si potrebbe ritenere che la previsione legale delle causali del licenziamento abbia quale unico obiettivo quello di limitare il potere del giudice in ordine alla valutazione della proporzionalità della sanzione rispetto all'infrazione. D'altra parte, invece, che essa abbia soltanto la funzione di integrare in maniera inderogabile e immodificabile il catalogo di infrazioni e sanzioni disciplinari contenuto nei contratti collettivi, lasciando inalterata la discrezionalità del giudice, e incidendo così esclusivamente sul rapporto tra le fonti.

Senza dubbio, il legislatore ha tipizzato, prima ancora che delle fattispe-

¹ Cfr. BAVARO, *Note sul potere disciplinare nel lavoro pubblico fra aziendalismo e amministrativismo*, in *RGL*, 2018, p. 507 ss.

² Cfr. BALLESTRERO, "Modello fannullone": il lavoratore pubblico secondo la Riforma Brunetta, in BALLESTRERO, DE SIMONE (a cura di), *Persone, lavori, famiglie. Identità e ruoli di fonte alla crisi economica*, Giappichelli, 2009, p. 15 ss.; RUSCIANO, *Lo Statuto dei lavoratori e il pubblico impiego*, in *LD*, 2010, I, p. 101 ss.

³ BAVARO, *op. cit.*

cie di licenziamento, dei giudizi di disvalore con l'intento di ridurre quanto più possibile i margini di apprezzamento dell'Amministrazione e probabilmente anche del giudice, dopo avere annullato quelli della contrattazione collettiva.

D'altronde, ciascuna delle fattispecie indicate, a guardare i contratti collettivi in vigore al momento della prima riforma, da un lato riproduce ipotesi già contemplate e dall'altro, in ogni caso, è facilmente riconducibile ad ipotesi di giusta causa e giustificato motivo soggettivo; il passaggio ulteriore compiuto dal legislatore è stato quello di avocare a sé il potere di decidere che la sanzione, nei casi espressamente elencati, debba essere quella del licenziamento, con buona pace della competenza della contrattazione collettiva e del ruolo gestionale del datore di lavoro pubblico.

Il presunto automatismo sanzionatorio così delineato, determinato dall'uso dell'avverbio "comunque", che sembrerebbe svelare una valutazione di proporzionalità effettuata a monte dal legislatore e che, dunque, sarebbe preclusa a valle, è stato – com'era prevedibile – oggetto di ampio dibattito.

Sul punto, dopo la dottrina pressoché unanime, anche la giurisprudenza si è chiaramente espressa nel senso di "escludere la configurabilità in astratto di qualsivoglia automatismo nell'irrogazione di sanzioni disciplinari, specie laddove queste consistano nella massima sanzione, permanendo il sindacato giurisdizionale sulla proporzionalità della sanzione rispetto al fatto contestato" (Cass. 26 settembre 2016 n. 18858). Ribadendo, peraltro, un orientamento consolidato dei giudici di legittimità che, apparentemente, dunque non è mutato in esito all'introduzione della previsione considerata.

Sono ormai numerose le sentenze, anche recenti, in cui i giudici, alla luce del principio di proporzionalità, hanno commutato nella sanzione conservativa più grave della sospensione il licenziamento irrogato a fronte di una condotta riconducibile all'interno di una delle fattispecie descritte dall'art. 55 *quater*, ma priva degli ulteriori elementi della gravità della condotta e dell'elemento soggettivo. In alcuni casi, valutando la legittimità del licenziamento alla stregua del requisito della proporzionalità, includendo nell'analisi della sussistenza della giusta causa o giustificato motivo soggettivo lo scrutinio dell'elemento soggettivo e delle modalità di svolgimento, e lasciando per ultimo il riferimento all'art. 55 *quater*, qualificato come non ostativo rispetto ad un *iter* interpretativo così condotto (così Trib. Catania, 19 aprile 2019); e, in altri, evocando l'orientamento per il quale la valutazione della legittimità del licenziamento disciplinare di un lavoratore per una condotta contemplata,

ad esempio, da una norma del contratto collettivo fra le ipotesi di licenziamento per giusta causa deve essere comunque effettuata attraverso un accertamento, in concreto, da parte del giudice di merito, della reale entità e gravità del comportamento addebitato al dipendente, nonché del rapporto di proporzionalità tra sanzione e infrazione, anche quando si riscontri l'astratta corrispondenza di quel comportamento alla fattispecie tipizzata, occorrendo sempre comunque che la condotta sia riconducibile alla nozione legale di giusta causa, tenendo conto della gravità del comportamento in concreto del lavoratore, anche sotto il profilo soggettivo della colpa o del dolo (così Trib. Termini Imerese, 23 gennaio 2019).

Tali pronunce evidenziano come, sul piano della valutazione delle proporzionalità della sanzione rispetto all'infrazione, la norma sia quasi del tutto irrilevante; capace unicamente di introdurre nuove ipotesi, pur inderogabili e immodificabili, nel catalogo delle infrazioni previsto dalla contrattazione collettiva, destinate, in alcuni casi, a facilitare il compito del datore di lavoro nell'individuazione della condotta punibile, malgrado una tecnica legislativa poco efficace⁴.

2.1. *L'avverbio "comunque" dinanzi alla Corte costituzionale*

Il sigillo ultimo alla correttezza di un'interpretazione che lascia inalterata l'operatività del principio di proporzionalità ed esclude l'automatismo sanzionatorio è stato, da ultimo, impresso dalla Corte costituzionale che si è espressa con la sentenza del 23 giugno 2020, n. 123 sulla compatibilità dell'art. 55 *quater*, co. 1 lett. a), rispetto agli articoli 3, co. 1, 4, co. 1, 24, co. 1, 35 co. 1 e 117 co. 1 della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 24 della Carta sociale europea riveduta.

La questione sollevata dal giudice rimettente riguardava proprio la supposta introduzione da parte della disposizione citata di un "automatismo sanzionatorio" in base al quale "il tenore letterale della proposizione – e, più segnatamente, l'impiego dell'avverbio "comunque" – preclude interpretazioni adeguatrici", contemplando una fattispecie automatica di licenziamento disciplinare, non sindacabile dal giudice dell'impugnazione sotto il profilo della proporzionalità in concreto.

⁴ GARGIULO, *Il licenziamento disciplinare*, in ESPOSITO, LUCIANI, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2018, p. 249 ss.

Tale previsione sarebbe contraria ai principi di ragionevolezza ed effettività della tutela del lavoro e del diritto di difesa, i quali richiedono che sia verificabile in giudizio la concreta proporzionalità del licenziamento disciplinare.

Sul punto, in linea generale, la Corte ha già in passato più volte ribadito un orientamento che, innestandosi sul principio di eguaglianza e ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., sostiene l'insensibilità al *nomen iuris* assegnato dal legislatore per identificare una sanzione espulsiva di carattere automatico, non escludendo tuttavia che il legislatore possa configurare eccezioni relative a casi soggettivamente e funzionalmente peculiari, nei quali il diritto del singolo alla gradualità sanzionatoria recede di fronte alla necessità di tutelare interessi pubblici essenziali.

Interessi pubblici che coincidono con la necessità di ripristinare la fiducia dei consociati nel sistema giudiziario, nel caso del magistrato che si renda responsabile di illeciti particolarmente gravi (art. 12, co. 5 del d.lgs. 109/2006) (sentenza Corte Cost. 197/2018). Oppure che impongono di destituire un appartenente ai ruoli dell'Amministrazione di pubblica sicurezza del quale sia stata accertata la pericolosità sociale, in ragione delle funzioni di salvaguardia dei diritti fondamentali, proprie del ruolo svolto (art. 8, co. 1, lett. c) d.P.R. 737/1981) (sentenza Corte Cost. 112/2014).

Senza poter entrare nel dettaglio delle pronunce citate e delle relative discipline considerate, appare chiaro che quelli descritti sono tutti casi in cui il legislatore, e anche il giudice, non soltanto legano il giudizio di proporzionalità, con particolare riguardo alla gravità della condotta, all'interesse pubblico perseguito, ma effettuano altresì un'operazione di bilanciamento che si conclude a vantaggio dell'interesse pubblico che occupa, saturandolo, lo spazio che residuerebbe per la valutazione degli elementi della fattispecie.

Il giudizio di legittimità dell'automatismo sanzionatorio in queste ipotesi riposa, dunque, sulla valutazione della gravità della condotta misurata sull'interesse pubblico identificato con molta chiarezza, quale ad esempio, nel caso della destituzione del magistrato, il corretto esercizio dell'attività giurisdizionale che non può essere scalfita nemmeno dal pericolo di distorsione e la fiducia dei consociati nel sistema giudiziario che è valore essenziale per il funzionamento dello Stato di diritto. E non è un caso che le uniche ipotesi in cui è ammesso l'automatismo sanzionatorio riguardino lavoratori pubblici, sottratti alla privatizzazione o che esercitano pubbliche funzioni (come nel caso del notaio, anch'esso citato dalla Corte).

3. *Il lavoro pubblico privatizzato e il fondamento comunque contrattuale del potere disciplinare*

Il lavoro pubblico privatizzato all'interno della cornice tracciata dall'art. 55 *quater* appare, dunque, al centro di spinte centrifughe che, attraverso la minaccia dell'introduzione di un automatismo espulsivo e l'indicazione – fuorviante – del licenziamento, e del potere disciplinare in generale, come strumento per il perseguimento del fine pubblico del recupero della produttività del lavoro, tentano di allontanarlo dall'orbita del lavoro privato, pre-sidiato, tra le altre cose, dal principio di proporzionalità sanzionatoria che, invece, preserva la logica privatistica sottesa alla riforma.

Principio di proporzionalità cui, d'altra parte, rinvia l'art. 55, attraverso il richiamo alla necessaria applicazione dell'art. 2106 cod. civ., ammettendo nel procedimento di irrogazione della sanzione disciplinare il canone generale di proporzionalità delle sanzioni rispetto alla “gravità dell'infrazione”.

Il simbolo di questo conflitto, l'avverbio *comunque*, sterilizzato della sua potenzialità normativa, viene riferito esclusivamente alla dialettica interna al rapporto tra le fonti, e tradotto nell'impossibilità della contrattazione collettiva di interferire con la titolarità, astratta però, del potere datoriale di licenziamento nelle fattispecie tipizzate dal legislatore, ma non con il sindacato del giudice che conserva il potere di valutare l'esercizio concreto e proporzionato del potere di licenziare.

Per cui, la questione, pur non priva di rilievo costituzionale è dalla Corte considerata inammissibile poiché la disposizione è stata dotata dall'interpretazione prevalente di un'attribuzione di senso conforme all'assetto costituzionale.

Il pericolo che si consumasse quel tentativo di divaricazione pubblico/privato, di cui da tempo si discute, – non riuscito, ancorché non privo di conseguenze per la capacità che ha avuto di “aggrovigliare anziché semplificare il circuito gestionale”⁵ – è stato, dunque, anche in questo caso, disinnescato da un'attenta analisi di pesi e contrappesi effettuata dalla dottrina così come dalla giurisprudenza. Il licenziamento resta una sanzione disciplinare la cui legittimità dipende dalla gravità dell'infrazione commessa che va valutata nel concreto atteggiarsi dell'elemento soggettivo e oggettivo. Valu-

⁵ CARUSO, *Le riforme e il lavoro pubblico: la “legge Madia” e oltre. Miti, retoriche, nostalgie e realtà nell’“eterno ritorno” allo statuto speciale del lavoratore pubblico*, in *Quad. DLM*, 2019, 7, p. 17 ss.

tazione che potrebbe essere compiuta forse da un dirigente coraggioso, sicuramente dal giudice, a salvaguardia del generale principio costituzionale di rispetto della dignità dei lavoratori, presidiato dal diritto del lavoro e, con esso, dallo Statuto.

Gabriella Nicosia

Potere datoriale pubblico, lezione dello Statuto e *management* umanistico nello *smart working* post-emergenziale*

Sommario: **1.** Dalla legislazione pubblicistica al diritto dei privati. **2.** I limiti all'esercizio del potere datoriale e la ricerca di dignità e benessere delle persone: a) la dimensione difensiva o protettiva. **3.** b) La dimensione proattiva o propositiva. **4.** Un luogo privilegiato per l'osservazione: lo *smart working* e gli orizzonti del *management umanistico*.

1. *Dalla legislazione pubblicistica al diritto dei privati*

La ricorrenza del cinquantenario dello Statuto dei lavoratori (l. 20 maggio 1970 n. 300) induce a riflettere su quanto di buono abbia fatto questa normativa in un ambito molto distante dalle sue logiche iniziali. Ovvero in quel contesto che fino agli anni 90, come ricorda la dottrina, era “minuziosamente regolato da una legislazione pubblicistica”¹, che lasciava pochissimo spazio alla libertà e dignità dei lavoratori, e ancor meno alla libertà e attività sindacale nei luoghi di lavoro, e cioè ai “pilastri dell’intera costruzione giuridica dello Statuto”².

Con la privatizzazione degli anni 1997-98 del lavoro pubblico, fa il suo ingresso di *default* lo Statuto ed entra, contestualmente, e senza troppi sforzi,

* Il presente saggio, in una versione più ampia, è destinato agli “Studi in onore di Alessandro Garilli”, ed insiste sul progetto di ricerca S.M.A.R.T. (*Soggetti e Macchine tra Autonomia e Responsabilità: quali Tutele?*) Unict 2020-22, linea 2.

¹ ZOPPOLI A., *Statuto dei lavoratori e lavoro pubblico: un incontro nel tempo fecondo*, in *RGL*, 2020, I, p. 148 ss. nel dialogo con RUSCIANO, *Lo Statuto dei lavoratori e il pubblico impiego*, in *LD*, 2010, n. 1, spec. p. 102.

² RUSCIANO, *op. cit.*, p. 102.

il corredo delle disposizioni poste a tutela della libertà e dignità del lavoratore. Con il negozio, entra sia la logica duale, sia la regola che dispone l'indiscutibile forza di legge fra le parti del regolamento negoziale. La conseguenza giuridicamente più evidente sta nel fatto che non è permesso introdursi nei percorsi contrattuali di altri. Il rapporto è *one to one*: tutto si muove, vive e si consuma all'interno del contratto (del regolamento negoziale) e del rapporto fra i contraenti³.

Si perde qualcosa, quindi, ma si guadagna, fra le altre, l'irruzione dello Statuto e la sua vocazione a porre un argine al potere datoriale altrimenti libero di fluire all'interno di un sinallagma contrattuale per forza di cose squilibrato. I limiti all'esercizio del potere, da questo momento in poi, non saranno più da ricercare all'interno della norma attributiva del potere, secondo le regole del diritto amministrativo, ma solo nella relazione intersoggettiva, nella relazione fra le persone, nel conflitto fra due (che non sono necessariamente pari), nei vincoli che gravitano attorno al programma negoziale. Sotto l'egida dello statuto pubblicistico il limite all'esercizio del potere è rinvenibile nella norma da cui il potere stesso promana, e che ne rappresenta la giustificazione, la ragion d'essere, ed è quindi un limite interno, costruito *ex ante*: la norma segue dalle origini l'esercizio del potere e lo conforma, lo controlla, (ne chiede il conto) lasciandone emergere gli eventuali vizi, qualora venga tradita, e aprendo, a quel punto, un ventaglio di tutele che coinvolge tutti i portatori di un interesse tutelato, ivi comprese le doglianze dei controinteressati⁴.

In ambito pubblico, quindi, il potere, o meglio il suo esercizio, è condizionato (oltre che limitato) dall'interno ed *ex ante* dalla norma attributiva del potere stesso che lo sovrasta, lo segue nel suo dispiegarsi, lo controlla e

³ Basti riflettere sugli spazi di doglianza ravvisabili nell'ambito delle procedure di valutazione delle performance. Applicando lo statuto pubblicistico, il valutato scontento può chiedere di visionare, nei panni del contro interessato, le pagelle dei propri colleghi, viceversa, nella relazione duale contrattuale la doglianza può essere manifestata solo rispetto alla propria pagella e verso la parte datoriale che l'abbia adottata. Insomma è precluso l'accesso al percorso endoprocedimentale che riguarda la valutazione del collega. In generale, sulle posizioni giuridiche soggettive coinvolte, ZOLI, *Amministrazione del rapporto e tutela delle posizioni soggettive dei dipendenti pubblici*, in *DLRI*, 1993, p. 641.

⁴ Sul tema si legga PIOGGIA, *Gli atti privati di organizzazione dell'amministrazione fra novità e tradizione*, in MERLONI, PIOGGIA (a cura di), *Riforme organizzative e atti amministrativi*, Maggioli, 2005. Sulla continua tensione al bilanciamento legge/contratto, v. D'ALESSIO, *La disciplina del lavoro nelle pubbliche amministrazioni tra pubblico e privato*, in *LPA*, 2012, p. 1 ss.

lo delimita, pretendendo di limitare persino quello che si possa fare con quel potere lì. Dopo la privatizzazione, tenendo lo sguardo dritto sullo Statuto e le sue disposizioni, possiamo dire che il medesimo fissi, dall'esterno ed *ex post*, il limite all'esercizio del potere datoriale, e questo a tutela della libertà e dignità della persona del lavoratore⁵.

2. *I limiti all'esercizio del potere datoriale e la ricerca di dignità e benessere delle persone: a) la dimensione difensiva o protettiva*

Posta questa premessa, sembra opportuno provare a verificare come si sono evoluti i limiti propugnati dallo Statuto nel corso delle riforme susseguitesi negli ultimi 20 anni in ambito pubblico, sino alla riforma Madia. Accanto ad una impostazione classica, riferibile ad una dimensione che potrei qualificare "protettiva o difensiva", è possibile contemplare una dimensione limitatrice "proattiva o propositiva", che, a mio modo di vedere, esprime la nuova traiettoria sistemica.

A) Quanto alla dimensione protettiva o difensiva, va subito detto che questa riguarda il tradizionale, e più che indagato, limite formale, tipico, all'esercizio del potere datoriale: e cioè la procedimentalizzazione giusprivatistica.

Qui si condensa la magistrale lezione impartita dello Statuto posto che questo è proprio il luogo in cui la forma diventa sostanza: la suddivisione in fasi in funzione di garanzia (e protezione) che attecchisce in tutti gli ambiti in cui la libertà e dignità del lavoratore sono potenzialmente in pericolo.

È il luogo in cui è possibile limitare (anzi irreggimentare) l'esercizio di un potere pervasivo e in grado di comprimere eccessivamente le sfere giuridiche contrapposte.

Viene in considerazione, infatti, un limite che argina dall'esterno e frena, contenendolo, il potere datoriale.

E così il legislatore tratteggia la procedimentalizzazione dell'esercizio di questo potere pure in ambito pubblico. Nulla di nuovo sotto il sole, con riguardo al potere disciplinare⁶. Tutta nuova, invece, la procedimentalizzazione

⁵ Cfr. le condivisibili riflessioni di ZOPPOLI A., *op. cit.*, spec. p. 154, che afferma proprio come questi limiti "[...]non potranno riguardare profili "interni" al potere datoriale, come il "cosa" o il "perché" produrre[...]", al contrario, si può osservare, la norma attributiva del potere pubblico avrebbe potuto sindacare tranquillamente tutti questi aspetti.

⁶ Sull'argomento v. MAINARDI, *La responsabilità disciplinare*, in CARINCI F., ZOPPOLI L. (a

sia della rilevazione delle performance individuali, sia dell'eventuale addebito della responsabilità manageriale tipica della dirigenza. Sono, questi ultimi, i due momenti sistemici in cui la lezione appresa dallo Statuto imprime certamente un diverso andamento. Per valutare e per sanzionare, ai sensi dell'art. 21 del d.lgs 165/2001, occorre dar corso al "giusto procedimento" di matrice privatistica le cui basi si rinvengono nello Statuto e che la giurisprudenza della Consulta – formatasi, nel tempo, in materia di lavoro pubblico – ha contribuito a rinsaldare⁷.

Dal limite posto *ex ante* (e cioè nella norma attributiva del potere pubblico) si passa, così, al limite collocato *ex post*, quello che imbriglia il divenire dell'azione datoriale. E questo dopo la riforma Madia è un passaggio sistemico che appare evidentemente rilanciato.

3. b) *La dimensione proattiva o propositiva*

L'altro limite che contiene dall'esterno, frenandolo, l'esercizio del potere datoriale pubblico, va colto nell'ambito della dimensione che può essere definita "proattiva o propositiva".

Si tratta, in questo caso, di un vero limite sostanziale all'esercizio del potere micro organizzativo e gestionale del datore di lavoro pubblico.

Nella ricerca di equilibrio e bilanciamento, fra posizioni inevitabilmente contrapposte, l'attuazione del benessere è possibile che diventi, infatti, l'altro, necessario, limite all'esercizio dei poteri datoriali.

Del resto, è ormai acquisita la previsione di un impegno (obbligo) in capo alle PA, sancito dall'art. 7 comma 1 del d.lgs 165/2001, nuovo testo, in ragione del quale le medesime "[...] garantiscono altresì un ambiente di lavoro improntato al benessere organizzativo"⁸. Basterebbe solo sviluppare que-

cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Utet, 2004, p. 840 ss.; BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, 2009; sulle recenti evoluzioni normative *ex aliis* CORDELLA, *Il procedimento disciplinare* in ESPOSITO M., LUCIANI, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2018, p. 269 ss.

⁷ Si fa rinvio alle note sentenze della Corte Costituzionale n. 103 e 104 del 2007, che hanno riaffermato principi espressi nella sentenza, di qualche anno precedente, n. 193. Per il commento alle pronunce nn. 103 e 104 ora citate, v. FONTANA, *La dirigenza pubblica tra Scilla e Cariddi salvata dalla Corte costituzionale?*, in RIDL, 2008, I, p. 59 ss.

⁸ Sul benessere organizzativo e sulle virtuose conseguenze gestionali, sia consentito rinviare

sto disposto normativo, riempiendolo di contenuti nell'ambito del ciclo di gestione delle performance.

E questo perché il ben-essere (lo star bene) diventa condizione necessaria (sebbene non sufficiente) per il ben-fare che, poi, è sempre, a valle del processo, preconditione per la soddisfazione dell'interesse pubblico situato all'esterno dell'organizzazione pubblica, nelle persone degli utenti.

Sì, perché il potere gestionale, dopo la privatizzazione non è più direttamente vincolato al raggiungimento dell'interesse pubblico ma non per questo ne dimentica l'esistenza. Lo guarda sempre in lontananza e vi si ispira, ne fa (o meglio dovrebbe farne) comunque la propria bussola⁹.

Lo star bene, l'essere felice del lavoratore pubblico, dunque, in questo specifico ambito di osservazione, dovrebbe bilanciare, riequilibrandolo, l'esercizio spinto del potere gestionale. Da qui la naturale considerazione dell'esistenza di uno spazio per la gestione non protettiva, bensì proattiva.

Si tratta della gestione costruita in modo da rilanciare l'autonomia e il valore delle persone all'interno di un team di lavoro¹⁰. Sin qui si è provato a descrivere i due corni opposti dell'alternativa possibile nella limitazione del potere gestionale (datoriale), e del suo esercizio, nei nostri apparati.

Da un lato la limitazione del potere datoriale attraverso la procedimentalizzazione, ovvero il percorso classico, cui anni di applicazione dello Statuto ci hanno resi avvezzi, e, dall'altro lato, la scommessa sulla persona del lavoratore. Il dilemma da sciogliere sta tutto qui: è più proficuo il ricorso all'approccio protettivo o a quello proattivo? Vale la pena investire sull'approccio

a NICOSIA, SARACINI, *Bienestar organizativo, igualdad de oportunidades y la prohibición de la discriminación en la administración italiana*, in MONERO PÉREZ, GONZÁLEZ DE PATTO, SPINELLI (a cura di), *Los derechos fundamentales en el empleo público en los ordenamientos italiano y español*, Editorial Comares, Granada, 2021, p. 33 ss., spec. par. I.

⁹ Secondo la sempre attuale nozione sintetica di funzionalizzazione riconducibile a ORSI BATTAGLINI e posta da D'ANTONA a fondamento della privatizzazione del lavoro pubblico. Il pensiero della chiara dottrina può essere colto nell'ormai classico, D'ANTONA, *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni*, in *ADL*, 1997, 4, p. 35 ss.

¹⁰ Nel recente libro, scritto da una manager di Netflix, si teorizza la virtù di lasciar libere le persone all'interno di un *team*, affinché tutti i componenti siano, infine, *high performer*. Si legga MCCORD, *Il potere delle persone*, ROiedizioni, 2020, titolo originale *Powerful. Building a Culture of Freedom and Responsibility*. Dal versante giuslavoristico provengono, invece, le omologhe considerazioni di CARABELLI, *Presentazione del convegno e Introduzione dei lavori*, in *RGL*, 2019, Quaderno n. 4, <https://www.ediesseonline.it/quaderno/quaderno-4-2019-il-lavoro-pubblico-e-la-riforma-media-organizzazione-gestione-e-valutazione/>.

difensivo o, all'opposto, su quello propositivo? A mio avviso è proprio quest'ultimo il necessario approdo del *management umanistico*¹¹ che punta sull'etica delle capacità delle persone. Per dirla con la terminologia della letteratura economista, il management che punta sull'"empowerment", sul potenziamento delle capacità delle persone.

E proprio quando l'intelligenza artificiale, in tutte le sue varieghe espressioni, sembra avere il sopravvento sull'individuo, diventa prepotente l'esigenza di riscoprire l'intelligenza delle persone e forse pure l'autonomia delle relative scelte.

4. *Un luogo privilegiato per l'osservazione: lo smart working e gli orizzonti del management umanistico*

Il lavoro agile (*smart working*) è un piano di sperimentazione privilegiato per tutte le riflessioni sin qui sviluppate¹². L'emergenza epidemiologica del 2020, proseguita nell'anno 2021, ha determinato un'accelerazione sistemica nell'accettazione dei nuovi modi di lavorare da remoto, codificati dal legislatore nel 2017 (l. n. 81), e, per molti versi, passati sotto silenzio (anzi trascurati, se non ignorati) nell'immediatezza della relativa adozione. L'epidemia da Covid-19, e tutto quello che ne è scaturito, si è rivelato un vero grimaldello capace di scardinare resistenze e ritrosie, specie nelle nostre amministrazioni, all'affermazione diffusa del modello di lavoro agile.

In questo contesto, ancora in divenire, il Dipartimento della Funzione Pubblica ha varato il "POLA", il piano organizzativo per configurare il lavoro

¹¹ Lo teorizzano LIVRAGHI, PISANI, *Capabilities e business: sulla possibilità dell'impresa come comunità di persone*, in *Quaderni di Economia del lavoro*, n. 105, 2016, p. 11 ss.

¹² Sul lavoro agile nelle PA, si leggano da ultimo le riflessioni di QUADRI, in questo numero, e in generale, senza pretesa di enumerazione esaustiva, gli scritti di BROLLO, *Smart o Emergency work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, in *LG*, 2020, n. 6, p. 553 ss.; CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in *RIDL*, 2020, n. 2, p. 215; SPINELLI, *Tecnologie digitali e lavoro agile*, Cacucci, 2018; NICOSIA, SARACINI, SPINELLI, *Il datore di lavoro pubblico alla prova dell'emergenza Coronavirus*, in *RGL*, 2020, Osservatorio n. 2, p. 53 ss.; BOSCATI, *Il lavoro agile nell'ordinamento italiano come strumento di conciliazione dei tempi di vita-lavoro e di incremento della competitività nell'impresa e nella pubblica amministrazione*, in DA SILVA VEIGA, PIRES FINCATO (diretto da), *Estudos de direito desenvolvimento e novas tecnologias*, Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos, Universidade Lusófona do Port, Porto, 2020, p. 52 ss.; VALLAURI, *Una sfida alla PA dal lavoro agile*, in *RGL*, 2019, Quaderno n. 4, p. 169 ss.

agile post emergenziale, e tutte le amministrazioni, chi più chi meno, si sono trovate a fare i conti con una impreveduta sfida macro organizzativa. Personalmente ritengo che, per non snaturare l'essenza stessa di questa modalità di lavoro, sia davvero giunto il momento di rilanciare la fiducia¹³ nelle persone e nelle loro potenzialità, specie in un luogo di lavoro, come quello pubblico, in cui si nutrono molte riserve e si spalancano le porte ad una nuova amara iconografia: i furbetti del divano¹⁴. Il lavoro agile interseca il piano motivazionale e pretende un autentico afflato di reciproco affidamento. Se si prescindere da questo aspetto si rischia solo un insuccesso organizzativo. Questo mi pare il vero *punctum crucis* dell'implementazione, a regime, del lavoro *smart* o agile che dir si voglia. Il corollario che ne discende è racchiuso nella consapevolezza che la valutazione non possa più essere concepita come ispezione, ovvero come controllo stringente sul dispiegarsi della prestazione di lavoro, bensì quale occasione sistemica di orientamento (condiviso) ai cambiamenti, in ragione delle criticità rilevate. Affinché non si disperda la lezione dello Statuto e non si precipiti nel controllo distortivo e ossessivo, bisogna, pertanto, avere il coraggio di liberare l'autonomia delle scelte e affidarsi a forme di verifica, valutazione, *ex post*¹⁵.

Ecco perché diventa essenziale, anzi esiziale, sotto il profilo del successo sistemico, la costruzione *ex ante* di percorsi gestionali chiari per tutti e soprattutto agevolmente verificabili *ex post*. Occorre cioè l'esercizio davvero consapevole, anzi intelligente, del potere micro organizzativo che si traduce in obiettivi ben confezionati a monte, e soprattutto adeguatamente verificabili a valle del processo¹⁶. Aggiungo che tali obiettivi, non devono solo pos-

¹³ La fiducia ed il reciproco affidamento sono due elementi essenziali per tutte le relazioni lavorative nelle PA., quasi configurando una causa in concreto del contratto da cui le medesime originano. A maggior ragione, oggi, che il lavoratore, a tratti, può dover svolgere da remoto la propria prestazione. Sul valore giuridico della fiducia in ambito giuslavoristico è un *evergreen* lo scritto di ZOPPOLI L., *La fiducia nei rapporti di lavoro*, in *Quaderni Dases*, 2004.

¹⁴ Così il Ministro Dadone nell'intervista su Il Tempo, "pronti a licenziare i furbetti del divano", e rinvenibile all'indirizzo: www.funzionepubblica.gov.it/articolo/ministro/12-11-2020/pronti-licenziare-i-furbetti-del-divano.

¹⁵ Sia consentito rinviare alle riflessioni prospettate in NICOSIA, *La complicata evoluzione del controllo gestionale sul "capitale umano" nelle Pubbliche Amministrazioni*, in *RTDP*, 2019, p. 775 ss. Nella stessa direzione già VECCHI, *La valutazione della performance: strumento per una – non più rinviabile – politica di sviluppo organizzativo nel settore pubblico*, in *RGL*, 2019, Quaderno n. 4, p. 77 ss.

¹⁶ Su questi temi v. MONDA, *La valutazione delle performance: programmazione degli obiettivi e gestione premiale*, in ESPOSITO, LUCIANI, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L. (a cura di), *op. cit.* p. 370 ss.; GA-

sedere queste caratteristiche – che ci si augura non si rivelino formule vuote, come quelle che hanno invece accompagnato per anni la declaratoria degli obiettivi individuati con l’incarico di funzione dirigenziale – occorre pure che siano condivisi. Il luogo giuridico in cui tutto questo si inverte è di certo l’accordo individuale di lavoro agile¹⁷, visto che nella versione post emergenziale dello *smart working* tornerà ad espandersi il ruolo regolatorio dell’autonomia contrattuale individuale, solo temporaneamente congelato dalla legislazione d’emergenza.

Tutto questo può forse significare che lentamente, ma progressivamente, si contemplano forme di obbligazione tese al risultato anche per quei rapporti di lavoro in verità distanti dalle logiche dell’adempimento per obiettivo¹⁸.

Il DM del 19 ottobre 2020 sembrerebbe indirizzare un focus proprio sull’abbandono del tempo di lavoro come criterio di misurazione dell’adempimento, per rafforzare, ove necessario, i metodi di valutazione improntati al raggiungimento dei risultati¹⁹. E questa sembra pure la traiettoria tracciata nel piano POLA sopra citato²⁰. Salvo poi comprendere se si è davvero liberi di adottare scelte autonome nei modi ipotizzati in questi documenti.

Il punto critico resta, come sempre, la questione manageriale irrisolta²¹. Serve, a maggior ragione a fronte di questo contesto in *progress*, una dirigenza attrezzata, *smart*, che sappia compiere davvero quell’operazione programmatica di cui si è appena detto. Magari pronta a rinunciare al controllo, in senso tradizionale, sulle persone, perché è proprio questa la vera, e nemmeno tanto nascosta, preoccupazione della parte datoriale, specialmente in ambito pubblico. Disposta, invece, ad abbracciare uno stile dirigenziale tutto nuovo. È proprio qui che, a sommosso avviso di chi scrive, è opportuno si faccia il

BRIELE, *La misurazione e la valutazione della performance nelle P.A. tra nodi irrisolti e incoerenze di sistema*, in GARILLI, RICCOBONO, DE MARCO, BELLAVISTA, MARINELLI, NICOLOSI, GABRIELE, *Il lavoro alle dipendenze delle P.A. dopo la “riforma Madia”*, Cedam, 2018.

¹⁷ A p. 26 del POLA sopra citato si legge che i “risultati e comportamenti attesi, formalizzati, secondo le modalità previste nel SMVP, sono inseriti anche in allegato, nell’accordo individuale”.

¹⁸ Si è espresso nel senso di una vera obbligazione di risultato SANTONI, *L’obbligazione di risultato nei contratti di lavoro tra vecchi e nuovi problemi*, in *MGL*, 2019, spec. p. 933.

¹⁹ Cfr. Art. 6, comma 1.

²⁰ Alla p. 5 del documento si legge: “[...] le esperienze di successo mostrano come la vera chiave di volta sia l’affermazione di una cultura organizzativa basata sui risultati, capace di generare autonomia e responsabilità nelle persone, di apprezzare risultati e merito di ciascuno”.

vero salto di paradigma, rompendo il legame culturale fra *leadership* ed esercizio del potere, o meglio del controllo. Forse è proprio questa la lezione dello Statuto che va rinverdata a 50 anni dalla sua adozione, scommettendo, come si diceva, sulla dimensione proattiva dei limiti all'esercizio del potere datoriale in ambito pubblico.

E per introdurre strumenti di effettività al sistema, basterebbe inserire, in tutti i modelli di valutazione, introiettati nelle diverse amministrazioni, indicatori di performance in grado di rilevare la capacità del dirigente di determinare un buon clima organizzativo e quindi destinati a correlare, per davvero, l'erogazione della retribuzione di risultato a questa abilità nel costruire contesti lavorativi attraenti. Gli economisti, studiosi di comportamento organizzativo, ci dicono, ormai da qualche anno, che il connubio *leadership*/potere è obsoleto e che pare più opportuno lasciare il posto al nuovo binomio: *leadership* e libertà, ovvero alla capacità del leader di influenzare e determinare un'adesione volontaria (libera) delle persone ad un progetto, in modo da rilanciarne la motivazione²². Che quest'ultima sia una soluzione organizzativa davvero auspicata e praticata, è confermato dalle linee guida POLA prima menzionate. Qui, infatti, si legge che "il potenziamento del lavoro agile richiede [...] una maggiore integrazione della misurazione e valutazione della performance individuale con gli altri strumenti di gestione del personale quali in primis job description, rilevazioni periodiche del benessere organizzativo e del livello di engagement e motivazione del personale"²³. Quasi una presa di coscienza dell'importanza di fattori come la fidelizzazione dei lavoratori o il loro star bene, ai fini del raggiungimento di una buona performance da remoto pure nei nostri apparati. Tutto ciò è dimostrato dalla declinazione esemplificativa di set di indicatori che davvero tengono conto del dato della soddisfazione, non solo di chi riceve il lavoro agile, ma anche di chi concretamente quel lavoro lo esplica²⁴.

²² Cfr. ZOPPOLI A., *op. cit.*, spec. par. 3; BELLAVISTA, *Il dirigente pubblico e i suoi poteri alla luce della riforma Madia*, in *RGL*, 2019, Quaderno n. 4, p. 39 ss.

²⁶ Rinvio allo studio di LIVRAGHI, PISANI, *op. cit.*

⁵ Cfr. p. 26 delle linee guida POLA.

²⁴ Fra gli indicatori qualitativi suggeriti nel POLA sopra citato, ai fini dell'implementazione del lavoro agile, spicca l'indicatore n. 26 indicato come "livello di soddisfazione sul lavoro agile di dirigenti/posizioni organizzative e dipendenti, articolato per genere, per età, per stato di famiglia ecc.". Indicatore che reclama a gran voce il ruolo di organismi, in grado di monitorarne l'effettiva applicazione, come gli OIV (o Nuclei di valutazione) e i CUG. D'ONGHIA, *La rappresentanza di genere e gli organismi di parità nelle Università*, in questa rivista, 2015, p. 631 ss.

Il tessuto giuridico che prova a sorreggere l'introduzione, a regime, del lavoro agile sembra riconoscere grande importanza alla rilevazione di dati che saggiano la salute emotiva dei lavoratori²⁵. Le strategie micro gestionali del futuro dovrebbero, cioè, sviluppare ed elaborare questa informazione preziosa e tradurla in interventi mirati sui singoli: in formazione, per esempio, oppure nel cambio di mansione se non addirittura nella mera attivazione di un confronto costruttivo, giusto per fare degli esempi. Solo un *management* davvero umanistico, costantemente e autenticamente interessato a tenere il polso della soddisfazione non solo degli utenti, ma anche di chi quegli utenti soddisfa, può disinnescare i pericoli disseminati lungo la strada dell'implementazione a regime di un modo tutto nuovo di lavorare²⁶.

²⁵ Volendo provare a lanciare il cuore oltre l'ostacolo, anzi "*to the infinity and beyond*", proiettandoci così verso il futuro che verrà, si potrebbe quasi ipotizzare il ricorso a progetti innovativi come la start up *Beaconforce* che ha creato un algoritmo in grado di calcolare il livello di motivazione nei luoghi di lavoro. Si veda la descrizione che ne fa DE LUCA E., *Dalla Silicon Valley a Bologna: la startup che misura la motivazione*, in *PersoneeConoscenza*, n. 126, p. 50.

²⁶ Massimo Cacciari ha di recente affermato che "Sotto la maschera di forme di lavoro autonomo e indipendente si sviluppano le forme più dure di auto-sfruttamento. L'impersonalità o quasi del comando ne rende quasi impossibile la stessa contestazione". Si veda PERULLI, *Intervista a Cacciari. Il lavoro dello spirito*, in *Conversazioni sul lavoro dedicate a Giuseppe Pera dai suoi allievi*, 23 gennaio 2021.

Giulio Quadri

Lo *smart working* tra esigenze organizzative e tutela della persona del lavoratore pubblico

Sommario: **1.** Lo *smart working* prima e dopo la pandemia. **2.** Statuto dei lavoratori e processi evolutivi della disciplina del lavoro pubblico. **3.** Profili problematici dello *smart working* nel lavoro pubblico. Le fonti di regolamentazione del rapporto. **4.** La disciplina del rapporto, tra norme generali ed esigenze di specialità.

1. *Lo smart working prima e dopo la pandemia*

La spinta all'utilizzo del lavoro da remoto nell'ambito del diritto emergenziale legato alla pandemia, sia nel settore privato e che nel pubblico, ha comportato un significativo processo evolutivo dell'istituto dello *smart working* (in seguito *sw*), che è venuto ad assumere nuove forme e funzioni rispetto alla sua regolamentazione pre-pandemica¹.

Sul piano delle forme, l'utilizzo del concetto di *sw* è stato ampliato fino ad essere utilizzato per indicare manifestazioni di lavoro a distanza solo impropriamente accostabili al vero e proprio lavoro agile, ossia quello disciplinato dalla l. 81/2017, avviando un processo osmotico tra forme di lavoro da remoto, in particolare il telelavoro e il lavoro agile, concettualmente distinte e regolate da fonti differenti.

Del resto, le deviazioni di disciplina del lavoro agile, dovute all'emergenza pandemica, soprattutto la perdita dell'accordo individuale e l'elimina-

¹ Secondo CARINCI F., *Dall'ordinamento del lavoro in fabbrica a quello del lavoro da remoto*, in MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto. Per una riflessione dello smart working oltre l'emergenza*, LaTribuna, 2020, p. 44 ss., è possibile distinguere tra una versione "genuina" e una "edulcorata".

zione della flessibilità sui tempi e luoghi di esecuzione², hanno aumentato i rischi di sovrapposizione concettuale tra i due istituti³, creando una forma ibrida, dai contorni non sempre chiari, una sorta di telelavoro da casa con finalità emergenziali⁴.

Sul piano delle funzioni, se l'art. 18 l. 81/2017 ha formalizzato gli scopi del lavoro agile nell'incremento della competitività e nell'agevolazione alla conciliazione dei tempi di vita e di lavoro, il diritto pandemico ha evidenziato almeno altre due funzioni fondamentali dello *sw* emergenziale: quella di mezzo di distanziamento sociale, per contemperare la prosecuzione dell'attività (imprenditoriale o amministrativa) con la necessità di prevenzione della diffusione del virus; quella di nuovo ammortizzatore sociale⁵, quanto meno nelle PA, dove è stato utilizzato – una volta esauriti gli strumenti delle ferie pregresse, congedi, banca delle ore, rotazioni – come alternativa meno dolorosa rispetto all'esonero dal servizio (pure prevista dall'art. 87 d.l. 18/2020).

Già a livello generale di individuazione delle funzioni dell'istituto, nonché di ricognizione delle forme di manifestazione dello *sw* – utilizzando quest'espressione in senso ampio e forse improprio – emerge la necessità di distinguere in modo chiaro tra settori privato e pubblico; nonostante il nucleo comune di disciplina contenuta negli art. 18 ss. l. 81/2017, le finalità, le esigenze e gli interessi sottesi alla regolamentazione sono in gran parte diversi, come emerso, del resto, in modo ancora più chiaro nell'impeto dello *sw* pandemico.

2. Statuto dei lavoratori e processi evolutivi della disciplina del lavoro pubblico

Il quadro di riferimento entro cui calare la riflessione sullo *sw* nella PA è composto in primo luogo dai principi cardine sanciti dallo Statuto dei la-

² Cfr. BROLLO, *Smart o Emergency Work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, in *LG*, 2020, p. 553 ss.

³ Per l'inadeguatezza della linea di confine, già prima delle deviazioni pandemiche, v. TIRABOSCHI, *Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro*, in *DRI*, 2017, p. 936 ss., nonché CAIROLI, *Prime questioni sulla fattispecie del lavoro in modalità agile alle dipendenze della pubblica amministrazione*, in *LPA*, 2018, p. 101 ss.

⁴ Cfr., in particolare, ZOPPOLI L., *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 421/2020, p. 3.

⁵ In tal senso, CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in *RIDL*, 2020, I, p. 235 ss.

voratori, poi declinati nelle varie riforme del lavoro pubblico, punto di partenza per individuare i possibili snodi problematici di un istituto la cui regolamentazione è necessariamente *in fieri*, dando l'impressione di essere un vero e proprio "cantiere aperto".

La dottrina ha presto evidenziato la forte spinta generata dallo Statuto nel processo di privatizzazione e contrattualizzazione del lavoro nelle PA e, quindi, nel lungo percorso di definizione dell'attuale assetto della disciplina speciale, frutto della stratificazione delle numerose riforme che hanno interessato la materia⁶. Al di là del valore simbolico dell'art. 37 St. lav., che estende l'applicazione delle norme statutarie anche nel pubblico impiego⁷, assumono rilievo decisivo l'affermazione delle esigenze di tutela della libertà e dignità dei lavoratori, nonché, soprattutto, l'estensione della libertà ed attività sindacale, che ha aperto la strada verso l'affidamento alla contrattazione collettiva di un ruolo determinante nella regolamentazione del pubblico impiego⁸.

Proprio dallo Statuto ha preso avvio quel processo di reciproco condizionamento che per decenni ha caratterizzato l'evoluzione del diritto del lavoro⁹: un processo circolare, in base al quale la disciplina del lavoro privato ha influenzato quella del lavoro pubblico e la disciplina del lavoro pubblico ha influenzato quella del lavoro privato, ma caratterizzato da fasi cicliche, nell'alternarsi di avvicinamenti ed allontanamenti tra disciplina speciale e disciplina generale.

Tale processo evolutivo pare aver accentuato, nel susseguirsi delle riforme, due vizi fondamentali della disciplina del lavoro pubblico: da un lato, l'eccesso di regolamentazione di rango legislativo¹⁰, basata, forse, sull'errato presupposto che la legge da sola possa curare tutti i mali del funzionamento delle PA; dall'altro, l'eccesso di disciplina generalista, che non presta sufficiente attenzione alla declinazione pluralistica delle "Amministrazioni pubbliche", caratterizzate da un'eterogeneità di missioni, di assetti organizzativi e di modelli relazionali.

⁶ Cfr. CARINCI E., *Contrattualizzazione e contratto collettivo nell'impiego pubblico "privatizzato"*, in *LPA*, 2013, p. 493 ss.

⁷ Su cui v., per tutti, RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, il Mulino, 1978, p. 21 ss.

⁸ E v., ancora, RUSCIANO, *Lo Statuto dei lavoratori e il pubblico impiego*, in *LD*, 2010, p. 102 ss.

⁹ Sul punto, v. ZOPPOLI L., *La stagione delle riforme: pubblico e privato a confronto*, in *LPA*, 2017, p. 26 s.

¹⁰ Cfr. GARILLI, *Breve storia di una riforma incompiuta*, in AA.VV., *Il lavoro alle dipendenze della P.A. dopo la riforma Madia*, Cedam, 2018, p. 1 ss.

3. *Profili problematici dello smart working nel lavoro pubblico. Le fonti di regolamentazione del rapporto*

In questa cornice possono calarsi alcune riflessioni sullo *sw*, istituto che inevitabilmente risente delle esigenze di tipo pubblicistico che in genere caratterizzano la disciplina speciale del lavoro nelle PA, nonché del diverso rilievo delle scelte organizzative datoriali, libere nel privato, vincolate all'interesse generale nel pubblico¹¹.

Un primo gruppo di considerazioni riguarda le fonti di regolamentazione del rapporto, con il tentativo di calare la disciplina dello *sw* nei nodi problematici tipici della riflessione teorica sul pubblico impiego:

- a) rapporto tra disciplina di fonte legale e disciplina di fonte collettiva;
- b) rapporto tra disciplina generalista (rivolta a tutte le PA) e disciplina differenziata diretta alle singole Amministrazioni;
- c) rapporto tra disciplina generale e disciplina speciale, nella declinazione dell'istituto tra privato e pubblico, anche in funzione delle reciproche interferenze.

La ricerca di un adeguato assetto regolativo non può che partire da una condivisa delimitazione degli ambiti di intervento delle diverse fonti di disciplina del rapporto (in particolare la legge e il contratto collettivo).

Anche con riferimento allo *sw* nelle PA occorre segnalare il rischio concreto di un'eccessiva legificazione, con conseguente appropriazione di aree di regolamentazione che più opportunamente potrebbero essere lasciate alla contrattazione collettiva.

Ma la deviazione pandemica dello *sw* ha fatto emergere l'altro nodo critico dell'eccessivo allargamento degli spazi di regolamentazione di tipo unilaterale: le Amministrazioni, che, in forza dell'art. 263 d.l. 34/2020, "organizzano il lavoro dei propri dipendenti e l'erogazione dei servizi", possono decidere, prescindendo da accordi individuali o collettivi, quanto, quando e come fare ricorso a quella che viene considerata, dall'art. 87 d.l. 18/2020, "una delle modalità ordinarie di svolgimento della prestazione lavorativa" nelle PA¹².

Si apre, così, la strada verso una deriva autoritaria nell'utilizzo dello stru-

¹¹ E v. BOSCATI, *La specialità del lavoro pubblico. Fonti legali e fonti contrattuali nella progressiva evoluzione del sistema normativo tra organizzazione e disciplina del rapporto di lavoro*, in *LPA*, 2018, p. 34.

¹² Più specificamente, v. il d.m. 19 ottobre 2020, prorogato dal d.m. 23 dicembre 2020.

mento, che finisce per diventare una manifestazione unilaterale di potere del datore, che riduce il lavoratore ad una posizione di mera soggezione.

Si tratta di una tendenza autoritaria comune a vari interventi riformatori del lavoro pubblico, bastando, qui, richiamare le riflessioni sull'allargamento del debito contrattuale del pubblico dipendente, realizzatosi, da un lato, con la riforma della disciplina dello *jus variandi* e, dall'altro, mediante la valorizzazione della dimensione morale del comportamento del lavoratore, attraverso i codici di comportamento previsti dall'art. 54 d.lgs. 165/2001, fonti di regolamentazione di matrice unilaterale, a cui, però, l'ordinamento attribuisce rilevanza disciplinare¹³.

Quanto al profilo dell'esigenza di differenziazione delle regole in base alla declinazione pluralistica delle PA, l'esperienza dello *sw* emergenziale pare aver ampiamente dimostrato come tale strumento per alcune Amministrazioni riesca a funzionare piuttosto bene, mentre per altre richieda necessariamente incisivi adattamenti organizzativi e strutturali.

4. *La disciplina del rapporto, tra norme generali ed esigenze di specialità*

Un secondo gruppo di considerazioni riguarda necessariamente la disciplina del rapporto, dalla fase genetica della modalità agile, alle dinamiche dello svolgimento del rapporto, con particolare riferimento alle specifiche esplicazioni dei poteri datoriali e alle peculiari esigenze di tutela del lavoratore.

La riflessione deve essere indirizzata su almeno quattro aspetti:

a) il ruolo dell'accordo individuale, sia per l'attivazione dello *sw*, sia per la sua regolamentazione, nell'alternativa, quindi, tra unilateralità e consensualità;

b) i limiti di esigibilità della prestazione in modalità agile, con i necessari adattamenti per i tipici poteri del datore di lavoro;

c) le specifiche esigenze di tutela dei diritti fondamentali del lavoratore, che potrebbero subire pregiudizio dalla modalità agile (libertà, dignità, salute, sicurezza);

d) la conciliazione della distanza dal luogo di lavoro con la libertà e l'attività sindacale.

¹³ V., in generale, CARLONI, *I codici di comportamento "oltre" la responsabilità disciplinare*, in *LPA*, 2017, p. 158.

Con riferimento alla disciplina del rapporto, il discorso deve essere sviluppato in una prospettiva per molti versi comune tra lavoro privato e lavoro pubblico, tenuto conto che si dimostrano sovrapponibili molte esigenze di tutela.

In primo luogo, va ribadita la centralità dell'accordo individuale, quanto meno nella fase genetica dello *sw*, un passaggio necessario per fare del lavoro agile uno strumento realmente *smart*, che tenga conto anche delle esigenze del lavoratore, senza tramutarsi in una forma di imposizione per il dipendente, a prescindere da ogni valutazione soggettiva di sostenibilità, per condizionamenti personali, familiari, sociali, logistici.

Ciò consente, inoltre, di dare rilevanza al consenso del lavoratore, senza, però, spingersi fino al riconoscimento di un vero e proprio diritto al lavoro agile, anche se la questione si è posta in modo molto controverso durante l'emergenza pandemica¹⁴, soprattutto per alcune categorie di lavoratori fragili (per motivi di salute o familiari); sembra, piuttosto, preferibile rimanere sul piano del diritto di precedenza, come misura minima per tentare di valorizzare le potenzialità dello *sw* come strumento di inclusione per i soggetti vulnerabili.

Maggiore scetticismo, invece, pare doversi esprimere per la capacità dell'accordo individuale di svolgere un ruolo determinante nella disciplina del rapporto, un profilo sul quale l'autonomia individuale non può che essere necessariamente sostenuta dall'autonomia collettiva, con un recupero di spazio per il contratto collettivo.

L'attenzione va poi concentrata sui profili di adattamento nell'esercizio dei poteri datoriali (direttivo, controllo, disciplinare), tenendo sempre conto della loro peculiare declinazione nel lavoro pubblico.

Quello dei poteri è un terreno particolarmente scivoloso nello *sw*, soprattutto per la dimensione pervasiva che possono assumere i controlli datoriali sullo svolgimento della prestazione¹⁵; controlli, che, quindi, andrebbero maggiormente incentrati sul risultato del lavoro¹⁶ piuttosto che sulla fase di svolgimento¹⁷, anche nella prospettiva della misurazione e valutazione della *performance*.

¹⁴ V., ad es., nel senso del riconoscimento di un diritto del lavoratore a svolgere la prestazione in modalità agile, Trib. Grosseto 23 aprile 2020 e Trib. Bologna 23 aprile 2020, in *MGL*, 2020, p. 489, con nota di Gentile.

¹⁵ V., ampiamente, BOSCATI, *L'inquadramento giuridico del lavoro da remoto tra potere direttivo e autonomia della prestazione*, in MARTONE, *Il lavoro da remoto*, cit., p. 58 ss.

¹⁶ Cfr., pur manifestando, in linea generale, dubbi sull'attualità del criterio distintivo, SANTONI, *L'obbligazione di risultato nei contratti di lavoro tra vecchi e nuovi problemi*, in *MGL*, 2019, p. 923 ss.

¹⁷ Cfr. MARTONE, *Lo smart working nell'ordinamento italiano*, in questa rivista, 2018, p. 300.

La riflessione, quindi, andrebbe indirizzata su come fare dello *sw* uno strumento per migliorare la *performance* organizzativa e individuale¹⁸, nella prospettiva di riduzioni di spesa e aumenti di produttività, anche in funzione, ad es., di contrasto al diffuso fenomeno dell'assenteismo.

Non bisogna, però, farsi ingannare – come in più occasioni avvenuto per il legislatore riformatore – dall'illusione che l'esercizio del potere disciplinare costituisca l'unica via per il recupero della produttività e dell'efficienza del lavoro nelle PA, potendo questo al massimo contribuire a colpire fenomeni radicali di inefficienza (quali appunto l'assenteismo).

Un reale incremento della produttività del lavoro, invece, sembra conseguire solo ad una meditata e razionale riforma degli assetti organizzativi delle PA¹⁹; in questa prospettiva, una funzione essenziale di programmazione viene attribuita al Piano organizzativo del lavoro agile (POLA), che le Amministrazioni pubbliche (ai sensi del riformato art. 14 l. 124/2015) devono redigere, sentite le organizzazioni sindacali, entro il 31 gennaio di ciascun anno, pensato dal legislatore quale principale strumento di revisione dei modelli organizzativi in funzione di adeguamento alle esigenze di promozione del lavoro agile²⁰.

Il discorso sui poteri va, poi, necessariamente coniugato con quello della tutela dei diritti fondamentali del lavoratore, che potrebbero subire pregiudizio dalla modalità agile, sia per il rischio di isolamento del lavoratore, sia per il rischio di evaporazione del confine tra tempi di lavoro e non lavoro. Non si tratta solo di prevedere e regolamentare il “diritto alla disconnessione”, che pure rappresenta un diritto fondamentale da riconoscere al lavoratore agile, ma di riflettere su una serie di profili che andrebbero definiti attraverso una disciplina specifica del lavoro agile, in modo comunque non rigido, ma flessibile, con ampi spazi regolatori per la contrattazione collettiva²¹: orario di lavoro, riposi; reperibilità e contattabilità; trattamenti economici (anche con riferimento a componenti accessorie, quali i buoni pasto); professionalità, formazione; tutela della salute e sicurezza del lavoratore; tutela

¹⁸ Sul punto, ZUCCARO, *Pubblica amministrazione e smart working, dalla disciplina ordinaria alla deroga emergenziale*, in *LPA*, 2020, p. 101.

¹⁹ Per alcuni spunti, v. SPINELLI, *Le potenzialità del lavoro agile nelle Pubbliche Amministrazioni: da modalità ordinaria di gestione dell'emergenza a volano per l'innovazione*, in *LPA*, 2020, p. 28 ss.

²⁰ V. il d.m. 9 dicembre 2020 recante le “Linee guida sul Piano Organizzativo del Lavoro Agile (POLA) e indicatori di performance”.

²¹ E v., ancora, ZOPPOLI L., *Dopo la digi-demia*, cit., p. 22 ss.

della riservatezza; discriminazioni sul lavoro²². E si tratta, in gran parte, di profili essenziali anche per realizzare l'obiettivo di agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro (art. 18 l. 81/2017).

A questi diritti fondamentali nella dimensione individuale del rapporto di lavoro si aggiungono, infine, i diritti fondamentali nella dimensione collettiva, tenuto conto del possibile indebolimento che le prerogative sindacali potrebbero subire in conseguenza dell'allontanamento dal luogo di lavoro.

Per concludere, in questa fase di adattamento interpretativo e, probabilmente, di costruzione di nuove discipline²³, ancora una volta una guida sicura per gli interpreti deve essere costituita dai principi fondamentali di libertà e dignità del lavoratore, nonché di libertà ed attività sindacale, principi inesorabilmente sanciti dallo Statuto dei lavoratori e della cui attualità, nonostante le numerose riforme, non pare si possa realmente dubitare.

²² Per interessanti spunti, v. ALBI, *Il lavoro agile tra emergenza e transizione*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 430/2020, p. 20 ss.

²³ V., ad es., il d.d.l. S.1833 presentato al Senato il 29 maggio 2020 (firma Ricciardi ed altri).

Marco Tufo

Il *whistleblowing* nel lavoro pubblico: dal progetto statutario alla normativa “pubblicistica” *anti-retaliation*

Sommario: **1.** Il *whistleblowing* tra Statuto dei lavoratori e Testo Unico sul pubblico impiego. **2.** La disciplina organica del *whistleblowing* e le prospettive eurounitarie.

1. *Il whistleblowing tra Statuto dei lavoratori e Testo Unico sul pubblico impiego*

Una recente ricostruzione dei lavori parlamentari dello Statuto dei lavoratori¹ ha svelato come il *whistleblowing* non costituisse una tematica ad esso estranea. Durante la discussione parlamentare sullo Statuto fu proposto di riscrivere l’art. 2105 cod. civ., considerato un “patto di omertà”, come segue: “I lavoratori, compresi i più diretti collaboratori dell’imprenditore, hanno il dovere di informare l’opinione pubblica e di segnalare alle competenti autorità le notizie e i fatti relativi alle condizioni di lavoro, all’organizzazione e ai metodi di produzione e distribuzione di beni e servizi, alle pratiche amministrative e alle risultanze di gestione dell’impresa ove sono occupati quando, con fondati motivi, li ritengano tali da poter recare danno alle persone e alla comunità. / L’onere della prova contraria spetta all’imprenditore, senza possibilità di rivalsa contro i lavoratori se non nel caso in cui fosse provato che la denuncia, infondata, e senza giustificati motivi, mirava al solo scopo di recare danno all’impresa. / L’articolo 2105 del Codice civile

¹ GAETA, *Lo Statuto dei lavoratori: come nasce una legge. I lavori parlamentari articolo per articolo, minuto per minuto*, in corso di pubblicazione.

è abrogato”. La proposta venne infine respinta, sia perché fu intravista la possibilità di una totale abrogazione dell’art. 2105 cod. civ. (mai realizzatasi) sia per quella “cultura del silenzio” incarnata dallo stesso art. 2105 cod. civ. Prevalse, cioè, l’argomento secondo il quale una simile disposizione avrebbe legittimato il dipendente a “spiattellare in pubblico” affari perfettamente leciti del datore e per cui l’art. 2105 cod. civ. non impediva al lavoratore di denunciare reati appresi nell’esecuzione della prestazione².

Per questa ragione, a lungo l’ordinamento italiano è stato privo di una normativa generale sul *whistleblowing* (si registrano solo disposizioni specifiche quali T.U. Bancario, artt. 52-*bis* e *ter*, T.U. della Finanza, artt. 8-*bis* e *ter*, d.lgs. 81/2008, art. 20, lett. *e*), e d.lgs. 215 e 216 del 2001, artt. 4-*bis*), anche a causa della convinzione che i rimedi contro i provvedimenti ritorsivi del datore (misure c.d. *anti-retaliation*) fossero sufficienti a tutelare il *whistleblower*³.

Importante ruolo suppletivo è allora stato rivestito dalla giurisprudenza, che ha statuito il principio secondo il quale l’obbligo di fedeltà *ex* art. 2105 cod. civ., la correttezza e la buona fede sono funzionali soltanto in relazione ad attività lecite del datore, non potendosi chiedere al lavoratore l’osservanza di tali obblighi quando il datore intenda perseguire interessi illeciti⁴, risolvendosi altrimenti quegli obblighi in un “dovere di omertà”. Dunque, il lavoratore era legittimato a denunciare all’autorità giudiziaria gli illeciti datoriali, pur nel rispetto della verità dei fatti e senza che la denuncia avesse intenti calunniosi, tanto da ritenersi rispettosa dell’art. 2105 cod. civ. anche la denuncia poi risoltasi con l’archiviazione⁵. Nell’ipotesi, invece, di *report* interno, e cioè di segnalazione interna all’azienda, l’unica disposizione che poteva giustificare il *whistleblowing* era il d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231, art. 6, potendo il datore prevedere nel modello organizzativo eventualmente adottato ai fini dell’esenzione dalla responsabilità penale (*rectius* amministrativa) sistemi di segnalazione agli organismi di vigilanza di illeciti penali, civili, amministrativi o anche solo di violazioni dei codici etici⁶.

² *Ibidem*.

³ V. *amplius* RICCIO, *La tutela del whistleblower in Italia*, in *DLRI*, 2017, p. 139 ss.

⁴ Cass. 23 marzo 2012 n. 4707, in *RIDL*, 2012, II, p. 831, con nota di CARINCI M.T.

⁵ Cfr., *ex multis*, Cass. 26 settembre 2017 n. 22375, in *DeJure*.

⁶ PASCUCCI F., *Il whistleblowing*, in questa rivista, 2019, p. 581 s.

Attesa la lacuna normativa, assume allora un rilevante significato l'inserimento, ad opera della l. 6 novembre 2012 n. 190 (c.d. legge anticorruzione), art. 1, co. 51, del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, art. 54-*bis*, il quale costituisce la prima disciplina compiuta in Italia sul *whistleblowing*. Le ragioni di un intervento limitato al solo settore pubblico erano legate all'esigenza di contrastare l'illegalità nella P.A. e di porre un freno alla corruzione⁷.

Tale normativa ha però avuto scarso successo, non incoraggiando i dipendenti pubblici a uscire dal clima di omertà della P.A. Il sistema di cui all'art. 54-*bis* era limitato agli illeciti appresi "in occasione del rapporto di lavoro", ossia non estranei all'ambito lavorativo e che provocassero ricadute sul corretto funzionamento dell'ufficio pubblico. Inoltre, la sede giudiziaria rimaneva il canale privilegiato *anti-retaliation* ma ciò presupponeva l'onere della prova a carico del lavoratore dell'intento ritorsivo datoriale. Peraltro, laddove la segnalazione si fosse rivelata ingiustificata o calunniosa, il lavoratore si sarebbe esposto a conseguenze penali, contabili o civili⁸.

2. La disciplina organica del *whistleblowing* e le prospettive eurounitarie

Nel 2017 il *whistleblowing* viene quindi riformato, mediante la l. 30 novembre 2017 n. 179, appositamente dedicata ad esso, la quale modifica il d.lgs. 165/2001, art. 54-*bis*⁹, per il settore pubblico, aggiungendo, per il settore privato, i co. 2-*bis*, 2-*ter* e 2-*quater* al d.lgs. 231/2001, art. 6¹⁰.

La nuova normativa, che in sostanza costituisce una "interpolazione" delle norme allora vigenti¹¹, rileva non solo perché, per la prima volta, detta una disciplina organica sul *whistleblowing* nel settore privato (che rimane comunque subordinata all'adozione dei modelli organizzativi *ex* d.lgs. 231/2001, art. 6)¹² ma pure in quanto estende ad esso i principi del

⁷ E infatti, dall'entrata in vigore di tale legge, l'indice di percezione della corruzione ha registrato un graduale miglioramento (si veda <https://www.transparency.it/indice-percezione-corruzione/>).

⁸ PASCUCCI F., *op. cit.*, p. 580.

⁹ L. 179/2017, art. 1. Si veda RICCIO, *Art. 54-bis – Tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti*, in DEL PUNTA, SCARPELLI, *Codice commentato del lavoro*, Wolters Kluwer, 2020, pp. 1861-1873.

¹⁰ L. 179/2017, art. 2.

¹¹ PASCUCCI F., *op. cit.*, p. 584.

¹² V. d.lgs. 231/2001, art. 6, co. 2-*bis*, 2-*ter* e 2-*quater*.

settore pubblico, così realizzando una sorta di “pubblicizzazione” della materia.

Viene esplicitato che le segnalazioni da parte del dipendente pubblico devono avvenire “nell’interesse dell’integrità della P.A.”, e purché l’illecito sia stato appreso “in ragione del rapporto di lavoro”. La definizione di “dipendente pubblico” comprende non solo i dipendenti delle amministrazioni pubbliche di cui all’art. 1, co. 2, e quelli “non privatizzati” ex d.lgs. 165/2001, art. 3, ma anche i dipendenti degli enti pubblici economici e di diritto privato sottoposti a controllo pubblico ex art. 2359 cod. civ. nonché i lavoratori e i collaboratori delle imprese fornitrici di beni o servizi e che realizzano opere in favore della P.A., essendo questi soggetti frequentemente coinvolti in fenomeni corruttivi¹³. I soggetti abilitati a ricevere il *report* rimangono l’ANAC¹⁴ e l’autorità giudiziaria ordinaria o contabile ma viene aggiunto il responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza di cui alla l. 6 novembre 2012 n. 190, art. 1, co. 7. Non è più compreso tra essi, invece, il superiore gerarchico “sul presupposto che detto soggetto possa essere in qualche modo coinvolto, connivente o comunque per nulla interessato a dar seguito alla segnalazione”¹⁵. Vengono inoltre elencate le misure ritorsive che il *whistleblower* potrebbe subire e dalle quali viene protetto, non potendo egli “essere sanzionato, demansionato, licenziato, trasferito, o sottoposto ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro determinata dalla segnalazione”¹⁶.

Viene poi adottato un “doppio canale” di segnalazione delle misure ritorsive, essendo queste comunicate “in ogni caso” all’ANAC dall’interessato o dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative della specifica P.A., ANAC che successivamente informa il Dipartimento della funzione pubblica o gli altri organismi di garanzia o di disciplina per le attività e gli eventuali provvedimenti di competenza. Tale meccanismo garantisce ulteriormente il segnalante, alla luce dei poteri sanzionatori conferiti all’ANAC, la quale, laddove accerti l’adozione di misure discriminatorie, l’assenza di procedure per la presentazione e la gestione delle segnalazioni, l’adozione di procedure non conformi a quelle indicate nelle sue linee guida o il mancato

¹³ D.lgs. 165/2001, art. 54-*bis*, co. 2.

¹⁴ Come già previsto dal d.l. 24 giugno 2014 n. 90, conv. in l. 11 agosto 2014 n. 114, art. 31, co. 1.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ D.lgs. 165/2001, art. 54-*bis*, co. 1.

svolgimento di attività di verifica e analisi delle segnalazioni ricevute, applica al responsabile della discriminazione sanzioni amministrative pecuniarie comprese tra 5.000 e 50.000 Euro.

Quanto alla protezione dell'anonimato del *whistleblower*, viene previsto, più dettagliatamente rispetto alla disciplina del 2012, che nel procedimento penale la sua identità è coperta *ex art.* 329 cod. proc. pen. mentre in quello contabile essa non può essere rivelata fino alla chiusura dell'istruttoria. Viene confermato che nell'ambito del procedimento disciplinare l'identità del segnalante non può essere rivelata laddove la contestazione si fonda su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione, anche se ad essa conseguenti. Qualora, invece, la contestazione sia fondata sul *report* e la conoscenza dell'identità del segnalante sia indispensabile per la difesa del *wrongdoer*, l'utilizzo della segnalazione è subordinato al consenso del *whistleblower* alla rivelazione della sua identità¹⁷, venendo meno, in caso contrario, l'intero procedimento disciplinare¹⁸.

Di importanza "rivoluzionaria" è l'inversione dell'onere della prova (regola, questa, estesa anche al settore privato)¹⁹, essendo a carico del datore dimostrare che le misure discriminatorie o ritorsive dirette al *whistleblower* siano motivate da ragioni estranee alla segnalazione²⁰. Fermo restando che tali misure sono nulle, qualora il segnalante sia licenziato a causa del *report*, egli sarà reintegrato ai sensi del d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23, art. 2, applicandosi la tutela reintegratoria "piena" in luogo della meno vantaggiosa di cui al d.lgs. 165/2001, art. 63, co. 2, che stabilisce un massimo di 24 mensilità, facendo sorgere dubbi di conformità all'art. 3 Cost., attesa l'operatività della tutela "piena" solo per il licenziamento "da *whistleblowing*" e non per altri licenziamenti nulli²¹.

Infine, si ribadisce che la nuova disciplina non si applica in caso di calunnia, diffamazione o altri reati integrati dal *report* (o se da esso derivi responsabilità civile per dolo o colpa grave), accertati con sentenza di primo grado, previsione che costituisce "una fortissima remora ad effettuare segnalazioni"²².

¹⁷ D.lgs. 165/2001, art. 54-bis, co. 2.

¹⁸ PASCUCCI F., *op. cit.*, p. 586.

¹⁹ V. d.lgs. 231/2001, art. 6, co. 2-*quarter*.

²⁰ D.lgs. 165/2001, art. 54-bis, co. 7.

²¹ PASCUCCI F., *op. cit.*, p. 591 s.

²² *Ivi*, p. 593.

Pur dovendoci aspettare a breve una nuova riforma in attuazione della Direttiva UE del 23 ottobre 2019 n. 1937²³, la panoramica normativa offerta dimostra la lungimiranza degli autori dello Statuto, avendo questi anticipato di cinquanta anni, nelle loro discussioni, i pilastri del *whistleblowing*.

²³ Su cui v. BOSCATI, *La disciplina del whistleblowing nel settore privato nella prospettiva dell'attuazione della direttiva comunitaria*, in *ADL*, 2020, p. 1056 ss. e CORSO, *La Direttiva UE 2019/1937 sul whistleblowing e le possibili ricadute nel diritto interno*, in *LG*, 2020, p. 600 ss.

Carlo Zoli

Il contratto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni: dallo Statuto dei lavoratori alla riforma Madia e oltre

Sommario: **1.** Il quesito di fondo: a che punto si trovano privatizzazione dei rapporti di lavoro pubblico e applicazione dello statuto dei lavoratori? – **2.** L'evoluzione legislativa: a) dallo statuto dei lavoratori alla legge quadro sul pubblico impiego. – **3.** *Segue.* b) la legge 421/1992, il d. lgs. 29/1993 ed i principi cardine della privatizzazione. – **4.** I profili centrali della privatizzazione: a) la dirigenza ed i suoi nodi. – **5.** La risposta della riforma Brunetta. – **6.** Gli aspetti critici della riforma Brunetta e la riforma Madia. – **7.** *Segue.* b) l'utilizzabilità delle forme contrattuali flessibili. – **8.** *Segue.* c) la disciplina del rapporto di lavoro. – **9.** Conclusioni: la formazione di un diritto del lavoro privato differenziato e la più convinta applicazione dei principi statutari nel lavoro pubblico.

1. *Il quesito di fondo: a che punto si trovano privatizzazione dei rapporti di lavoro pubblico e applicazione dello statuto dei lavoratori?*

A 50 anni dall'entrata in vigore della legge 20 maggio 1970 n. 300 e a quasi 30 dalla privatizzazione dei rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni, il giurista è chiamato ad interrogarsi nuovamente sullo stato della cultura giuridica e del quadro normativo proprio con riguardo all'andamento della privatizzazione e al grado di applicazione dei principi dello statuto dei lavoratori nel settore pubblico.

A tal fine non sembra che si possa omettere di ricostruire, sia pur in modo sintetico, il lungo e tormentato processo evolutivo che ha fatto del lavoro pubblico un cantiere pressoché perennemente aperto.

Le riforme succedutesi sono state numerose, ma certamente vanno lette in una prospettiva diversa prima e dopo il 1992, anche se non si può negare che il percorso di avvicinamento tra lavoro pubblico e privato abbia preso le mosse da lontano.

Infatti, privatizzazione e contrattualizzazione non si sono rivelate una sorta di fulmine a ciel sereno, ma il punto di arrivo di un *iter* probabilmente inevitabile nell'ottica di un pieno e generale riconoscimento di una serie di tutele individuali e collettive irrinunciabili.

Peraltro, tale traguardo ha costituito altresì il punto di partenza di un ulteriore percorso, che in modo non sempre coerente, specie negli ultimi anni, ha condotto lontano da dove il legislatore si era inizialmente proposto di andare. Quanto distante e in definitiva nell'ambito di quale modello è quesito dalla risposta non propriamente agevole, ma si tratta di un passaggio che lo stesso legislatore dovrebbe compiere per evitare di continuare ad intervenire in modo rapsodico e contraddittorio.

2. *L'evoluzione legislativa: a) dallo statuto dei lavoratori alla legge quadro sul pubblico impiego*

Come correttamente rilevato, a dispetto di quanto già sancito dall'art. 2129 cod. civ., ai cui sensi le disposizioni del codice civile dedicate ai rapporti di lavoro si “applicano ai prestatori di lavoro dipendenti da enti pubblici, salvo che il rapporto sia diversamente regolato dalla legge”, è lo statuto dei lavoratori che, con l'art. 37, “dà avvio all'affiancamento del «pubblico» al privato”¹.

Anche se il tenore letterale di questa norma non è dissimile da quello della disposizione codicistica, nell'ottica di un’“applicazione solo residuale del modello e delle regole del lavoro privato al lavoro pubblico”², ben diverso e innovativo è il contesto in cui l'art. 37 si colloca. La diversità e la novità si concretizzano soprattutto nell'introduzione di limiti ai poteri del datore di lavoro posti a tutela della libertà e della dignità dei lavoratori, uniti al riconoscimento della presenza del sindacato nei luoghi di lavoro: “due materie che, nella legislazione dell'impiego pubblico, non sono *diversamente* regolate, ma sono completamente ignorate, perché distanti anni luce dalla logica dello stato giuridico di natura pubblica”³. In questo modo “*Lo statuto dei lavoratori*

¹ Così ZOPPOLI A., *Statuto dei lavoratori e lavoro pubblico: un incontro, nel tempo, fecondo*, in *RGL*, 2020, I, p. 149.

² Così ancora ZOPPOLI A., *op. loc. cit.*

³ Così RUSCIANO, *Lo Statuto dei lavoratori e il pubblico impiego*, in *LD*, 2010, p. 106.

si aggiunge allo *stato giuridico del pubblico impiego*⁴, che resta, peraltro, contraddistinto da una struttura pubblicistica e autoritaria, caratterizzata dalla “supremazia speciale” dell’amministrazione e dalla “soggezione speciale” del dipendente, cui pure è assicurato un consistente pacchetto di tutele, ma non in quanto lavoratore, bensì, nell’interesse generale, in quanto funzionario⁵.

La legge quadro 93/1983 costituisce il prologo del processo riformatore degli anni ’90⁶. Realizza un’osmosi tra privato e pubblico riscrivendo per il pubblico impiego talune disposizioni, copiandole dallo statuto dei lavoratori quasi alla lettera, cosicché l’applicazione della legge 300/1970 passa sempre meno attraverso l’art. 37⁷ e scalfisce l’immagine monolitica di supremazia e di potere della P.A.

Si assiste ad un ampio riconoscimento del ruolo delle fonti negoziate⁸ e, di conseguenza, dei sindacati, chiamati a contrattare con le Amministrazioni anche aspetti relativi all’organizzazione (ad es., le misure volte ad assicurare l’efficienza degli uffici). Nei fatti questi ultimi avevano ottenuto di esercitare un’ampia cogestione ben al di là delle materie ammesse alla negoziazione: una cogestione rivelatasi decisamente deresponsabilizzante per i detentori del potere, per di più compromessi in una gestione clientelare dalle continue ingerenze dei politici. Tale situazione aveva indotto a ritenere che mancasse un datore di lavoro⁹ o chi esercitasse veramente il potere, con la conseguenza dello stratificarsi di garanzie e prerogative per il pubblico dipendente specie in termini di stabilità del posto di lavoro¹⁰, in contrasto col fine pubblico del perseguimento della maggiore efficienza della P.A.¹¹.

⁴ Così ancora RUSCIANO, *op. loc. citt.*

⁵ Cfr. RUSCIANO, *op. cit.*, p. 104.

⁶ Cfr. FIORILLO, *Il diritto del lavoro nel pubblico impiego*, Piccin, 2018, p. 4 ss.

⁷ Cfr. RUSCIANO, *op. loc. ultt. citt.*

⁸ Cfr. ZOPPOLI L., *Contrattazione e delegificazione nel pubblico impiego. Dalla legge quadro alle politiche di “privatizzazione”*, Jovene, 1990, p. 15 ss.

⁹ Cfr. MOR, *Il potere disciplinare nel pubblico impiego*, in *QDLRI*, n. 9, *Il potere disciplinare*, Utet, 1991, p. 28.

¹⁰ Cfr. MARIUCCI, *Luci e ombre nella attuazione della riforma del pubblico impiego*, in *Il diritto dei disoccupati. Studi in onore di Koichiro Yamaguchi*, Giuffrè, 1996, p. 118.

¹¹ Cfr. ZOLI, *Subordinazione e poteri del datore di lavoro: privato e pubblico a confronto*, in *Scritti in onore di G.F. Mancini*, Giuffrè, 1998, p. 701.

3. Segue. *b) la legge 421/1992, il d. lgs. 29/1993 ed i principi cardine della privatizzazione*

Proprio il perseguimento di una maggiore efficienza dell'azione amministrativa e l'omologazione dei trattamenti dei dipendenti pubblici a quelli dei lavoratori privati costituiscono le finalità della riforma introdotta dalla l. 421/1992 e dal conseguente d. lgs. 29/1993.

Tali finalità ed il tentativo di passare ad un modello di tipo aziendale avevano indotto il legislatore ad imperniare la riforma su alcuni principi cardine: a) la gestione privatistica dei rapporti di lavoro (art. 5); b) il principio di funzionalità (art. 2, lett. a), che si concretizza nel perseguimento degli obiettivi di efficienza, efficacia ed economicità; c) la distinzione dei poteri tra direzione politica e direzione amministrativa (art. 4, d. lgs. 29/1993).

Relativamente alla gestione privatistica dei rapporti di lavoro, la novità è notevole, specie in termini di logica giuridica e di natura degli atti.

Il rapporto di lavoro nasce da un contratto individuale, è disciplinato dalle fonti privatistiche, ivi compreso il contratto collettivo, e le relative controversie sono rimesse, anche se non da subito, al giudice del lavoro.

La P.A. non opera più con i crismi dell'autoritarieria mediante atti amministrativi adottati nell'interesse pubblico, al cui cospetto le posizioni soggettive dei dipendenti si affievoliscono ad interessi legittimi. Al contrario agisce su un piano di parità formale mediante negozi giuridici espressione di autonomia privata, esercitando una serie di prerogative (o poteri) che rinvenengono fonte e fondamento nel contratto e a fronte dei quali i lavoratori vantano diritti soggettivi perfetti. Ciò senza che si verifichi arretramento delle soglie di tutela dei dipendenti pubblici, tanto più che viene sancita l'applicazione diretta dello statuto dei lavoratori, salve le disposizioni di segno contrario. Si esce, infatti, dalla funzionalizzazione all'interesse pubblico propria del diritto amministrativo, cosicché gli atti della P.A., quanto meno nella gestione del rapporto di lavoro, non vanno più valutati in relazione ad un supposto superiore interesse pubblico, bensì agli interessi degli stessi lavoratori. Emerge così – si è rilevato giustamente – “una limpida alterità degli interessi”¹².

I poteri datoriali incontrano limiti esterni, del tutto simili a quelli del settore privato, sia pur con alcune differenze regolative (ad es. in tema di mo-

¹² Cfr. RUSCIANO, *op. cit.*, p. 110.

bilità verticale e di esercizio del potere disciplinare): limiti di carattere sostanziale e procedurale, aventi natura privatistico-negoziale, che lasciano intravedere la realizzazione di un diritto comune del lavoro, al di là della ridotta rilevanza del contratto individuale, il quale del rapporto di lavoro costituisce fatto costitutivo, ma non regolamento.

La protezione dei diritti fondamentali della persona (integrità fisica e personalità morale) trova piena affermazione nei luoghi di lavoro ed è anzi rafforzata dal riconoscimento di una tutela in forma specifica generalizzata contro i licenziamenti illegittimi. Ciò nel rispetto dei valori e della logica più autentici dello statuto dei lavoratori.

In tale contesto la maggiore difficoltà in termini di armonizzazione col settore privato ha riguardato la figura del datore di lavoro, ovvero il nodo della dirigenza, elevata a fulcro del sistema in quanto chiamata ad esercitare una serie di poteri, ad essa affidati in esclusiva, che non possono essere esercitati dall'organo politico senza viziare la legittimità dell'atto per incompetenza.

In particolare tali poteri attengono alla gestione finanziaria, all'organizzazione del lavoro ed alla disciplina dell'attività dell'ufficio entro i limiti definiti dagli atti organizzativi degli organi di indirizzo politico, nonché alla gestione dei rapporti sindacali, ivi compresa la contrattazione integrativa o decentrata, nonostante che in numerosi comparti la delegazione di parte pubblica veda presenti anche i detentori del potere politico.

In definitiva alla dirigenza spetta l'adozione in autonomia degli atti di gestione, necessari per dare concreta attuazione a quelli di indirizzo politico-amministrativo (cioè a contenuto normativo generale, programmatori e di vigilanza), rimessi agli organi politici.

L'obiettivo della riforma è quello di creare una categoria di soggetti cui affidare il compito e quindi la responsabilità di perseguire il risultato dell'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa. Il legislatore si è prefisso di circoscrivere il dominio della politica valorizzando il ruolo organizzatorio/gestionale del dirigente, tanto che taluno lo ha qualificato non soltanto come datore di lavoro, ma addirittura come imprenditore¹³, anche se non gli è stato conferito un tipico potere datoriale, quale quello disciplinare.

¹³ Cfr. ZOPPOLI L., *La valutazione delle prestazioni della dirigenza pubblica: nuovi scenari, vecchi problemi, percorsi di "apprendimento istituzionale"*, in *QDLRI*, n. 31, *La dirigenza*, Utet, 2009, p. 151; contra ALES, *Contratti di lavoro e pubbliche amministrazioni*, Utet, 2007, p. 163.

Del resto la separazione tra formulazione dell'indirizzo politico e direzione amministrativa è pre-condizione imprescindibile del corretto funzionamento del circuito autonomia/responsabilità, questione centrale per la concreta attuazione del principio di funzionalità.

La distinzione di competenze sembra netta, con radicale ampliamento dei poteri amministrativi, gestionali ed organizzativi esclusivi dei dirigenti. La responsabilità ministeriale (o del politico in genere) non si atteggia più in termini di responsabilità gerarchica nei confronti dell'operato dei dirigenti, ma è limitata alla sola responsabilità politica dell'attività complessiva del dicastero¹⁴ o dell'ente.

4. *I profili centrali della privatizzazione: a) la dirigenza ed i suoi nodi*

Tuttavia, i nodi della riforma sono ben presto venuti al pettine ed il processo di avvicinamento tra pubblico e privato si è interrotto, quanto meno dall'inizio degli anni 2000.

Gli interventi del legislatore sono stati numerosi ed hanno riguardato tanto, direttamente, la dirigenza, quanto la disciplina dei rapporti di lavoro.

La maggior parte delle novità in tema di dirigenza attiene al possibile mutamento del suo ruolo e al modo in cui le sono attribuite le leve del potere. Il tutto ferma restando la diversificazione (il polimorfismo) delle dirigenze¹⁵ a seconda della natura delle amministrazioni (a seconda, cioè, che esercitino funzioni autoritative e di regolazione o che eroghino servizi) e del ruolo dei dirigenti (ad es., direttori generali, dirigenti di primo o di secondo livello, di struttura semplice o complessa).

In particolare è entrato in sofferenza in più direzioni il modello fondato sul circuito autonomia/responsabilità.

Da un lato, la riduzione della centralità della dirigenza, con l'opzione per una progressiva frammentazione dei centri di potere e di responsabilità, si è toccata con mano sul piano dell'evoluzione legislativa – ad opera, in particolare, della l. 145/2002 – con riguardo ad almeno un paio di profili: la delegabilità delle competenze comprese in alcune delle funzioni attribuite ai

¹⁴ Cfr. PALLINI, *Sulle tristi sorti del principio di distinzione tra politica e amministrazione nella disciplina della dirigenza pubblica*, in *QDLRI*, n. 31, *La dirigenza*, Utet, 2009, p. 117.

¹⁵ Cfr. NICOSIA, *Il polimorfismo delle dirigenze pubbliche e la "buona" amministrazione*, in *QDLRI*, n. 31, *La dirigenza*, Utet, 2009, p. 65 ss.

dirigenti (art. 17, comma 1-bis) e la creazione della vice-dirigenza (art. 17-bis), cui è stata resa delegabile parte delle competenze¹⁶.

D'altro lato, la riduzione dell'autonomia è emersa, in particolare, con riguardo ad alcuni aspetti: a) il riferimento al rispetto delle direttive (art. 21, comma 1), specie nella misura in cui si è ammesso che il ruolo del vertice politico non consiste soltanto nell'indirizzo, cioè nell'individuazione degli obiettivi, ma anche nella definizione delle modalità concrete di realizzazione degli stessi¹⁷; b) l'eliminazione del meccanismo contrattuale di definizione dell'oggetto, degli obiettivi, delle risorse e della durata dell'incarico¹⁸. Venendo meno il momento negoziale si priva il decisore politico di un fondamentale strumento di conformazione dell'azione amministrativa. La natura unilaterale dell'atto enfatizza l'istanza di controllo sulla gestione piuttosto che il positivo interagire; c) la scarsa chiarezza dei meccanismi formali e sostanziali di assegnazione degli obiettivi con conseguente sostanziale ineffettività di tale momento essenziale; d) la maggiore ampiezza dei poteri dell'organo politico nel conferimento e nella revoca degli incarichi, che ha operato quale contrappeso del passaggio dal sistema gerarchico a quello direttivo.

Una serie di elementi ha finito per assoggettare il dirigente al potere del politico di turno e per accentuarne la fidelizzazione: lo *spoils system*, la temporaneità degli incarichi, l'ampia discrezionalità lasciata dal legislatore all'amministrazione relativamente ai criteri per il conferimento degli incarichi.

La commistione tra la componente datoriale e quella di lavoratore subordinato del dirigente ha innescato un circolo vizioso che ha inciso anche sull'effettività del criterio di distinzione delle competenze tra politica e amministrazione.

Tuttavia centrale è risultato il mancato funzionamento del sistema di valutazione della dirigenza, ai fini tanto dell'attribuzione degli incarichi, quanto della responsabilità¹⁹. Ciò per ragioni di carattere giuridico ed istituzionale: in particolare, la scarsità di strumenti giuridici a tutela del cittadino

¹⁶ L'art. 17-bis è, poi, stato abrogato dall'art. 5, comma 13, d.l. 95/2012, convertito dalla l. 135/2012.

¹⁷ Cfr. ALES, *op. cit.*, p. 157.

¹⁸ Non è mancato chi ha autorevolmente parlato al riguardo di ripubblicizzazione dell'atto di conferimento dell'incarico: cfr. RUSCIANO, *op. cit.*, p. 114.

¹⁹ Cfr. ZOPPOLI L., *op. cit.*, p. 149 ss.

utente; l'invasione della politica nella valutazione, cosicché quest'ultima è diventata sempre di più un affare interno alle amministrazioni ed alla stessa dirigenza burocratica; la confusione tra valutazione intermedia annuale e valutazione finale.

A ciò si aggiungano i rischi di un nuovo pansindacalismo deresponsabilizzante che ha schiacciato la dirigenza tra politici e sindacati limitandone ulteriormente l'autonomia attraverso l'erosione del potere unilaterale datoriale. Ciò è dipeso da una serie di fattori culturali e giuridici: l'impreparazione della dirigenza a gestire le relazioni sindacali; i numerosi interventi dei politici specie negli enti di minori dimensioni, laddove (si pensi al CCNL Enti locali) è la contrattazione nazionale di comparto a prevedere che la delegazione di parte pubblica sia mista; la definizione in sede esclusivamente nazionale degli istituti della partecipazione, che ha finito per escludere che i dirigenti possano avere alcuna voce in capitolo al riguardo²⁰; i rinvii che la contrattazione nazionale ha operato alla contrattazione integrativa per la regolamentazione di taluni profili gestionali di micro-organizzazione anche se aventi riflessi sui rapporti di lavoro; il mancato rispetto da parte della contrattazione integrativa dei vincoli posti dalla contrattazione nazionale; l'invasione degli spazi di autonomia gestionale riservati dalla legge ai dirigenti in materia di organizzazione degli uffici, specie tramite quel cavallo di Troia rappresentato dalla concertazione²¹.

Infine sono stati rilevati alcuni elementi distorsivi ed alcune questioni di carattere giuridico di non agevole soluzione: l'esistenza degli uffici per il personale cui è stata di solito rimessa totalmente la gestione del personale, con conseguente deresponsabilizzazione dei dirigenti delle varie strutture; la devoluzione all'ufficio per i procedimenti disciplinari (u.p.d.) dell'esercizio del potere disciplinare; la natura e l'oggetto della responsabilità dirigenziale, stante l'ambiguità della distinzione dalla responsabilità disciplinare; l'individuazione delle sanzioni (ad es., l'impossibilità di rinnovo dello stesso incarico costituisce una sanzione?); il ruolo del Comitato dei Garanti (il parere positivo è presupposto essenziale o imprescindibile del provvedimento finale?)²².

²⁰ Cfr. ALES, *op. cit.*, p. 166 s.

²¹ Cfr. BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, in *DLRI*, 2010, p. 131.

²² Cfr. ESPOSITO, *La responsabilità dirigenziale: il buon andamento dei pubblici uffici tra politica e amministrazione*, in *QDLRI*, n. 31, *La dirigenza*, Utet, 2009, p. 241 ss.; MONDA, *La giurisprudenza in tema di dirigenza pubblica*, in *QDLRI*, n. 31, *La dirigenza*, Utet, 2009, p. 354 ss.

5. *La risposta della riforma Brunetta*

In tale contesto la c.d. riforma Brunetta si è proposta di ottimizzare la produttività del lavoro pubblico e di aumentare l'efficienza, oltre che la trasparenza, delle P.A. L'impianto originario non cambia, ma si assiste ad una curvatura panlegislativa e ad una diversa linea di politica del diritto. Ancora una volta, in stretta connessione con le altre leve utilizzate per perseguire gli obiettivi indicati, sono centrali le disposizioni relative alla dirigenza, sulla quale si concentrano e si scaricano le contraddizioni del sistema. Il legislatore si propone di rafforzarne e responsabilizzarne il ruolo, anche regolando il rapporto tra organi di vertice e dirigenti titolari di incarichi apicali in modo da garantire la piena e coerente attuazione dell'indirizzo politico degli organi di governo in ambito amministrativo.

Tra i principi e criteri direttivi si torna ad insistere sul binomio centrale del sistema: l'autonomia e la responsabilità del dirigente nella gestione delle risorse umane in qualità di soggetto che esercita i poteri del datore di lavoro (lett. a). Il tentativo è quello di accentuare la piena responsabilità della dirigenza nell'organizzazione e gestione dei rapporti di lavoro.

L'interesse prevalente è in questo modo assegnato alla posizione datoriale del dirigente quale organizzatore del lavoro piuttosto che a quella di esercente l'attività amministrativa²³.

Non vi è dubbio che le funzioni imprenditoriali siano, invece, attribuite all'organo di indirizzo politico, cui spetta programmare e definire gli obiettivi, anche se previa consultazione con i dirigenti o con i responsabili delle unità organizzative (art. 5, d. lgs. 150/2009), i quali devono garantire la "piena e coerente attuazione dell'indirizzo politico" (art. 37, d. lgs. 150/2009). All'organo di indirizzo politico spetta altresì verificare, anche "con il supporto dei dirigenti", "l'andamento delle performance rispetto agli obiettivi", proponendo, "ove necessario, interventi correttivi in corso di esercizio" (art. 6, d. lgs. 150/2009).

Quanto all'autonomia della dirigenza, il legislatore si è mosso in modo deciso nei rapporti con le organizzazioni sindacali, benché non senza contraddizioni, proponendosi di ridurre il ruolo di queste ultime e della contrattazione collettiva.

²³ Cfr. SPINELLI, *Il datore di lavoro pubblico. Autonomia organizzativa e poteri del dirigente*, Cacucci, 2012.

Al riguardo incide in particolare sul sistema delle fonti, con la finalità di rafforzare l'autonomia organizzativa e decisionale della dirigenza, recuperandone il potere unilaterale eroso da una contrattazione collettiva troppo pervasiva²⁴. Emerge la “chiara volontà di mettere sotto tutela l'autonomia collettiva e di assicurare la primazia della fonte unilaterale in ordine alla disciplina del rapporto di lavoro”²⁵.

Inoltre, per ridurre i condizionamenti del dirigente il legislatore ne ridimensiona lo spazio di manovra comprimendone l'autonomia e nel contempo rafforzandone le responsabilità²⁶: ciò nella misura in cui – in un contesto di iper-regolazione legislativa²⁷ – gli impone di provvedere o di intervenire, pena sanzioni di vario genere. Si introduce un modello più autoritativo²⁸ che si fonda sull'attribuzione ai dirigenti di maggiori poteri, specie di tipo repressivo, il cui mancato esercizio è a sua volta sanzionato. Non si capisce, pertanto, se il legislatore voglia un dirigente manager o un dirigente burocrate²⁹, conforme a leggi e regolamenti³⁰.

Nella legge delega e nel decreto delegato non ricorre, invece, la stessa enfasi per quanto concerne l'autonomia dagli organi di indirizzo politico nella misura in cui non compare alcun cenno alla separazione tra potere di indirizzo e gestione³¹, anche se l'art. 5, comma 2, d. lgs. 165/2001 novellato sancisce il diritto/dovere dei dirigenti di assumere le proprie determinazioni gestionali “in via esclusiva” e, comunque, conferma le norme in tema di distinzione tra direzione politica e direzione amministrativa.

²⁴ Cfr. BOSCATI, *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazione del lavoro e svolgimento dell'attività amministrativa*, in LPA, 2009, p. 23 ss.

²⁵ Così BELLAVISTA, *op. cit.*, p. 132.

²⁶ Cfr. BOSCATI, *op. cit.*, p. 16.

²⁷ Cfr. CARINCI F., *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla Legge 133/2008 alla Legge n. 15/2009*, in LPA, 2008, p. 953.

²⁸ Cfr. ZOPPOLI L., *La contrattazione collettiva dopo la delega*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, n. 87, 2009, p. 9.

²⁹ Cfr. RUSCIANO, *op. cit.*, p. 115.

³⁰ Cfr. CARUSO, *Le riforme e il lavoro pubblico: la “legge Madia” e oltre. Miti, retoriche, nostalgie e realtà nell’“eterno ritorno” allo statuto speciale del lavoratore pubblico*, in CARUSO (a cura di), *Il lavoro pubblico a vent'anni dalla scomparsa di Massimo D'Antona*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona. Collective Volumes, 8/2019, p. 30 s.

³¹ Cfr. CARINCI F., *op. loc. cit.*

6. *Gli aspetti critici della riforma Brunetta e la riforma Madia*

Come sottolineato dalla migliore dottrina, la riforma Brunetta ha de-stato numerose perplessità specie sul piano delle soluzioni tecnicamente adottate, più che sugli obiettivi perseguiti, che non si discostano nella sostanza da quelli della riforma degli anni '90. In ogni caso, ed in estrema sintesi, si può tentare di individuare alcuni aspetti critici di carattere sistematico, non senza aver rilevato che il successo di qualunque modello presuppone un cambiamento profondo di cultura e di motivazioni ed una forte professionalità della dirigenza.

Innanzitutto, continua a mancare un'attenzione adeguata per l'organizzazione amministrativa³².

In secondo luogo, non c'è stata una vera e propria riscrittura del ruolo della dirigenza, il cui modello unico ed univoco, tra l'altro, resta quello dei Ministeri. Si è adottata una soluzione iper-regolativa di tipo autoritativo che limita gli spazi della contrattazione collettiva e che agisce sulla leva sanzionatoria, oltre che su quella degli incentivi, nei confronti dei dirigenti, di cui il legislatore dimostra di avere ben poca fiducia³³. In effetti “maggiore autorevolezza ed autonomia della dirigenza pubblica, tecniche incentivanti e meccanismi sanzionatori costituiscono la triangolazione concettuale su cui ... sembra debba ruotare l'intera riforma”³⁴. Sul fatto che l'autonomia sia stata accresciuta nel momento in cui sono aumentate le responsabilità è lecito quanto meno nutrire più di un dubbio, specie se si considera che l'esercizio del potere è altresì divenuto adempimento di un dovere, benché nel contesto della pur condivisibile lotta all'assenteismo ed ai comportamenti più riprovevoli dei dipendenti pubblici. In questo modo non viene superata o disconosciuta la natura privatistica degli atti di esercizio dei poteri datoriali, ma sono accresciuti i limiti esterni stabiliti dalla legge, ovvero i confini, formali e sostanziali, nel cui ambito è tenuta a muoversi l'autonomia privata della diri-

³² In generale sui vari aspetti, privatistici e pubblicistici, dell'organizzazione della P.A. cfr. RICCARDI, *L'organizzazione del lavoro nell'amministrazione pubblica. Interessi, tecniche regolative, tutele*, vol. I, *Profili sostanziali*, Cacucci, 2011; vol. II, *Profili processuali*, Cacucci, 2015.

³³ Per un quadro ampio e articolato dei vari profili in tema di dirigenza, dalla valutazione alle forme di responsabilità, cfr. MONDA, *Contratto di lavoro pubblico, potere organizzativo e valutazione*, Giappichelli, 2016. Sui temi della valutazione cfr. AVIO, *La performance come valutazione dell'adempimento nel rapporto alle dipendenze della P.A.*, Jovene, 2017 e, da ultimo, BIASI, *La valutazione della performance all'indomani della quarta riforma del lavoro pubblico*, in *VTDL*, 2020, n. 2, p. 323 ss.

³⁴ Così FERRARO, *Prove generali di riforma del lavoro pubblico*, in *DLRI*, 2009, p. 254.

genza pubblica³⁵, esposta a forme di responsabilità, dirigenziale e disciplinare, regolamentate in modo minuzioso ed innovativo dalla riforma Brunetta.

Inoltre, l'effettività della distinzione funzionale tra politica e amministrazione continua a non essere garantita poiché è lecito avere perplessità con riguardo a quel punto di equilibrio della disciplina della dirigenza costituito dalla valutazione: non si è attribuito valore all'elemento negoziale; la valutazione non è realmente esterna; non è chiaro il nesso con il sistema di attribuzione degli incarichi.

Si è compensata questa scelta con una procedimentalizzazione che rischia di essere eccessiva. L'impressione è "una confusa ricerca di una qualche soluzione che consenta di «quadrare il cerchio» con il risultato che di fatto ci si muove in sostanziale continuità con l'assetto preesistente e con le prassi diffuse, appena ratificate alla luce delle pronunzie della Corte costituzionale (preferendo piuttosto concentrarsi sui poteri e gli obblighi della dirigenza)"³⁶.

Infine, mancano regole precise per l'esercizio del potere di indirizzo. Mancano sanzioni per gli enti che non fissino gli obiettivi e non predispongano il sistema di valutazione (ad es., il commissariamento dell'ente o il diritto del dirigente alla conferma nello stesso incarico, come prevedeva il progetto Nicolais), cosicché lo squilibrio rispetto alle misure adottate nei confronti dei dirigenti risulta del tutto evidente.

Di qui trova in qualche modo giustificazione un nuovo intervento legislativo. Tuttavia la riforma Madia "risulta assai carente sia nella diagnosi sul fallimento della riforma del 2009 sia nella chiarezza dei percorsi da riprendere". La legge delega n. 124 del 2015 sembra "quasi una riforma senz'anima" e fa "una notevole confusione di concetti e strumenti nei quali sembra si voglia sottoporre ad una disciplina molto vincolistica la dirigenza pubblica – specie in ordine a reclutamento e assegnazione degli incarichi – attribuendole al contempo poteri espansivi di stampo aziendalistico sulle scelte di sanzionare o premiare i lavoratori"³⁷. Essa, comunque, non stravolge l'intervento riformatore del 2009, ma si pone nel solco dello stesso, continuando a privilegiare il ruolo della legge a scapito della contrattazione collettiva (ad es.

³⁵ Cfr. MEZZACAPO, *Il conferimento degli incarichi tra autonomia privata e discrezionalità amministrativa*, in *QDLRI*, n. 31, *La dirigenza*, Utet, 2009, p. 201 ss.

³⁶ Così FERRARO, *op. cit.*, p. 256 s.

³⁷ Cfr. ZOPPOLI L., *Perché una quarta riforma del lavoro pubblico?*, in CARUSO (a cura di), *op. cit.*, p. 101.

in tema di potere disciplinare) ed interessa solo parzialmente la disciplina del lavoro pubblico. Infatti, la delega per il riordino del lavoro pubblico, ed in special modo della dirigenza, è parte di un progetto più ampio di semplificazione che riguarda l'organizzazione amministrativa, le partecipazioni societarie delle P.A., i servizi pubblici locali di interesse economico generale. Ma, tra intervento della Corte costituzionale³⁸ e scadenza dei termini per l'adozione della decretazione delegata, ha ricevuto una realizzazione invero piuttosto parziale e "lascia irrisolti molti dei nodi lasciati aperti dall'interruzione della privatizzazione"³⁹.

7. Segue. b) *l'utilizzabilità delle forme contrattuali flessibili*

Come in precedenza anticipato, le novità introdotte dal legislatore nel corso di quasi 30 anni dalla riforma di privatizzazione sono state numerose e molto rilevanti anche con riguardo all'utilizzazione delle forme contrattuali flessibili e alla disciplina dei rapporti di lavoro.

Partendo dalle prime, è agevole osservare che alle pubbliche amministrazioni e quindi alla dirigenza, chiamata a gestirne le "risorse umane", non sono state attribuite le stesse possibilità del settore privato in termini di strumenti utilizzabili.

Inizialmente dapprima il d.lgs. n. 29 del 1993, poi il d. lgs. n. 165 del 2001 hanno sancito la possibilità per le pubbliche amministrazioni di avvalersi delle "forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa" (art. 36, ora comma 2, d. lgs. 165/2001), ivi compreso il ricorso ai contratti di collaborazione (art. 7, comma 6, d. lgs. 165/2001).

Tuttavia, ben presto si è avviato un *révirement* che ha indotto a mettere in discussione la stessa portata della privatizzazione.

In particolare, la necessità del controllo della spesa pubblica ha probabilmente indotto ad omettere una riflessione sul legame che deve intercorrere tra flessibilità delle funzioni e dell'organizzazione, da un lato, e flessibilità del lavoro, dall'altro. Gli interventi legislativi si sono, infatti, preoccupati di limitare l'uso degli strumenti contrattuali flessibili senza per-

³⁸ C. Cost. 9 novembre 2016, n. 251.

³⁹ Così ZOPPOLI L., *op. ult. cit.*, p. 102.

seguire l'obiettivo di promuovere le flessibilità gestionali in chiave organizzativa⁴⁰.

Ma, soprattutto, il suddetto *révirement* ha ricevuto un impulso significativo nella misura in cui il legislatore ha escluso che siano applicabili ai rapporti di lavoro pubblico le novità introdotte dalla c.d. riforma Biagi⁴¹.

L'esclusione poteva apparire giustificata dall'estraneità delle finalità della riforma, ed in particolare della necessità di favorire la crescita occupazionale, al settore pubblico, che al contrario è interessato dall'opposta esigenza di contenere i costi per l'erario ed è talvolta caratterizzato da un eccesso di personale rispetto ai reali bisogni⁴².

Tuttavia, la scelta del legislatore sembra invero rispondere tanto al timore, manifestato da larghi settori della burocrazia pubblica, dei problemi applicativi che l'estensione diretta e completa di una normativa così innovativa poteva creare; quanto, e forse soprattutto, ad un'opzione politica opportunistica nei riguardi delle organizzazioni sindacali, al confronto con le quali, da avviare entro sei mesi, era rimesso l'esame dei "profili di armonizzazione conseguenti alla entrata in vigore" del decreto, "anche ai fini della eventuale predisposizione di provvedimenti legislativi in materia" (art. 86, comma 8): un confronto cui non è seguito alcun risultato anche per l'inerzia delle parti sociali, che non hanno apportato nessuna novità nemmeno nella contrattazione collettiva successiva.

La tendenza all'abbandono del processo di armonizzazione tra discipline applicabili nel settore pubblico ed in quello privato si è accentuata con le leggi finanziarie di quegli anni e con alcuni provvedimenti "omnibus" che hanno realizzato un significativo controllo tanto sulle assunzioni e sulle politiche di reclutamento del personale, quanto in un secondo momento sul-

⁴⁰ Cfr. MAINARDI, *Piccolo requiem per la flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. A proposito della l. 8 marzo 2006, n. 80*, in *LPA*, 2006, p. 28 s.

⁴¹ Il dissenso della dottrina sulla scelta del legislatore è stato unanime: cfr. ZOPPOLI L., *Nuovi lavori e pubbliche amministrazioni (ovvero Beowulf versus grendel: atto II)*, Intervento al convegno "Sviluppo e occupazione nel mercato globale", Napoli, 4-5 dicembre 2003; CURZIO, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo 276/2003*, Cacucci, 2004, p. 20 ss.; MAINARDI, SALOMONE, *L'esclusione dell'impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Le competenze di Regioni a statuto speciale e Province autonome*, in MISCIONE, RICCI (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro*, Ipsoa, 2004, p. 34 ss.; BORGOGELLI, *Finalità e campo di applicazione. "Commento ai commi primo e secondo"*, in GRAGNOLI, PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, 2004, p. 12 s.

⁴² Cfr. BELLAVISTA, *Alcune osservazioni sulla legge n. 30/2003*, in *LG*, 2003, p. 706 s.

l'uso dei contratti flessibili. A tal fine il legislatore ha introdotto dapprima limiti quantitativi di spesa con riguardo all'utilizzo dei contratti a termine, di formazione e lavoro, di collaborazione continuativa e coordinata o di altre forme di rapporto di lavoro flessibile, poi limiti sostanziali e procedurali all'utilizzo delle stesse.

In questo contesto si colloca l'art. 4, l. 9 marzo 2006, n. 80, che si propone di delimitare il possibile ricorso ai contratti di lavoro flessibile attraverso l'introduzione di vincoli sostanziali e procedurali del tutto inediti, che hanno fatto del contratto a termine e di quello di formazione e lavoro una sorta di *extrema ratio*, a vantaggio tutt'al più di alternative praticabili nell'universo delle c.d. esternalizzazioni.

Successivamente, l'art. 32 della l. n. 248 del 2006 ha inciso in modo rilevante sulla possibilità della p.a. di avvalersi di contratti di lavoro autonomo. Ciò ha fatto individuando in modo ancor più rigoroso i presupposti ed i requisiti indicati dall'art. 7, d.lgs. 165/2001 per il conferimento di incarichi professionali ad esperti di provata competenza e generalizzando tali limiti a tutti i contratti di collaborazione, di natura sia occasionale, sia coordinata e continuativa.

Tale tendenza è proseguita in modo marcato anche negli anni successivi sino a condurre ad una drastica differenziazione regolativa, irragionevole e insostenibile⁴³ soprattutto con riguardo ai contratti di collaborazione continuativa e coordinata, la cui legittima utilizzabilità da parte delle P.A. finisce per risultare pressoché eccezionale⁴⁴.

Limiti rilevanti e significative differenze rispetto al settore privato sono sempre stati previsti anche in tema di contratti a termine. Al di là di una sostanziale uniformità di disciplina per i meccanismi regolativi minori (gli intervalli, le proroghe e la durata massima, i termini di impugnazione, i limiti percentuali non cumulabili con la somministrazione)⁴⁵, il sistema delle causali

⁴³ Cfr. CARUSO, *op. cit.*, p. 13. Un quadro ricostruttivo ampio ed aggiornato è fornito altresì da ALAIMO, *Dalla "riforma Madia" al "decreto dignità". Le (poche) novità e le (molte) aporie della disciplina del lavoro a tempo determinato e delle collaborazioni autonome nel settore pubblico*, in CARUSO (a cura di), *op. cit.*, p. 109 ss.

⁴⁴ Per un'ampia ricostruzione della disciplina sui contratti flessibili v. PINTO, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle pubbliche amministrazioni. Politiche legislative e prassi gestionali*, Cacucci, 2013. Da ultimo v. TIMELLINI, *L'ultima declinazione flessibile del lavoro dipendente nelle pubbliche amministrazioni*, in *VTDL*, 2020, n. 2, p. 409 ss.

⁴⁵ Cfr. ancora CARUSO, *op. cit.*, p. 77 s.

è quasi sempre risultato ben diverso nel settore pubblico, nel quale il tradizionale sfavore per tale istituto non è mai venuto meno neppure nella stagione del *Jobs Act*.

In definitiva, l'evoluzione del quadro normativo appare indicativa di una tendenza che, attuata in modo alquanto disorganico e senza un'approfondita riflessione sistematica specie in tema di ricadute sul piano organizzativo, rischia di privare di significato l'intera privatizzazione. Essa, infatti, preclude alla pubblica amministrazione di operare con gli stessi modelli organizzativi delle imprese private, benché le esigenze di "efficienza" (art. 1, comma 1, lett. a), di "funzionalità" (art. 2, comma 1, lett. a) e di "ampia flessibilità" (art. 2, comma 1, lett. b, d. lgs. 165/2001) siano parimenti largamente sentite dalle amministrazioni ed anzi costituiscano veri e propri obiettivi che il legislatore ha loro posto ed ai quali esse devono ispirare la propria organizzazione ed azione.

Dal punto di vista dei lavoratori, non si può negare che in questo modo alla minore flessibilità per i datori corrisponde una minore precarietà del lavoro. Tuttavia la diversità dei meccanismi sanzionatori applicabili nei settori privato e pubblico, ed in particolare l'inoperatività nel secondo della trasformazione del contratto nullo o simulato, finisce nei fatti per conferire alle pubbliche amministrazioni margini di flessibilità rilevanti, sia pur attraverso un uso patologico dei contratti: invero, al di là dell'elaborazione di una nozione di danno comunitario, che si aggiunge alla tutela risarcitoria generale, nella specie di non sempre agevole utilizzazione, l'unico reale deterrente rispetto a codesta prassi abusiva è costituito dal timore del dirigente responsabile di essere chiamato a risponderne in prima persona a titolo di responsabilità civile e contabile⁴⁶.

8. Segue. c) *la disciplina del rapporto di lavoro*

Volgendo lo sguardo alla regolamentazione del rapporto di lavoro, si è opportunamente ricordato che il principio di unificazione o armonizzazione tra lavoro pubblico e lavoro privato non è mai stato inteso come il viatico

⁴⁶ Sul punto sia consentito rinviare a ZOLI, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro pubblico a dieci anni dalla riforma: oscillazioni e assestamenti*, in CAMMELLI, SCIULLO (a cura di), *Pubblica amministrazione e privatizzazioni dopo gli anni '90, un primo bilancio*, Maggioli, 2004, p. 123 ss.

per un meccanico trapianto di regole da un settore all'altro⁴⁷. Tuttavia, le numerose riforme intervenute, sul punto anche, per non dire soprattutto, nel settore privato, hanno condotto ad un allontanamento sensibile che ha posto palesemente in crisi quel principio e la relativa finalità, tanto da potersi parlare a ragion veduta di distanza “abissale”⁴⁸ e di “differenziazione caotica” nell'ambito di un vero e proprio “groviglio regolativo”⁴⁹.

Le diversità riguardano sia le tecniche regolative, sia i contenuti e le discipline in concreto applicabili.

Quanto alle prime si assiste ad una rilegificazione che risente della menzionata sfiducia del legislatore nella contrattazione collettiva e nell'autonomia della dirigenza, specie nei confronti dei sindacati. In proposito sono evidenti le contraddizioni sistematiche insite nell'impostare l'organizzazione del lavoro secondo modelli di gestione manageriale, nel contempo rimettendo direttamente alla legge la regolamentazione della stessa⁵⁰.

Ciò è particolarmente palese con riguardo all'esercizio del potere disciplinare⁵¹, ove, passando anche ai contenuti, sono analoghe al settore privato le logiche della contestazione degli addebiti e del diritto di difesa, oltre che il rispetto del principio di proporzionalità (art. 2106 cod. civ.). Tuttavia, il processo di diversificazione si concretizza nella riemersione dell'interesse pubblico, che si tocca con mano nella (sostanzialmente sancita) obbligatorietà dell'azione disciplinare e nei limiti posti dalla legge alla contrattazione collettiva attraverso una minuziosa regolamentazione delle competenze e delle fasi della procedura disciplinare, oltre che mediante una forte tipizzazione delle condotte cui deve seguire il licenziamento, senza che l'autonomia collettiva possa introdurre deroghe migliorative, contrariamente a quanto accade nel settore privato. Come in altra occasione rilevato⁵², non cambiano le causali del licenziamento disciplinare, ma in certi casi, che più di altri colpiscono

⁴⁷ Cfr. CARUSO, *op. cit.*, p. 94.

⁴⁸ Così FIORILLO, *op. cit.*, p. 29.

⁴⁹ Così CARUSO, *op. cit.*, p. 89.

⁵⁰ Cfr. BAVARO, *Note sul potere disciplinare nel lavoro pubblico fra aziendalismo e amministrativismo*, in *RGL*, 2018, I, p. 507 ss.

⁵¹ Cfr., da ultimo, MILITELLO, *Etica comportamentale, procedimento disciplinare e sanzioni. L' homo novus nel pubblico impiego?*, in CARUSO (a cura di), *op. cit.*, p. 192 ss.; GARGIULO, *La riforma del procedimento disciplinare nel lavoro pubblico*, in *VTDL*, 2020, n. 2, p. 341 ss.

⁵² Cfr. ZOLI, *L'esercizio del potere disciplinare nel settore pubblico riformato*, in *DLRI*, 2018, p. 689 ss. Su punto v., da ultimo, ZAPPALÀ, *La regolazione asintotica del licenziamento: ratio ed effetti della differenziazione tra lavoro pubblico e lavoro privato*, in CARUSO (a cura di), *op. cit.*, p. 302 ss.

l'immaginario collettivo, il legislatore ha espressamente cercato di circoscrivere, per non dire escludere, la discrezionalità dell'autonomia collettiva prima e dei giudici poi; nei confronti di questi ultimi, peraltro, senza riuscirvi del tutto, considerato che uno spazio di valutazione non può non rimanere tanto nella ricostruzione della fattispecie astratta, quanto nella sussunzione o meno nella stessa della fattispecie concreta, soprattutto con riguardo alla rilevanza dell'elemento soggettivo.

Le differenze tra settori privato e pubblico restano decisamente più marcate in ordine ai licenziamenti per ragioni oggettive e alle tecniche sanzionatorie.

Relativamente ai primi, come ben noto, sin dalla fase iniziale della riforma di privatizzazione (1992-93) la riduzione del personale può essere attuata nel settore pubblico unicamente attraverso una procedura di mobilità molto simile a quella prevista nel settore privato dalla legge n. 223 del 1991. Tuttavia, essa costituisce l'unica via possibile per affrontare eventuali eccedenze di personale, individuali e collettive. Si supera, in altre parole, la distinzione tra licenziamento collettivo e per giustificato motivo oggettivo, che resta di conseguenza configurabile soltanto nell'altra fattispecie prevista dall'art. 3, l. 604/1960, ovvero a fronte di ragioni inerenti al regolare funzionamento dell'organizzazione del lavoro, cioè di vicende che coinvolgono il lavoratore oggettivamente considerato (ad es., per inidoneità sopravvenuta alle mansioni). Le amministrazioni sono, pertanto, vincolate, innanzitutto, a cercare di raggiungere un accordo con le organizzazioni sindacali in ordine alla possibilità di impiegare il personale "diversamente nell'ambito della medesima amministrazione" o "presso altre amministrazioni"; in secondo luogo, a conservare ai propri dipendenti in esubero il posto di lavoro, collocandoli in disponibilità per la durata massima di 24 mesi, decorsi i quali si avrà cessazione automatica del rapporto di lavoro, con un'indennità pari all'80% dello stipendio e dell'indennità integrativa speciale, in attesa che possa trovare nuova occupazione (art. 33, d. lgs. 165/2001).

La divaricazione tra settore privato e pubblico si è addirittura accentuata con riguardo all'apparato rimediabile nella misura in cui nel primo la tutela per equivalente, imperniata su rimedi indennitari persino modesti specie prima dell'intervento della Corte costituzionale⁵³, ha incominciato ad affermarsi rispetto alla tutela in forma specifica e alla cultura dell'effettività, che

⁵³ Cfr. C. Cost. 26 settembre 2018, n. 194 e 24 giugno 2020, n. 150.

sono rimaste intatte nella loro essenza nel settore pubblico, ove il meccanismo reintegratorio costituisce tuttora il presidio unico a fronte dei licenziamenti illegittimi persino nei riguardi dei dirigenti e negli enti di minori dimensioni.

Tale soluzione ha trovato conferma in una norma *ad hoc*, quale l'art. 63, comma 2, d. lgs. 165/2001, come novellato dall'art. 21, d. lgs. 75/2017, che presenta profili di specialità rispetto all'art. 18, l. 300/1970. Infatti, da un lato, prevede un meccanismo risarcitorio diverso per il periodo intermedio intercorrente tra il licenziamento e la reintegra (il pagamento di un'indennità fino a 24 mensilità a prescindere dal tipo di vizio); dall'altro, non ammette che il lavoratore possa sostituire la reintegra cui ha diritto con un'indennità pari a 15 mensilità, analogamente a quanto era previsto dall'art. 18 prima della novella della l. 108/1990 quando era piena ed assoluta la valorizzazione della tecnica ripristinatoria. Se a ciò si è pervenuti per esigenze di contenimento della spesa pubblica e nella logica di garantire l'interesse generale al buon andamento e all'imparzialità della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.), non vi è dubbio che anche il diritto al lavoro riceve ben diversa protezione rispetto al settore privato⁵⁴.

Altre differenze piuttosto marcate riguardano la disciplina della mobilità professionale, ad opera tanto della legge (*ius variandi*), quanto della contrattazione collettiva (sistemi di classificazione). Il profilo di maggiore specialità concerne da sempre la mobilità verticale, stante il divieto di automatismi nelle promozioni. Tuttavia, anche se l'art. 52, comma 1, d. lgs. 165/2001, nel far riferimento all'acquisizione di qualifica superiore "per effetto dello sviluppo professionale o di procedure concorsuali o selettive", sembrava abbandonare la regola dell'avanzamento per concorso pubblico, la Corte costituzionale⁵⁵ si è dimostrata di contrario avviso finendo per equiparare l'avanzamento professionale a una nuova assunzione, "da effettuarsi obbligatoriamente tramite l'unico strumento in grado di selezionare i migliori: il concorso pubblico"⁵⁶.

⁵⁴ Cfr. ZAPPALÀ, *op. cit.*, spec. p. 309 ss., che propende correttamente per una lettura "lavoristica" della reintegra anche nel pubblico impiego. Da ultimo cfr. altresì MISCIONE, *I regimi di tutela dei licenziamenti nella pubblica amministrazione*, in *VTDL*, 2020, n. 2, p. 369 ss. e, in generale sulla disciplina del licenziamento, CERBONE, *Le nuove regole in materia di licenziamento del dirigente pubblico: fattispecie e tutela*, in *VTDL*, 2020, n. 1, p. 145 ss.

⁵⁵ Cfr. C. Cost. 16 dicembre 1988-4 gennaio 1999, n. 1; 16 maggio 2002, n. 194; 23 luglio 2002, n. 373.

⁵⁶ Così CARUSO, *op. cit.*, p. 53.

Al contrario, per quanto attiene allo *ius variandi* orizzontale, la novella dell'art. 2103 cod. civ. operata dal d. lgs. 81/2015 ha avvicinato i settori privato e pubblico, nella sostanza affidandosi in entrambi alla contrattazione collettiva la determinazione delle mansioni esigibili attraverso l'individuazione delle categorie e dei livelli d'inquadramento.

Con riguardo, infine, al potere unilaterale del datore di assegnare il prestatore di lavoro a mansioni inferiori, le novità introdotte dal *Jobs Act* hanno ancora una volta maggiormente tutelato la posizione del dipendente pubblico rispetto a quello privato. Infatti, al di là dell'attribuzione di mansioni di livello inferiore complementari o strumentali e comunque del tutto marginali rispetto all'attività lavorativa cui è contrattualmente tenuto, il dipendente pubblico non può essere assoggettato all'esercizio dello *ius variandi in peius*, nemmeno a fronte di esigenze organizzative che incidano sulla sua posizione lavorativa o in altri casi previsti dalla contrattazione collettiva (contrariamente a quanto sancito dall'art. 2013, commi 2 e 4, cod. civ.). A diversa conclusione è possibile pervenire soltanto nel caso in cui l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro giustifichi un patto di demansionamento analogamente a quanto previsto dall'art. 2103, comma 6, cod. civ.⁵⁷.

Anche con riguardo alla c.d. mobilità geografica emergono differenze di disciplina non agevolmente comprensibili⁵⁸. In particolare, infatti, al di là delle procedure di mobilità volontaria, l'art. 30, comma 2, d. lgs. 165/2001 introduce una procedura che implica il trasferimento geografico all'interno della stessa amministrazione o, previo accordo tra le amministrazioni interessate, in altre amministrazioni, in sedi collocate nello stesso comune o a distanza non superiore a 50 chilometri dalla sede cui sono adibiti. Se anche non sono richieste in questi casi quelle "comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive" di cui all'art. 2103 cod. civ., il limite della distanza e la sostanziale disapplicazione di fatto della norma in esame hanno reso il pubblico dipendente praticamente inamovibile senza il suo consenso: un privilegio non giustificato "da elementi di *status* o esigenze strutturali"⁵⁹ che

⁵⁷ Cfr. ZOLI, *L'evoluzione del sistema rimediale: privato e pubblico a confronto*, in *LD*, 2017, p. 433, ove si sottolinea come il lavoratore pubblico sia più tutelato di quello privato rispetto alla mobilità discendente.

⁵⁸ CARUSO, *op. cit.*, p. 74 ne rileva giustamente l'inopportunità.

⁵⁹ Così ancora CARUSO, *op. cit.*, p. 75.

limita i poteri del datore di lavoro pubblico ben più di quanto non si faccia nei confronti di quello privato.

9. *Conclusioni: la formazione di un diritto del lavoro privato differenziato e la più convinta applicazione dei principi statutari nel lavoro pubblico*

La sintetica ricostruzione appena compiuta consente di tirare in qualche modo le fila e di abbozzare alcune valutazioni conclusive in ordine alle due questioni di fondo in precedenza evocate: la sorte della privatizzazione e il permanere della logica e dei valori dello statuto dei lavoratori.

Quanto alla prima, non si può non sottolineare che l'uniformazione normativa di status tra dipendente pubblico e privato non è venuta meno. Anche se la rilevanza dell'interesse pubblico si è progressivamente accentuata, non ne è cambiato il modo di operare. L'interesse pubblico costituisce sempre il fondamento dei limiti esterni all'esercizio dei poteri della pubblica amministrazione e si pone, quindi, al di fuori della logica funzionalistica precedente la riforma del 1992, anche con riguardo agli elementi ed ai profili più propriamente organizzativi.

Di tale riforma restano i principi basici, nonostante i plurimi interventi del legislatore: la natura ed il ruolo delle fonti, benché siano stati in parte modificati ambiti e competenze della legge e del contratto collettivo mediante l'introduzione di nuove tecniche regolatorie; l'origine contrattuale del rapporto di lavoro⁶⁰ anche se a seguito di un concorso pubblico; il ruolo di datore di lavoro della dirigenza amministrativa; la separazione tra direzione politica e amministrativa; la natura negoziale degli atti di micro-organizzazione degli enti e degli atti di gestione del rapporto di lavoro, con l'eccezione delle progressioni di carriera; la giurisdizione del giudice del lavoro.

È altrettanto vero, tuttavia, che l'omologazione delle discipline ha ceduto il passo ad una marcata diversificazione, di cui si sono in precedenza ricordati alcuni esempi assai rilevanti, anche se alternata a qualche riavvicinamento (ad es. in tema di mobilità orizzontale, di rappresentanza sindacale, di *whistleblowing*).

⁶⁰ Cfr. spec. BARBIERI, *Il sinallagma nei contratti di lavoro per le Pubbliche Amministrazioni: un percorso storico-critico*, Cacucci, 2018, che si sofferma in modo ampio e ricco di stimoli sulla causa del contratto di lavoro pubblico, condivisibilmente ricostruita in chiave privatistica.

Anziché di una vera e propria ripubblicizzazione sembra più corretto parlare di formazione di un diritto privato differenziato o di statuto speciale privatistico per i rapporti di lavoro pubblico⁶¹, nei quali emergono, da un lato, elementi ispirati ad una logica autoritarista o ad interessi pubblici superiori (ad es. in tema di esercizio del potere disciplinare e di vincoli di bilancio per la contrattazione collettiva sulle retribuzioni) e, dall'altro, soluzioni di maggior favore per i lavoratori, di non sempre agevole comprensione o condivisione.

In questa ottica ed in tale contesto sembra altresì di poter rilevare come la tutela della libertà e della dignità dei lavoratori e la limitazione dei poteri del datore di lavoro, oltre che il sostegno all'attività sindacale nei luoghi di lavoro, conservino un maggiore riconoscimento proprio nel settore pubblico, ove i condizionamenti della crisi economica e le difficoltà create dalla globalizzazione incidono in misura minore. Infatti, la modifica del paradigma normativo⁶², che si è verificata con riguardo al rapporto di lavoro dei dipendenti privati attraverso la riduzione della tutela della professionalità e del posto di lavoro, non ha corrispondenza nel settore pubblico ove, paradossalmente, in una sorta di nemesi storica, i principi dello statuto dei lavoratori sono entrati più tardi, ma dimostrano una maggiore capacità di resistenza, pur in una fase in cui anche le condizioni del lavoro pubblico sono peggiorate, specie con riguardo alle retribuzioni⁶³.

⁶¹ Cfr., fra gli altri, MONDA, *Contratto di lavoro pubblico, potere organizzativo e valutazione*, cit., che parla di “specialità del diritto privato” (p. 114) e di “implosione del modello c.d. «privatistico»” (p. 119). Da ultimo v. BOSCATI, *La percezione dell'eterno incompiuto nel processo riformatore del lavoro pubblico*, in *VTDL*, 2020, n. 1, p. 1 ss., che, pur senza mettere in discussione la natura contrattuale del rapporto di lavoro pubblico, sottolinea la necessità di “un'azione di *restyling* della disciplina vigente, al fine di superare alcune aporie e di rendere effettive le condizioni per l'attuazione delle riforme” (p. 43).

⁶² Come giustamente rileva PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la NASPI: un mutamento di “paradigma” per il diritto del lavoro?*, in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Napi*, Giappichelli, 2015, p. 5.

⁶³ Cfr. BARBIERI, *op. cit.*, il quale sottolinea ancora una volta come il diritto civile, unitamente alle norme costituzionali, funga da limite e freno rispetto al ritorno a forme di sfruttamento protocapitalistiche.

sezione terza

Statuto, conflitto e relazioni sindacali nel settore pubblico, oggi

Bruno Caruso

**Statuto, conflitto, relazioni sindacali
e organizzazione del lavoro
nel settore pubblico, oggi**

Sommario: **1.** Premessa. “Quale attualità” dello Statuto. **2.** Le pubbliche amministrazioni e la crisi pandemica: sindacati, contrattazione collettiva pubblica e nuove diseguaglianze. **3.** Funzione attuale della contrattazione collettiva nel settore pubblico. C’entra lo Statuto dei Lavoratori? **4.** Ruolo del sindacato nelle pubbliche amministrazioni: tra neo-concertazione collusiva e dialogo sociale europeo. **5.** Il dicastero Brunetta: atto II. Interventi mirati, non una nuova generale riforma. *Recruiting policy* e dirigenza. **6.** Mutamenti organizzativi (dal basso) della p.a. senza necessità di una riforma legislativa. Per un rilancio dell’attività di produzione di valore pubblico.

1. Premessa. “Quale attualità” dello Statuto

Questo breve scritto riproduce il mio intervento di apertura al Convegno dedicato al rapporto tra Statuto, conflitto e relazioni sindacali nel settore pubblico. In quell’occasione ho provato a individuare un minimo comune denominatore nell’ambito di un tema dai confini oggettivamente ampi. L’ho fatto in via interlocutoria chiedendo ai relatori e ai partecipanti al dibattito di pronunciarsi su alcuni rapidi spunti che ho inteso loro sottoporre e che ripropongo quasi immutati ma con l’aggiunta di riflessioni più distese, di contorno.

Poiché nell’invito degli organizzatori si faceva pure riferimento all’esperienza dello Statuto dei Lavoratori, prima di entrare nel vivo delle singole questioni da sottoporre ai relatori mi è parso opportuno osservare che, probabilmente a causa del periodo di crisi sanitaria che stiamo attraversando, un anniversario, pur così importante come i 50 anni dello Statuto, non ha avuto l’attenzione che meritava. Potrei rivedere tale giudizio alla luce del fatto che,

nel lasso di tempo trascorso tra il mio intervento al seminario e la revisione dello stesso, sono stato, in parte, smentito: si sono, nel frattempo, materializzate due pubblicazioni dedicate al cinquantenario dello Statuto, di cui ovviamente non posso dar conto in queste brevi note¹.

Mi sentirei, comunque, di confermare l'impressione già espressa, circa il fatto che la riflessione sullo Statuto, in occasione del cinquantenario, probabilmente ha subito, a causa della pandemia scoppiata nel 2020, un effetto di spiazzamento. Voglio dire che, comprensibilmente, il trauma pandemico, come sempre avviene, ha indotto a guardare e a interrogare più il futuro piuttosto che il passato; onde un riverbero di distrazione se non di adeguata concentrazione sugli anniversari del passato, anche se importanti come nel caso dello Statuto. Ma tant'è: le due pubblicazioni a cui accennavo parrebbero smentirmi, perché, a colpo d'occhio, si presentano tutt'altro che rituali, anzi, direi, celebrative e quasi ortodosse nella perdurante fede pro statutaria. Il che non esclude che il confronto con lo Statuto, e l'attualità della sua filosofia di fondo nell'epoca della sostenibilità, avrebbe probabilmente meritato un confronto a-tutto-tondo-teorico da parte della comunità dei giuslavoristi; un tempo avrei detto che l'anniversario avrebbe meritato almeno un congresso dell'associazione dei giuslavoristi.

Per parte mia, riflettendo sull'attualità dello Statuto, anche ma non solo con riguardo ai diritti collettivi oggetto del Convegno, e dedicandovi solo poche battute, ritengo che lo Statuto non necessiterebbe di un *restyling*. Va lasciato così per quello che è: un traguardo teorico, politico e giuridico importante. Con alcune parti ancora attuali: per esempio le norme sulle libertà personali, sui diritti sindacali e sulla promozione del sindacato rappresentativo, quest'ultima notoriamente invidiataci dai giuslavoristi britannici e che ha ispirato altri modelli legislativi². Altre norme, a mio avviso, sono state giustamente rimodellate e attualizzate: il riferimento è ai controversi capitoli su mansioni, licenziamenti e controlli. Si tratta di rimaneggiamenti di cui si è discusso nel merito; alcuni partitamente (quelli su inquadramenti e controlli) già nati vecchi e strutturalmente inadeguati a tener dietro ai cambiamenti;

¹ Si tratta del Quaderno n. 8/2020 di questa Rivista interamente dedicato ai cinquant'anni dello Statuto, a cura di RUSCIANO, GAETA, ZOPPOLI L., *Mezzo secolo dallo Statuto dei lavoratori*, e del libro di GAETA, *Lo Statuto dei lavoratori: come nasce una legge. I lavori parlamentari articolo per articolo, minuto per minuto*, ESI, 2020.

² Si v. il contributo di DORSEMONT, *Lo statuto all'avanguardia: uno strumento pionieristico per l'Europa e oltre*, in RUSCIANO, GAETA, ZOPPOLI L., *op. cit.*

altri (la disciplina sui licenziamenti) che neppure i più critici probabilmente ripristinerebbero nella loro versione originaria (nel caso dell'art. 18, destinato a una lenta eutanasia in ragione del trascorre del tempo). Il che conferma, comunque, l'obiettivo esigenza di una loro manutenzione straordinaria³.

Così come una sorta di incompiuta rimane, ma non per colpa intrinseca dello Statuto, la stessa norma architrave dei diritti sindacali in azienda, vale a dire l'art. 19, oggetto, nel tempo, di interventi ortopedici e manipolatori a opera del corpo elettorale e della stessa Corte costituzionale; trascurata, tuttavia, nel suo logico sviluppo, "oltre" lo Statuto, da chi avrebbe dovuto porre rimedio agli storici ed eccentrici "non detti"⁴: mi riferisco a un legislatore che non si decide ancora a completare l'impianto statutario con una legge di ispirazione neo-istituzionale che recepisca le indicazioni dell'autonomia collettiva, ormai ampie e articolate, su rappresentanza negoziale e misurazione della rappresentatività. Altri disposti, infine – penso alle norme sul collocamento, o allo stesso art. 36, ampiamente superato dal codice dei contratti pubblici del 2016 – sono consegnati alla storia.

Vero è che, a ogni modo, troppa acqua è passata sotto il ponte dello Statuto e l'immagine (e la realtà) della società, del lavoro e delle imprese, conformate al modello fordista – *inprinting* della legge – è profondamente cambiata. Siamo di fronte a una nuova morfologia sociale e industriale; ma pure di fronte a una nuova antropologia (oltre che geografia) del lavoro rispetto a quella novecentesca dello Statuto. Il numero "4.0" che si affianca al sostantivo "industria" indica il rincorrersi di cambiamenti che, in altri tempi, si sarebbero contabilizzati in secoli e non in decenni⁵, se non addirittura in anni. Lo stesso numero "4.0" che, per ora, solo auspicabilmente – perché in tal caso non si tratta di realtà compiuta – si affianca alla forma "sindacato", indica un modello che è agli antipodi dell'organizzazione promossa dallo Statuto. Direi, con un *divertissement* provocatorio, ma frutto di una riflessione parallela, che il sindacato 4.0, di cui discetta, assomiglia piuttosto al sindacato

³ Una proposta di riforma di razionalizzazione è contenuta nel mio saggio *Il contratto a tutele crescenti nella tenaglia della doppia pregiudizialità*, in *DLM*, 2019, 3, p. 381 ss. e in CARUSO, DEL PUNTA, TREU, *Per un diritto del lavoro sostenibile*, in <http://csdle.lex.unict.it/docs/activities/Bruno-Caruso-Riccardo-Del-Punta-Tiziano-Treu—Manifesto-per-un-Diritto-del-lavoro-sostenibile/6022.aspx>.

⁴ Richiamo il magistrale e sempre attuale scritto di D'ANTONA, *Diritti sindacali e diritti del sindacato: il titolo III dello Statuto dei lavoratori* (1990), ora in CARUSO, SCIARRA (a cura di), *Opere*, II, Giuffrè, 2000, p. 201.

⁵ Cfr. HARARI, *21 lessons for the 21st century*, Random Uk, 2018, trad. italiana, *21 lezioni per il XXI secolo*, Giunti, 2019, ed. Kindle.

immaginato (Autonomia aziendale) e, in qualche modo, ancorché per breve tempo, modellato da Adriano Olivetti nella sua azienda negli anni '50 del secolo scorso⁶.

Sento già l'obiezione, vedo già le “manine alzate” come in un immaginario webinar: il neo-fordismo digitale ci interroga su *più*, non su *meno* Statuto, se non altro su una estensione applicativa orizzontale, oltre la forma storica del lavoro subordinato. E ancora, riferendomi, esemplificativamente, all'attualità dello *smart working*, il suo consolidamento generalizzato post pandemico richiederebbe più regole rigide e nuovi diritti a tutela degli spazi vitali (il diritto di disconnettersi), in una logica di integrazione e rafforzamento, non di superamento, dello Statuto e comunque secondo la tecnica regolativa tipica dello Statuto (la norma rigida e inderogabile). Con riguardo a quest'ultima questione credo di aver già detto altrove⁷: lo *smart working*, che è uno dei simboli del lavoro nella post-modernità digitale, necessita non di una legge che fondi diritti di nuovo conio, nel solco della tradizione dello Statuto; ma di capacità organizzativa e processi adeguati di *change management*⁸. Tali processi di cambiamento si intravedono in alcuni settori di imprese realmente innovative, ma non ancora nelle pubbliche amministrazioni dove ci si affida alla norma regolamentare e a cervelotiche iniziative dall'alto e centralizzate (i Pola). Per coadiuvare uno *smart work* generativo e trasformativo sembrano più adeguate regole leggere e mixate, in grado di rimanere appunto sullo sfondo, come *last resort* (la rete protettiva di senniana memoria) dei processi organizzativi, con una funzione di ausilio, non di innesco. Onde, è questa la posizione *de iure condendo*, appare più che sufficiente la legge che c'è, col suo impianto regolativo leggero (che appare addirittura non tale agli organizzativisti⁹). Nulla esclude poi, come sembra stia già avvenendo anche se in misura ancora insufficiente e inadeguata, che sia l'autonomia collettiva, a diversi livelli, a intervenire per adattare, conformare la legge e/o supportare anche l'autonomia individuale; ma pure per

⁶ Si veda la ricostruzione storica di BERTA, *Le idee al potere*, Edizioni di Comunità, Roma/Ivrea, 2015, p. 137 ss.

⁷ Sia consentito un rinvio a CARUSO, *Pubbliche amministrazioni e imprese italiane nella crisi pandemica: tra vizi antichi e possibile resilienza*, in *QG*, 2020, 2.

⁸ In ciò in buona compagnia di un sociologo di chiara fama che di organizzazione se ne intende, Federico Butera, e che l'ha confermato in alcuni interessanti webinar interni, interdisciplinari, del gruppo Freccia Rossa.

⁹ Il riferimento è alla posizione di Federico Butera espressa nei webinar prima citati.

promuovere il cambiamento e regolare oltre i confini fissati dalla legge e dal contratto individuale, anche a prescindere da espliciti rinvii che mancano nella normativa di legge; in tal caso, l'autonomia collettiva non farebbe altro che il suo mestiere, ma dovrebbe farlo di più e certamente meglio di quanto fatto sinora.

Ho voluto soffermarmi, subito, sulla regolazione dello *smart working*, istituto su cui ritornerò in seguito¹⁰, come esempio paradigmatico di come immagino un possibile intreccio delle fonti classiche di regolamentazione dei diritti (legge, contratto collettivo, contratto individuale) nell'epoca post statutaria¹¹.

Laddove, invece, vengano in gioco diritti di libertà e pratiche occulte e indirette di discriminazione, come nell'altro caso della *gig economy*, il giudice di Bologna¹², nella sua recente ordinanza ci manda a dire, indirettamente, che è probabile che lo Statuto dei lavoratori non basti più e vada puntellato e rafforzato (completato?) con il diritto antidiscriminatorio esistente, i suoi concetti e i suoi strumenti tipici.

Il che può essere più o meno o condiviso con riguardo al merito della questione sollevata a Bologna¹³. Certamente la pronuncia suggerisce che risulta addirittura spuntato l'art. 28 dello Statuto, norma una volta considerata di chiusura del sistema, e pensata proprio per piantonare la cerniera tra diritti e interessi individuali e collettivi; specie allorquando si tratti di nuovi lavori al confine o oltre la subordinazione. E, a tal proposito, che sia doppiamente spuntata ce lo dimostra il giudice di Firenze¹⁴ con una discutibile decisione che esclude la legittimazione processuale delle organizzazioni sindacali ex art. 28 a tutela dei lavoratori autonomi o pseudo tali utilizzati dalla piattaforma. Una decisione che va persino oltre la Corte di giustizia europea che ha messo al riparo dalla presunta voracità del diritto della concorrenza, il rapporto tra lavoro autonomo economicamente dipendente e rappresentanza

¹⁰ Cfr. par. 6.

¹¹ Un tale modello di interazione tra fonti è sullo sfondo, anche se non vi dedichiamo specifico spazio, in CARUSO, DEL PUNTA, TREU, *op. cit.*

¹² Trib. Bologna, ord., 31 dicembre 2020, *Filcams CGIL Bologna, Nidil CGIL Bologna, Filt CGIL Bologna c. Deliveroo Italia s.r.l.*

¹³ L'ordinanza è stata oggetto, di recente, del webinar, organizzato da LLC, "Frank discriminava. Riflessioni intorno all'ordinanza del Tribunale di Bologna su riders", algoritmi e discriminazioni, svoltosi il 2 febbraio 2021.

¹⁴ Trib. Firenze, 9 febbraio 2021, decreto *Nidil CGIL Firenze, Filt CGIL Firenze e Filcams CGIL Firenze c. Deliveroo Italy s.r.l.*

e tutela collettiva¹⁵. Oltretutto il Trib. di Firenze non dà neppure conto del fatto che le fonti e gli organismi internazionali a tutela delle libertà di azione e di organizzazione sindacale tendono a sussumere nel loro campo di applicazione anche la tutela degli interessi collettivi dei lavoratori autonomi¹⁶. Che, inoltre, la stessa rubrica dello Statuto è titolata “*Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell’attività sindacale nei luoghi di lavoro ...*” ove non si distingue, a voler essere formali, tra lavoratori subordinati e lavoratori autonomi. Che, in aggiunta, certamente lo Statuto è norma di attuazione di *tutte* le norme della Costituzione che riguardano il lavoro tra cui anche l’art. 35 nel cui perimetro rientra sicuramente il lavoro autonomo, a maggior ragione, se economicamente dipendente; che, infine, rientra nel principio e nella prassi dell’autonomia sindacale, tutelata dall’art. 39 primo comma, la scelta dell’interesse collettivo da tutelare con gli strumenti che mette a disposizione l’ordinamento statutale tra cui, non ultimo, proprio l’art. 28 dello Statuto.

Sorvolando, comunque, sul merito del ricorso, del quale il giudice non ha neppure provato a occuparsi, il Trib. di Firenze, ha fatto uscire dalla finestra quel che la Corte di Cassazione, con la sentenza 24 gennaio 2020, n. 1663, aveva fatto entrare dalla porta: vale a dire che, a prescindere dalla qualificazione della fattispecie, quel che conta è il rimedio. Secondo il giudice di Firenze, conta invece la fattispecie: poiché nel caso, non si trattava – questa l’essenza del suo ragionamento – di norma di tutela sostanziale del lavoro, ma di norma processuale; con una formalistica interpretazione – che conferma il vizio del ragionamento per fattispecie e non per effetti – il Tribunale si è posizionato fuori dal perimetro fissato dalla Corte di cassazione: quando l’interesse collettivo/individuale riguarda lavoratori “quasi subordinati o semi autonomi”, non possono essere invocati i rimedi processuali forgiati per l’or-

¹⁵ Cfr. Corte di giustizia, 11 settembre 2014, C-413/13, *FNV Kunsten*, in *RIDL*, 2015, II, p. 566, con nota di ICHINO, *Sulla questione del lavoro non subordinato ma sostanzialmente dipendente nel diritto europeo e in quelli degli Stati membri*.

¹⁶ Cfr., le Convenzioni OIL C87 sulla *libertà sindacale e la protezione del diritto sindacale* e C98 sul *diritto di organizzazione e di negoziazione collettiva* che sono sempre state applicate dai Comitati OIL oltre il lavoro subordinato; in particolare l’art. 1 della Convenzione C98 prevede espressamente che “*i lavoratori devono beneficiare di un’adeguata protezione contro tutti gli atti di discriminazione tendenti a compromettere la libertà sindacale in materia di impiego*”. In proposito, il Comitato sulle libertà sindacali dell’OIL ha affermato ripetutamente che si tratta di un diritto che va riconosciuto anche ai lavoratori autonomi (si vedano in proposito le decisioni del Comitato disponibili al sito <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/?p=NORMLEXPUB:70001:0::NO>).

ganizzazione dei lavoratori subordinati (anche se quest'ultima tenta giustamente di allargare il proprio perimetro di rappresentanza legale-processuale) perché si sarebbe (ma perché mai?) fuori dal cono d'ombra dell'art. 2 comma 1 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 e quello dello Statuto sarebbe invece più ristretto. La decisione è certamente discutibile; quel che certamente dimostra è proprio la fallacia del ragionamento per fattispecie, ma rivelando, al contempo, una indelebile ruga dello Statuto che di quella cultura è certamente espressione. Quel che è vero, e la citata dialettica giurisprudenziale lo conferma, è che le affaticate spalle dello Statuto non appaiono più in grado di sostenere, per intero, il gravoso peso della trasformazione in atto, troppo complessa per essere neppure immaginata dai padri dello statuto. Ciò soprattutto se è vero che, assumendo un'ottica rimediale, dove non ha potuto lo Statuto, come nel caso dei *riders* fiorentini, hanno invece potuto, come invece dimostra la controversia dei *riders* torinesi, norme occasionali e asistematiche, venute fuori quasi per caso dal cilindro del legislatore; il riferimento è al citato art. 2, co. 1, d.lgs. 81/2015 nella lettura non del tutta risolta, ma abbastanza chiara che ne ha fatto anche la Corte di cassazione nella sent. 1663/2020. Ovvero, come nel caso dei *riders* bolognesi, ha potuto l'apparato del diritto antidiscriminatorio con l'ordinanza del Trib. di Bologna prima citata. Il che rafforza una posizione la quale pragmaticamente prende atto che i rimedi *à la carte* sono forse più efficaci della "cultura" della tutela giuridica, moncorde, onnicomprensiva e compatta che si intravede, in filigrana, nella tecnica dello Statuto e che aveva senso quando il lavoro si esprimeva attraverso una forma, e una cultura appunto, socialmente e politicamente egemone: quella taylor-fordista. Per cui, a tutto concedere, al plurale occorre declinare non solo la parola lavoro ma anche la parola Statuto.

Poste queste rapide ed impressionistiche riflessioni su "quale" attualità dello Statuto in generale, nel prosieguo della trattazione, fornirò dei quadri di contesto sintetici, per ciascuno dei quali proverò a individuare le questioni che ritengo debbano essere affrontate con riguardo, in particolare, al ruolo del sindacato e della contrattazione collettiva nel settore pubblico.

2. *Le pubbliche amministrazioni e la crisi pandemica: sindacati, contrattazione collettiva pubblica e nuove diseguaglianze*

E veniamo al tema più specifico dell'incontro: lavoro pubblico e relazioni collettive oggi. Vorrei partire da una considerazione di senso comune. Nella pubblica opinione tende, oggi, a diffondersi la convinzione che il lavoro pubblico, nella crisi pandemica, abbia rafforzato la propria condizione di settore protetto e privilegiato¹⁷, sia con riguardo al reddito, sia con riguardo alla sicurezza occupazionale: non vi opera la cig e non c'è stata alcuna perdita di retribuzione al contrario che nel settore privato (perdita calcolata da Boeri e Perotti in una media del 35/40%)¹⁸; non è stato necessario alcun provvedimento di blocco dei licenziamenti, perché nessuno li ha minacciati¹⁹; nessuno, o quasi, degli interessati, lavoratori e sindacati, ha messo in discussione le nuove forme organizzative del lavoro (il c.d. lavoro a distanza), essendo state, anzi, considerate più come un vantaggio utilitaristico che come un'evoluzione organizzativa innovativa, innescata dalla crisi pandemica.

Ciò sottolinea come la dinamica della crisi che si sta attraversando presenta dei tratti peculiari che la differenziano rispetto alla precedente crisi finanziaria del 2008²⁰. Quest'ultima, evolutasi in crisi dei debiti sovrani (2011), colpì più pesantemente, ovunque in Europa, soprattutto il lavoro pubblico; in Italia, in particolare, con il blocco della dinamica salariale e della contrattazione collettiva per circa un decennio (in effetti limitati furono i provvedimenti di taglio delle retribuzioni come in altri paesi²¹); blocco rimosso soltanto grazie alla sentenza della Corte cost. 23 luglio 2015, n. 178. Ne è derivato che la ripresa della dinamica negoziale in tale settore è stata avvertita, e considerata, come una sorta di ristoro, postumo e ritardato, a favore degli

¹⁷ Si veda l'articolo di fondo di Romano Prodi su il *Messaggero* di Domenica 22 novembre 2020, *La battaglia anacronistica dei dipendenti pubblici*; e di Boeri e Perotti, *Sciopero del 9 dicembre, salvate l'onore degli statali*, su *Repubblica* del 23 novembre 2020.

¹⁸ Il settore pubblico allargato, con ogni probabilità, non sarà interessato dalle fibrillazioni occupazionali post pandemiche; anzi, in alcuni settori – sanità, scuola servizi sociali, giustizia – ne uscirà rafforzato con saldi occupazionali positivi.

¹⁹ Su questo non è mancata la polemica giornalistica di Pietro Ichino, *Cassa integrazione agli statali. Con i risparmi premi ai medici*, su *Libero* del 23 novembre 2020.

²⁰ Sul punto, v. CARUSO, *Pubbliche amministrazioni e imprese italiane*, cit., spec. par. 1.

²¹ Cfr. CARUSO, *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano*, in CARUSO, FONTANA (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi*, il Mulino, 2015.

addetti che si erano fatti carico, più dei lavoratori del settore privato, del peso e degli effetti della crisi finanziaria e dei debiti sovrani.

Oggi la crisi pandemica sembra, come si è osservato, ribaltare la dinamica delle disegualianze propria della precedente e ciò si riflette anche nel dibattito pubblico²². I *cleavages* sociali prodotti dalla crisi attuale porterebbero, pertanto, un segno opposto a quella precedente: essa colpisce i settori, le imprese e i lavoratori privati più esposti alla rarefazione sociale; mentre rafforza le protezioni di settori economicamente avvantaggiati dalla pandemia (il digitale, l'*e-commerce* e la logistica, la distribuzione alimentare, il farmaceutico), ovvero, settori già ampiamente protetti, quali appunto i dipendenti delle amministrazioni pubbliche e i relativi sindacati.

Onde, quella che sarebbe apparsa, in tempi normali, come una fisiologica dinamica negoziale con rivendicazioni di rinnovi e aumenti contrattuali, annunci di scioperi e mobilitazioni virtuali²³, finisce per apparire oggi una insostenibile riaffermazione di privilegi corporativi, con il rischio di una frattura sociale di ampia portata e con conseguenze politiche imprevedibili nella fase post pandemica. Così lapidariamente si conclude il citato articolo di Boeri e Perotti: “*Lo stridente contrasto fra la sorte dei dipendenti pubblici e di quelli privati non sembra essere percepito dai vertici confederali. Essere dipendente pubblico significa mettersi al servizio dei cittadini, non mettere i cittadini al proprio servizio*”; i due economisti auspicano invece politiche premiali per i lavoratori e le lavoratrici “*che hanno rischiato la vita nelle corsie degli ospedali, che hanno insegnato a pieno ritmo anche in condizioni molto difficili, o che hanno passato le notti insonni per cercare di pagare rapidamente la cassa integrazione nonostante leggi mal scritte*”²⁴.

Dato questo quadro di contesto, si impongono delle riflessioni sulle po-

²² Sulla complessità della disegualianza e il suo rapporto con la Costituzione si veda il bel saggio di MORRONE, *Stato sociale e disegualianze. Persistenze costituzionali e problemi aperti*, in *RDSS*, 2020, 4, p. 707 ss.

²³ Si pensi allo sciopero nazionale di tutto il personale della Pubblica Amministrazione dipendente dagli enti e dalle amministrazioni, delle Funzioni locali e della Sanità indetto da Fp Cgil, Cisl Fp, Uil Fpl e Uilpa del 9 dicembre 2020.

²⁴ Vale tuttavia riconoscere che, nelle more della revisione di questo intervento, anche importanti categorie del settore privato, in primo luogo, i metalmeccanici hanno raggiunto l'intesa sull'ipotesi di un nuovo contratto il quale, sia sul piano dei contenuti economici, sia soprattutto sul piano normativo (riforma degli inquadramenti e formazione continua), appare di contenuto non trascurabile. Di grande interesse pure per i suoi contenuti innovativi il CCNL TLC, anch'esso rinnovato nel novembre 2020.

litiche sindacali e negoziali nel settore pubblico. È necessario domandarsi se è auspicabile che esse siano relativamente indipendenti dagli scenari generali, ovvero se gli attori e i protagonisti della vicenda (amministrazioni, ceto politico e sindacati) ne debbano tenere conto in qualche modo, anche per il loro impatto diretto sull'arena politica. E ancora, se il salario contrattuale nel settore pubblico sia una variabile indipendente, universale e non selettiva, con riguardo al merito e all'impegno, ovvero dipendente solo dalle dinamiche macro-finanziarie (blocchi di spesa e politiche di austerità); ovvero se la contrattazione collettiva sulla retribuzione debba dipendere anche da variabili di equità, perequazione, responsabilità sociale, ma anche merito e impegno individuale, in definitiva di natura politica ed etica.

Inoltre, riportato quanto sopra in chiave giuridica e istituzionale, bisogna chiedersi se possa considerarsi costituzionalmente giustificato, alla luce degli orientamenti recenti della Corte costituzionale, un provvedimento di blocco temporaneo della negoziazione collettiva (per esempio un mancato rinnovo triennale), motivato da politiche perequative volte a indirizzare le scarse risorse pubbliche di spesa corrente a ristorare i lavoratori e gli imprenditori dei settori privati più colpiti ovvero se, sul piano politico ed etico, sia più condivisibile la proposta di devolvere le risorse già stanziare per i rinnovi contrattuali pubblici, ma soltanto per le categorie in prima linea nel contrasto al Covid (la sanità pubblica e le forze dell'ordine) o per rimpiazzare i vuoti di organico prodotti da quota cento, ovvero per premiare i lavoratori e le lavoratrici che più si sono impegnati nella pandemia a qualunque settore essi appartengano; o infine per rapidi e intensi investimenti tecnologici per il lavoro a distanza, per esempio nel settore della scuola.

3. *Funzione attuale della contrattazione collettiva nel settore pubblico. C'entra lo Statuto dei Lavoratori?*

La filosofia della unificazione del lavoro pubblico e privato tramite il contratto collettivo che emerge, potentemente, nelle riforme Bassanini/D'Antona della fine degli anni '90, non è certamente quella dello Statuto dei lavoratori; anzi, può dirsi che la logica volontaristica-conflittuale-negoziale dello Statuto non è mai penetrata sino in fondo nel settore pubblico; lo Statuto, oltre tutto, si limita, notoriamente, a presupporre il me-

todo negoziale (al limite fluidificandolo e promuovendolo con la previsione dei diritti sindacali), ma non a regolarlo; è stato quest'ultimo invece l'obiettivo delle leggi riguardanti il settore pubblico. È vero che lo Statuto dei lavoratori ha unificato i due macro settori – pubblico e privato – con riguardo ai diritti sindacali, ma nel settore privato esso si insedia imponendo, almeno originariamente, anche tramite il diritto, una logica di relazioni conflittuali e di contropotere.

Nel settore pubblico lo Statuto, storicamente, si limita a coadiuvare invece una logica cogestiva e collusiva tra sindacati, ceto politico e *management* pubblico, per altro già preesistente, addirittura rafforzandola. Dunque, parlare dello Statuto e della sua filosofia nel settore pubblico non ha senso: sarebbe solo un artificio storico o un atto di retorica politica, se non di declinazione di credo ideologico.

Proporre una lettura secondo la logica protettiva dei diritti collettivi nel settore pubblico ha senso per esempio nell'amministrazione federale e in alcuni stati degli USA, ove sussiste effettivamente un *gap* di tutele sindacali e individuali, la cui riforma è, infatti, al centro del programma della nuova amministrazione democratica.

I diritti sindacali statutari e contrattuali in Italia (per esempio i permessi) sono stati oggetto, per altro, di una lunga polemica su un loro abuso e, non a caso, ridimensionati dalla riforma Brunetta (chi si rivede...!!) e non più ripristinati in quella dimensione.

Ricordato quanto sopra, bisognerebbe interrogarsi e valutare, a più di vent'anni di distanza, la riforma che poneva al centro della regolazione del lavoro pubblico il contratto collettivo e il metodo negoziale e chiedersi cosa sia rimasto dell'originario intendimento, che non era soltanto l'astratta delegificazione regolativa, ma la riforma più ampia della p.a. al traino di un genuino metodo negoziale volontaristico (ancorché in parte eteroregolato proceduralmente in ragione del vincolo di scopo).

E se, di conseguenza, la contrattazione collettiva costituisca ancora una spinta propulsiva al rinnovamento delle amministrazioni pubbliche con riguardo ai suoi contenuti; ovvero se il suo eccesso di istituzionalizzazione e la riduzione dei suoi contenuti all'osso (sostanzialmente la distribuzione, di fatto a pioggia, malgrado il sistema delle *performance*, delle somme preanziate in bilancio) ne segnino ormai una crisi irreversibile. E se i segni indelebili del suo irrigidimento istituzionale, soprattutto al livello decentrato, (di cui alcuni simboli possono considerarsi la elaborazione giurisprudenziale della

categoria del danno erariale da contrattazione integrativa²⁵ o la invalidazione del contratto decentrato con parere contrario del collegio dei revisori²⁶), rappresentino segnali ineluttabili del suo declino.

In estrema sintesi, il punto cruciale è se la contrattazione collettiva del settore pubblico possa ancora considerarsi accostabile e giustapponibile al metodo negoziale del settore privato salvo le sue specificità funzionali che ne dettano alcune regolamentazioni speciali di tipo procedimentale; ovvero se la sua funzionalizzazione a interessi pubblici, al contrario della previsione e dell'auspicio di Massimo D'Antona, ne ha stravolto l'intrinseca natura di metodo negoziale di composizione degli interessi. Se, quindi, bisogna rassegnarsi all'evidenza, magari cercando di adattare i concetti alla realtà che si è venuta assestando, provando a estrapolare nuove categorie di inquadramento del metodo e della funzione negoziale nel settore pubblico oltre che (perché no) innovare il quadro regolatorio; ovvero, se sia necessario auspicare, sia sul piano della prassi negoziale, sia delle regole, un rientro del metodo negoziale pubblico, fortemente ibridato se non addirittura inquinato da pesanti scorie pubblicistiche nell'alveo del metodo volontaristico classico.

4. *Ruolo del sindacato nelle pubbliche amministrazioni: tra neo-concertazione collusiva e dialogo sociale europeo*

Si è detto di una potenziale (o reale?) crisi del metodo della negoziazione collettiva pubblica, nel senso almeno webbianco del fenomeno; onde una sua divaricazione non solo funzionale ma anche strutturale dalla negoziazione collettiva del settore privato. A questo fenomeno non si accompagna, però, un indebolimento di ruolo e presenza sindacale. Anzi, i tassi di sindacalizzazione nel settore pubblico continuano a essere più elevati di quelli del settore privato, non solo in Italia ma in tutta Europa. In Italia, la presenza sindacale è ancora diffusa e forte, sia al centro sia in periferia (quasi microfisica) e continua a condizionare in larga misura la microrganizzazione. Tutto ciò malgrado i tentativi della riforma Brunetta di preservare gli spazi di autonomia della dirigenza dall'interferenza sindacale.

²⁵ Su cui BOLEGO, *Sul danno da contrattazione integrativa nel settore pubblico*, in *LPA*, 2019, 4, p. 17 ss.

²⁶ Cfr. sentenza Corte App. Bologna, 1 ottobre 2020 n. 427.

La riforma Madia ha ridato fiato alle forme della partecipazione sindacale; non è chiaro se esse svolgano una funzione autonoma e separata dalla contrattazione decentrata, magari di segno propulsivo, o siano invece funzionali a un recupero, improprio, della contrattazione decentrata di impronta cogestiva, se non collusiva.

Nel sistema italiano, anche in virtù del canale unico di rappresentanza (le Rsu), si tende, notoriamente, ad appiattare gli istituti della partecipazione su quelli della negoziazione smentendo il paradigma cleggiiano dei vasi comunicanti (più aumenta la partecipazione più si esaurisce la negoziazione). Gli istituti di rappresentanza negoziale e di partecipazione sembrano, infatti, coesistere in un indistinto, spesso fonte di confusione.

Nell'ultimo rinnovo dei contratti collettivi nazionali si introducono alcuni istituti partecipativi ispirati alla logica innovativa del dialogo sociale europeo esteso alle pubbliche amministrazioni²⁷. Faccio riferimento alla riscrittura in quasi tutti i contratti degli istituti della partecipazione sindacale, in alcuni casi di valenza puramente nominalistica (l'informazione e il confronto); altri, invece, ove si intravede un tentativo almeno, o una intenzione, di re-ingegnerizzazione innovativa: gli organismi paritetici per l'innovazione. Nell'ambito di riflessioni generali sul tema della partecipazione nelle pp.aa., sarebbe necessario, in definitiva, chiedersi, più in generale, se la rivoluzione tecnologica in atto, anche per le pp.aa. (della cui riforma, a quanto pare si farà, comunque, carico l'intero nuovo governo e non un singolo ministero²⁸) possa essere uno strumento di rilancio non solo, e necessariamente, di una rinnovata efficienza e di recupero di produttività del lavoro, ma anche di ausilio di politiche di HR che mettano al centro la persona sia nel ruolo di produttore, sia di utente del servizio pubblico. Resta da valutare se, nella prospettiva della partecipazione e del coinvolgimento dal basso di lavoratori e utenti nella creazione di valore pubblico, sia potenzialmente più percorribile la strada della sperimentazione informale (le *best practices* da generalizzare e incentivare); ovvero se sia preferibile, o più realisticamente possibile, la strada della formalizzazione di modelli di partecipazione da introdurre e sviluppare magari attraverso il veicolo della tradizionale contrattazione collettiva. E in

²⁷ Sul dialogo sociale come metodo innovativo nel settore pubblico si veda l'interessante rapporto *Social dialogue in the public service in selected countries of the European Union*, di Lorenzo Bordogna, ILO WP 318, 2018.

²⁸ In tal senso il discorso di insediamento alla Camera del nuovo premier Mario Draghi.

tutto questo, bisognerebbe domandarsi se le OOSS siano in grado di lasciarsi attraversare dal cambiamento o se siano da considerarsi attestate, nel settore pubblico, sul vecchio *refrain* del declinare crescendo. E poi ancora quali soggetti potrebbero intestarsi un tale cambiamento sul versante delle pp.aa. intese quali datrici di lavoro; se l'ARAN pensata e costruita sulla centralità/pervasività della rappresentanza negoziale o al massimo riadattata alla funzione consulenziale ovvero, se non l'ARAN, il dipartimento della FP, le dirigenze apicali, la politica o, magari, secondo alcuni, il legislatore con una ennesima riforma.

5. *Il dicastero Brunetta: atto II. Interventi mirati, non una nuova generale riforma. Recruiting policy e dirigenza*

Il Ministro Brunetta, appena insediato, ha lasciato, al tempo della prima esperienza di governo, una impronta duratura nell'attuale assetto dell'amministrazione pubblica. Si pensi al ciclo delle *performance* regolato nel d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150. L'errore della precedente di riforma, che porta il suo nome ed è tutt'ora vigente, è stato di aver ridato spazio alla dirigenza rendendola più autonoma dalle influenze e dalle aspirazioni cogestive dei sindacati (e questo va bene), ma avendola subito dopo ingabbiata in una pesante armatura legislativa, che ne ha ridotto la discrezionalità e tarpato quel poco di creatività che in alcuni segmenti pur serpeggiava. A completamento del quadro, dopo la gestione Brunetta, s'è aggiunto l'effetto di deresponsabilizzazione (la c.d. amministrazione difensiva) conseguente alla stagione della legislazione anti corruttiva e della tenaglia delle procure (penali e contabili) che ha certamente contribuito a inibirne ulteriormente ruolo e funzione (in disparte ataviche responsabilità proprie, di ceto e di cultura)²⁹; onde l'effetto finale, da più parti rilevato, di ossificazione e banalizzazione dell'amministrazione.

Occorre, inoltre, aggiungere che quel che è cambiato strutturalmente, rispetto alla fase in cui si inserì la pregressa riforma Brunetta, è la crisi, un po' ovunque, del paradigma del *New Public Management* che ha finito per ap-

²⁹ CARUSO, *Le riforme e il lavoro pubblico: la legge "Madia" e oltre. Miti, retoriche, nostalgie e realtà nell'"eterno ritorno" allo statuto speciale del lavoratore pubblico*, in CARUSO (a cura di), *La quarta riforma del lavoro pubblico e oltre*, in questa *Rivista*, 2019, 7, p. 17 ss.

piattire eccessivamente le logiche delle p.a. su quelle, per altro, di un certo, non più egemone, segmento di imprese e di un certo modello di *management* (attento, per schematizzare, ai dividendi e ai risultati a breve): le imprese, cioè, più vocate al mercato che alla responsabilità sociale. Si tratta di un approccio scientifico e culturale, oggi, sostituito da teorizzazioni più attente alle specificità di funzioni delle pp.aa. e alla creazione di nuovo valore pubblico (NPV)³⁰. E tuttavia un ritorno al tema del *management* e quindi della dirigenza pubblica, anche in termini di riforma legislativa, con riguardo alla ri-considerazione del suo ruolo, è lecito attenderselo anche se il clima politico in cui opera l'attuale governo è certamente diverso da allora. Un dipartimento della f.p. fustigatore delle OOSS del settore pubblico, nel clima di neo-concertazione sociale, alla Ciampi, che si respira con la nuova compagine, non è, invece, lecito attenderselo. Due sono, comunque, ad avviso di chi scrive, le urgenze per un intervento riformatore nel settore pubblico; si tratta di riforme perimetrare e non generalizzate: a) la riforma delle procedure di reclutamento che possa consentire assunzioni delle migliori e più fresche energie, oltre che indispensabile *device* per facilitare la riforma dal basso delle pp.aa. e supportare la strategia di medio/lungo periodo di attuazione del Next Generation EU; b) la contestuale riforma, come si è accennato, della dirigenza pubblica. Con riguardo alla prima linea di intervento il segno di discontinuità con le pregresse esperienze sarebbe nei fatti: il precedente dicastero Brunetta – a parte l'enfasi della guerra ai fannulloni, alla quale è succeduta in linea di continuità e con scarsa innovatività la crociata contro i furbetti del cartellino³¹ – ebbe a operare durante la fase dell'*austerità*, nel pieno delle politiche di draconiani tagli alle spese di personale, operati dell'allora ministro delle finanze Tremonti; oggi il compito primario del dipartimento della ff.pp. è, esattamente, l'opposto: sbloccare il processo di ringiovanimento delle pp.aa., riaprendo una fase di reclutamento non di massa e indifferenziato, come vorrebbe chi intende le politiche di assunzione nella p.a. come principale dettaglio di una manovra occupazionale meramente quantitativa; il che finirebbe per richiamare le ricorrenti ondate di assunzione di personale precario poco qualificato: dall'occupazione giovanile

³⁰ Si rinvia all'ampia trattazione di DE MASI, *Lo stato necessario*, Rizzoli, 2020, ed. Kindle, p. 410 ss.

³¹ Di "basicità banale" delle riforme all'insegna dei furbetti del cartellino rispetto al ciclo di riforma Bassanini/D'Antona parla condivisibilmente, MONTESQUIEU, *Con il populismo fallisce la riforma della PA*, in Enti Locali & Edilizia, Sole 24 ore del 18 dicembre 2020.

passando per gli LSU ecc.; bensì mettendo mano finalmente al cambiamento operativo, oltre che regolamentare, di quel vecchio e inutile arnese che rimane il concorso pubblico, per come oggi è ancora regolato: nozionistico, burocratico e a-selettivo; mito *astratto* di teorici *astratti* del principio *astratto* di imparzialità, tra i quali si collocano a pieno titolo i giudici delle alte corti, in primo luogo della Corte costituzionale³².

I processi di reclutamento dovrebbero caratterizzarsi, come avviene in tutte le pubbliche amministrazioni ben attrezzate e che funzionano, per l'integrazione operativa tra imparzialità e la sua proiezione immediata e osmotica costituita dal principio di buon andamento. Per produrre risultati efficaci ed efficienti in termini di qualità del personale reclutato, devono essere proceduralmente tali già i metodi di selezione, da ripensare a monte e integralmente, già con riguardo agli *skill* che si intendono selezionare, anche *soft* e non solo *hard*; professionalità concrete che una moderna amministrazione – orientata alla produzione di valore pubblico – deve richiedere ai propri funzionari e dirigenti; valori tra i quali si annovera anche, ma non solo ormai, come invece nella visione tramontata del NPM³³, l'efficienza e l'efficacia operativa.

La seconda linea di riforma riguarda la dirigenza, rimasta incompiuta dopo gli incidenti costituzionali della prefigurata riforma Madia. La qualità del ceto burocratico di livello alto, costituisce, com'è noto, uno dei nodi, storicamente più intricati, della pubblica amministrazione italiana e che è all'origine del suo malfunzionamento complessivo (una delle cause non l'unica): non solo la formazione e le politiche di reclutamento specifico, ma anche la (mancanza di) cultura operativa e manageriale da collegare pure, nell'attuale quadro, a uno stato di prostrazione non tanto economica, quanto professionale e di ruolo oltre che di mal funzionamento degli strumenti operativi a disposizione. Oggi le dirigenze pubbliche avvertono pure un problema di necessario e radicale ricambio generazionale. Ma tutto ciò imporrebbe l'apertura di un'autonoma riflessione che si rinvia ad altra sede.

³² CARUSO, *Le riforme e il lavoro pubblico*, cit., in particolare par. 6.1 ss.

³³ Teoria, quest'ultima, come è noto, *in auge* tra la fine del secolo scorso e il primo decennio del secolo e un po' ovunque criticata perché troppo appiattita su ipotesi di aziendalizzazione meramente efficientistica delle pp.aa.

6. *Mutamenti organizzativi (dal basso) della p.a. senza necessità di una riforma legislativa. Per un rilancio dell'attività di produzione di valore pubblico*

Su come procedere nel cammino dell'adeguamento delle pp.aa. italiane agli standard europei, che era l'ispirazione già della prima riforma Cassese agli inizi dell'ultimo decennio del secolo scorso, si è avuto già modo di scrivere: riforma organizzativa dal basso³⁴ alla giapponese; pazienza e cambiamenti continui, indotti e sperimentali, fuori da ogni approccio formalistico e burocratico, portati avanti con convinzione, abnegazione, collaborazione e partecipazione organizzata, riscoprendo senso e significato del valore pubblico che inerisce all'agire necessariamente ispirato all'interesse pubblico perseguito dalle pp.aa. La pandemia ha rimesso al centro, nell'opinione comune, la cultura del servizio e dei beni pubblici e l'*habitat* culturale in cui operano le pubbliche amministrazioni dovrebbe essere quasi ideale. Com'è noto, una profonda riorganizzazione delle pp.aa. è stata promossa (stimolata?) dalla ministra della Funzione Pubblica dell'ormai defunto governo giallo rosso, proprio a partire da quella che dovrebbe essere uno dei pochi lasciti positivi della pandemia³⁵: lo *smart working* in proiezione post pandemica. Il condizionale è d'obbligo. Il c.d. POLA, malgrado gli inani sforzi di prenderlo sul serio del mio amico Lorenzo Zoppoli³⁶ – che giustamente si interroga sul rapporto di questo istituto con il principio del buon andamento³⁷ – sembra aver ridotto il suo impatto sull'organizzazione pubblica a una questione di pallottoliere: come se il problema fosse il numero delle mansioni c.d. "smartabili"³⁸ e la proiezione, su questo numero, delle percentuali, obbligatorie, e/o volontariamente scelte dalle p.a., di lavoratori ivi collocabili. Chi, come Domenico De Masi³⁹ sostiene il contrario, con atteggiamento celebrativo – vale a dire lo *smart working* come rivoluzione positiva in sé considerata, anche

³⁴ In tal senso si rinvia a BUTERA, *Organizzazione e società*, Marsilio, 2020, p. 297 ss.

³⁵ Si rinvia a CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in *RIDL*, 2020, 2, p. 215 ss.

³⁶ ZOPPOLI L., *Riformare ancora il lavoro pubblico? L' "ossificazione" delle pubbliche amministrazioni e l'occasione post-pandemica del POLA*, di prossima pubblicazione su *LPA*, 2021, 1.

³⁷ Più in generale, si v. ZOPPOLI L., *Buon andamento della pubblica amministrazione e diritti e doveri di lavoratori*, in *LPA*, 2019, 2, p. 1 ss.

³⁸ Il maltrattamento anglofono della lingua italiana sembra sia un risultato comunque certo della modernizzazione operata dalla fp nel governo giallo rosso.

³⁹ DE MASI, *Smart working, La rivoluzione del lavoro intelligente*, Marsilio, 2020, ed. Kindle, p. 419 ss.

nella pubblica amministrazione – in fondo non porta dati salienti a sostegno della sua tesi. Secondo il sociologo dovremmo fidarci, con riguardo all'effetto, sempre e comunque positivo dello *smart working*, di due ricerche: una dell'Enea pre-covid, a campione molto limitato (circa 3.000 dipendenti pubblici) e un'altra del Forum della p.a. svolta in pieno *lock down* (tra aprile e maggio 2020⁴⁰). Da tali ricerche, per altro a campione e a oggetto molto limitato (altre ne sono state pubblicate dell'osservatorio del politecnico di Milano), viene fuori quel che si poteva immaginare; risposte differenziate sul livello di soddisfazione dei protagonisti dello tsunami del lavoro a distanza e opportunità, comunque, di un atteggiamento prudente: va bene ma solo se ibridato, reso effettivamente ubiquo e a dosi controllate. Il problema vero, e che una posizione acriticamente celebrativa non coglie, è che, soprattutto nelle pp.aa., l'imperativo costituzionale del buon andamento è al centro di ogni modello organizzativo, per le sue implicazioni e ricadute sull'interesse (valore) pubblico perseguito dalle medesime. Ne deriva che lo *smart working*, come del resto anche nel settore privato, non può essere misurato solo in termini di maggiore benessere organizzativo o conciliativo⁴¹, ma anche in termini di incremento della produttività, posto che quello che le pp.aa. producono, sia materialmente sia immaterialmente, non è solo un astratto *output* contabilizzabile, ma anche valore pubblico che è più tale quanto politicamente meglio orientato, oggi, nel senso della stella polare della sostenibilità (giusta la funzione di indirizzo politico che ovviamente, in tal senso, non è neutra): migliori e più ampi servizi pubblici a favore dell'utenza e non solo⁴², investimenti pubblici, realmente produttivi, in innovazione e ricerca⁴³, attenzione al concetto ormai olistico e circolare di sostenibilità, tutela dei beni

⁴⁰ DE MASI, *Smart Working*, cit. p. 419 ss.

⁴¹ Per una disamina dei tre sottotipi sociali tendenziali dello *smart working*, cfr. CARUSO, *Pubbliche amministrazioni*, cit., spec. par. 4.1.

⁴² Sul concetto di interesse e valore pubblico, si veda BOZEMAN, *Public Values and Public Interest*, Georgetown University Press, Washington, 2007; oltre al classico MOORE, *La creazione di valore pubblico*, Guerini e associati, Milano, 2003; e i saggi e le ricerche empiriche contenuti in BENIGTON AND MOORE (ed. by), *Public Value, Theory and Practice*, Palgrave MacMillan, 2011. La teoria del valore pubblico si interroga per esempio sul fatto che tra i valori pubblici generati rientrano anche atti e provvedimenti non bene accolti dagli utenti destinatari: per esempio, incrementare il contrasto all'evasione tributaria non giova certo agli utenti, *uti singuli*, cui si rivolge l'attività ma produce comunque valore pubblico.

⁴³ Su questo insiste molto l'economista M. MAZZUCATO e indicazioni operative interessanti si trovano nel rapporto della Commissione COLAO, *Iniziativa per il rilancio "Italia 2020-2022"*; in proposito, si rinvia a CARUSO, *Pubbliche amministrazioni*, cit.

comuni. Che il benessere organizzativo sia strumentale al valore pubblico, perché una migliore organizzazione che coinvolga i dipendenti rende più efficiente la p.a. e la mette meglio in grado di perseguire la propria *mission* è un conto; ma il benessere organizzativo, o la conciliazione dei tempi, non possono essere obiettivi in sé considerati e avulsi dal contesto.

Con riguardo allo specifico tema dello *smart working*, a cui ho prima accennato, limitarsi a vederlo come servente soltanto il benessere organizzativo, rischia di produrre effetti rifrangenti⁴⁴. Al di là del dato assodato di una maggiore autonomia spazio/temporale della prestazione, il problema non è trasferire in remoto un certo numero di mansioni e funzioni, ma proprio quello del concetto di mansioni, che nell'attuale organizzazione simil-taylorista dell'ufficio pubblico sono, per altro, in larga misura frantumate (direbbe Federico Butera), cioè parcellizzate e proceduralizzate, spesso avvertite come inutili perché inserite in compiti afferenti a procedimenti di cui non si coglie senso e significato in termini di produzione di valore pubblico ma anche in sé considerate; e ciò sia che esse siano svolte da remoto o svolte in presenza. Il problema è, dunque, il modello di organizzazione taylor fordista dell'ufficio pubblico, ancora imperante nella p.a. italiana⁴⁵ e, per altro, neppure attuato secondo i migliori corollari scientifici e razionali del metodo taylorista. Onde l'assenza della filosofia del *change management* nell'approccio *top down*, quasi a telecomando e una volta per tutte della ministra uscente allo *smart work*; esso è, per l'appunto, l'antitesi di ogni visione progressiva e paziente (senza fretta) di inserimento sistemico e strategico di tale modello organizzativo all'interno di una pratica, costante ma decisa e *bottom up*, di cambiamento per progetti incrementali, diffusivi e sperimentali.

Certamente è da riconoscere che la pandemia è stata l'occasione di con-

⁴⁴ In tal senso le critiche condivisibili di DIVICO all'infatuazione pro *smart working* dell'ex ministro Dadone, *Ragioniamo senza fretta sul lavoro a distanza*, in *Il Corriere della sera*, 5 luglio 2020. Una posizione che appare unilateralmente funzionale all'obiettivo di conciliazione dello *smart working*, pare essere quella di TINTI, *Il lavoro agile e gli equivoci della conciliazione virtuale*, in *WP CSDLLE "Massimo D'Antona".IT-419/2020*. Più attenta alle diverse funzioni MILITELLO, *Conciliare vita e lavoro. Strategie e tecniche di regolazione*, Giappichelli, 2020, spec. p. 187 ss.

⁴⁵ Paradigmatico il tentativo di trasformare il modello di organizzazione del lavoro di uno degli enti pubblici che passa peraltro tra i più moderni e avanzati in Italia, l'INPS di fronte al blocco del cambiamento che si determinò. Si v. ampiamente, BUTERA, *Organizzazione e società*, cit., spec. cap. 12. È obbligo domandarsi se la criticata *performance* dell'Ente alle prese con la superattività della pandemia sarebbe stata la stessa, se il descritto cambiamento organizzativo, mai attuato e descritto da Butera, si fosse effettivamente realizzato.

cretizzazioni virtuose – con effetto quasi di massa critica – della cultura e dell'utilizzo del digitale e dei suoi apparati tecnici anche tra i dipendenti pubblici, costretti a fare di necessità virtù; ma questa esplosione improvvisa e poco governata spiega pure come mai di tale istituto si è fatto, e si sta ancora facendo, un uso opportunistico e iper garantistico⁴⁶. Anche in tal caso non occorre generalizzare; come ha replicato De Masi a Pietro Ichino, non esistono ricerche sistematiche in grado di provare simili affermazioni (al di là dei singoli casi citati da Ichino); ma è probabilmente vero che, in qualche caso, decrementi di produttività mascherati da continuità operativa si siano effettivamente verificati. Esattamente il contrario di quel che è avvenuto nel settore privato⁴⁷.

E tuttavia nuove concezioni dell'organizzazione pubblica, come si accennava, al traino della teoria del *New public service*, sembrano oggi diffondersi e affermarsi dopo le forzature ideologiche del *New public management*; e in questo contesto più ampio occorre forse collocare la riflessione e la pratica dello *smart working* nel settore pubblico.

La teoria del *New public service* e la sua variante della *New public governance* ridanno indubbiamente fiato a considerazioni, anche originali, sulla creazione del valore pubblico nel settore dei servizi e delle pp.aa. che interessano in primo luogo il ruolo del management pubblico, la sua funzione e la sua identità. Ma che riguardano, a mio avviso, anche il ruolo e la collocazione dei lavoratori pubblici, e le relative organizzazioni, nella catena di creazione del valore pubblico. Le ripercussioni riguardano, per quel che concerne specificamente i giuslavoristi, una nuova concezione del contratto individuale di lavoro (il *personal work nexus*), e, per quel che ci interessa oggi, anche l'organizzazione e la partecipazione collettiva e dal basso, non solo dei lavoratori, ma anche degli stessi utenti. Ma questa è un'altra storia.

⁴⁶ Sul punto cfr. la ripetuta e nota polemica di Pietro Ichino, ribadita anche in interviste sul Corriere della sera del 16 giugno 2020, *Smart working? Per gli statali una vacanza*; sulla *Verità* del 23 novembre 2020, *Ma finora nessuno ha verificato se gli statali a casa lavorano o no*; su *Italia oggi* del 23 ottobre 2020, *La p.a. si trova in semiletargo, perché non dispone di idee e strumenti per lo smart working*; su *Milano Finanza* del 27 giugno del 2020, *Ichino: il letargo del settore pubblico non è smart working*.

⁴⁷ Si veda l'indagine dell'Ufficio studi di Banca d'Italia, DEPALO, GIORGI, *Il lavoro da remoto in Italia durante la pandemia. I lavoratori del settore privato*, 22 gennaio 2021.

Antonio Di Stasi

Categoria e rappresentatività nel pubblico impiego

Sommario: **1.** Il collegamento tra categoria e rappresentatività. **2.** Gli effetti dello Statuto sul lavoro pubblico. **3.** Il referendum del 1995 e la disciplina vigente. **4.** Numero e definizione dei comparti oggi. **5.** La quantificazione della capacità rappresentativa per i sindacati dei dirigenti. **6.** Il mantenimento della capacità rappresentativa. Il caso dell’Agenzia del demanio. **7.** Cenni conclusivi.

I. *Il collegamento tra categoria e rappresentatività*

La riflessione su “Statuto, conflitto e relazioni sindacali nel settore pubblico” si inserisce in uno stimolante canovaccio che ha come titolo “la cultura giuridica del lavoro a mezzo secolo dallo Statuto dei lavoratori”¹. Ciò impone di collegarci al cambio di passo delle relazioni sindacali e anche della cultura giuridica avvenute poco più di cinquant’anni fa, con un occhio rivolto alle questioni problematiche di allora e alle questioni ancora aperte.

In questa ottica, il tema “Categoria e rappresentatività” è un tema antico che risale all’ordinamento corporativo ovvero alla soluzione scelta sotto il fascismo per dare efficacia *erga omnes* alla contrattazione collettiva². Lo stesso costituente si era dato un obiettivo condivisibile e cioè quello di garantire – uso le parole di allora – la coincidenza del frutto della contrattazione con l’interesse collettivo da proteggere e per questo l’articolo 39 postula lo svol-

¹ Il presente contributo riprende la relazione tenuta il 3 dicembre 2020 nel Convegno su “Statuto, conflitto e relazioni sindacali nel settore pubblico, oggi” organizzato dalla Università Parthenope di Napoli. Nell’opera di revisione ci si è limitati ad aggiungere riferimenti bibliografici essenziali.

² RIVA SANSEVERINO, *Il contratto collettivo nella legislazione italiana*, in *DL*, 1946, I, p. 3 ss.

gimento ordinato dell'attività del sindacato attraverso il regolamento unitario degli interessi di categoria³.

Ecco quindi ben chiaro il collegamento operato tra la categoria, che rappresenta nell'idea del costituente il campo di applicazione del contratto o dell'accordo sindacale, e la rappresentatività, cioè la capacità delle organizzazioni sindacali di essere effettivamente rappresentative della comunità di lavoro che trarrà beneficio dalla regolamentazione contrattuale⁴.

Il termine “categoria” però si presta a diverse interpretazioni e può essere considerato sotto vari profili: sotto il profilo merceologico, sotto il profilo professionale, sotto il profilo di settore, ma anche sotto un profilo di articolazione territoriale.

Su questo la dottrina già dagli anni '60 – ricordo gli studi degli indimenticabili maestri Giorgio Ghezzi e Federico Mancini⁵ – si è molto esercitata anche perché la questione assumeva e assume tutt'ora una grande importanza nel settore privato. All'epoca la questione, invece, non assumeva una grande rilevanza nel settore pubblico in quanto i pubblici impiegati avevano – lo ricordo a me stesso – una regolamentazione unilaterale statale direi autoritativa e quindi la contrattazione non apparteneva al mondo del pubblico impiego e ciò fino a che si è avuta la svolta mezzo secolo fa con lo Statuto dei lavoratori che oggi ricordiamo.

2. *Gli effetti dello Statuto sul lavoro pubblico*

Con lo Statuto, infatti, cambia la cultura giuridica anche con riferimento al tema della contrattazione e della rappresentatività sindacale. In particolare, lo Statuto faceva cadere una sorta di velo a quel “non detto” per il dipendente pubblico che non aveva una contrattazione collettiva, a differenza del lavoratore privato, e che giustificava l'esclusione della stabilità reale del posto di lavoro e, dunque, in una valutazione tra pesi e contrappesi si accettava

³ MARIUCCI, *L'attualità di un dibattito antico. Introduzione a L'attuazione degli articoli 39 e 46 della Costituzione. Tre proposte a confronto*, in *Quad. RGL*, Ediesse, 2016, p. 6 ss.

⁴ Per un approfondimento del rapporto tra libertà sindacale, contrattazione collettiva e “categoria” v. CENTAMORE, *Contrattazione collettiva e pluralità di categorie*, Bonomia University Press, 2020.

⁵ GHEZZI, *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, Giuffrè, 1963; MANCINI, *Libertà sindacale e contratto collettivo “erga omnes”*, in *RTDPC*, 1963, p. 570 ss.

questa sorta di contraddizione per cui il lavoratore pubblico non poteva – uso una forzatura – essere licenziato mentre il lavoratore privato sì; il lavoratore privato godeva di benefici della contrattazione collettiva e il lavoratore pubblico no.

Con l'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori accade che anche il lavoratore dipendente delle imprese o di datori di lavoro privati non poteva essere licenziato senza una ragione e veniva a godere di una tutela forte similmente al lavoratore pubblico. A seguito poi dell'aumento a dismisura del numero dei dipendenti pubblici, della constatazione che molti lavoratori svolgono compiti e mansioni perfettamente sovrapponibili con quelli dei dipendenti privati, tanto da far venire meno la percezione del dipendente come *longa manus* dello Stato ed investito di una pubblica funzione, la diffusione di idee progressiste e sull'onda del protagonismo dei lavoratori (a partire dalla conquista dei metalmeccanici del contratto collettivo del 1969) spinge anche larghi settori del pubblico impiego a rivendicare “nuovi” diritti e ad organizzarsi collettivamente con un deciso aumento del tasso di sindacalizzazione, che era sempre stato molto modesto prima degli anni '70.

Prende forza la richiesta di poter contrattare collettivamente anche nei settori della pubblica amministrazione e il legislatore, in modo all'inizio molto frammentario, riconosce in quelli che oggi definiremmo comparti il diritto alla contrattazione. Il ricordo va alle leggi dei primi anni '70 con riferimento alla sanità pubblica, agli enti del parastato, all'Inps periodo in cui si sviluppa la contrattazione collettiva anche per i pubblici dipendenti, fino ad arrivare prima alla l. 29 marzo 1983, n. 93 e poi alla formulazione del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29⁶; di quell'assetto, cioè, che sostanzialmente è rimasto in vigore fino ad oggi.

3. *Il referendum del 1995 e la disciplina vigente*

Qual è l'effetto del *referendum* del 1995 sulla rappresentatività, rappresentanza e poi anche sulla contrattazione collettiva? Come si ricorderà, furono presentati agli elettori vari quesiti per l'abrogazione totale o parziale delle norme che riguardavano la rappresentanza sul luogo di lavoro e cioè i

⁶ Ricostruiscono molto bene tutti i passaggi S. BATTINI, S. GASPARRINI, *Miseria delle politiche del pubblico impiego in Italia*, in *Sinapsi*, 2020, n. 1, in specie p. 9 ss.

requisiti delle associazioni sindacali per poter costituire rappresentanze sindacali aziendali e si ebbe un esito – diciamo così – non coerente, nel senso che, con riferimento all’art. 19 dello Statuto dei diritti dei lavoratori – la norma che permette la costituzione di Rappresentanze sindacali in azienda –, passò seppur per pochi voti il referendum abrogativo “minimale” quello che cioè abrogava soltanto la lettera a) dell’articolo 19, che incardinava il potere di costituire RSA in capo alle associazioni sindacali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative. E, dunque, tutt’oggi l’articolo 19 dello Statuto rispetto alla originaria formulazione vede vigente soltanto la lettera b) che prevede che soltanto le organizzazioni sindacali firmatarie del contratto collettivo applicato nell’unità produttiva di riferimento possono costituire rappresentanze sindacali aziendali.

Per il settore pubblico, invece, il quesito referendario sulla rappresentanza nel lavoro pubblico, che prospettava l’abrogazione totale della norma sulla possibilità di costituire rappresentanze sindacali nell’unità amministrativa sul luogo di lavoro, fu accolto e dunque fu necessario metter mano alla scrittura delle regole per poter costituire le rappresentanze sindacali.

Il legislatore *post referendum* fu particolarmente lungimirante e ideò un sistema non solo con riferimento alla capacità rappresentativa dei sindacati per costituire una rappresentanza sul luogo di lavoro, ma intervenne anche con riferimento al sistema della contrattazione collettiva disegnando un sistema di relazioni sindacali e contrattuali organico e coerente in cui ammetteva l’accesso alla contrattazione collettiva al tavolo negoziale per la stipula del contratto collettivo nazionale di lavoro le organizzazioni sindacali che avessero dimostrato attraverso due indici di avere una capacità rappresentativa superiore al 5%.

I due indici erano e sono quelli relativi al numero degli iscritti ad ogni organizzazione sul totale dei sindacalizzati che va mediato con le percentuali di voto ottenute nelle elezioni per la rappresentanza sindacale nel luogo di lavoro. L’altra novità introdotta dal legislatore nel ’97 fu quella di prevedere rappresentanze sindacali unitarie e cioè rappresentanze sindacali sul luogo di lavoro scelte da tutti i lavoratori, non soltanto dai sindacalizzati, su liste presentate dalle organizzazioni sindacali. Nel settore pubblico, da più di vent’anni, sappiamo con certezza chi rappresenta chi ed anzi addirittura con che capacità rappresentativa ovvero con che percentuale di rappresentatività può sedersi al tavolo negoziale per la stipula del contratto collettivo.

La visione del legislatore è stata sicuramente lungimirante tanto che

possiamo affermare che quel sistema ha retto molto bene anche nel tempo e tuttora quella regolamentazione è sostanzialmente immutata.

4. Numero e definizione dei comparti oggi

Cosa ha previsto il legislatore del 1997⁷ con riferimento a quelli che nel settore privato vengono definite “categorie” e nel pubblico “comparti”? Ha previsto che fosse verificata anche la capacità rappresentativa delle confederazioni sindacali e che fosse rimessa alle confederazioni sindacali in un tavolo apposito con l’Agenzia che rappresenta le pubbliche amministrazioni la decisione di dividere il lavoro pubblico in comparti e cioè in settori omogenei. La definizione del numero dei comparti il legislatore inizialmente l’aveva rimessa all’autonomia collettiva e lasciava alla scelta tra Aran e confederazioni sindacali sia il numero dei comparti e sia anche il potere di disegnare i rispettivi confini. Nel tempo si sono succeduti Accordi Quadro con una regolamentazione un po’ a fisarmonica che ampliavano o diminuivano il numero dei per comparti (6, 8, 10) fino a che il legislatore ha stabilito recentemente che il numero dei comparti dovesse essere portato a quattro e quindi a quattro comparti con quattro “aree” per la dirigenza⁸, rimettendo però sempre ai contratti quadro stipulati a livello Intercompartimentale la possibilità di riempire il contenuto ovvero di delimitare i confini ovvero i contorni del comparto⁹. Un primo problema che dobbiamo porci è quello relativo alla legittimità costituzionale di una norma che appunto predetermina il numero dei comparti. Ritengo che non possa essere sostenuta la tesi della illegittimità di una tale previsione per violazione del principio di determinazione del comparto da parte dell’autonomia sindacale per la semplice ragione che nulla impedisce ai sindacati, nel momento in cui contrattano l’Accordo sulla determinazione dei comparti, di prevedere specificazioni con riferimento ad aree professionali o anche a lavoratori appartenenti ad amministrazioni che hanno una loro peculiarità e che quindi,

⁷ Si permetta il rinvio a DI STASI, *Le rappresentanze sindacali nel pubblico impiego*, Giappichelli, 2^a Edizione, 2000.

⁸ RUSSO C., *Aspettando Godot? Nuovi comparti e aree dirigenziali in attesa del rinnovo 2016-2018*, in *DLM*, 2016, p. 439 ss.

⁹ TALAMO, *Antefatti, luci ed ombre dei rinnovi contrattuali del pubblico impiego*, in *GDA*, 2018, p. 277 ss.

pur facendo parte del medesimo comparto, possono avere una regolamentazione differenziata da altri lavoratori di altre pubbliche amministrazioni.

5. *La quantificazione della capacità rappresentativa per i sindacati dei dirigenti*

Certamente il tema meriterebbe ulteriori considerazioni e maggiori approfondimenti anche perché la problematica è particolarmente nuova e non è stata portata al vaglio giurisprudenziale, cosa che, invece, è accaduta con altre questioni come quella approdata in Cassazione un paio di anni fa (sent. 31 maggio 2018, n. 13982) relativamente alla rappresentatività dei sindacati dei dirigenti ed in particolar modo della dirigenza medica. La controversia deriva dalla tradizionale scelta dei sindacati dei dirigenti di non partecipare alle elezioni per le RSU con ovvi riflessi sulla quantificazione della capacità rappresentativa considerato, come si ricordava sopra, che la misurazione della rappresentatività si basa sulla media tra due dati il numero di iscritti a quel sindacato sul totale dei sindacalizzati e sul successo elettorale nelle elezioni delle RSU¹⁰. Il sindacato della dirigenza medica chiedeva sostanzialmente di far riferimento soltanto al requisito del numero degli iscritti al sindacato sul totale dei sindacalizzati senza procedere con la media perché non partecipando alle elezioni per la RSU ritenevano che la capacità rappresentativa dovesse essere verificata soltanto su questo dato. La Cassazione ha ritenuto però che la scelta di non partecipare alle elezioni per la RSU è legittima, ma non può mettere in discussione il meccanismo di quantificazione della capacità rappresentativa e dunque nel caso in cui nella dirigenza non si sia costituita una RSU comunque il dato della sindacalizzazione del numero degli iscritti a quel determinato sindacato deve essere diviso per due, prevedendo la legge proprio il meccanismo della media. Se grandi problemi di funzionalità o di *vulnus* non ci sono in concreto, però, da un punto di vista teorico la questione è importante e va tenuta presente perché potrebbe anche emergere con riferimento ad altri profili.

¹⁰ UGOLINI, GNACCARINI, *RSA e RSU, Pro e Contro*, in *Argomenti*, 2014, 4, p. 4 ss.

6. *Il mantenimento della capacità rappresentativa. Il caso dell' Agenzia del demanio*

Un'altra questione che ha occupato le Corti ed è approdata anche in Cassazione ha riguardato il tema della rappresentatività sindacale allorché alcuni *pezzi* della pubblica amministrazione sono stati trasformati in enti pubblici economici. Il caso è quello dell' Agenzia del demanio – che, quindi, oggi ha un contratto collettivo privatistico – ove si è posto il problema della definizione degli attori che possono sedere al tavolo negoziale ovvero di non permettere l'accesso ad un determinato sindacato al tavolo della contrattazione. La sentenza della Cassazione del 5 luglio 2016, n. 13677 è molto interessante in quanto non solo tratta del passaggio tra il criterio della quantificazione della rappresentatività dal pubblico al privato, ma perché ricorda che alla base del sistema debba esserci l'effettiva genuina capacità rappresentativa del sindacato per poter garantire una contrattazione collettiva che poi possa esplicare determinati effetti anche generalizzati.

La questione viene risolta affermando il principio che chi contrae deve essere effettivamente rappresentativo e in tal senso non poteva mancare il richiamo alla sentenza della Corte costituzionale 23 luglio 2013, n. 231 (scaturita dalla battaglia giudiziaria tra la Fiom e la Fiat che appunto aveva escluso la Fiom dal diritto di costituire RSA in quanto non firmataria del contratto collettivo). In tale ottica, si afferma che il sindacato che effettivamente rappresenta i lavoratori può dimostrarlo in vario modo (nella specie, sulla considerazione che un determinato sindacato quando l'agenzia del demanio era sotto il ministero e non era ancora Agenzia era rappresentativo) e dunque nel momento in cui si deve andare a discutere il nuovo contratto anche se privatistico è illegittima l'esclusione dal tavolo negoziale di quel sindacato che invece nel sistema pubblico era sicuramente rappresentativo. In sostanza, la Cassazione cerca di riportare ad unità il sistema che invece è molto divaricato tra sistema pubblico e sistema privato.

7. *Cenni conclusivi*

Mi avvio a conclusione proprio riallacciandomi a quest'ultimo aspetto e cioè quello di capire se la cultura giuridica in relazione al sistema di rap-

presentanza e rappresentatività nel settore pubblico possa essere utile per risolvere il problema della rappresentatività e della contrattazione collettiva nel settore privato ovvero se la disciplina dettata per il settore pubblico possa essere generalizzata all'intero mondo del lavoro¹¹.

Nel settore privato – come noto – la questione della rappresentatività e dell'efficacia della contrattazione collettiva è “carne che sanguina”, con la presenza, pure, di una molteplicità di contratti collettivi c.d. pirata (perché vanno ad alterare quelle che dovrebbero essere regole ontologiche della contrattazione collettiva e della rappresentatività)¹². Occorre, pertanto, chiedersi se l'esperienza del settore pubblico possa essere utile nel settore privato.

La risposta non può che essere positiva e a tal proposito ricordo che gli Accordi Interconfederali sulla rappresentanza¹³ prevedono la possibilità di raccogliere i dati del gradimento di ogni sindacato tra tutti i lavoratori o tra i lavoratori sindacalizzati attraverso la rilevazione delle deleghe ovvero delle trattenute in busta paga¹⁴. A tal proposito, un anno fa è stata stipulata la convenzione tra Ispettorato nazionale del lavoro, Inps, Cnel¹⁵ per appunto raccogliere i dati sulla capacità rappresentativa di ogni sindacato e se le siffatte previsioni diventassero operative e dunque se si riuscisse a misurare la capacità rappresentativa del sindacato anche nel settore privato, a cascata potremmo avere la misura della capacità rappresentativa di ogni confederazione a cui aderiscono le federazioni sindacali e a quel punto potremmo avere accordi interconfederali firmati da Confederazioni dalla capacità rappresentativa certificata¹⁶. Sarebbe così possibile poter disegnare il sistema di rappresentanza

¹¹ GAROFALO, *Solidarietà, differenze, riunificazione del mondo del lavoro*, in BARBIERI, VOZA (a cura di), *Gianni Garofalo. Il pane del sapere*, Ediesse, 2011, p. 295 ss.

¹² GRECO, *Contrattazione collettiva, contratti pirata ecc.*, in *VTDL*, 2017, p. 367 ss.

¹³ SCARPELLI, *Il Testo Unico sulla rappresentanza tra relazioni industriali e diritto*, in *DRI*, 2014, p. 687 ss.

¹⁴ CARUSO, *Testo Unico sulla rappresentanza*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona.IT*, 2014, 224; BARBIERI, *Note critiche al testo unico sulla rappresentanza sindacale*, in ZOPPOLI L., ZOPPOLI, DELFINO A. (a cura di), *Una nuova costituzione per il sistema di relazioni sindacali?*, Editoriale Scientifica, 2014, p. 211 ss.

¹⁵ TIRABOSCHI, MASSAGLI, *La convenzione con INPS e INL, tra passi avanti e i nodi politici della regolazione della rappresentanza che permangono*, in *Boll. Adapt*, 23 settembre 2019, n. 33; ZILIO GRANDI, TORSSELLO, *La contrattazione decentrata*, in SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale, Privato e pubblico*, VIII ed., Utet, 2020, p. 2269–70.

¹⁶ Non ci si nasconde, ma il problema è politico e non tecnico, che occorrerebbe risolvere

e rappresentatività ad iniziare dalla determinazione delle diverse “categorie” e dei loro confini, per dare certezza ed effettività anche alla contrattazione sindacale nel settore privato.

anche il problema della rappresentatività datoriale; cfr. FORLIVESI, *La rappresentatività datoriale: funzioni, modelli, indici di accertamento*, in *LD*, 2018, p. 521 ss.

Adriana Topo

Dinamismo/istituzionalizzazione della contrattazione collettiva pubblica ed “efficienza” del contratto integrativo

Sommario: **1.** Una domanda: cosa è rimasto dell'autonomia collettiva nella disciplina del contratto collettivo per il settore pubblico? **2.** L'assetto della contrattazione collettiva nel pubblico e l'innovazione nella gestione dei rapporti di lavoro. **3.** La verifica empirica del funzionamento del meccanismo di rinvio fra contratti collettivi di diverso livello. **4.** Genericità/rigidità dei rinvii fra contratto nazionale e contratto integrativo. **5.** Shock organizzativi e contrattazione integrativa. **6.** Conclusioni.

1. *Una domanda: cosa è rimasto dell'autonomia collettiva nella disciplina del contratto collettivo per il settore pubblico?*

All'apertura di questo contributo è opportuno ricordare una delle domande che Bruno Caruso, con la consueta efficacia che caratterizza i suoi interventi, ha posto ai relatori del convegno su “*Statuto conflitto e relazioni sindacali nel settore pubblico oggi*”¹. Caruso ha guidato la discussione osservando: “a più di vent'anni della riforma che poneva al centro della regolazione del lavoro pubblico il contratto collettivo [...] cosa è rimasto dell'originario intendimento, che non era soltanto l'astratta delegificazione regolativa, ma la riforma più ampia della p.a. al traino di un genuino metodo negoziale volontaristico (ancorché in parte etero-regolato proceduralmente in ragione del vincolo di scopo)? La contrattazione collettiva costituisce ancora una spinta propulsiva al rinnovamento delle amministrazioni pubbliche con riguardo ai suoi contenuti? Ovvero il suo eccesso di istituzionalizzazione e la

¹ Organizzato da M. ESPOSITO all'Università degli Studi di Napoli Parthenope, Dipartimento di Giurisprudenza, il 3 dicembre 2020.

riduzione dei suoi contenuti all'osso (sostanzialmente la distribuzione, di fatto a pioggia, malgrado il sistema delle *performance*, delle somme pre-stanziate in bilancio) ne segnano una crisi irreversibile?².

Le considerazioni oggetto di questo contributo non prendono in esame il complessivo sistema della contrattazione collettiva – come pure sarebbe necessario per rispondere a un quesito di tale ampiezza – ma ne mettono a fuoco una parte soltanto: la contrattazione integrativa³.

La contrattualizzazione del pubblico impiego, ovvero sia il processo che ha condotto al riconoscimento a pieno titolo del metodo negoziale come strumento di disciplina del rapporto di lavoro nel settore pubblico, è stata fondamentale nel passaggio concettuale dal pubblico impiego alla diversa realtà del lavoro nelle aziende della pubblica amministrazione. Sarebbe però riduttivo interpretare il ruolo del contratto collettivo ai soli fini della disciplina del rapporto di lavoro perché la contrattualizzazione aveva il fine di declinare, da una prospettiva specifica, un diverso modo di interpretare non solo il lavoro ma, più in generale, l'organizzazione e la gestione delle attività umane, se non degli uffici, all'interno dell'universo pubblico, fornendo in buona sostanza alla dirigenza uno strumento operativo, più flessibile della legge⁴, e condiviso con le parti sociali. La riforma della pubblica amministrazione trovava dunque uno dei propri elementi fondanti nell'adozione del contratto collettivo, restando pertanto nettamente sullo sfondo il contratto

² CARUSO, Relazione al convegno su “*Statuto conflitto e relazioni sindacali nel settore pubblico oggi*”, organizzato dall'Università degli Studi di Napoli Parthenope il 3 dicembre 2020.

³ Tra i contributi più recenti in materia, cfr. TENORE, BUSICO, *Il manuale del pubblico impiego privatizzato*, Epc, 2020, p. 138 ss.; RICCI, DI NOIA, *Le (nuove) relazioni sindacali nel settore pubblico*, in VTDL, 2020, 1, p. 97 ss.; MATTEI, *Evidenze empiriche della contrattazione collettiva integrativa nelle università tra opportunità e vincoli di sistema*, in LPA, 2019, 4, p. 92 ss.; ID., *La contrattazione integrativa nella c.d. riforma Madia: continuità, discontinuità, opportunità, contraddizioni*, in RGL, 2019, 4, p. 111 ss.; DI STASI, *Contrattazione integrativa nel pubblico impiego: chi non firma il Ccnl ha diritto a trattare?*, in RGL, 2019, 2, p. 303 ss.; GARGIULO, *La contrattazione integrativa nelle pubbliche amministrazioni: cronache dal bradisismo*, in LPA, 2019, 2, p. 57 ss.; BOLEGO, *Sul danno da contrattazione integrativa nel settore pubblico*, in LPA, 2019, 4, p. 17 ss.

⁴ ZOPPOLI L., *Riformare ancora il lavoro pubblico? L'“ossificazione” delle pubbliche amministrazioni e l'occasione post pandemica del POLA*, in LPA, in corso di pubblicazione, nel quale viene fatta allusione al *New Public Management* la politica che, fondata sulla trasposizione al pubblico dei metodi di gestione applicati nel privato, ha trovato massima espressione negli anni '90 del secolo scorso. Sul tema, cfr. TOPO, *La contrattazione integrativa*, in CARINCI F., MAINARDI, *La terza riforma del lavoro pubblico*, Ipsos, 2011, p. 415 ss., spec. p. 421; cfr., altresì, ID., *Strike in the Essential Services: Italy*, in WP CSDLE “Massimo D'Antona”. INT- 142/2018, p. 8 ss., spec. p. 12.

individuale che, del resto, continua ad avere un ruolo poco significativo⁵ ai fini della disciplina del rapporto anche nel settore privato, e che acquisisce relativa maggiore importanza in relazione alle figure dirigenziali.

L'adozione del contratto, sebbene assoggettato a norme imperative volte a contenere la discrezionalità dell'amministrazione, in particolare per quanto riguarda l'individuazione degli interlocutori sindacali, doveva infatti portare al superamento di schemi rigidi di inquadramento del personale, alla valorizzazione della capacità gestionale del dirigente⁶, e in buona sostanza alla maggiore efficienza dell'azione amministrativa⁷.

In tale progetto di rilevanza costituzionale in ragione del fine perseguito, la contrattazione integrativa doveva essere l'ultimo ma fondamentale ingranaggio del meccanismo regolatore, strumentale all'attuazione dell'efficienza dell'azione pubblica.

Questo progetto ha vissuto varie fasi di attuazione, e la contrattazione integrativa appare come uno dei profili in relazione ai quali l'architettura originaria del disegno regolatore più si distanzia dagli intenti dello spirito della riforma. Il contratto integrativo oggi ha infatti il preminente compito di attuare il sistema delle performance⁸ al quale deve destinare la "quota prevalente delle risorse finalizzate ai trattamenti economici accessori comunque denominati" per assicurare "adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici, incentivando l'impegno e la qualità della performance"⁹, in un contesto generale nel quale le regole sul merito sono stabilite dalla legge¹⁰

⁵ Sembra, peraltro, continuare ad essere questa l'impostazione di fondo anche nella c.d. "Riforma Bongiorno" o "intervento concretezza". Invero, tali deleghe sono conferite anche al fine di ridefinire gli ambiti di intervento della legge, della contrattazione collettiva integrativa e della contrattazione individuale nella disciplina del rapporto di lavoro pubblico non dirigenziale. Rimane però rigida la specificazione delle ipotesi di inderogabilità delle disposizioni di legge da parte della contrattazione collettiva e individuale, nonché di inderogabilità della contrattazione collettiva da parte dei contratti individuali di lavoro; cfr. art. 6, l. 19 giugno 2019, n. 56, recante "Deleghe al Governo per il miglioramento della Pubblica amministrazione".

⁶ MAINARDI, *La valorizzazione delle risorse umane nelle p.a. Trattamenti accessori e fondi per la contrattazione integrativa*, in *RGL*, 2018, 3, p. 453 ss.

⁷ GARILLI, *Contrattazione e partecipazione nel nuovo assetto delle fonti di disciplina del lavoro nelle P.A.: quali prospettive dopo la terza riforma (in attesa della quarta)*, in *LPA*, 2015, 3-4, p. 397 ss.

⁸ Cfr. AVIO, *Dalla produttività alla "performance" individuale*, in *LD*, 2017, 2, p. 283 ss.

⁹ Art. 40, comma 3-bis, d.lgs. 165/2001.

¹⁰ Cfr. NATULLO, *Procedimento, contenuto ed efficacia del contratto collettivo nazionale*, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Giuffrè, 2019, p. 222, laddove l'A. sottolinea che ciò che contraddistingue il settore pubblico è, in sostanza, la dettagliata re-

e in cui il contratto nazionale delimita rigidamente gli spazi assegnati alla contrattazione integrativa¹¹. Sul punto già molto è stato scritto e non è necessario ripercorrere l'evoluzione della fattispecie dagli anni '90 del secolo scorso ai giorni nostri, se non per notare, come è stato già fatto¹², l'opposto percorso verificatosi per quanto attiene alla contrattazione decentrata nel lavoro privato¹³. Dobbiamo dunque chiederci come l'ingranaggio 'nazionale/integrativo' operi nel sempiterno cantiere¹⁴ della riforma del lavoro nelle pubbliche amministrazioni e se la "crisi irreversibile" della funzione integrativa infici o meno i principi della riforma del lavoro pubblico.

golazione per legge delle procedure di contrattazione, "anche nei passaggi che, nel settore privato, restano del tutto 'interni' alla parte negoziale, in particolare quella datoriale"; cfr., altresì, BOSCATI, *La specialità del lavoro pubblico. Fonti legali e fonti contrattuali nella progressiva evoluzione del sistema normativo tra organizzazione e disciplina del rapporto di lavoro*, in *LG*, 2018, 3, p. 1 ss.

¹¹ Ciò è stato recentemente sottolineato anche dalla giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Roma, sez. lav., 4 ottobre 2019, n. 8444, con nota di SANTINI, in *GI*, 2020, 3, p. 642 ss., che enfatizza la qualificazione della contrattazione di secondo livello come "integrativa" e non più "decentrata" (art. 45 d.lgs. 29/1993), "con l'evidente finalità, nella presa di coscienza della evoluzione del sistema contrattuale nel settore pubblico, di identificarne l'oggetto nelle materie non trattate nel contratto nazionale (salvo un espresso divieto in tal senso) ovvero nel completamento della disciplina dettata dal livello nazionale, ed appare parimenti innegabile la considerazione del livello nazionale di contrattazione come fulcro del sistema nel settore pubblico e la conseguente esigenza di conformità e coerenza del livello inferiore a quello superiore"; in tal senso, cfr., altresì, Trib. Milano 31 maggio 2018, n. 14710, in *Pluris*; Trib. Roma 17 luglio 2018, n. 70407, ivi; Trib. Brindisi 3 agosto 2018, n. 13116, ivi; Trib. Roma 17 settembre 2018, n. 83463, ivi; Trib. Roma 7 febbraio 2019, ivi.

¹² Cfr. BARBIERI, *La contrattazione collettiva*, in CARINCI F., D'ANTONA (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, Giuffrè, 2000, p. 1153, che evidenzia le ragioni di tale opposto percorso rintracciandole, in primo luogo, nell'esigenza di garantire trasparenza sulle risorse economiche impegnate in contrattazione, spendibili e quindi incidenti sulla finanza pubblica. Infatti, la dettagliata regolamentazione legislativa, com'è noto, assolve anche la funzione di favorire il controllo della Corte dei Conti sul rispetto dei vincoli di spesa, posto che la quantificazione del budget disponibile per la contrattazione avviene in sede di legge di stabilità; cfr., da ultimo, Corte dei Conti, sezioni riunite in sede di controllo, *Relazione sul costo del lavoro pubblico 2020 (articolo 60 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165)*, Roma, Luglio 2020, p. 17- 25.

¹³ RICCI, DI NOIA, *Relazioni sindacali e contrattazione collettiva nel settore pubblico dopo la riforma Madia e i rinvii contrattuali*, in *LPA*, 2017, p. 1.

¹⁴ Sull'utilizzo della metafora del cantiere, cfr. VISCOMI, *La contrattazione collettiva*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, 2010, p. 41 ss., spec. p. 44 e 45, laddove l'A. perspicuamente osserva che: "la metafora del 'cantiere' spesso utilizzata per rappresentare il processo riformatore [...] suggerisce più il disordine dell'attività che non l'ordine progettuale sotteso".

2. *L'assetto della contrattazione collettiva nel pubblico e l'innovazione nella gestione dei rapporti di lavoro*

Nel settore pubblico, il meccanismo di rinvio tra livello centrale e livello integrativo è etero-regolato, non è cioè libero come accade nel settore privato ove l'intervento delle fonti è presente in misura marginale e perlopiù ha avuto la funzione di sostenere il sindacato dotato di rappresentatività. Nel pubblico deve essere il contratto nazionale a stabilire le materie rimesse alla capacità negoziale delle parti operanti a livello integrativo¹⁵, ambito nel quale la potenzialità di esercizio della libertà sindacale può in definitiva anche essere ridotta alla mera definizione dei trattamenti economici premiali. Sul punto della necessità del rinvio, il già sopra ricordato d.lgs. 165/2001, all' art. 40 comma 3 *bis* non lascia margini d'incertezza.

La limitazione della capacità negoziale dei soggetti collettivi a livello integrativo, limitazione che comporta la speculare 'responsabilizzazione' delle parti sociali a livello nazionale, impone a chi negozia a livello centrale di prevedere con particolare lungimiranza e con capacità di sintesi le diverse situazioni locali che possono avere un impatto sulle condizioni di lavoro all'interno delle amministrazioni periferiche. Risulta quindi chiaramente rovesciata la strategia per cui il contratto integrativo dovrebbe operare in veste di strumento di adeguamento e di organizzazione del personale nelle aziende pubbliche più avanzate o sottoposte a situazioni di stress organizzativo-gestionale titolari di una certa autonomia proprio, sebbene più teoricamente, per soddisfare le esigenze di adeguamento delle norme alle situazioni locali. Se, infatti, la leva dell'innovazione è il contratto nazionale che autorizza la

¹⁵ Anche a seguito dell'entrata in vigore della "riforma Madia" (l. 124/2015), infatti, il tema dei rapporti tra contrattazione collettiva nazionale e contrattazione integrativa resta governato da una rigida subordinazione gerarchica: "materie, limiti, soggetti e procedure sono fissati dal livello nazionale", cfr. TEBANO, *Le organizzazioni sindacali rappresentative*, in in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA (a cura di), *op. cit.*, p. 207; DELFINO, "I nuovi spazi negoziali", in ESPOSITO, LUCIANI, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento ai dd.lg. nn. 74 e 75 del 25 maggio 2017 (c.d. riforma Madia)*, Giappichelli, 2018, p. 29; A. BELLAVISTA, *Contrattazione collettiva e partecipazione sindacale nella riforma Madia*, in *GI*, 2018, 4, p. 1005 ss.; BOSCATI, *Le relazioni sindacali nel lavoro pubblico contrattualizzato all'indomani della c.d. Riforma Madia*, in *DML*, 2019, 1, p. 17 ss.; GARGIULO, *La contrattazione integrativa nella c.d. riforma Madia: continuità, discontinuità, opportunità, contraddizioni*, in *RGL*, 2019, 4, p. III ss.; RUCCO, *Fonti negoziali e relazioni sindacali nel lavoro pubblico dopo la legge-delega 7 agosto 2015 n. 124 sulle semplificazioni amministrative e normative*, in *DLM*, 2016, 3, p. 693 ss.

contrattazione integrativa, ciò che risulta ridotta è la complessiva capacità reattiva del meccanismo regolativo alle sopravvenienze di fatto, a quelle circostanze cioè che potrebbero rendere necessaria la flessibilità a livello locale e che – per contrasto rispetto alla finalità della contrattualizzazione – restano, in definitiva, nel potere regolativo della sola parte pubblica se la contrattazione nazionale non ha assegnato al contratto integrativo la capacità regolativa.

In buona sostanza la disciplina a piramide delle relazioni sindacali contraddice il fine originario della riforma del lavoro pubblico, riforma basata sull'idea che il contratto è uno strumento per trasformare la pubblica amministrazione rendendola più reattiva alle trasformazioni dei contesti, in relazione anche alle condizioni locali del tessuto sociale ed economico.

La legge, all'articolo 40, sempre al comma 3-*bis*, enuncia poi la regola secondo la quale la contrattazione integrativa “assicura” adeguati livelli di efficienza e produttività, con un linguaggio che allude alla potenzialità (ottativo desiderativo/ottativo potenziale?) del contratto integrativo rispetto a obiettivi esterni al rapporto di lavoro, sulla base di una visione che trova un sicuro precedente nelle concezioni corporativistiche della produzione di beni e servizi e che trascura un elemento concettuale importante: la contrattazione collettiva post-corporativa è funzionale all'organizzazione del lavoro ma anche alla realizzazione di migliori condizioni di lavoro per chi lavora, l'interesse del quale non è necessariamente allineato con gli interessi dei destinatari dei servizi erogati dal soggetto pubblico.

3. *La verifica empirica del funzionamento del meccanismo di rinvio fra contratti collettivi di diverso livello*

Uno dei possibili metodi per ragionare sulla contrattazione integrativa e sul suo essere funzionale all'obiettivo di efficienza della azione pubblica è quello empirico che parta cioè dalla lettura della contrattazione nazionale¹⁶. Il contratto nazionale, infatti, riflette con immediatezza la realtà sostanziale delle relazioni industriali in un momento storico.

La circostanza per cui un'analisi di massima può essere effettuata, pren-

¹⁶ In questo caso, analizzeremo il ccnl del personale del comparto istruzione e ricerca triennio 2016-2018.

dendo come punto di osservazione anche un solo settore discende dalla circostanza per cui l'Aran, la cui azione di omogeneizzazione delle discipline dei diversi settori appare rafforzata dalla riduzione del numero dei comparti¹⁷, opera una sorta di standardizzazione della struttura e dei contenuti dei contratti collettivi¹⁸. Si deve menzionare, d'altro canto, che uno degli obiettivi della contrattualizzazione del settore pubblico era l'aspirazione alla perequazione dei salari, obiettivo che la riduzione del numero di comparti quantomeno tendenzialmente favorisce.

Nel ccnl Istruzione Ricerca in vigore, l'articolo 7 effettua un riconoscimento formale della capacità regolativa del contratto integrativo, chiarendo, per chi ne dubitasse, che la contrattazione collettiva integrativa è finalizzata alla creazione di obblighi in capo alle parti. A conferma del principio per cui il contratto integrativo deve/può assicurare efficienza e produttività del servizio pubblico ed è anche perciò motore di ammodernamento, il ccnl prevede il coinvolgimento delle parti sociali di ambito integrativo nell'elaborazione di nuovi modelli di lavoro, e conseguentemente di prestazioni di servizi più efficienti. Il ccnl in esame assegna pertanto a un organismo specifico – che anche altri ccnl del pubblico prevedono¹⁹ e cioè l'“Organismo paritetico per l'innovazione”²⁰ – il ruolo di trattare ad esempio della materia del lavoro agile

¹⁷ Cfr. art. 40, comma 2, d.lgs. 165/2001.

¹⁸ ZOPPOLI L., DELFINO, *La rappresentanza delle pubbliche amministrazioni*, in PROIA (a cura di), *Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva*, Cedam, 2014, p. 1033 ss.

¹⁹ Cfr., ad esempio, art. 6, ccnl 2016–2018 del Comparto Funzioni Centrali; art. 5-bis ccnl dirigenza dell'Area delle Funzioni Centrali; art. 10 ccnl Area Istruzione e Ricerca per il triennio 2016–2018; art. 6 ccnl dirigenza dell'Area delle Funzioni locali per il triennio 2016–2018; Protocollo su sicurezza e lavoro agile Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti del 30 ottobre 2020; art. 6 bis, ccnl dirigenza Medico Veterinaria del SSN per il triennio 2016–2018.

²⁰ La creazione dell'organismo paritetico per l'innovazione integra il modello di relazioni sindacali delineato dal ccnl del settore istruzione e ricerca che individua proprio negli organismi “paritetici di partecipazione” una delle modalità funzionali alla gestione delle organizzazioni di lavoro pubbliche, in seno alla quale la contrattazione integrativa non esaurisce le sedi di incontro fra le parti. “Contrattazione integrativa” e “partecipazione a livello istituzionale” sono infatti le due modalità di dialogo/confronto fra le parti sociali e, nella “partecipazione”, stanno anche proprio gli organismi paritetici. Ciò si verifica anche nell'assetto delineato da altri ccnl del settore pubblico che, fra l'altro, stabiliscono ad esempio che: a) l'organismo paritetico «formula proposte all'amministrazione o alle parti negoziali della contrattazione integrativa» (art. 6, co. 2 e 3, lett. c, ccnl dirigenza Funzioni Locali 2016–2018); b) presenta una composizione paritetica ed “è formato da un componente designato da ciascuna delle organizzazioni sindacali titolari della contrattazione integrativa nazionale” (art. 5 bis, co. 3, lett. a), ccnl dirigenza Funzioni Centrali 2016–2017); c) “in relazione agli esiti dello *smart working* emergenziale, dal punto di

in modo “partecipativo” con le Oo.Ss. titolari della contrattazione integrativa. La discussione sul tema dello *smart-working* così come la conciliazione di vita e lavoro – altro argomento assegnato dal ccnl all’organismo paritetico – viene perciò teoricamente spostato al centro negoziale e rimosso dalle sedi locali che, sul piano della capacità di valutare la gestione del lavoro nella singola amministrazione, sono più vicine alla realtà nella quale il lavoro viene prestato e ai servizi erogati.

Le ragioni dello spostamento del tavolo di discussione, in un contesto di confronto non contrattuale, lontano dalle realtà locali e nel quale i problemi locali non possono che essere presentati se non diluiti in dosi omeopatiche, possono essere molteplici e persuasive. Se la questione riguarda la necessità di individuare solide competenze con le quali confrontarsi al tavolo di discussione e la parimenti significativa esigenza di tendenzialmente erogare servizi di qualità omogenea nel territorio, la scelta risulta comprensibile. Non si può però non dare evidenza a un fatto: alla data del 19 ottobre 2020, le Oo.Ss. della scuola chiedevano non tanto la riunione dell’Osservatorio (che sulla base del ccnl si riunisce due volte l’anno) ma la sua costituzione²¹, il che sta a significare che in sede di contrattazione integrativa, durante la Pandemia, non era ancora arrivata la necessaria spinta da parte dell’Osservatorio al fine di adeguare la contrattazione integrativa alla modalità di lavoro agile imposto dai Decreti della Presidenza del Consiglio dei Ministri e dalla decretazione d’urgenza²², sebbene l’elaborazione di proposte progettuali per le

vista dell’organizzazione del lavoro e dell’implementazione delle procedure telematiche, sarà necessario coinvolgere per le rispettive competenze, l’organismo paritetico per l’innovazione” (art. 6, co. 2 e 5, ccnl Ministero Infrastrutture e Trasporti).

²¹ I sindacati hanno, invero, richiesto la messa in mora del Ministero dell’Istruzione ove – entro dieci giorni dalla data di ricezione della richiesta – non avessero proceduto alla costituzione dell’organismo; cfr. <http://m.flcgil.it/scuola/scuola-i-sindacati-chiedono-al-ministero-dell-istruzione-la-costituzione-dell-organismo-paritetico-per-l-innovazione.flc>.

²² Cfr. art. 87, d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. “Decreto Cura Italia”), recante “Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all’emergenza epidemiologica da COVID-19”. Cfr., altresì, direttiva n. 2 del 2020 della Presidenza del Consiglio dei Ministri, par. 2, secondo cui “le amministrazioni (...) limitano la presenza del personale negli uffici ai soli casi in cui la presenza fisica sia indispensabile per lo svolgimento delle predette attività”; nonché la circolare n. 2 del 2020 della Presidenza del Consiglio dei Ministri, par. 2, che spiega “l’evidente *favor*” emerso dal d.l. 18/2020 “verso l’attivazione quanto più possibile estesa del lavoro agile, fermo restando il ricorso agli istituti alternativi che le pubbliche amministrazioni possono applicare qualora non vi siano le condizioni per il ricorso al lavoro agile”.

parti negoziali della contrattazione integrativa sia una delle competenze degli Organismi paritetici, e nonostante che l'adattamento delle pubbliche Amministrazioni a tale modalità di lavoro influisca sull'attuazione degli obiettivi della contrattazione integrativa e cioè, in definitiva, sulla produttività del lavoro e sull'efficienza dei servizi. L'esempio riportato, per quanto riconducibile a una incontestabile situazione emergenziale, che il mondo intero ha vissuto, a causa della pandemia Covid-19, dà però evidenza alle difficoltà di funzionamento di un meccanismo operante dal centro alla periferia che dovrebbe funzionare come albero di trasmissione dell'innovazione e che però non ha, per ragioni necessariamente da studiare, funzionato.

4. *Genericità e rigidità dei rinvii fra contratto nazionale e contratto integrativo*

Il difettoso coordinamento fra livelli contrattuali, per quanto concerne la flessibilità organizzativa del lavoro, non è però l'unico segnale di un non risolto dialogo fra livelli a seguito della intensiva 'istituzionalizzazione' del contratto collettivo pubblico.

Le riforme più recenti relativi alla contrattazione integrativa hanno enfatizzato il ruolo precipuo di questo livello, ruolo che consiste nella definizione delle regole per la distribuzione del salario accessorio, quota prevalente del quale – comunque denominato – deve essere destinato al fine di “assicurare adeguati livelli di efficienza e produttività ... incentivando impegno e qualità della performance”.

L'applicazione della contrattazione integrativa premia alcuni ma per converso ovviamente si trova anche mortificare chi non arriva fra i primi al traguardo, se è vero che l'art. 20 ccnl Istruzione Ricerca, impone alla contrattazione integrativa di stabilire la “quota massima di personale al quale può essere corrisposta la maggiorazione dei premi individuali”. La contrattazione concorre dunque a gestire le regole sul lavoro, nel quale rientrano, com'è noto, le progressioni economiche e i premi di efficienza, che assorbono la maggiore parte di quanto posto a bilancio per il finanziamento del salario accessorio, sulla base di un'ottica non rispettosa in pieno del principio di parità sul piano dell'impatto delle regole nei confronti dei lavoratori.

La contrattazione integrativa regola, inoltre, le rimanenti voci di trattamento economico accessorio che confluiscono in un unico fondo “risorse

decentrate”, nel quale è riversata anche parte dei risparmi di spesa realizzati dall’Ente, ma che ha sul piano percentuale un valore marginale.

Peraltro, la contrattazione nazionale qui in esame sembra riconoscere e valorizzare il fondamentale ruolo dell’autonomia collettiva che, anche a livello decentrato, non può non aspirare a disciplinare le condizioni di lavoro nell’interesse della categoria professionale di riferimento. Oltre al trattamento economico accessorio, la contrattazione integrativa nel comparto Istruzione Ricerca si può occupare quindi di altre materie che intendono soddisfare proprio tale basilare preoccupazione del movimento sindacale.

L’esame della contrattazione nazionale in relazione alla determinazione delle condizioni di lavoro rivela però una sorpresa. In alcuni casi il rinvio alle materie da regolare sembra quantomeno ampio e, in altri, troppo specifico. Leggendo il contratto di livello più elevato, spicca, per esempio, l’assegnazione al contratto integrativo delle competenze in materia di garanzia e miglioramento dell’ambiente di lavoro, la possibilità di disciplinare gli interventi rivolti alla prevenzione e alla sicurezza, la definizione di linee di indirizzo e i criteri per facilitare l’attività dei dipendenti con disabilità. La contrattazione collettiva integrativa, inoltre, può regolare la flessibilità in entrata e uscita per favorire la conciliazione di vita e lavoro, il contingente di lavoratori a tempo parziale, il limite delle ore che entrano nel conto individuale annuo, i riflessi sulla qualità del lavoro e sulla professionalità delle innovazioni tecnologiche.

Un esempio di ampiezza che trascende nell’indeterminatezza del rinvio si può intravedere nella lettera i) del comma 3, dell’articolo 42 del ccnl: “linee di indirizzo e criteri per la garanzia e il miglioramento dell’ambiente di lavoro, per gli interventi rivolti alla prevenzione e alla sicurezza sui luoghi di lavoro”. Difficile, infatti, comprendere quali specifici obblighi e diritti possano essere definiti sulla base di tale prescrizione, se è vero che il contratto integrativo, per legge, costituisce diritti e obblighi e che le situazioni giuridiche soggettive ora menzionate male si adattano alla figura della “linea di indirizzo” dalle quali l’interprete dovrebbe appunto dedurre obblighi e diritti certi nel contenuto. In realtà, la definizione di linee guida rientrerebbe nel contesto di una modalità relazionale fra parti sociali che sembra non essere quella della contrattazione integrativa e che piuttosto richiama i sistemi di consultazione nell’ambito dei quali la partecipazione delle Oo.Ss. trova una diversa modalità di espressione, a sostegno e condivisione ‘politica’ della progettualità del datore di lavoro.

D'altro canto, si deve poi aggiungere che la materia della salute e della sicurezza trova ampia e quasi analitica disciplina a opera della legge. Salute e sicurezza sul lavoro e tutela dei lavoratori con disabilità sono non solo già ampiamente ma anche dettagliatamente regolate da fonti legali, come del resto è risultato evidente proprio durante la Pandemia del 2020²³. Per tali materie la contrattazione integrativa può evidentemente adoperarsi al fine di prevedere l'adozione di misure che vadano oltre gli *standard* di legge, modelli che, per alcune amministrazioni, possono essere però difficilmente sostenibili sul piano economico, con quindi poca leva per l'esercizio dell'autonomia collettiva a livello locale.

Estremamente ampio e probabilmente generico è anche l'ambito dei "riflessi sulla qualità del lavoro e sulla professionalità delle innovazioni tecnologiche". La disposizione sembra infatti alludere a caratteristiche che incidono in modo non marginale sulla qualificazione della prestazione lavorativa.

Un esempio di estrema specificità è invece, ad esempio, la previsione di cui alla lettera l) dello stesso articolo 42 sopra citato, relativa alla flessibilità oraria che può riguardare esclusivamente la conciliazione di vita familiare e di lavoro, e non prende in considerazione altri possibili ragioni sulla base delle quali un lavoratore, senza vincoli familiari, possa aspirare a lavorare sulla base di una modalità oraria flessibile.

5. *Shock organizzativi e contrattazione integrativa*

Come le persone, anche le organizzazioni possono essere soggette a eventi traumatici e la pandemia Covid-19 è un esempio delle difficoltà derivanti dalla necessità di gestire le attività fra loro complementari delle persone quando le coordinate spazio-temporali sulle quali sono basate le necessarie interrelazioni sono travolte.

In reazione ai rischi di trasmissione del virus il lavoro 'in sede', nei settori privato e pubblico, è stato ridotto alla stretta necessità operativa e, nel Marzo 2020, le attività dei dipendenti della pubblica Amministrazione in

²³ PASCUCCI, DELOGU, *Sicurezza sul lavoro nella PA nell'emergenza da COVID-19*, in *SI-NAPPSSI*, 2020, 1, https://oa.inapp.org/bitstream/handle/123456789/718/INAPP_Pascucci_Delogu_Sicurezza_lavoro_PA_e_emergenza_Covid19_Sinappsi_1_2020.pdf?sequence=1, sito visitato il 10/02/2021.

poche ore si sono trasformate in lavoro a distanza. L'operatività a distanza, nella forma del telelavoro, era già presente nel settore pubblico prima dello shock pandemico, peraltro a richiesta del lavoratore. L'impatto dell'emergenza sanitaria è stato quello di imporre obbligatoriamente ai lavoratori in massa di lavorare da casa fatta eccezione per i casi in cui la presenza in sede dovesse ritenersi necessaria per non compromettere servizi essenziali per l'utenza. Per portare a conclusione questa riflessione può dunque essere interessante riflettere sui profili, non risolti dalla legislazione emergenziale, sui quali la contrattazione integrativa avrebbe potuto fornire un contributo per soddisfare, da un lato, il fine dell'efficienza e qualità del servizio erogato, nonché per adattare le condizioni di lavoro dei dipendenti, obbligatoriamente resi agili, alla propria situazione personale, per consentire loro, cioè, di conciliare vita e lavoro.

Sul piano dell'efficienza e della produttività del lavoro, l'analisi dovrebbe essere supportata da dati qualitativi e quantitativi atti ad evidenziare se e in che misura l'efficienza dell'attività pubblica abbia sofferto per lo spostamento di grande parte delle attività dallo svolgersi in sede allo svolgersi nel luogo di residenza del lavoratore. Un punto però è già emerso, lo spostamento in massa del luogo dell'attività dei dipendenti, seppure non prevedibile in tale dimensione, ha trovato le pubbliche Amministrazioni nella gran parte impreparate ancorché lo *smart working* fosse entrato nel programma di aggiornamento dell'organizzazione del lavoro pubblico già da molto tempo, e nonostante l'istituzione da parte della contrattazione nazionale degli Osservatori per l'innovazione.

Per quanto attiene alle condizioni di lavoro, il tema che ha forse attirato maggiore interesse nella discussione di tecnici del diritto e dirigenti pubblici è stato il tema dei buoni pasto erogati a favore di lavoratori a orario pieno adattati a lavorare a distanza dalla propria residenza, quindi in una situazione che solo in modo approssimativo può essere qualificata lavoro agile. La questione è stata, fra l'altro, decisa dal Tribunale di Venezia che, in una controversia *ex art. 28* della legge n. 300 del 1970, intentata contro il Comune di Venezia, con Decreto dell'8 luglio 2020 n. 3463/2020, ha affermato l'incompatibilità dei buoni pasto con il lavoro agile nel settore pubblico. Colpisce l'uso da parte del giudice del termine "incompatibile", termine che è indicativo di un approccio al tema della disciplina delle condizioni di lavoro apparentemente ancorato a una concezione pubblicistica del rapporto tra lavoratore e datore pubblico visto che i giudizi di merito sulla disciplina del

rapporto di lavoro non competono all'autorità giudiziaria alla quale è affidata la funzione interpretativa dei testi contrattuali.

A prescindere però dal caso, che non esaurisce la dimensione della discussione, il problema del diritto ai buoni pasto era, ed è, un tema che la contrattazione integrativa può regolare, proprio e addirittura nella prospettiva dell'efficienza del lavoro da prestare in nuove condizioni da remoto.

Il se i buoni pasto spettino o no al lavoratore adattato a svolgere i propri compiti a distanza riguarda, infatti e anche, il tema della conciliazione del tempo di vita e del tempo di lavoro, questione che, ad esempio il ccnl Istruzione e Ricerca, assegna alle competenze della contrattazione integrativa. Il collegamento fra il diritto ai buoni pasto e l'esigenza di conciliazione dei tempi personali con quelli professionali del lavoratore da remoto può apparire non pertinente, ma per non escludere il nesso basterà pensare alle difficili circostanze nelle quali molti lavoratori hanno dovuto svolgere la propria attività da casa, tenuti contemporaneamente a farsi carico della cura ed educazione di bambini in età scolare. In queste situazioni il buono pasto avrebbe potuto tradursi in un minimo sostegno economico, ovviamente anche per l'acquisto di pasti pronti, a favore di chi non ha tratto dal lavoro da remoto alcun vantaggio sul piano della semplificazione della vita quotidiana. Rispetto alla possibile valutazione delle circostanze in concreto e rispetto alle potenzialità di adattamento dello strumento contrattuale al contesto, il secco giudizio di irragionevolezza dell'erogazione dei buoni ai lavoratori da remoto evidenzia quindi la perdurante difficoltà della contrattazione integrativa a essere riconosciuta, seppure nei ristretti confini stabiliti dalla legge, quale reale strumento di incentivo alla produttività e al miglioramento delle condizioni di lavoro, in un contesto ormai assoggettato alle regole del diritto privato.

6. Conclusioni

La domanda sul se il "sistema" della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico sia vittima di un'istituzionalizzazione che ne paralizza la funzionalità trova, nel comparto e nelle situazioni oggetto di questa riflessione, una risposta positiva. Si tratta però di una risposta parziale che riguarda il rapporto fra contratti di diverso livello e trascura di prendere in esame le altre variabili

che determinano il funzionamento dei meccanismi di relazioni industriali quali la presenza di altri luoghi e modalità di confronto fra dirigenza pubblica e sindacato, nonché la frammentazione dei temi rispetto alle esigenze unitarie di organizzazione del lavoro²⁴. La creazione degli Organismi paritetici per l'innovazione integra, infatti, la nuova filosofia gestionale-partecipativa delle organizzazioni di lavoro pubbliche, una filosofia in seno alla quale la contrattazione integrativa non esaurisce le sedi di incontro fra le parti. “Contrattazione integrativa” e “partecipazione a livello istituzionale” sono infatti le due modalità di dialogo/confronto fra le parti sociali e, nella “partecipazione”, operano gli organismi paritetici. Questa costruzione, che riflette un'opzione politica supportata a livello centrale dall'Aran, non è però ancora stata studiata in relazione all'impatto che può avere sui preesistenti metodi di rappresentanza degli interessi dei lavoratori tramite l'esercizio della contrattazione collettiva nello schema binario contrattazione nazionale, integrativa.

Certamente, l'accelerazione assunta dalla trasformazione del lavoro in ragione dell'affermazione della digitalizzazione comporterà anche nel settore pubblico la necessità di aggiustamenti organizzativi difficilmente realizzabili senza la cooperazione dei lavoratori, e dunque dei loro rappresentanti nei luoghi di lavoro, senza cioè il ricorso al contratto collettivo e l'ottimale funzionamento dei raccordi fra centro e periferia. Le trasformazioni in atto richiedono però anche un'attenta analisi delle dinamiche fra i diversi metodi di confronto fra lavoratori e dirigenza supportati dai più recenti contratti nazionali, dinamiche che possono supportare ma anche, come si è visto, indebolire il ruolo della contrattazione integrativa, con il conseguente travolgimento di un equilibrio già incerto fra centro e periferia.

²⁴ Vedi ad esempio a commento del P.O.L.A. (Piano Organizzativo del Lavoro Agile), le osservazioni di ZOPPOLI L., *Riformare ancora il lavoro pubblico?*, cit., spunti in relazione alla questione delle scelte circa il modello di relazioni industriali adottati nel settore del lavoro pubblico.

Marco Esposito

Conflitto e condotta antisindacale nella pubblica amministrazione

Sommario: **1.** Il “dilemma del prigioniero”: ambiguità e incertezze della dialettica sindacale nel lavoro pubblico. **2.** *Segue.* Un’esemplificazione: antagonismo o cogestione responsabile nella contrattazione collettiva integrativa?. **3.** L’insuperata questione della legittimazione processuale. **4.** Comunità civile, utenza e possibili intrecci con la intermediazione sociale.

1. *Il “dilemma del prigioniero”: ambiguità e incertezze della dialettica sindacale nel lavoro pubblico*

Apparentemente scontata, pertanto talvolta oggetto di ragionamenti semplificanti, la riflessione sul possibile *proprium* specifico del conflitto sindacale nelle pubbliche amministrazioni – specificamente in relazione ai rimedi, e agli strumenti, processuali posti in campo dall’ordinamento per un dispiego ordinato dello stesso – tende spesso a rimarcare, correttamente, l’inevitabile intreccio tra il modello negoziale sindacale invalso e formalizzato nei comparti pubblici, in senso ampio inteso, e il formante giudiziario dell’articolo 28 St.lav.

Non vi è dubbio, in effetti, che il contesto ordinamentale influenzi e condizioni il ricorso al procedimento per la repressione della condotta antisindacale; e lo condiziona molto, sino a indubbiamente favorire una sorta di risistemazione della logica dello Statuto, tanto da far scrivere con nettezza a Bruno Caruso – nell’avvio della nostra odierna riflessione – che: “È vero che lo statuto dei lavoratori ha unificato i due macro settori – pubblico e privato – con riguardo ai diritti sindacali, ma nel settore privato esso si insedia, imponendo almeno originariamente, anche tramite il diritto, una logica di relazioni conflittuali e di contropotere. Nel settore pubblico lo statuto, storicamente, si limita a coadiuvare invece

una logica cogestiva e collusiva tra sindacati, ceto politico e management pubblico, per altro, già preesistente, addirittura rafforzandola”.

Nessuno, certo, può sostenere che l’art. 28 possa leggersi fuori dal contesto e dallo spirito della contesa industriale degli anni ’70; ma vorrei semplicemente far riflettere sul fatto che anche nel lavoro pubblico l’art. 28 conserva quella sua intrinseca funzione di *medium* tecnico-giuridico attraverso il quale l’ordinamento nazionale si pone in ascolto e in dialogo con l’ordinamento intersindacale.

A parer mio, nell’ambito della funzione osmotica inter-ordinamentale svolta dall’art. 28, il procedimento per la repressione della condotta antisindacale rappresenta pur sempre – senza distinzione tra pubblico e privato – una sede privilegiata di composizione del conflitto sindacale¹.

L’art. 28 è proprio lo strumento pensato dal legislatore statutario per imporre alle parti, rafforzando il contro-potere sindacale, una modalità di intervento nel conflitto conforme ai principi generali statuali in ambito sindacale e alle regole di correttezza e buona fede, sotto la copertura del vaglio di un soggetto (il giudice del lavoro) che possa rappresentare – su istanza delle organizzazioni sindacali – l’assetto valoriale dell’ordinamento, autonomo ed eteronomo, protettivo della libertà sindacale.

L’art. 28, nel suo carattere innovativo, è al contempo veicolo di una qual sorta di “normalizzazione” del conflitto sindacale; volendo intendere con ciò che – passando per esso – il sindacato legittimato ad agire immette nel “gioco” delle relazioni sindacali regole sottratte alla mera influenza muscolare delle forze in campo. In questa funzione, i suoi effetti sono assolutamente gli stessi, sia nel lavoro privato sia in quello pubblico.

Certo, nel lavoro pubblico la “normalizzazione” è duplice.

Infatti, l’estensione al lavoro pubblico dell’art. 28, da un lato si inserisce in un contesto storico-evolutivo di cogestione vera e propria, in passato formalizzata – ad esempio – nella previsione di rappresentanti sindacali nei consigli di amministrazione degli enti; dunque, la possibilità di attivare il procedimento statutario serve a incanalare il conflitto in una più fisiologica

¹ Per analisi aggiornate sulla relazione tra tutela giudiziale e funzionamento delle relazioni sindacali v. DE MARCO, *L’art. 28 dello Statuto dei lavoratori tra storia e realtà*, ESI, 2019; RAZZOLINI, *Azione sindacale e tutela giurisdizionale*, Franco Angeli, 2018; RECCHIA, *Studio sulla giustiziabilità degli interessi collettivi dei lavoratori*, Cacucci, 2018. Cfr. anche gli scritti raccolti nel numero speciale di *Giustiziavivile.com* del 2020, *Sindacato e processo (A cinquant’anni dallo Statuto dei lavoratori)*, curato da RAZZOLINI, VARVA, VITALETTI.

dialettica relazionale. E, dall'altro, quella previsione si affianca ad una proceduralizzazione legale ben definita delle relazioni sindacali. Sì che, potremmo dire, nel lavoro pubblico l'art. 28 non rafforza tanto, e semplicemente, il contropotere sindacale quanto piuttosto si presta a valorizzare e a sostenere un aspetto, diverso e ulteriore, attinente alla precipua partecipazione del sindacato alla regolazione delle relazioni di lavoro riconosciuta espressamente dalla legge e consacrata, come diritto pieno, dalla sentenza della Corte costituzionale 24 giugno 2015, n. 178.

Da ciò discendono almeno due caratteristiche, proprie del conflitto sindacale nel lavoro pubblico.

Innanzitutto – e direi inevitabilmente – su un piano sostanziale i caratteri della condotta antisindacale si specificano anche in ragione di alcune esclusive prerogative manageriali, che affondano la loro legittimazione nella prospettiva della conformazione ideale agli interessi generali posti dal combinato disposto degli artt. 1, 2 e 5 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165². Si tratta di un corollario, *ex adverso*, del riconoscimento del diritto alla contrattazione collettiva, laddove l'inagibilità sindacale di quelle prerogative rappresenta anche un contro-limite dell'interesse sindacale, in senso stretto inteso.

In seconda battuta, e per analogia con il primo aspetto, il sindacato assume, anche in questo caso idealmente, un'identità più articolata e si accolla responsabilità direttamente attinenti ai medesimi interessi generali di cui si è detto da ultimo.

È tale endiadi che mi induce a parlare di “dilemma del prigioniero”, quando penso al ruolo del sindacato nel lavoro pubblico.

In questa prospettiva ho letto con interesse le dichiarazioni rese dai sindacati che hanno proclamato lo sciopero del 9 dicembre nel settore pubblico³. Intervenendo in una fase così critica della vita del nostro paese, le organizzazioni sindacali hanno mostrato coraggio e consapevolezza di ruolo – pur sapendo, com'è poi avvenuto, di prestarsi a critiche e a strumentali incomprensioni – nello squarciare il velo sia intorno ai sacrifici che i diritti sindacali, come molti diritti del lavoro, stanno soffrendo a causa della pande-

² Accoglie in pieno questa prospettiva – proprio in seno a una controversia instaurata *ex art. 28 St. lav.* – Cass. 16 ottobre 2019, n. 26215. Per una ricostruzione generale delle implicazioni di tale intreccio si consenta di rinviare, sin d'ora, a ESPOSITO, *La condotta antisindacale nelle pubbliche amministrazioni*, Jovene, 2008.

³ Vedi l'intervista alla Segretaria Nazionale della Funzione pubblica CGIL, Serena Sorrentino in “*Il Diario del lavoro*” del 26 novembre 2020.

mia; sia sulla strisciante revisione organizzativa della p.a., che si sta compiendo senza alcun coinvolgimento del sindacato. In sintesi, ci troviamo dinanzi a uno sciopero proclamato in piena pandemia contro un modello gestionale che proprio la pandemia ha favorito in una declinazione dirigitico-autoritaria, a fronte di una posizione (da tempo ormai) più resiliente delle organizzazioni sindacali⁴.

Dunque la proclamazione di questo sciopero deve farci riflettere e non può essere liquidata con giudizi superficiali; poiché pone un tema importante, quello della effettività della partecipazione sindacale nell'ottica dell'efficienza del lavoro pubblico.

E mi sembra che non sfugga a tale impostazione il ruolo svolto dal sindacato nella vicenda scrutinata dal Tribunale di Venezia nel luglio del 2020, richiamata anche da Adriana Topo nella sua relazione.

Nella pubblicistica corrente si è raccontato di un sindacato corporativo, difensore dell'ennesimo privilegio dei pubblici impiegati (il buono pasto, pure in smart work); nella realtà si chiedeva la dichiarazione di antisindacalità di una revoca di un provvedimento datoriale che non era stato in alcun modo oggetto di confronto sindacale.

Qui, allora, la contesa ha riguardato esattamente il ruolo proprio del sindacato; ovvero sia la sua rivendicazione a partecipare alla regolazione dell'innovazione⁵, ovvero, più modestamente, alla perimetrazione dei diritti dei lavoratori pubblici, così come del resto fatto in materia di salute e sicurezza, con protocolli assunti pariteticamente e con piena responsabilità di entrambe le parti della relazione negoziale. In buona sostanza con l'art. 28 il sindacato chiedeva al Giudice veneziano esattamente il ripristino di una simmetrica dialettica sindacale: niente di più e niente di meno.

Se si condivide tale lettura, il futuro del sindacato pare dunque non appiattirsi su quelle letture, pur ponderate e autorevoli, che disegnano scenari

⁴ Su tale tendenza cfr. FELTRIN, *Le logiche sindacali di azione nel pubblico impiego in tempi di crisi e riforme*, in *Sinapsi*, X, 2020, I, p. 33 ss., ivi i dettagliati e pertinenti rinvii alla letteratura sul tema.

⁵ Ciò in linea con quanto è stato sottolineato in merito alla convergenza tra pubblico e privato sul tema della partecipazione dei lavoratori e dei loro sindacati nella gestione delle organizzazioni: "un tema antico in entrambe le aree (...) che oggi richiede di essere nuovamente affrontato con una nuova strumentazione" sia nel lavoro privato sia nel lavoro pubblico, "dove la colorazione ancora fortemente labour intensive impone un coinvolgimento non passivo dei lavoratori" (così ZOPPOLI L., *La stagione delle riforme. Pubblico e Privato a confronto*, in *LPA*, Fasc. unico, 2017).

“diversi” del conflitto sindacale nel pubblico impiego. Un conflitto crescente, sì, ma regolato e perimetrato nell’espansione dell’esercizio dei servizi sindacali, e comunque improvvisato e dispersivo, privo di grandi ideali e di progettualità⁶.

Potrà anche essere così; ma è certo che il futuro del modello conflittuale nel lavoro pubblico si stia scrivendo adesso e anche il nuovo Governo “Draghi” lancia segnali di una ripresa della politica concertativa. Non vi è dubbio, pertanto, che l’art. 28 dello Statuto possa contribuire utilmente a questa riscrittura.

2. *Segue. Un’esemplificazione: antagonismo o cogestione responsabile nella contrattazione collettiva integrativa?*

Una chiara cartina di tornasole delle riflessioni sin qui svolte si estrae da una lettura incrociata e combinata di alcuni interventi giurisprudenziali rivelatori dell’ambivalenza del ruolo del sindacato nella contrattazione integrativa; cioè proprio in quella sede dove maggiori appaiono i rischi di “snaturamento” del conflitto e siamo, peraltro, più vicini al contesto territoriale elettivo del procedimento per la repressione della condotta antisindacale. La giurisprudenza, proprio in sede di contenzioso ex art. 28 St. lav., ha avuto modo di sottolineare i margini del legittimo esercizio della prerogativa unilaterale di cui all’art. 40, co. 3-ter, vale a dire la possibilità di una provvisoria regolamentazione da parte dell’amministrazione, qualora i tempi della trattativa, il suo protrarsi, possano determinare un pregiudizio alla funzionalità dell’azione amministrativa⁷. Il bilanciamento operato è molto condivisibile nel suo rigore; gli interventi giurisprudenziali, lungi dal sopravvalutare o enfatizzare l’interesse generale al regolare andamento della funzione pubblica, si sono concentrati sui tratti della condotta datoriale, interpretando la previsione come riconoscimento di una prerogativa non solo provvisoria ma tutt’altro che scontata e autoreferenziale. Si è, allora, rimarcata la necessità di provare, anzitutto, che il consenso è stato cercato con effettività e che si agisca

⁶ V. ROMAGNOLI e RUSCIANO in DE MASI, *Lo Stato necessario. Lavoro e pubblico impiego nell’Italia postindustriale*, Rizzoli, 2020, rispettivamente pp. 516 e 519.

⁷ GARGIULO, *La contrattazione integrativa nelle pubbliche amministrazioni: cronache dal bradisismo*, in *LPA*, 2019, 2.V.Trib. Frosinone, decr. 19 giugno 2018, con nota di CORTI, in *LPA*, 2019, I.

secondo correttezza e buona fede avuto riguardo alla sussistenza del “pregiudizio”: in assenza di tali condizioni si ricade nell’antisindacalità. In pratica, l’ipotetico presupposto di sistema, vale a dire la considerazione per cui il sindacato debba mitigare la sua conflittualità ed essere anche partecipe degli interessi generali, viene circoscritto nell’ambito di un contesto di conflittualità e antagonismo evidentemente reale.

D’altro canto, echeggia ancora nelle nostre memorie di studiosi quell’orientamento della giurisprudenza contabile teso a far rientrare le organizzazioni sindacali nel cono della responsabilità erariale conseguente all’annullamento del contratto integrativo difforme dai principi di legge e dalle regole del contratto nazionale di comparto.

La questione – oggetto di un acuto dibattito critico⁸ – fu silenziata dalle Sez. Un. della Cassazione nel luglio del 2015. Nell’ordinanza n. 14689 la Corte si esprime con estrema nettezza: “*a prescindere dagli scopi che la contrattazione collettiva, anche decentrata, si propone, deve conclusivamente escludersi che eventuali conseguenze dannose possano essere oggetto di responsabilità contabile a carico dei rappresentanti sindacali che hanno concluso gli accordi collettivi*”. Questa conclusione perché “*pur soggiacendo la contrattazione collettiva ai vincoli di finanza pubblica ed essendo previsti specifici controlli di compatibilità dei costi di quella integrativa (...), l’attività contrattuale collettiva è stata modellata, anche per il settore pubblico, sul paradigma di quella tipica del rapporto di lavoro privato, ove necessariamente contrapposte sono le istanze rappresentate dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dalle parti datoriali; pertanto deve escludersi che, nello svolgimento della loro attività sindacale, le rappresentanze dei lavoratori siano portatrici di funzioni dirette al perseguimento dei fini e degli interessi della Pubblica Amministrazione, quanto, invece, della rappresentanza degli interessi, antagonistici a quelli datoriali, dei lavoratori da cui hanno ricevuto il mandato*”. D’altra parte, l’obbligo di perseguire il rispetto dei vincoli di bilancio grava sulla parte pubblica datoriale e non già anche sulle rappresentanze sindacali dei lavoratori.

La ricostruzione è molto chiara. Il conflitto nel lavoro pubblico rischia sicuramente di essere snaturato attraverso un eccesso di funzionalizzazione dello scambio negoziale a interessi pubblici altri, ma si tratterebbe di un esito improprio nonché contrario al quadro normativo di riferimento.

⁸ A partire dallo scritto di VISCOMI, *Contrattazione integrativa, nullità della clausola difforme e responsabilità “diffusa”*, in *LPA*, 2007, p. 859-894. Cfr. successivamente e più di recente BOLEGO, *Sul danno da contrattazione integrativa nel settore pubblico*, in *LPA*, 2019, 4.

Il senso della pronuncia è, dunque, trasparente, così come l'intento: responsabilizzare la dirigenza pubblica, costringendola ai propri impegni. Meno condivisibile, viceversa, e comprensibile il chiamare del tutto fuori le organizzazioni sindacali da un possibile e appropriato ruolo di interpretazione e rappresentazione di interessi collettivi anche più ampi; dei lavoratori, sempre, ma nella loro veste di utenti oltre che di operatori. Direzione che, come vedremo nelle battute finali di questo lavoro, può arricchire e rafforzare il ruolo del sindacato all'interno delle pubbliche amministrazioni.

3. *L'insuperata questione della legittimazione processuale*

Uno specifico aspetto relativo alle ricadute della struttura e della funzione dell'art. 28 St. lav. sulla qualità del conflitto nel lavoro pubblico merita a questo punto di essere rimarcato. Esso riguarda il tema della legittimazione attiva processuale.

L'ambito del lavoro pubblico mette senza dubbio in crisi il requisito della dimensione "nazionale" del sindacato quale misura unica ed esclusiva della capacità rappresentativa del sindacato in rapporto all'interesse azionabile, meritevole di tutela. Requisito, del resto, discusso più in generale nel merito in studi più recenti; dove si punta il dito specificamente sull'idoneità selettiva dei criteri di misurazione della rappresentatività sindacale vigenti nel comparto pubblico⁹. Tuttavia è da dirsi che proprio quei criteri sono risultati utili ad affrancare il criterio giurisprudenziale c.d. sostanzialista di verifica della legittimazione ad agire. Con ciò consentendo un discreto allargamento di quest'ultima anche ad associazioni non confederali e ponendo, quindi, in evidenza la specificità del lavoro pubblico.

La Cassazione¹⁰ ha, infatti, sottolineato che per la legittimazione ad agire ex art. 28 St. lav. assume rilievo decisivo la "*capacità di contrarre con la parte datoriale accordi o contratti collettivi che trovino applicazione in tutto il territorio nazionale in riferimento al settore produttivo al quale appartiene l'azienda nei confronti della quale il sindacato intenda promuovere il procedimento, e attestino un generale e diffuso collegamento del sindacato con il contesto socio-economico dell'intero paese, di cui la concreta ed effettiva organizzazione territoriale si configura quale elemento di*

⁹ RAZZOLINI, *op. cit.*, p. 144-145.

¹⁰ Cass. 5 giugno 2018, n. 14402.

riscontro del suo carattere nazionale piuttosto che come elemento condizionante". Di conseguenza, nel pubblico impiego il carattere nazionale dell'associazione sindacale legittimata ad agire non può essere escluso per quelle organizzazioni sindacali convocate dall'ARAN per la partecipazione al contratto di comparto ai sensi dell'art. 43, co. 1 d.lgs. 165/2001.

Di fianco a tale prospettiva, merita poi di esser messa in luce anche la diversa questione della legittimazione, negata, delle r.s.u.

Richiamo qui alcune osservazioni già svolte in studi passati, ispirate da una puntuale ricostruzione dottrinale¹¹. E mi sembra ancora attuale richiamare l'attenzione sul fatto che in questo ambito la distanza tra il modello sindacale dello Statuto e quello del lavoro pubblico si avverte decisamente.

La "nazionalità", nell'art. 28, segna difatti un punto ineludibile della tecnica promozionale e l'esclusione delle r.s.a risulta coerente alla costruzione "discendente" della rappresentatività sindacale scelta dallo Statuto. Viceversa la r.s.u. nel lavoro pubblico non solo è dotata di rappresentatività in sé, anche per la sua legittimazione a contrattare in sede decentrata, ma i suoi esiti elettorali si proiettano a livello nazionale come criterio – orizzontale, avuto riguardo alla categoria professionale – di legittimazione della rappresentatività di comparto. Per tal via, l'esclusione delle r.s.u. sostanzia oggettivamente un discutibile corto circuito della sequenza rappresentativa, che potrebbe assumere tratti di incostituzionalità, laddove nel pubblico impiego sono pacificamente considerate legittimate *ex art. 28* organizzazioni nazionali, sì, ma monoprofessionali.

4. *Comunità civile, utenza e possibili intrecci con la intermediazione sociale*

A questo punto, andando a concludere le brevi riflessioni sin qui svolte, sembra utile soffermarsi sulle prospettive del conflitto nel lavoro pubblico e, di conseguenza, sul ruolo possibile del sindacato nella sua evoluzione.

E a me pare vi sia una certa convergenza – da parte di studiosi e osservatori di estrazione scientifica diversa – nel prefigurare una profonda trasformazione dell'identità sindacale, nella direzione di un ampliamento del raggio di azione della propria capacità rappresentativa. Un ampliamento inclusivo

¹¹ DI STASI, *Le rappresentanze sindacali unitarie nel pubblico impiego*, Giappichelli, 2000, pp. 230-233.

di istanze collettive più ampie, legate anche alle esigenze della comunità civile – in specie dell’utenza dei servizi pubblici – particolarmente evidenti nel contesto della funzione pubblica.

Già da qualche anno circolano molte riflessioni sugli orizzonti post moderni della rappresentanza sindacale, nel quadro dei cambiamenti politici e culturali delle moderne democrazie (poco) partecipative¹². Profonde trasformazioni economico-sociali, pressanti ed epocali al tempo, impongono ormai una rivisitazione della teoria classica sugli interessi collettivi e sugli strumenti della loro rappresentazione: è impensabile che l’art. 28 St. lav. esca indenne da tale trasmutazione valoriale.

Oggi lo si afferma, e se ne discute, scommettendo sui margini di innovazione insiti nel dialogo sociale o, ancor di più, sulla tenuta dei diritti sociali rafforzati dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea¹³; ma già in passato era possibile ipotizzare una contaminazione tra il procedimento per la repressione della condotta antisindacale e altre azioni collettive, nelle ipotesi di commistione e sovrapposizione tra atti della pubblica amministrazione, prerogative sindacali, diritti dei lavoratori e interessi dei cittadini-utenti¹⁴.

Il quadro normativo certamente non è del tutto maturo; sebbene, allo stato, vi siano comunque tracce di una possibile e concreta convergenza verso la direzione illustrata – almeno sul piano sostanziale – nella combinazione tra l’art. 7-bis della legge 12 giugno 1990, n. 146 e la normativa del 2009 sulla *class action* contro la p.a.

In entrambi i casi, se non altro su un piano fattuale e non formale, ben potremmo assistere a un coordinamento di azioni collettive rivolte verso la

¹² Tra gli altri, in sintonia con la nostra ricostruzione, v. MARIUCCI, *Giùlavorismo e sindacati nell’epoca del tramonto del neoliberalismo*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*.IT - 407/2020; ZOPPOLI L., *Sindacati e contrattazione collettiva: vecchi stereotipi o preziosi ingranaggi delle moderne democrazie?*, in *LD*, 2015, 3, p. 415 ss.; BAVARO, *Sulla prassi e le tendenze delle relazioni industriali decentrate in Italia (a proposito di un’indagine territoriale)*, in *DRI*, 2015, 1, p. 13 ss., ma sp. pp. 39-43, ivi ulteriori rinvii dottrinali. Spunti anche nella ricca Introduzione di CARUSO alla *Sezione III* di questa Rivista, nonché nel § VIII del *Manifesto per un Diritto del lavoro sostenibile*, di CARUSO, DEL PUNTA, TREU, del 20 maggio 2020, già oggetto di numerosi commenti e recensioni.

¹³ Cfr. CARTA, *Di 28 ce n’è uno? Azione e contrattazione collettiva fra Statuto e Cdfue*, in *LD*, 4/2020, p. 719 ss. V. anche CARUSO, cit. nella precedente nota.

¹⁴ Cfr. ESPOSITO, *op. cit.*, sp. pp. 180-187. V., oggi, anche il richiamo a questa ipotesi in RAZZOLINI, *op. cit.*, p. 32, nel contesto di una ricostruzione critica più ampia sui caratteri dell’interesse collettivo legittimante il ricorso all’art. 28 St. lav.

medesima condotta della amministrazione, ovviamente scrutinata nella sua legittimità da diverse prospettive e con effetti distinti. E mi sembra davvero possibile che motore e fulcro di una tale convergenza possa essere il sindacato; una istituzione sociale – meglio organizzata, e con una visione consapevole più matura degli ingranaggi pubblici – credibile nella veste di traino di un tale Patto per la tutela giustiziale dei cittadini-lavoratori.

Tradotta in termini meno tecnici, la prospettiva sinteticamente descritta realizzerebbe quanto sul versante sociologico si sostiene in merito al futuro dell'azione sindacale. Dove si intravede, nei prossimi dieci anni, in particolare per il sindacato confederale, un ruolo limitato ma più incisivo di *voice*, di proposta, “*supportato da alleanze con gruppi organizzati di fruitori di servizi pubblici in qualche modo espressione delle forme di cittadinanza attiva*”¹⁵.

Se è vero che il sindacato vive in una condizione di limitazione e di maggiore perimetrazione delle proprie prerogative all'interno delle forme del conflitto del pubblico impiego, è evidente che lo scenario da ultimo evocato non solo è verosimile ma, per certi versi, auspicabile nella definizione di nuovi equilibri di potere nell'ambito del governo democratico della nostra pubblica amministrazione.

¹⁵ DE MASI, *op. cit.*, pp. 510-511.

Sandro Mainardi

Le relazioni sindacali nelle società a controllo pubblico

Sommario: **1.** Il sistema delle fonti. Tra vincoli di scopo e relazioni sindacali di impresa. **2.** TUSP e autonomia collettiva. Quali contratti collettivi per le società a controllo pubblico? **3.** Profili di specialità e limiti all'autonomia collettiva nella disciplina del TUSP. a) Contenimento degli oneri per il personale e contrattazione integrativa. **4.** *Segue.* b) *Governance* societaria e trattamento economico del personale. **5.** Conclusioni.

1. Il sistema delle fonti. Tra vincoli di scopo e sistema sindacale di impresa

Il tema delle relazioni sindacali nelle società a controllo pubblico involge e premette quello relativo al sistema delle fonti che regolano i rapporti di lavoro in questo particolare ambito datoriale, per il quale il nuovo legislatore, dopo anni di interferenze, ambiguità, desiderate contaminazioni¹, ha definitivamente sciolto il nodo relativo al quadro giuridico e normativo di riferimento utilizzando lo strumento di razionalizzazione del testo unico, come noto approvato con il d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica - TUSP)².

Il TUSP scioglie anzitutto e definitivamente il nodo della natura giuridica del datore di lavoro, imprimendo anche, a mio parere, significativo e decisivo condizionamento circa la questione della natura giuridica dei rapporti di lavoro e della disciplina ad essi applicabile.

¹ Per l'evoluzione della disciplina in prospettiva storica, v. CARINCI F., *Rapporto di lavoro e società a partecipazione pubblica: l'evoluzione legislativa*, in *LDE*, 2018, 2.

² Per una sintesi v. GAMBARDELLA, *Le fonti*, in MARESCA, ROMEI, *Il rapporto di lavoro nelle società a controllo pubblico*, Giuffrè, 2019, p. 39 ss.

Prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 175/2016, non era stata chiarita in modo univoco la questione concernente la effettiva "natura" delle società partecipate da enti pubblici, onde fornire altrettanto univoca risposta alla questione del "se" la qualità pubblica del socio condizionasse quella della società, trasformandola in un organismo pubblico, sottoposto, quindi, alle regole di contabilità e finanza pubblica, oltre che alle discipline del personale tipiche delle amministrazioni di riferimento.

L'opzione nettamente seguita dal legislatore è oggi quella di affermare una indiscutibile prevalenza/preferenza per le regole civilistiche di disciplina della società pubblica datore di lavoro, con applicazione generalizzata del diritto societario privato per tutto quanto non derogato dalle disposizioni del d.lgs. 175/2016. L'attività dell'interprete (e degli operatori) è quindi espressamente vincolata e indirizzata dalla disciplina del Codice civile e dall'applicazione alle società pubbliche del regime del fallimento e del concordato preventivo ed anche di amministrazione straordinaria ove ne ricorrano i presupposti, così come si configurano, fatta eccezione per le società *in house* ove esiste giurisdizione della Corte dei Conti, le azioni civili di responsabilità previste per gli organi amministrativi e di controllo delle società di capitali.

Diviene invece irrilevante, con riguardo alla natura della società, la partecipazione del socio pubblico: le finalità perseguite dalle società a controllo pubblico, come subito si dirà, possono essere realizzate attraverso regime e disciplina privatistica del datore di lavoro che, diversamente da quanto avvenuto per la riforma del lavoro nelle p.a., qui è interamente ed esplicitamente "privatizzato".

Il Testo Unico in effetti enuncia espressamente, mettendolo ancora una volta a sistema, l'esistenza di un vincolo di scopo delle società partecipate alle finalità istituzionali delle amministrazioni socie, nella misura in cui le stesse non possono costituire società aventi ad oggetto la produzione di beni e servizi, se non allorquando esse siano strettamente necessarie per il perseguimento, appunto, delle proprie finalità istituzionali. Tale vincolo condiziona la stessa possibilità di costituire (e mantenere) la società, se è vero che l'art. 5, comma 1, d.lgs. 175/2016, anche per le società miste, richiede l'adozione di atto deliberativo che "deve essere analiticamente motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'articolo 4, evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato.

La motivazione deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa".

L'esistenza di questa esplicita finalizzazione, se non funzionalizzazione dell'attività della società pubblica, se giustifica responsabilità e azioni di indirizzo e controllo, anche importante, da parte del socio pubblico, non è tuttavia in grado di scalfire natura giuridica e disciplina privatistica delle società, se non nella misura espressamente delimitata dall'intervento legislativo: interessi e finalità istituzionali, e soprattutto motivi di finanza pubblica che muovono la costituzione e l'azione delle società a controllo pubblico – peraltro non sempre coincidenti con il fascio di principi cui è ispirata l'azione della pubblica amministrazione ex art. 97 e 81 Cost. perché il partenariato pubblico e privato costituisce una sintesi di equilibrio fra interessi sia pubblici che privati nella lettura del TUSP –, possono determinare curvature regolative specie rispetto alla presenza, alla attività ed al controllo del socio pubblico ed ai regimi di affidamento; ma non, appunto, mutare la natura giuridica della società.

Questa inequivocabile affermazione del legislatore della riforma con riguardo alla natura giuridica delle società a controllo pubblico quale datore di lavoro *privato*, imprime direzione determinante al dibattito circa la natura dei rapporti di lavoro che fanno capo alle società partecipate, ed in particolare alle società *in house*, ove la "vicinanza" strutturale e finalistica del datore con l'amministrazione socia, che affida direttamente il servizio, può indurre verso una lettura "altra" dei rapporti di lavoro in essere, compresa cioè della qualificazione e della disciplina generale delle risorse umane presso l'amministrazione pubblica di riferimento.

Non si tratta però di una qual sorta di terzo tipo contrattuale, perché l'art. 19 del TUSP riguardante la gestione del personale si apre con un'importante affermazione di principio, in base alla quale "salvo quanto previsto dal presente Decreto, ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle società a controllo pubblico si applicano le disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del Codice civile, dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, ivi incluse quelle in materia di ammortizzatori sociali, secondo quanto previsto dalla normativa vigente, e dai contratti collettivi"³. Si tratta di una dichiarazione importante per-

³ Cfr. FALSONE, *Gli enti pubblici economici e le società partecipate: profili giuslavoristici fra diritto privato e legislazione speciale*, in *Note di ricerca Università Ca' Foscari*, 2017, 4.

ché estesa a tutte le “società a controllo pubblico” (insieme nel quale sono comprese le “società *in house*”), che permette di reperire un solido canone interpretativo circa il regime giuridico del personale delle società, inequivocabilmente riconosciuto, sul piano delle fonti e dei poteri di gestione, nel diritto privato del lavoro e nelle norme dell’autonomia collettiva, così immediatamente attribuendo a quest’ultima quel fondamentale ruolo regolativo già proprio di tutti gli ambiti del lavoro subordinato, privato e pubblico.

Allo stesso tempo però la norma – tradendo così la volontà di non considerare scontato ciò che scontato non è per *ratio* e tradizione normativa del settore, sia per quanto riguarda l’organizzazione che le risorse umane –, richiama alla mente, per tecnica e lettera, l’art. 2, c. 2 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, il quale appunto indica a tutte le p.a. il *corpus* normativo da utilizzare, rinvenendolo ancora una volta nel diritto privato, per la disciplina dei rapporti di lavoro di dipendenti e dirigenti privatizzati, sia con riguardo alla fonte legale che a quella contrattuale. Se questo segna un chiaro processo di avvicinamento tra soggetto pubblico e privato nella gestione dei rapporti di lavoro, *sub forma* di utilizzo di fonti (tutte) privatistiche, la differenza di sistema sta appunto nel fatto che la indicazione dell’art. 19, c. 1, TUSP è espressa a fronte di un datore di lavoro, le società a controllo pubblico, che la stessa norma già qualifica come soggetto privato, andando a completare un quadro di applicazione del regime privatistico ove coincidono natura giuridica delle parti del contratto e delle fonti applicabili.

L’effetto è quello per cui le deroghe previste dal TUSP per la regolamentazione del personale, sì come fatte salve dallo stesso art. 19, c. 1, oltre a non essere in grado di condizionare il “tipo” di rapporto alle dipendenze delle società a controllo pubblico, devono essere strettamente interpretate ed applicate, poiché in mancanza di norma in deroga si riespande il principio di generale applicazione delle norme lavoristiche e sindacali di impresa, naturalmente comprese dell’interpretazione giudiziale e delle prassi applicative maturate nell’ambito societario del settore privato⁴. La natura privata del datore di lavoro, titolare di poteri privatistici nella gestione, e l’affermazione di un regime privatistico con riguardo alle fonti di regolamentazione del rapporto di lavoro, impedisce cioè pratiche interpretative generalizzate di ricorso all’analogia con le discipline – pure privatistiche – del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, secondo una visione panpubblicistica del

⁴ GARILLI, *La gestione del personale nelle società a controllo pubblico*, in *LPA*, 2018, 4, p. 2.

fenomeno, la cui emersione è già stata ampiamente segnalata e criticata dalla letteratura del lavoro.

2. *TUSP e autonomia collettiva. Quali contratti per le società a controllo pubblico?*

Se il punto di partenza è dunque che le società a controllo pubblico applicano il diritto privato, alle stesse si applicano, come dice l'art. 19 del TUSP, i contratti collettivi del settore privato⁵ e non quelli di comparto o di area dirigenziale del pubblico impiego, senza riserve interpretative che consentano il richiamo applicativo alla regolamentazione dei diritti sindacali e della contrattazione collettiva del settore pubblico, tanto dal punto di vista procedurale quanto sostanziale.

È quindi interessante soffermarsi sul richiamo ai contratti collettivi contenuto nella norma dell'art. 19.

Nel testo sembra infatti stabilirsi un particolare rapporto tra legge e contratto collettivo, tale per cui la disciplina legale deve trovare applicazione, ma secondo le previsioni dei contratti collettivi, fornendo così agli stessi particolare efficacia regolativa⁶: in sostanza la norma prevede che i rapporti di lavoro siano regolati dai contratti collettivi, sostanzialmente confermando il ruolo che la contrattazione collettiva ha storicamente svolto in tali ambiti, spesso con funzioni di supplenza regolativa, verificata sia nelle fasi di creazione delle società, per il governo dei processi di esternalizzazione, sia nella gestione a regime, specie per la regolazione dei delicati processi di successione negli affidamenti.

Viene quindi da chiedersi innanzitutto a quali contratti si riferisca la norma dell'art. 19. E se è vero quanto detto, si deve immaginare che il rife-

⁵ ALBI, *La disciplina dei rapporti di lavoro nelle società a partecipazione pubblica fra vincoli contabili e garanzie giuslavoristiche*, in PASSALACQUA (a cura di), *Il "disordine" dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, Giappichelli, 2015, p. 238 ss.

⁶ È stato però correttamente osservato come il richiamo ai contratti collettivi non ha per le società pubbliche la stessa coerenza che ha per le amministrazioni pubbliche, e quindi l'art. 19 non ha qui la possibilità di introdurre moduli di efficacia *erga omnes* dei contratti collettivi come invece avvenuto per via legale nel rapporto alle dipendenze delle pp.aa.: cfr. MARESCA, *Il lavoro alle dipendenze delle società a controllo pubblico*, in AA.Vv., *Lavoro pubblico*, Giuffrè, 2018, pp. 479-480.

rimento del TUSP sia ai contratti collettivi nazionali, territoriali ed aziendali, stante l'inequivocabile applicazione, *in parte qua*, dell'art. 51 d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, quale norma che si conferma di portata applicativa e descrittiva ben più ampia del contesto regolativo di riferimento del decreto 81. Si consideri poi che il legislatore non usa neppure la nozione, cui siamo abituati, di contratti collettivi stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi (e nemmeno la "vecchia" nozione di maggiore rappresentatività), rimettendo dunque interamente la questione degli agenti negoziali alla sistematica dell'ordinamento sindacale privato, segnatamente quello delineato dagli Accordi interconfederali e dal Testo Unico del 2014, ovviamente laddove gli stessi trovino applicazione sotto il profilo soggettivo.

La norma, poi, non tiene conto del fatto che la materia si caratterizza per l'esistenza di numerose società che operano in svariati settori, assolutamente non omogenei tra di loro, mancando qui l'elemento razionalizzante del "comparto" che, specie dopo la riforma Brunetta, fisiologicamente induce a prodotti contrattuali che tendono alla omogeneizzazione dei trattamenti. Il fatto che molte società a controllo pubblico siano nate per consentire l'esternalizzazione di determinati servizi, specie a carico di Enti locali e territoriali, ha favorito il sorgere di entità con oggetto sociale eterogeneo, cosa che si riflette in maniera molto rilevante sulla scelta del contratto collettivo da applicare.

Segnalo al riguardo due fenomeni, l'uno vecchio, l'altro nuovo, che certamente condizionano nelle società a controllo pubblico l'applicazione del principio volontaristico, appunto nella scelta dell'ambito contrattuale di riferimento.

Il primo fenomeno, quello vecchio, riguarda la tendenza, in molte società, fortemente promossa dalle organizzazioni sindacali rappresentative, ad applicare le disposizioni contrattuali collettive di riferimento delle amministrazioni socie, segnatamente e diffusamente quelle dei contratti di comparto e area dirigenziale delle Funzioni Locali o della Sanità, spesso attraverso contratti unici "aziendali" che, specie per la parte stipendiale, contengono rinvii mobili alle discipline dei contratti collettivi di comparto del pubblico impiego ed ai relativi rinnovi. Si tratta della creazione di microsistemi sindacali ibridati che naturalmente generano, appunto in sede di rinnovo dei contratti collettivi dei settori privato e pubblico di riferimento, una rincorsa contenziosa alla disciplina di miglior favore, con naturale tendenza sindacale a svincolarsi dalla disciplina (risultata poi meno favorevole) precedentemente prescelta.

Il secondo fenomeno è invece quello della più illuminata contrattazione nazionale di categoria che, sempre più spesso, contiene sezioni contrattuali speciali dedicate al personale delle società a controllo pubblico che svolgono le attività proprie dell'ambito di applicazione del ccnl: si può realizzare qui una ponderata differenziazione di discipline, generata dagli stessi attori sindacali, nel medesimo settore, in ragione degli interessi pubblici e delle curvature di regolamentazione richieste per le società a controllo pubblico, anche da parte della fonte legislativa.

Posto infatti che la società a controllo pubblico esprime fondamentali esigenze di perseguimento di interessi pubblici, con vincoli di scopo all'economicità ed efficienza dei servizi resi, appare necessario e fondamentale distinguere anzitutto all'interno dell'eterogeneo ambito delle società a controllo pubblico, e quindi tra discipline contrattual-collettive che meglio possano realizzare obiettivi di equità, perequazione e responsabilità sociale, particolarmente sensibili nella congiuntura che stiamo vivendo.

Il punto è però che nel settore delle società pubbliche tale obiettivo appare appunto particolarmente difficile da realizzare: non solo manca quell'agente negoziale unico sul livello nazionale (ARAN) che è in grado, nel rapporto con i comitati di settore del pubblico impiego, di introdurre meccanismi selettivi di erogazione dei trattamenti in relazione alla complessità e specificità dei servizi. La dispersione della rappresentanza negoziale delle società pubbliche a livello nazionale è tanto ampia quanto incontrollata, ed anzi essa appare assai poco raccordata con le specifiche attività svolte nei vari ambiti⁷.

Prevale qui a dismisura, ed in modo appunto incontrollato, il principio volontaristico di appartenenza alla categoria negoziale, con scelta del contratto nazionale applicabile vuoi, come detto, in ragione della natura/qualità dei trattamenti, vuoi in ragione di una omogeneità con i dipendenti delle amministrazioni socie; ma tale complessità aumenta ove ci si rivolga al livello decentrato (aziendale) di contrattazione, come ovvio per via della mancanza di raccordi e vincoli cogenti che invece imperano, pur senza particolari risultati di contenimento e controllo della spesa, nella regolazione del fenomeno da parte del d.lgs. 165/2001 per le amministrazioni pubbliche (cfr. art. 40, c. 3 *quinquies*).

Le sollecitazioni verso un intervento eteronomo di blocco temporaneo della contrattazione collettiva nel c.d. settore pubblico allargato, al fine di de-

⁷ Cfr. anche in chiave storica, ALTIMARI, *Diritto del lavoro e società pubbliche*, Giappichelli, 2020, p. 80 ss.

stinare altrove le risorse, e cioè verso categorie di lavoro e di impresa più colpiti dalla crisi pandemica⁸, non appaiono qui facilmente praticabili. Pur manifestandosi le stesse esigenze di controllo e selettività nell'erogazione delle risorse per la contrattazione collettiva, la mancanza di raccordi rigidi tra contratto di primo e secondo livello, oltre appunto alla caratterizzazione del tutto volontaria del metodo negoziale, renderebbe la misura di blocco inevitabilmente aselettiva e lineare (a dire: tutti i rinnovi contrattuali del settore delle società a controllo pubblico sono bloccati) senza la possibilità di avvantaggiare alcuni settori delle partecipate rispetto ad altri.

3. *Profili di specialità e limiti all'autonomia collettiva nella disciplina del TUSP.*
 a) *Contenimento degli oneri per il personale e contrattazione integrativa*

Forse perché consapevole di questa caratterizzazione delle relazioni negoziali nell'ambito delle società a controllo pubblico, dove per lunghi anni si sono volontariamente associate logiche consociative proprie delle PA, fatte di continuo e strutturale scambio tra soggetto politico e soggetto sindacale specie in ambito locale, il legislatore del TUSP, agli artt. 11, co. 6 e 19 co. 5-6, d.lgs. 175/2016 ha introdotto discipline speciali in materia di retribuzione e di contenimento della spesa per il personale. Queste discipline speciali interferiscono sulle dinamiche della contrattazione collettiva, senza riconoscere pieno ruolo ai sindacati e al metodo negoziale, così distanziandosi dalle logiche statutarie delle relazioni sindacali di impresa.

È ormai chiaro come, in questi ambiti, le curvature di disciplina siano prevalentemente, se non esclusivamente, dettate nella preoccupazione della sostenibilità finanziaria delle società controllate e delle loro attività sul mercato di produzione di beni e servizi. Si spiega così l'attenzione del legislatore, oltre che per il reclutamento, anche per il trattamento economico del personale delle società, nell'accezione più ampia, e cioè quella data dagli amministratori, dai dirigenti e dai dipendenti, tutti accomunati nel tentativo legislativo di programmare in modo efficace le spese di funzionamento delle società attraverso la riduzione del costo del lavoro, e di evitare dinamiche retributive che potrebbero, se non controllate, determinare squilibri più o meno significativi sui costi della società.

⁸ Cfr. CARUSO nell'introdurre questa giornata di studi.

E così, un primo passaggio significativo appare quello della programmazione e contenimento dei costi del personale, per i quali la legge (art. 19, c. 5, TUSP), ben compresa dell'autonomia di gestione delle società controllate, non impone più una automatica estensione alle società controllate, neppure quelle *in house*, dei vincoli di spesa e delle limitazioni delle capacità assunzionali previste per gli enti che detengono la partecipazione o il controllo, come avveniva nel regime dell'art. 18, c. 2, l. 6 agosto 2008, n. 133. Se resta la necessità di un "provvedimento", significativamente annuale o pluriennale nella discrezionalità dell'amministrazione, in ragione del settore e del tipo di attività di cui trattasi (e quindi anche del relativo mercato), che determini quale obiettivo per le società, tra l'altro, il "contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni di personale", è invece esclusa ogni automatica applicazione dei vincoli e limiti propri della p.a., così come ogni obbligo cogente in tal senso in capo agli organi di gestione delle società.

In tale direzione, a memoria di quanto appunto era invece imperativamente disposto dall'art. 18, c. 2, l. 133/2008, devono essere lette le locuzioni utilizzate dai commi 5 e 6 dell'art. 19, ove tale obiettivo di contenimento degli oneri è fissato per le controllate solo "tenuto conto" della disciplina transitoria dell'art. 25 in materia di rilevazione delle eccedenze e di mobilità e dei divieti e limitazioni nelle assunzioni di personale da parte delle p.a.⁹; la società controllata garantisce poi il perseguimento concreto dell'obiettivo mediante "propri" atti deliberativi e di gestione, ed il recepimento degli stessi nella contrattazione integrativa di secondo livello, per quanto riguarda il menzionato obiettivo, avviene per la società controllata solo "ove possibile".

Si tratta dunque, a mio parere, trattando ancora una volta di vincolo di scopo per il datore, di una prospettiva alquanto distante dalla "finalizzazione" della contrattazione collettiva integrativa apparsa nella Riforma Brunetta e poi confermata, con modifiche, dalla Riforma Madia, in ragione della quale si riconosce, con norma vincolante ed imperativa, che "la contrattazione collettiva integrativa assicura adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici, incentivando l'impegno e la qualità della *performance*, destinandovi, per l'ottimale perseguimento degli obiettivi organizzativi ed individuali, una quota prevalente delle risorse finalizzate ai trattamenti eco-

⁹ Sui processi di re-internalizzazione e dismissioni delle società pubbliche v. TULLINI, *Processi organizzativi e continuità del lavoro nelle società partecipate*, in *RIDL*, 2019, I, p. 33 ss.

nomici accessori comunque denominati ai sensi dell'articolo 45, comma 3" (art. 40, c. 3 *bis*, d.lgs. 165/2001).

Stando all'indicazione legislativa del TUSP le relazioni sindacali delle società a controllo pubblico sembrano in qualche modo incanalarsi nella dimensione statutaria, che appare incompatibile con gli assetti del pubblico impiego. La norma si rivela come una apertura di credito alle relazioni negoziali delle società a controllo pubblico, e soprattutto verso la capacità degli attori di saperle gestire secondo la composizione di interessi propria di qualunque soggetto privato.

È dunque di evidenza il passaggio ad una disciplina che opportunamente riconosce l'attività di indirizzo, programmazione e monitoraggio del socio pubblico nei confronti della società controllata, nella considerazione della "finanza allargata" dell'ente e più in generale delle finalità di cui all'art. 1, c. 2 TUSP; ma la introduce poi nel circuito di autonomia di gestione e di responsabilità degli organi sociali, senza alcun vincolo giuridico diretto rispetto al raggiungimento degli obiettivi da parte della società, se non quello proprio del rapporto tra organi sociali e socio pubblico in termini di indirizzo e responsabilità regolati dal codice civile. Non si tratta dunque di vincoli pubblicistici immessi dalla legge nella programmazione del personale e nelle politiche di controllo e contenimento della spesa da parte delle società pubbliche, né di ingerenza nella gestione delle relazioni sindacali della società da parte del socio pubblico¹⁰, ma di rappresentazione specifica del rapporto tra socio e organi di amministrazione della società, poi ordinariamente regolati, negli effetti, dal diritto societario.

La considerazione imprime però come si diceva, immediato riflesso anche sull'impatto della regolamentazione dei commi 5 e 6 dell'art. 19 sul ruolo sindacale della società controllata, e più in generale sulle relazioni sindacali, che fisiologicamente possono svolgersi su questi temi, con modellistica di tipo partecipativo e/o negoziale.

In via generale alcuna compressione pare manifestarsi, diversamente come detto dalla formula dell'art. 18, c. 2 della l. 133/2008, sulla libertà sindacale delle società controllate e degli attori della contrattazione di secondo livello *ex art.* 39 Cost.: la norma non pone vincoli diretti e non entra nel dettaglio della (libera) contrattazione di secondo livello della società, la quale ha come obiettivo il contenimento degli oneri contrattuali appunto solo

¹⁰ Sul tema v. MONACO, *Contrattazione collettiva e società partecipate*, in *LD*, 2020, p. 71 ss.

“ove possibile”, e cioè alle condizioni poste dal ccnl di riferimento e dagli istituti da questo regolati, dai rapporti interni alla struttura contrattuale tra primo e secondo livello di contrattazione, comprensivi delle materie delegate a quest’ultimo, dalle relazioni sindacali del settore e soprattutto da quelle in essere all’interno della società controllata nella fisiologia e nelle criticità applicative del T.U. sulla Rappresentanza del 2014.

4. Segue. *b) Governance societaria e trattamento economico del personale*

Maggiori compressioni all’autonomia collettiva, anche sotto forma di esercizio delle prerogative di gestione da parte della società controllata, sono invece prospettabili e sono state prospettate con riguardo alle prescrizioni dell’art. 11 del d.lgs. 175/2016, tutte ancora una volta dirette al contenimento e alla razionalizzazione della spesa attraverso prescrizioni che riguardano la *governance* della società e appunto il trattamento economico del personale.

Si demanda al MEF il compito di definire con proprio decreto (previa intesa in Conferenza unificata per i profili di competenza) “indicatori dimensionali quantitativi e qualitativi al fine di individuare fino a cinque fasce per la classificazione delle suddette società”, stabilendo poi per ciascuna fascia il limite dei compensi massimi al quale gli organi sociali devono fare riferimento per la determinazione del trattamento annuo onnicomprensivo da corrispondere, oltre che agli amministratori e ai componenti degli organi sociali, anche a dirigenti e dipendenti, che comunque non potrà eccedere il limite di 240.000 euro annui lordi. Inoltre il decreto del MEF stabilisce i criteri di determinazione della parte variabile dei compensi (e quindi anche dei trattamenti retributivi), commisurata ai risultati raggiunti dalla società nel corso dell’esercizio precedente, parte variabile che non potrà tuttavia essere corrisposta in caso di risultati negativi attribuibili a responsabilità dell’amministratore.

Il Regolamento, di cui allo stato si conosce solo bozza, non è ancora stato emanato e si è ben oltre il termine di scadenza fissato dalla legge, a segno della complessità e forse della inadeguatezza dell’intervento eteronomo in materia.

Solo dopo la riforma del 2016 infatti tale disposizione ha assunto una rilevanza lavoristica diretta poiché, con il TUSP, la regola del tetto massimo ai compensi, da fissare con decreto ministeriale, è stata estesa anche ai dipen-

denti e ai dirigenti. Stante l'assenza di regolamento, l'unico limite attualmente vigente, per volontà governativa seppur implicita, è quello legale di 240.000,00 euro annui.

In relazione alla classificazione delle società per fasce, la bozza di provvedimento sembra introdurre una prima macro-suddivisione delle società a controllo pubblico e tiene conto delle società che svolgono attività finanziarie (società di gestione del risparmio, intermediari finanziari vigilati, società finanziarie), delle società incaricate di realizzare servizi a rete (settore delle *utility*) e delle società che svolgono le funzioni di stazioni appaltanti e centrali di committenza. Tale declinazione tipologica, svolta secondo le attività prevalenti, potrebbe contribuire a fornire ulteriori elementi alla classificazione delle società a controllo pubblico anche ai fini dell'applicazione dei ccnl, così ancorando a parametri oggettivi, secondo il modello dell'art. 2070 c.c., l'identificazione del perimetro contrattuale di riferimento¹¹.

Al fine di definire limiti di spesa, la remunerazione degli amministratori e dei componenti degli organi di controllo è commisurata all'impegno richiesto, alla rilevanza del ruolo ricoperto, nonché alle caratteristiche dimensionali e settoriali dell'impresa; quella degli amministratori esecutivi e dei dirigenti e dipendenti è definita in modo tale da allineare i loro interessi con il perseguimento dell'obiettivo della creazione di valore per i soci. Tale remunerazione, infine, deve essere adeguata e coerente con la struttura organizzativa, tenendo conto del ruolo e delle funzioni definite all'interno dell'azienda.

Si profilano qui diversi ambiti di limitazione dell'autonomia collettiva¹², sia nazionale che integrativa aziendale, in relazione al parametro costituzionale dell'art. 39, c. 1: a) in ragione di tetti massimi alle retribuzioni e di classificazione eteronoma delle società in fasce di distribuzione massima dei trattamenti; b) per via della ingerenza amministrativa nella determinazione dei "criteri" di appartenenza delle società alle fasce retributive e di determinazione della parte variabile dei compensi in relazione ai risultati, senza alcun coinvolgimento delle oo.ss.

Rammentato l'insegnamento della Corte costituzionale per cui i limiti

¹¹ Per le esperienze legislative di utilizzo del modello dell'art. 2070 c.c. v. CENTAMORE, *Contrattazione collettiva e pluralità di categorie*, BUP, p. 168 ss.

¹² Cfr. FERRARA M.D., *Corporate governance e trattamento economico nelle società a controllo pubblico tra vincoli pubblicistici e razionalità del sistema*, in *VTDL*, 2019, p. 143.

alla contrattazione ed alla libertà sindacale nella determinazione della retribuzione proporzionata e sufficiente sono possibili solo se bilanciati con la temporaneità/contingenza della misura limitativa¹³, il trattamento economico di dirigenti e dipendenti, dovrà tenere necessariamente conto dell'eventuale presenza di contratti collettivi nazionali, non derogabili nei minimi retribuiti *ex art. 36 Cost.*, da parte di un decreto ministeriale. Sempre sotto tale profilo, dovendo disciplinare il decreto i soli limiti massimi, proporzionali alla classificazione in fasce, questi ultimi saranno legittimi solo ove non intacchino i minimi retributivi previsti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore, scontando fra l'altro la presenza di più contratti collettivi nazionali nei vari settori.

Inoltre, il metodo della classificazione eteronoma impedisce di raccordare i criteri qualitativi e quantitativi di collocazione delle società nelle fasce, con i sistemi di determinazione degli obiettivi e dei trattamenti accessori di *performance*, se è vero che il posizionamento della società condiziona il trattamento onnicomprensivo di amministratori, dirigenti e dipendenti, e di conseguenza anche quello legato alla produttività collettiva ed individuale.

I profili di compromissione dell'autonomia collettiva appaiono qui assai significativi sul secondo livello di contrattazione ed involgono anche le prerogative negoziali delle società, cui è impedito di determinare, nel negoziato con le oo.ss., il necessario collegamento tra retribuzione di risultato (nella componente fissa e variabile) e specifici obiettivi aziendali, anche in termini di pesatura economica delle posizioni.

Esiste dunque, anzitutto, e a mio parere, un serio problema di metodo, in quanto il sindacato ed il metodo negoziale appaiono allo stato del tutto estranei al processo di definizione delle regole per la via amministrativa.

Qualche osservazione, in ordine sparso, su criticità che paiono emergere, tutte riconducibili alla scelta di far operare, dopo la lunga stagione di ibridazione, il diritto del lavoro e sindacale statutario.

La tematica della riduzione delle retribuzioni in ragione delle decisioni del socio pubblico ha trovato un motivo per acuirsi proprio per la espressa affermazione dell'attrazione delle società a controllo pubblico nell'orbita del lavoro privato. Questa autoriduzione, la quale appare spesso necessaria per il

¹³ Si v. naturalmente C. Cost. 24 giugno 2015, n. 178 sul blocco della contrattazione collettiva del settore pubblico.

vincolo di scopo cui è attratta l'azione del datore di lavoro oltre che per la finanza allargata degli Enti, si appalesa di difficile coordinamento con i principi generali del nostro ordinamento del lavoro e sindacale, quali rappresentati dall'art. 39 e dall'art. 36 Cost. nella lettura più volte ricordata offertane dalla Corte costituzionale.

Come si è detto, questa difficoltà di coordinamento emerge ora in tutta la sua criticità: il rapporto di lavoro e le relazioni sindacali sono private, ma il datore di lavoro può e deve intervenire sulle retribuzioni se il socio pubblico lo impone. Si tratta di una situazione difficilmente compatibile con le regole del diritto del lavoro e sindacale, perché viene riconosciuto un potere unilaterale datoriale di intervenire in modo diretto e incisivo sulla retribuzione, soprattutto considerando che tale intervento è del tutto slegato da qualsivoglia parametro: non è limitato nel tempo, non è collegato ad indici di produttività o a dati di bilancio, non serve ad affrontare una particolare emergenza o contingenza¹⁴.

È tradito anche il fondamentale principio di procedimentalizzazione derivato dalla normativa statutaria se si cristallizza il potere del contraente-datore di lavoro (anzi, del socio pubblico) di decidere di ridurre il corrispettivo economico a suo carico, incidendo in maniera significativa, arbitraria ed incontrollabile sul sinallagma contrattuale oltre che sulle relazioni sindacali societarie.

Le norme sulle limitazioni retributive nelle società pubbliche non riguardano in maniera diretta ed immediata la contrattazione, ma è pur vero che autorizzano un soggetto privato – su impulso dell'amministrazione socia – ad incidere sui contenuti più rilevanti della stessa, vale a dire quelli retributivi.

È opportuno allora chiedersi, e la risposta appare positiva, se queste norme, di provenienza legale e regolamentare, non incidano sulla libertà sindacale e non comportino violazione non solo dell'art. 39 Cost., ma anche di altre norme costituzionali quali gli artt. 3, 36 e 41 Cost.¹⁵.

¹⁴ Così MENICUCCI, *Il rapporto di lavoro nelle società controllate. Problematiche passate e presenti, prospettive future*, in LG, 2017, p. 761.

¹⁵ V. già PINTO, *Sui rapporti di lavoro alle dipendenze delle società in controllo pubblico e delle società in house*, in FORTUNATO, VESSIA (a cura di), *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, 2017, p. 241.

5. Conclusioni

Nella regolamentazione delle relazioni sindacali delle società a controllo pubblico, le esigenze di composizione degli interessi sono molteplici e ben differenti: da un lato la necessità che le controllate siano un soggetto più agile della p.a., a pena di vanificazione della loro stessa esistenza, ciò comportando l'utilizzo integrale della strumentazione negoziale privatistica; dall'altro la necessità di controllarne i costi, in quanto in sostanza a carico della fiscalità generale.

La mia opinione è che il diritto sindacale e gli assetti regolativi della contrattazione collettiva del settore privato, specie quelli che disciplinano il rapporto tra i diversi livelli di contrattazione, siano al momento inadeguati a garantire le esigenze diffuse di contenimento dei costi nelle società controllate e di osservanza dei vincoli di carattere finanziario segnalati dal socio pubblico, appunto ai fini della contrattazione collettiva di secondo livello. Al di là degli ostacoli normativi, non vi è in tal senso sufficiente sensibilità degli attori collettivi a tutti i livelli, tale cioè da limitare e temperare l'apparente incompatibilità – e quindi la non componibilità –, degli interessi che si esprimono nella negoziazione.

Anche qui, seguendo l'insegnamento di Massimo D'Antona quando ebbe ad introdurre la riforma delle relazioni sindacali del settore pubblico, la "privatizzazione" delle relazioni sindacali delle società a controllo pubblico rischia di non sortire gli effetti auspicati perché gestita da attori sindacali "vecchi", incapaci o inconsapevoli degli effetti che antiche logiche negoziali possono determinare sugli assetti societari e sulla stessa sopravvivenza delle società controllate. Certo, come anticipato, non mancano "buone pratiche": il possibile conflitto tra livelli contrattuali può essere evitato grazie all'attivazione di piattaforme di rivendicazione separate e riservate alle società controllate nell'ambito della contrattazione nazionale, come è accaduto già in alcuni settori (ad es. quello dei servizi ambientali¹⁶) in cui si è avuto uno sdoppiamento dei tavoli della trattativa e una contrattazione *ad hoc* nel caso di soggetti controllati. Si tratta di un buon rimedio preventivo del conflitto: ma evidenzia la necessaria specificità del modello di relazioni industriali nell'ambito delle società a controllo pubblico, che hanno evidentemente esigenze procedurali e sostanziali differenti rispetto al sistema del lavoro nell'impresa privata.

¹⁶ Cfr. FALSONE, *Gli enti pubblici economici e le società partecipate: profili giuslavoristici fra diritto privato e legislazione speciale*, cit.

Carminé Russo

Formazioni sociali e partecipazione nell'organizzazione dei servizi pubblici

Sommario: **1.** Pubblico impiego e gestione sociale delle crisi. **2.** La contrattazione collettiva tra funzione sociale e tutela del lavoro. **3.** Il contraddittorio ruolo assegnato al dirigente. **4.** Limiti e rischi della contrattazione di secondo livello. **5.** La difficile collocazione della partecipazione sindacale. **6.** Partecipazione e trasparenza.

1. Pubblico impiego e gestione sociale delle crisi

In questo intervento esporrò convinzioni maturate in una esperienza oramai ultraquarantennale nella quale, da quando mi laureai con Mario Rusciano, ho sempre tenuto insieme produzione scientifica e impegno sociale come consulente giuridico di organizzazioni sindacali di livello nazionale.

La suggestiva introduzione di Bruno Caruso mi spinge ad ampliare l'argomento che avevo concordato con Marco Esposito, concentrato solo sulle forme partecipative delle relazioni sindacali.

Ci arriverò, ma partendo un po' più da lontano, prendendo spunto dalle rinnovate polemiche su una sostanziale posizione infingarda e protetta che il rapporto pubblico godrebbe rispetto a quello privato, rafforzata in questo periodo di pandemia dal massiccio ricorso allo *smart-working*.

Insomma, se si elimina la breve parentesi primaverile durante la quale i pubblici dipendenti, soprattutto di alcuni settori, sono stati acclamati come eroi, è stata sufficiente una richiesta di revisione organizzativa delle amministrazioni e di rinnovo contrattuale per farli riconfinare nella abusata categoria dei fannulloni, anche se bisogna dire che negli ultimi mesi questa polemica sembra attenuarsi a favore di una maggiore attenzione alle ragioni organizzative e contrattuali del settore.

Nel dibattito giuridico, questa valutazione è di solito accompagnata dalla critica al fatto che non si sia proceduto ad una completa equiparazione del mondo del lavoro, lasciando intatte le principali guarentigie del pubblico dipendente.

Io ritengo che questa chiave di lettura non ricordi che mai il legislatore della riforma del 1992-1993 – né quello che si è spinto “più oltre” nel biennio 1997-1998; e nemmeno quello più “aziendalista” del biennio 2009-2010 – ha inteso pervenire ad una completa equiparazione dei due mondi del lavoro.

Basti leggere le cautele e i limiti a tale prospettiva posti sin dall’inizio sia dall’art. 2 della l. 23 ottobre 1992, n. 421 sia dal secondo comma dell’art. 2 d.lgs. 30 marzo 2001, n.165 (allora d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29): limiti che in parte derivano dalla funzione pubblica delle amministrazioni (l. 421/1992) e in parte da una più generica clausola prevista dal d.lgs. 165/2001. In entrambi i casi, il legislatore ha preferito riservare a sé una pagina bianca che gli consentisse di volta in volta di regolare la distanza tra i due rapporti di lavoro. Una cautela che ha portato il legislatore delegato a interpretare in modo restrittivo e conservativo la maggiore apertura prevista dall’art. 11.4. a) della legge delega 15 marzo 1997, n. 59, a sua volta attenuata dal criterio di delega previsto dall’art. 2.1.a) della l. 4 marzo 2009, n. 15. Un percorso tacitamente confermato anche dalla l. 7 agosto 2015, n. 124.

Io credo che ci sia una ragione a questa scelta, anche ulteriore rispetto ai vincoli costituzionali e alla necessità di controllo pubblico della spesa; una ragione che consiste nella ineliminabile funzionalità economico-sociale del rapporto di lavoro che si affianca alla funzionalità pubblica dei servizi e che ne prende il sopravvento soprattutto nelle fasi negative del ciclo economico che, almeno nel nostro paese, si ripropongono con frequenza ravvicinata tanto da farne quasi un dato strutturale della nostra economia.

Mi riferisco al fatto che da sempre il pubblico impiego svolge la funzione di cuscinetto ammortizzatore del disagio creato al tessuto sociale in periodi di crisi, *garantendo un welfare familiare e di comunità* quando l’economia non consente un sufficiente equilibrio occupazionale e di circolazione di reddito: basti pensare ai cosiddetti giovani della 285 alla fine degli anni ’70, alle diverse fasi di creazione e assorbimento del precariato (anche prescindendo dal caso della scuola) e ai modi in cui si è affrontato tutto il periodo di crisi finanziaria di questi ultimi 10 anni alla quale si è aggiunta oggi quella pandemica.

Insomma, pubblico impiego e pensioni sono costanti strumenti di riequilibrio che, soprattutto in una economia debole come la nostra, non pos-

sono essere facilmente abbandonati; e questo semplice dato di realismo dovrebbe essere tenuto in conto soprattutto da parte di quelle critiche che provengono da contesti sufficientemente garantiti e comunque riconducibili al settore pubblico.

2. *La contrattazione collettiva tra funzione sociale e tutela del lavoro*

Questa condizione strutturale del rapporto di lavoro influenza naturalmente anche la fonte contrattuale, alla quale non è mai stato richiesto di svolgere esclusivamente il ruolo di rappresentanza del lavoro. In verità sono da sempre anche le organizzazioni sindacali a richiedere una maggiore emancipazione dalla fonte legislativa offrendo in cambio la prospettiva di una più efficace amministrazione. E questo illuministico scambio ha influenzato il giudizio che si è espresso sulle relazioni sindacali alle quali si è chiesto qualcosa di più sociale della semplice rappresentanza degli iscritti.

Questa critica non è rivolta – e non certo per ragioni di personale appartenenza – alla scuola di Diritto del lavoro di Napoli fondata e guidata da Rusciano il quale fin dai suoi studi degli anni '70 come anche nella relazione al convegno AIDLASS del 1996 ha mostrato maggior senso di realismo nel disegnare il modello di contrattualizzazione e nel sottolineare la funzionalizzazione sociale della contrattazione collettiva; voglio anche ricordare l'elaborazione di Lorenzo Zoppi che, se non erro, per primo ha parlato di istituzionalizzazione delle relazioni sindacali nel settore pubblico; e io stesso, che invece cercavo interpretativamente di spogliare le relazioni sindacali dalle bardature pubblicistiche che la legge le attribuiva, ho dovuto arrendermi all'evidenza che nella legislazione e nella giurisprudenza della Corte Costituzionale (emblematica la sentenza C. Cost. 24 giugno 2015, n. 178), la dimensione pubblicistica è predominante nel preordinare regole e comportamenti degli attori.

D'altra parte le aperture alla fonte negoziale sono sempre avvenute in coincidenza con la necessità della politica di ottenere un consenso sociale ulteriore rispetto a quello realizzabile all'interno dei circuiti istituzionali: a partire dai casi di governi di coalizione deboli (legge quadro sul pubblico impiego), a quelli di una richiesta di sacrifici significativi (d.lgs. 29/1993), a quello più recente in occasione del referendum del 2016 (accordo del 30 novembre che pone le basi per la legge Madia) che ha fatto superare la politica della disintermediazione.

3. *Il contraddittorio ruolo assegnato al dirigente*

È in questo contesto che si colloca l'azione dei soggetti organizzativi individuali e collettivi delle amministrazioni; a cominciare dall'esercizio dei poteri datoriali che non hanno mai avuto, e per le ragioni dette, la stessa o analoga ampiezza di quelli del datore privato: non nella fase del reclutamento (vincolo del concorso), non in quella della gestione (promozione professionale), non in quella dell'estinzione (tutela in caso di licenziamento).

In tutte le configurazioni normative di tale potere, il ruolo dirigenziale è sempre stato delineato in modo debole, poco orientato alla qualità del servizio perché molto interessato alle sorti del proprio rapporto di lavoro non giungendo mai, come invece spesso auspicato da Gianfranco D'Alessio, a una reale e completa autonomia dal politico di riferimento.

A questa costante debolezza, si è aggiunta quella ulteriore preoccupazione indotta dal provvedimento legislativo che a torto è considerato la massima espressione del potere dirigenziale e del NPM. Non entro nel merito delle giuste ragioni per cui il NPM sia ormai in via di superamento anche da parte della teoria organizzativa. Qui mi interessa sottolinearne la debolezza del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 proprio sotto il profilo organizzativo e cioè il fatto che, con quel provvedimento, il percorso gestionale del potere datoriale è stato lastricato di innumerevoli rischi sanzionatori non per il mancato miglioramento del servizio, quanto invece per la mancata sorveglianza, controllo e sanzione dei singoli lavoratori. Invertendo l'ordine di importanza tra organizzazione e rapporto individuale di lavoro, il d.lgs. 150/2009, illudendo i dirigenti di conferirgli il "bastone di comando da Maresciallo" auspicato da Napoleone per ognuno dei suoi soldati, gli ha in realtà consegnato un bastone da sergente maggiore della peggiore filmografia sull'addestramento dei marines. Ma ora forse si ricomincia...

E si sa bene che non esiste organizzazione se l'interesse gestionale è orientato in modo prevalente sulla dimensione individuale del lavoro.

4. *Limiti e rischi della contrattazione di secondo livello*

Crisi ricorrenti che inducono il rapporto di lavoro a svolgere (insieme al reddito da pensione) anche una funzione di riequilibrio del welfare, relazioni sindacali con pochi strumenti di valorizzazione del personale e valu-

tazione dell'organizzazione, sono i principali elementi che nei trent'anni di riforma hanno reso la contrattazione integrativa una tecnica relazionale eccessivamente proceduralizzata dalla legge e dagli stessi contratti, frutto di un clima di sospetto generalizzato che non facilitò certo l'attenzione all'organizzazione dei servizi; anche perché con la distribuzione "a pioggia" si è tentato di integrare a questo livello lo stentato recupero del potere di acquisto operato dal livello nazionale.

E purtroppo la stessa logica di tutela generalizzata si è affermata anche nella gestione di molti istituti normativi perché essa tranquillizza sia il dirigente che non deve valutare e non è valutato, sia il sindacato che non deve operare scelte drastiche nella propria rappresentanza.

5. *La difficile collocazione della partecipazione sindacale*

In questo clima, la partecipazione è percepita come una piattaforma mobile che, anche facendo leva sulla non chiara distinzione di elencazioni contrattuali di materie, secondo l'interesse dirigenziale dovrebbe traghettare verso la decisione unilaterale le materie della contrattazione e secondo l'interesse sindacale dovrebbe consentire il percorso inverso.

Questa strumentalizzazione delle forme partecipative che si nota anche nella confusa terminologia adottata dall'art. 5.2 del d.lgs. 165/2001, le fa di fatto perdere l'autonoma funzione di approfondimento degli aspetti organizzativi all'interno dei quali il lavoro opera e rispetto ai quali poi negoziare le condizioni reali di erogazione della prestazione lavorativa.

Perché questa, a mio parere, deve essere la reale linea di demarcazione tra partecipazione e contrattazione: una linea di demarcazione resa ancora più difficile da individuare se si considera che sia per la partecipazione che per la contrattazione è prevista la identica rappresentanza del lavoro, senza distinzione tra rappresentanza elettiva e rappresentanza associativa.

Gli ultimi contratti collettivi hanno cercato di rendere più visibile l'autonomia della partecipazione rispetto alla contrattazione, quanto meno:

- rendendo *l'informazione* e il *confronto* (la vecchia *concertazione* che a sua volta aveva sostituito l'ancor più risalente *esame*) più coerente con la normativa comunitaria su informazione e consultazione;

- non definendo in modo rigido il rappresentante dell'amministrazione che svolge l'informazione e il confronto, in parte per marcare la distinzione

tra partecipazione e contrattazione e in parte perché la rappresentanza sindacale abbia come interlocutore un soggetto esperto del problema organizzativo da approfondire;

- istituendo una sede protetta destinata alla proposta e approfondimento di progetti organizzativi complessi o sperimentali;
- prevedendo in questa ultima sede la sola presenza delle organizzazioni sindacali firmatarie del contratto collettivo nazionale.

In verità i contratti di comparto hanno in parte indebolito questa impostazione facendo le diverse forme di partecipazione e la stessa contrattazione di una eccessiva elencazione di micromaterie che proprio perché micro finiscono per negare lo stesso concetto di organizzazione e per riproporre il tira e molla della precedente esperienza.

6. Partecipazione e trasparenza

Sono da tempo convinto che il concetto di partecipazione si debba declinare al plurale. La collocazione che l'amministrazione pubblica occupa nella Costituzione, come organizzazione che garantisca i diritti, rende necessaria la possibilità di un controllo attivo da parte destinatari dell'azione amministrativa che non può essere considerato incluso nella partecipazione elettorale, nel potere organizzativo, nella rappresentanza sindacale.

Pertanto, la partecipazione sociale va alimentata con strumenti propri che ne garantiscano la visibilità anche nella fase concreta dell'erogazione del servizio e non solo in quella della conoscenza (accesso agli atti), della promessa istituzionale (carte dei servizi) della funzione sostanzialmente risarcitoria (diverse forme di *class action*).

Questa legislazione si è arricchita negli ultimi anni di un secondo filone che ha mirato a sistematizzare le informazioni e conoscenze utili all'esercizio della partecipazione e del controllo, elaborando e articolando un principio di trasparenza fatto assurgere al rango di principio costituzionale.

Sebbene nata principalmente come strumento anticorruzione, la trasparenza, che l'ANAC definisce "*principio cardine e fondamentale dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e dei loro rapporti coi cittadini*", può avere significativi effetti anche sull'organizzazione, soprattutto se la rappresentanza degli utenti decida di utilizzarla nelle sue complete potenzialità.

E infatti le molteplici tipologie di partecipazione (Pubblicazione obbli-

gatoria, Accesso generalizzato, Accesso civico) che si aggiungono all'Accesso agli atti di cui alla l. 7 agosto 1990, n. 241, offrono una ampia gamma di intervento attivo nella richiesta di informazioni utili non solo alla tutela di un proprio diritto o interesse, ma anche per la conoscenza e verifica dell'organizzazione in generale. Informazioni richiedibili in molti casi da *chiunque*, e quindi anche dai soggetti sindacali; in questo senso, i ccnl negli articoli dedicati all'informazione precisano che essa è dovuta "fermi restando gli obblighi in materia di trasparenza".

Peraltro, richiamando gli ambiti amministrativi per i quali possono essere fatti valere i principi di trasparenza, partecipazione e accesso si nota come essi abbiano una stretta attinenza anche all'organizzazione del lavoro e alla regolamentazione del rapporto di lavoro. Tra questi in particolare, gli ambiti riguardanti l'organizzazione interna, i collaboratori, la dotazione organica e il costo del personale, la valutazione, la contrattazione collettiva, il bilancio, i controlli, i servizi erogati con standard di qualità e costi.

In conclusione, le associazioni della rappresentanza sociale e del lavoro possono contare su istituti normativi o contrattuali per incidere sull'organizzazione, ma anche per orientare i comportamenti dei soggetti organizzativi interni in direzione di utilità sociale.

Perché in fondo, e a prescindere dalle responsabilità di ognuno, non può esistere un'amministrazione efficace in presenza di una società disgregata e apatica.

Carla Spinelli

La prospettiva “digitale” delle relazioni sindacali nelle pubbliche amministrazioni

Sommario: **1.** L'amministrazione digitale: *work in progress*. **2.** Le relazioni sindacali nei processi di digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni. **3.** Amministrazione digitale, pandemia e lavoro agile.

1. *L'amministrazione digitale: work in progress*

Il processo di digitalizzazione del settore pubblico si va sviluppando, ormai da almeno un quindicennio¹, con particolare lentezza e farraginosità, benché si tratti di un tassello fondamentale per il progresso del Paese, come conferma da ultimo l'agenda politico-istituzionale enunciata nell'ambito della Strategia “Italia 2025”, a cura del Ministero per l'Innovazione tecnologica e la Digitalizzazione.

La Relazione nazionale sull'Italia per il 2020 relativa all'Indice di digitalizzazione dell'economia e della società (DESI), a proposito dei servizi pubblici digitali, attesta le buone prestazioni raggiunte in materia di *e-Gov* e *OpenData*, sebbene ancora al di sotto della media europea, ma denuncia la loro scarsa effettività, a causa della mancata fruibilità generalizzata da parte della collettività. La stessa Relazione evidenzia, infatti, tra le maggiori criticità, i livelli molto bassi delle competenze digitali di base e avanzate in Italia, con ripercussioni negative sull'uso effettivo delle tecnologie.

Nell'agosto del 2020 è stato approvato il Piano triennale per l'informatica 2020-22, che è stato valutato poco ambizioso, ma realistico, nel senso

¹ Cfr. Codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82).

che prende atto della realtà, in quanto molti degli obiettivi elencati e delle scadenze indicate in questo nuovo Piano non sono altro che proroghe di precedenti progettualità e scadenze disattese², a riprova del fatto che la tecnologia da sola non basta, ma deve essere accompagnata da una visione strategica e organica, capace di vincere le tradizionali resistenze burocratiche.

Le maggiori criticità della trasformazione digitale delle amministrazioni pubbliche attengono, quindi, tanto allo sviluppo delle infrastrutture tecnologiche, quanto ai c.d. fattori abilitanti immateriali, tra cui si può annoverare la carenza delle competenze digitali. Oltre al *digital divide*, tuttavia, rilevano anche gli ostacoli di carattere organizzativo, riferibili alla necessità di riprogettare i processi operativi dell'azione amministrativa e alle carenze di tipo culturale.

2. *Le relazioni sindacali nei processi di digitalizzazione delle pubbliche amministrazioni*

Le relazioni sindacali che possono trovare cittadinanza nella costruzione dell'amministrazione digitale devono necessariamente svilupparsi nel rispetto dei vincoli che l'assetto delle fonti in materia di organizzazione e rapporti di lavoro pubblici pone. Esse, dunque, si attuano attraverso i modelli di interlocuzione sindacale individuati dal legislatore, ai sensi del combinato disposto tra art. 2, c. 1, art. 5, c. 2 e art. 40, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165. Pertanto, se le decisioni organizzative assunte con riferimento alla trasformazione digitale delle amministrazioni formano oggetto di partecipazione sindacale, le ricadute sui rapporti di lavoro di tali decisioni sono regolate attraverso la contrattazione collettiva.

Tra le nuove sfide che si pongono alla prossima tornata dei rinnovi contrattuali per il personale dei comparti (ma anche delle aree, in realtà), per le ragioni già esposte, lo sviluppo delle competenze digitali assume una valenza fondamentale. A tal riguardo, è indispensabile portare a compimento il percorso intrapreso nel triennio 2016-18 e addivenire alla revisione dei sistemi di classificazione professionale, affinché vi possano trovare riconoscimento

² Cfr. le criticità evidenziate nel *Referto al Parlamento sullo stato di attuazione del Piano Triennale per l'Informatica 2017-2019 negli enti territoriali* della Corte dei Conti (Deliberazione n. 15/SE-ZAUT/2020/VSGO).

le professionalità qualificate delle quali le amministrazioni pubbliche hanno necessità di dotarsi, attraverso procedure di reclutamento anche straordinarie, in relazione alle nuove figure e alle competenze da individuarsi nei Piani triennali di fabbisogno del personale³. Altrettanto importante, nella medesima prospettiva, è rilanciare il ruolo strategico della formazione, che negli ultimi anni è stata ridimensionata, pure per effetto della limitatezza delle risorse che le sono state destinate. Nei contratti di comparto vigenti si prevede che le attività formative siano programmate nei piani della formazione del personale, sulla base dell'analisi dei fabbisogni formativi rilevati nell'organizzazione, anche in conseguenza di *innovazioni tecnologiche*⁴ e che siano rivolte, tra l'altro, a garantire l'aggiornamento professionale in relazione all'utilizzo di nuove metodologie lavorative ovvero di *nuove tecnologie*⁵.

Tra la contrattazione di comparto, nei suoi diversi livelli, e gli istituti di partecipazione sindacale si innesca una combinazione virtuosa e di reciproco rimando, anche con riferimento alla tematica qui considerata⁶, in quanto tutti questi strumenti sono intesi a garantire la rappresentanza degli interessi dei lavoratori nei processi decisionali datoriali, sebbene con una diversa efficacia vincolante.

In questa prospettiva si colloca, ad esempio, l'istituzione degli Organismi paritetici per l'innovazione, disposta con i rinnovi contrattuali della tornata 2016-18, attraverso i quali si è inteso realizzare un coinvolgimento partecipativo delle organizzazioni sindacali “su tutto ciò che abbia una dimensione progettuale, complessa e sperimentale, di carattere organizzativo dell'amministrazione”⁷. Questi organismi possono svolgere, quindi, un'attività prope-deutica alla contrattazione integrativa, attraverso la formulazione di proposte⁸, ed è significativo, al riguardo, che nella elencazione esemplificativa delle tematiche di loro competenza, l'attenzione sia focalizzata sui rischi per i lavo-

³ Art. 6 *ter*, d.lgs. 165/2001.

⁴ Art. 53, c. 1, ccnc Funzioni Centrali.

⁵ Art. 49 *bis*, c. 3, ccnc Funzioni Locali; art. 53, c. 3, ccnc Sanità. Nella sezione AFAM del Comparto Istruzione e ricerca si prevede che siano oggetto di contrattazione integrativa a livello nazionale “i criteri generali di ripartizione delle risorse per la formazione del personale nel rispetto degli obiettivi e delle finalità definite dall'amministrazione” (art. 97, c. 3, lett. a4).

⁶ ZOPPOLI L., MONDA, *Innovazioni tecnologiche e lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *DRI*, 2020, 2, p. 312 ss.

⁷ Art. 6, c. 1, ccnc Funzioni Centrali; art. 6, c. 1, ccnc Funzioni Locali; art. 7, c. 1, ccnc Sanità; art. 9, c. 1, ccnc Istruzione e ricerca.

⁸ Ma v. le osservazioni critiche di TOPO in *Questa rivista*.

ratori connessi all'uso, o forse dovremmo dire meglio, all'abuso della tecnologia e sulle misure di conciliazione vita-lavoro⁹.

A tal proposito, degne di menzione sono le previsioni sul diritto alla disconnessione contenute nelle sezioni Scuola (a livello di singola istituzione scolastica ed educativa) e AFAM del contratto collettivo del comparto Istruzione e ricerca. In particolare, tali clausole contrattuali prevedono che siano oggetto di contrattazione integrativa “i criteri generali per l'utilizzo di strumentazioni tecnologiche di lavoro in orario diverso da quello di servizio, al fine di una maggiore conciliazione tra vita lavorativa e vita familiare”¹⁰. Più in generale, al secondo livello negoziale i contratti di comparto rinviano la disciplina dei riflessi sulla qualità del lavoro e sulla professionalità delle *innovazioni tecnologiche* inerenti l'organizzazione di servizi¹¹.

3. *Amministrazione digitale, pandemia e lavoro agile*

L'amministrazione digitale offre per definizione spazi di affermazione al lavoro da remoto, eppure la valorizzazione di quest'ultimo ha avuto tutt'altra origine.

Introdotta come misura volta al soddisfacimento tanto dell'interesse organizzativo delle amministrazioni, anche nella prospettiva della riduzione della spesa, quanto delle esigenze di conciliazione dei lavoratori¹², il ricorso al lavoro agile si è diffuso in maniera esponenziale, in realtà, durante la pandemia, quale misura prioritaria di contenimento del rischio di contagio nei luoghi di lavoro¹³, in quanto idonea a contemperare l'esigenza di garantire la continuità dell'azione amministrativa con la tutela della salute e sicurezza dei dipendenti¹⁴.

Come evidenziato nel monitoraggio condotto dal Dipartimento della Funzione pubblica, l'adozione del lavoro agile coartata dall'emergenza sani-

⁹ Art. 6, c. 2, ccnc Funzioni Centrali; art. 6, c. 2, ccnc Funzioni Locali; art. 7, c. 2, ccnc Sanità; art. 9, c. 2, ccnc Istruzione e ricerca.

¹⁰ Art. 22, c. 4, lett. c8); art. 97, c. 3, lett. b6), ccnc Istruzione e ricerca.

¹¹ Art. 7, c. 6, lett. v), ccnc Funzioni Centrali; art. 7, c. 4, lett. t), ccnc Funzioni Locali; art. 22, c. 4, lett. c9); art. 42, c. 3, lett. o); art. 68, c. 4, lett. o), ccnc Istruzione e ricerca; art. 8, c. 5, lett. k), ccnc Sanità.

¹² Art. 14, l. 124/2015 e art. 18, c. 3, l. 81/2017.

¹³ Art. 87, c. 1, lett. b), d.l. n. 18/2020, conv. da l. n. 27/2020 e art. 263, d.l. 34/2020 conv. da l. 77/2020.

¹⁴ BROLLO, *Smart o emergency work? Il lavoro agile al tempo della pandemia*, in *LG*, n. 6, p. 553 ss.

taria ha realizzato un salto evolutivo, nel senso che ha contribuito ad imprimere un’accelerazione ai processi di digitalizzazione delle pp.aa. Per quanto la strumentazione tecnologica costituisca unicamente il supporto e non valga a qualificare l’«agilità» della prestazione di lavoro, per cui rilevano piuttosto la flessibilità del luogo e del tempo¹⁵, nel contesto dell’*home-working* pandemico si è reso ancora più evidente come non sia possibile svolgere lavoro da remoto senza un adeguato livello di dematerializzazione dei processi di produzione dei beni e di erogazione dei servizi per la collettività, che le amministrazioni presidiano con la loro attività¹⁶.

D’altro canto, per esigenze di semplificazione, lo svolgimento della prestazione lavorativa in modalità agile è stata legittimata dal legislatore anche attraverso il ricorso a strumenti tecnologici nella disponibilità del dipendente¹⁷. Ed in effetti, le amministrazioni hanno praticato un ampio utilizzo della formula BYOD (*bring your own device*), sebbene più per insufficiente disponibilità di strumentazione informatica da fornire ai dipendenti, che per scelta organizzativa consapevole.

Ma l’aspetto più saliente dell’anomalia deve ravvisarsi proprio nella possibilità data alle amministrazioni – giustificata sempre con esigenze di semplificazione nell’emergenza – di prescindere dalla stipula di accordi individuali¹⁸. Questi, nella sistematica del lavoro agile, costituiscono la sua principale fonte regolativa¹⁹, integrativa dello scarno articolato normativo della legge 22 maggio 2017, n. 81, che non opera alcun rinvio alla contrattazione collettiva. Il lavoro agile pandemico è stato, dunque, gestito di norma attraverso determinazioni unilaterali delle amministrazioni²⁰.

Nell’estate dello scorso anno, quando sembrava che l’emergenza sanitaria

¹⁵ Art. 18, c. 1, l. 81/2017.

¹⁶ Sia consentito il rinvio a SPINELLI, *Le potenzialità del lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni: da modalità ordinaria di gestione dell’emergenza a volano per l’innovazione?*, in LPA, 2020, p. 21 ss.

¹⁷ In tal caso, l’amministrazione è esonerata dalla responsabilità per il loro buon funzionamento e la sicurezza, in quanto l’art. 18, c. 2, l. 81/2017 non trova applicazione (art. 87, c. 2, d.l. 18/2020).

¹⁸ Art. 87, c. 1, lett. b), d.l. n. 18/2020.

¹⁹ Art. 19, l. n. 81/2017.

²⁰ CARUSO, *Pubbliche amministrazioni e imprese italiane nella crisi pandemica: tra vizi antichi e possibile resilienza*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT, n. 427/2020; L. ZOPPOLI, *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane?*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT, n. 421/2020.

volgesse al declino, il legislatore è intervenuto per promuovere la stabilizzazione di questa modalità flessibile di svolgimento della prestazione lavorativa, prevenendo l'obbligo per le pubbliche amministrazioni di redigere, entro il 31 gennaio di ogni anno, il Piano organizzativo del lavoro agile (POLA), quale sezione del Piano della *performance*, sentite le organizzazioni sindacali.

La recrudescenza del virus ha, invece, ispirato il decreto del Ministro per la p.a. di ottobre 2020, che, nelle more della definizione dei POLA, da un lato, ha puntato a valorizzare le *managerial prerogatives* del dirigente-datore di lavoro pubblico, al quale affida la definizione delle modalità organizzative per lo svolgimento del lavoro agile (art. 3)²¹ e, dall'altro, con riferimento alle relazioni sindacali, si è limitato a fare rinvio al Protocollo sulla sicurezza del 24 luglio 2020, ove, al punto 8, si dispone che “*nelle more di una definizione contrattuale specifica del rapporto di lavoro agile, le amministrazioni attivino il confronto con i soggetti sindacali ai sensi della disciplina contrattuale vigente*”.

Le organizzazioni sindacali hanno criticato aspramente questo decreto, rivendicando il ruolo regolativo della contrattazione collettiva con riferimento a tutti gli aspetti che attengono, non già agli assetti organizzativi, ma al rapporto di lavoro agile²².

Si tratta di una posizione condivisibile²³, proprio alla luce dell'assetto delle fonti nel settore pubblico, che lascia uno spazio di intervento assai limitato all'autonomia individuale, sostanzialmente circoscritto al momento genetico del rapporto di lavoro, in ragione del principio di parità di trattamento di cui all'art. 45, d.lgs. 165/2001²⁴.

Senza trascurare il ruolo regolativo dei contratti di comparto, inteso a salvaguardare le specificità delle pubbliche amministrazioni, che restano realtà plurali non solo sul piano delle funzioni, ma anche su quello organizzativo, sarebbe forse auspicabile la stipula di un contratto collettivo quadro, come si è fatto del resto e proficuamente già per il telelavoro (ccnq 23 marzo 2000), se solo si pensa a tematiche come il diritto alla disconnessione o la tutela della *privacy*, che si prestano all'individuazione di soluzioni comuni per tutti i lavoratori pubblici.

²¹ V. anche art. 5, c. 4, d.P.C.M. 14 gennaio 2021.

²² Emblematica al riguardo la *querelle* sui buoni pasto, su cui v. Trib. Venezia 8 luglio 2020.

²³ Nello stesso senso ESPOSITO, *Smart work e pubblico impiego: patti chiari e agilità lunga*, in MARTONE (a cura di), *Il lavoro da remoto*, La Tribuna, 2020, pp. 154-55.

²⁴ Il contratto individuale, infatti, regola unicamente il trattamento economico connesso all'incarico da attribuire al dirigente pubblico (art. 19, c. 2, d.lgs. 165/2001).

Paola Bozzao

Sindacato e previdenza complementare nel pubblico impiego

Sommario: **1.** Autonomia collettiva e previdenza complementare: un importante tassello della riforma del Welfare. **2.** Il problema del finanziamento dei Fondi negoziali e le ricadute sulle dinamiche salariali.

1. Autonomia collettiva e previdenza complementare: un importante tassello della riforma del Welfare

All'interno dell'ampia riflessione sui possibili percorsi di avanzamento e sviluppo della contrattazione collettiva nell'area del pubblico impiego, si intende dedicare alcune brevi considerazioni sul ruolo svolto dalle parti sociali in una materia, la previdenza complementare, che, nelle sue plurime declinazioni, trae origine proprio dall'autonomia negoziale collettiva. Si tratta di un ambito di analisi che potrebbe apparire marginale; ma non lo è, per almeno due importanti ragioni. In primo luogo, perché si tocca un ambito dove gioverebbe una ripresa dello "spirito" dello Statuto, nella sua parte di promozione, e sostegno, del ruolo del sindacato. In secondo luogo perché, in prospettiva, il consolidamento del secondo pilastro previdenziale assume una crescente importanza, se si considera l'emersione di nuovi bisogni delle persone occupate nel settore pubblico, riconducibile anche alla graduale ripresa delle assunzioni, avviata a fine 2019¹; cui si affianca, per quanto rileva

¹ Il punto è ben evidenziato da MASTROGIUSEPPE, TALAMO, *Contrattazione collettiva nel lavoro pubblico e concertazione sociale. Stato dell'arte e prospettive*, in SINAPPSI - Commissioni tra ricerca e politiche pubbliche, in *Rivista quadrimestrale dell'Inapp*, 2020, 1, p. 79.

in questa sede, la progressiva contrazione delle prestazioni pensionistiche di base, quale conseguenza della ormai prossima entrata a regime del sistema di calcolo contributivo della pensione.

Non stupisce dunque che, tra le istanze presentate dalle principali organizzazioni sindacali nel confronto da ultimo avviato a livello governativo in materia previdenziale², un ruolo centrale ha rivestito proprio l'implementazione della previdenza complementare di tipo negoziale. Un sistema, quest'ultimo, regolamentato agli inizi degli anni '90 nell'ambito della riforma del sistema pensionistico, che riconosce al lavoratore che abbia destinato a tale fine il proprio Tfr, l'opportunità di percepire una pensione complementare sotto forma di rendita o di capitale al momento del pensionamento dal sistema pubblico. E il fondo pensione negoziale, in quanto soggetto collettivo di origine bilaterale frutto dell'attività istituzionale delle OO. SS, assolve – tra le altre – proprio alle funzioni di definire le modalità di adesione, le tipologie di prestazione, la raccolta delle risorse finanziarie destinate alle esigenze previdenziali dei lavoratori. Se si guarda specificamente all'area del lavoro pubblico, deve subito evidenziarsi come il ruolo della contrattazione collettiva risulti, in questa materia, fortemente inciso dalla composizione degli assetti che, nel tempo, hanno caratterizzato la dinamica salariale in questo settore; così come dalla sussistenza, per l'area del lavoro pubblico, di una disciplina del regime pensionistico di secondo livello differente da quella applicabile al settore privato. Ed infatti, in ragione del mancato esercizio della delega contenuta nella l. 23 agosto 2004, n. 243, dall'impianto regolativo dettato per quest'ultimo dal d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252 sono rimasti esclusi i dipendenti delle pubbliche amministrazioni c.d. contrattualizzate, ancora oggi regolate dal d.lgs. 21 aprile 1993, n. 124³. Una parziale armonizzazione è stata introdotta, dal 2018, esclusivamente sotto il profilo del regime tributario applicabile⁴; mentre, per le regole di diritto sostanziale, permangono

² Si fa qui riferimento agli incontri intercorsi presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali nel corso del 2020, all'interno dei lavori del Tavolo tecnico di studio sulle tematiche previdenziali, istituito con D.M. del 28 gennaio 2020.

³ V. l'art. 23, co. 6, d.lgs. 252/2005.

⁴ Art. 1, co. 156, l. 27 dicembre 2017, n. 205 (legge di bilancio 2018), che – dal 1° gennaio 2018 – ha esteso ai dipendenti pubblici le più favorevoli disposizioni fiscali concernenti la deducibilità dei contributi versati e il regime di tassazione delle prestazioni di cui al d.lgs. n. 252/2005. Su tale previsione, inizialmente priva di efficacia retroattiva, è intervenuta la Corte costituzionale (sent. n. 218/2019), disponendo che – anche per il montante relativo ai periodi precedenti il 2018 – i criteri impositivi previsti nel settore privato trovino applicazione anche

specifici regimi applicabili ai dipendenti pubblici, con riguardo in particolare alla disciplina dei trasferimenti, delle anticipazioni e dei riscatti.

In un siffatto contesto regolativo, le parti sociali sono allora chiamate a svolgere un ruolo di primo piano per superare le criticità connesse allo sviluppo della previdenza di secondo livello nel comparto pubblico, prima tra tutte la presenza di un tasso di adesione molto modesto, in un settore caratterizzato da un'ampia prevalenza di lavoratori con età media elevata (superiore ai 50 anni). Sotto il primo profilo, basta qui ricordare che la Pubblica Amministrazione rappresenta il 13,8% degli occupati in Italia, pari a 3,2 milioni (concentrati per il 68% in Scuola, Sistema sanitario, Regioni ed autonomie locali); costituisce quindi un bacino privilegiato per la sottoscrizione dei fondi negoziali, ma sconta un ritardo significativo rispetto al settore privato⁵. Sotto il secondo, la necessità di incentivare le adesioni emerge, in prospettiva, soprattutto per le nuove generazioni di lavoratori, culturalmente e temporalmente distanti dai problemi connessi alla prospettiva pensionistica, ma maggiormente esposte ai trend che caratterizzano l'evoluzione del sistema pensionistico italiano.

2. *Il problema del finanziamento dei Fondi negoziali e le ricadute sulle dinamiche salariali*

Non sono mancate, negli ultimi anni, soluzioni messe a punto dalle parti sociali per promuovere le adesioni ai fondi negoziali. Sicuramente apprezzabile è stata la scelta, operata nel 2014, di procedere alla fusione, per incorporazione, del preesistente Fondo Sirio nel Fondo Perseo. Scelta che ha consentito di ottimizzare la gestione finanziaria del patrimonio, contenere i costi amministrativi, attivare una solida campagna informativa e promozionale; per conseguire, grazie anche al coinvolgimento degli Enti di patronato,

per i dipendenti pubblici, ma limitatamente ai casi di riscatto della posizione individuale. In senso critico su tale pronuncia, v. P. SANDULLI, *Pubblici e privati nella previdenza complementare: parità, ma limitata, nel regime fiscale delle prestazioni*, in *RDSS*, 2/2020, p. 87 ss.

⁵ Ed invero, su un totale di circa 3,1 milioni di iscritti ai fondi negoziali, gli aderenti alle iniziative di tipo occupazionale dedicate ai dipendenti pubblici sono appena 214.000. Di questi, "circa 100.000 sono di pertinenza del fondo rivolto al comparto della scuola (Espero); 62.000 del fondo destinato al comparto regioni e autonomie locali, sanità, Ministeri e Presidenza del Consiglio dei ministri (Perseo Sirio); gli altri distribuiti per lo più nei fondi negoziali di matrice territoriale: Covip, *Relazione per l'anno 2019*, p. 58.

un significativo incremento della platea degli associati⁶. Il medesimo risultato è stato raggiunto, più di recente, per il personale di Polizia provinciale e municipale, attraverso la previsione – contenuta nel ccnl Comparto Funzioni Locali 2016-2018 – che ha disposto la destinazione, in via esclusiva, della c.d. quota multa⁷ quale contribuzione datoriale a finanziamento del fondo di previdenza Perseo Sirio.

Se si guarda, più in generale, al reperimento delle risorse per l'avvio dei fondi negoziali, è ben noto come la complessa vicenda della trasformazione del Tfs in Tfr, in aggiunta alle specificità contrattuali che caratterizzano il settore pubblico, non ha certamente agevolato la realizzazione e lo sviluppo della previdenza complementare del comparto pubblico, rispetto al settore privato. Solo con l'Accordo quadro nazionale del 29 luglio 1999, recepito dal DPCM del 20 dicembre 1999⁸, è stato sancito il passaggio dal regime del Tfs al sistema del Tfr, e sono state create le condizioni per la costituzione dei fondi pensione nei diversi comparti, per la cui iscrizione, su base volontaria, è sempre richiesta una manifestazione di volontà esplicita. Ai sensi del richiamato Accordo quadro, il personale assunto a tempo indeterminato prima del 1° gennaio 2001 è rimasto in regime di Tfs, potendo chiederne la trasformazione in Tfr, purchè vi sia adesione al fondo pensione negoziale (e viceversa). L'opzione, rivolta ad una platea di dipendenti pubblici con maggiore anzianità di servizio (ad oggi, circa il 70% del personale in servizio), è stata incentivata attraverso il riconoscimento dell'accredito, al fondo negoziale, di un contributo pari all'1,5% della base contributiva utile per il Tfs. Il termine ultimo per l'opzione – inizialmente fissato a fine 2001 – è stato dalle parti

⁶ Platea che, nell'ultimo quinquennio, è quasi triplicata, attestandosi, nel 2019, a 62.421 posizioni. Resta comunque fermo il modesto tasso di adesione al Fondo, che nel 2019 si attesta al 4% del bacino potenziale di aderenti; più elevata l'adesione al Fondo Espero (8%), per il quale si registra però la sostanziale invarianza, nell'ultimo quinquennio, del numero degli aderenti: v. Covip, *Relazione per l'anno 2019*, p. 271. Sul ruolo svolto dai patronati nella raccolta delle adesioni (soprattutto nel biennio 2014-2015), v. Fondo Perseo Sirio, *Relazione sulla gestione - Esercizio 2019*, spec. p. 21.

⁷ Si tratta di una quota parte dei proventi delle sanzioni amministrative pecuniarie riscosse per violazioni previste dal Nuovo Codice della strada, la cui modalità di destinazione è, comunque, rimessa alla volontà dei singoli Enti: art. 208, d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285.

⁸ Tale disciplina non è, invece, applicabile all'ampia platea dei dipendenti pubblici c.d. non contrattualizzati, per i quali non è ancora avvenuto il passaggio al Tfr: il tema è indagato da VALLACQUA, *La contrattazione collettiva per il pubblico impiego non contrattualizzato: orientamenti in tema di armonizzazione del trattamento di fine rapporto e di previdenza complementare* (art. 26, co. 20, l. n. 488/1998), in *RDSS*, 2015, 2, p. 409 ss.

sociali più volte prorogato, con cadenza quinquennale; l'ultima proroga, introdotta dall'Ipotesi di Contratto collettivo nazionale quadro sottoscritto il 14 gennaio 2021, consente di beneficiare dell'opzione a chi aderirà alla previdenza complementare fino al 31 dicembre 2025.

Nonostante i numerosi rinvii, la mera reiterazione del richiamato meccanismo dell'opzione non sembra comunque avere prodotto significativi risultati in termini di adesione ai fondi negoziali. Mentre un punto di svolta per il decollo della previdenza di secondo livello si rinviene nella attuazione della previsione, contenuta nella legge di bilancio 2018 che, per le assunzioni successive al 1° gennaio 2019, demanda alle parti istitutive dei fondi di previdenza complementare per i pubblici dipendenti la regolamentazione delle modalità di espressione della volontà di adesione, anche mediante meccanismi di silenzio-assenso, e la relativa disciplina di recesso del lavoratore⁹.

Tale modalità di adesione "semi-automatica", in qualche misura corrispondente al conferimento tacito del Tfr previsto dal d.lgs. 252/2005 per i soli dipendenti privati, è stata regolata nella recentissima Ipotesi di accordo sottoscritta, il 9 aprile scorso, tra ARAN e i soggetti istitutivi il Fondo "Perseo-Sirio". I prolungati tempi di attuazione della norma, finalizzata proprio ad ampliare la base associativa delle forme di previdenza complementare, anche nell'ottica di un percorso di omogeneizzazione con le regole vigenti nel settore privato, hanno scontato, indubbiamente, la sua necessaria contestualizzazione all'interno delle specifiche dinamiche della contrattazione collettiva nella determinazione dei trattamenti economici nel settore pubblico. Ciò in quanto, tra le fonti di alimentazione dei flussi finanziari che vanno a costituire la rendita pensionistica futura, un ruolo di assoluta rilevanza in termini economico-finanziari è svolto, in aggiunta al Tfr e alla contribuzione a carico del lavoratore, dal contributo posto a carico delle amministrazioni pubbliche, pari ad almeno l'1% della retribuzione. L'introduzione di un ulteriore componente del costo del lavoro¹⁰ non può dunque prescindere dalle

⁹ Art. 1, co. 157, l. 205/2017, ove si prevede altresì che tali modalità devono in ogni caso garantire la piena e diffusa informazione ai lavoratori e la loro piena libertà decisionale, sulla base delle direttive dettate dalla COVIP.

¹⁰ La percentuale di adesione ai fondi negoziali è stata ipotizzata, in via prudenziale, attorno al 25% dei neoassunti dal 2019, con un costo che – comprensivo del minor gettito fiscale conseguente alla già richiamata equiparazione del trattamento tributario della previdenza complementare tra dipendenti pubblici e privati (v. *supra*, n. 4) – si attesterà, nel 2027, a circa 58 milioni di euro: Dossier Servizio Bilancio dello Stato, *Legge di bilancio 2018, Profili finanziari*, dicembre 2017, p. 98, disponibile in <http://documenti.camera.it/leg17/dossier/pdf/VQ4768.pdf>.

dinamiche salariali proprie del lavoro pubblico¹¹, fortemente incise, negli ultimi anni, dalla prolungata paralisi della contrattazione di parte economica, sbloccata solo grazie alla sent. C. Cost. 23 luglio 2015, n. 178 e alla successiva riforma realizzata con il d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75. E la nuova stagione contrattuale si preannuncia in salita, fortemente aggravata da un contesto economico caratterizzato dai severi vincoli di finanza pubblica, sui quale impattano, oggi, anche gli effetti dell'emergenza epidemiologica del Covid-19.

Proprio alla luce di questo contesto complessivo, deve essere accolta con particolare favore la sottoscrizione non solo dell'accordo del 8 aprile 2021, ma anche del *Patto per l'innovazione del lavoro pubblico e la coesione sociale*, firmato tra Governo e parti sociali il 10 marzo 2021. Quest'ultimo, nel porre le basi per il riavvio della stagione contrattuale per il triennio 2019-2021, richiama esplicitamente – tra le azioni da intraprendere per il rinnovamento del settore pubblico – anche l'implementazione della previdenza complementare. La valorizzazione del personale pubblico, elemento fondamentale per il rilancio e l'efficientamento della pubblica amministrazione, passa, quindi, anche attraverso il potenziamento degli strumenti di *welfare* contrattuale e, in particolare, del secondo pilastro previdenziale. Un obiettivo, anche quest'ultimo, da perseguire attraverso un sistema di relazioni sindacali rafforzato, e fondato sulla responsabile cooperazione di tutti gli attori coinvolti; in piena sintonia con lo spirito promozionale del sindacato, sotteso allo Statuto dei lavoratori.

¹¹ Art. 8, co. 3, d.lgs. 252/2005.

Giuseppe Gentile

Autonomia collettiva e flessibilità del lavoro pubblico alla prova dei rinnovi contrattuali

Sommario: 1. Premessa: l'autonomia collettiva nel nuovo assetto delle fonti del lavoro pubblico. 2. La flessibilità contrattuale. 3. La flessibilità organizzativa.

1. *Premessa: l'autonomia collettiva nel nuovo assetto delle fonti del lavoro pubblico*

Tra i rilievi più innovativi della riforma Madia vi è sicuramente il tema del rapporto tra legge e autonomia collettiva che, sin dalla privatizzazione degli anni '90, ha caratterizzato la “specialità” del lavoro pubblico. Il d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75 è intervenuto sul mutevole assetto delle fonti di disciplina dell'organizzazione e del lavoro nelle pubbliche amministrazioni toccando i punti più importanti del tormentato equilibrio tra legge e contratto¹.

Rinunciando ad una ricostruzione della instabile evoluzione normativa che si è venuta a definire – con il susseguirsi di momenti legislativi ispirati alle contrapposte dottrine, di matrice “privatistica” o, all'opposto, “pubblicistica” – ci si limita a segnalare che il sistema delle fonti “de-contrattualiz-

¹ La bibliografia sulle modifiche introdotte dalla riforma Madia in ordine al sistema delle fonti del lavoro pubblico è esuberante. Ci si limita qui a segnalare i volumi miscelanei: FIORILLO (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Collana AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA (a cura di), *Le Fonti del Diritto Italiano*, Giuffrè, 2019; ESPOSITO, LUCIANI, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2018; DELL'ARRINGA, DELLA ROCCA (a cura di), *Lavoro pubblico fuori dal tunnel? Retribuzioni, produttività, organizzazione*, il Mulino, 2017. Nonché i numeri monografici delle Riviste: CARUSO (a cura di), *La quarta riforma del lavoro pubblico e oltre*, in *Quaderni DLM*, 2019; *LPA*, 2016, 1/2; *GDA*, 2015, 5; *RGL*, 2015, 3.

zato” e “ri-legificato” dal d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 non ha mai conosciuto una sua effettiva implementazione in virtù del “blocco” della contrattazione collettiva pubblica statuito a partire dal 2010 (con il d.l. 31 maggio 2010, n. 78), e protrattosi fino al giugno del 2015 con la pronuncia della Corte costituzionale che ha sancito l’incostituzionalità del reiterato ricorso a tale misura quale strumento di limitazione della spesa pubblica², e, a distanza di pochi mesi, con la legge delega 7 agosto 2015, n. 124 che ha dettato i principi per una nuova “de-legificazione” del sistema³.

Ben vero, prima ancora della riforma Madia, già il contratto collettivo nazionale quadro siglato il 13 luglio 2016⁴ e, a seguire, l’Intesa Governo-Sindacati del 30 novembre 2016⁵, avevano gettato le basi per una ridefinizione dei rapporti tra legge e contrattazione collettiva spostando nuovamente l’equilibrio tra le fonti in favore di quest’ultima. Su questi presupposti, i decreti legislativi nn. 74 e 75 del 2017 hanno restituito un rinnovato vigore al sistema delle relazioni sindacali riaprendo spazi nuovi per la contrattazione collettiva, in specie per quella nazionale che torna ad essere “il motore delle relazioni sindacali e del sistema di regolazione del lavoro pubblico”⁶.

Le implicazioni sistematiche e dogmatiche del “nuovo” sistema delle fonti del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni

² C. Cost. 24 giugno 2015, n. 178, in *GC*, 2015, p. 1879 ss., con nota di FIORILLO, *Contrattazione collettiva e lavoro pubblico: una nuova interpretazione sistematica della Corte costituzionale*. Per un commento alla pronuncia si vedano anche, tra gli altri, ZOPPOLI L., *Una sentenza interpretativa di accoglimento con manipolazioni temporali rispetto allo ius novum*, in *DLRI*, 2017, p. 183 ss.; SCIARRA, *I diritti sociali e i dilemmi della giurisprudenza costituzionale*, in *RIDL*, 2017, I, p. 347 ss.; BARBIERI, *Contratto collettivo e lavoro pubblico: blocco salariale e blocco della contrattazione tra scelte legislative e giurisprudenza costituzionale*, in *RIDL*, 2015, I, p. 453 ss.

³ Per un quadro storico evolutivo del rapporto tra fonti legali e fonti contrattuali, nel lavoro pubblico riformato, si rinvia al saggio di BOSCATI, *La specialità del lavoro pubblico. Fonti legali e fonti contrattuali nella progressiva evoluzione del sistema normativo tra organizzazione e disciplina del rapporto di lavoro*, in *LPA*, 2018, 2, p. 1 ss.; e, con specifico riferimento alla riforma del 2017, anche a RICCI, DI NOIA, *Relazioni sindacali e contrattazione collettiva nel settore pubblico dopo la Riforma Madia e i rinnovi contrattuali*, in *LPA*, 2017, p. 1 ss.

⁴ Ccnq per la definizione dei comparti e delle aree di contrattazione collettiva nazionale (2016-2018) del 13 luglio 2016 tra l’Aran e le organizzazioni sindacali.

⁵ Intesa Governo-Sindacati CGIL, CISL e UIL sul rinnovo dei contratti pubblici del 30 novembre 2016, che contiene precisi impegni a privilegiare la fonte contrattuale, per tutto quanto attiene alla disciplina dei rapporti di lavoro, e a sviluppare, in seno ai contratti nazionali di comparto, il modello della partecipazione sindacale anche in materia di organizzazione degli uffici o aventi comunque riflessi sui rapporti di lavoro.

⁶ ESPOSITO, LUCIANI, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L., *op. cit.*, p. 3.

hanno interessato anche il vasto tema della “flessibilità del lavoro”, qui liberamente declinato nella duplice dimensione: di *flessibilità contrattuale*, in ordine alla quale si assiste ad un ulteriore allontanamento della disciplina pubblicistica rispetto al trend normativo registrato nel settore privato, dapprima con la riforma del 2015 (d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81) e poi in occasione del correttivo al Testo unico dei contratti di lavoro con il c.d. decreto dignità (d.lgs. 12 luglio 2018, n. 87); e di *flessibilità organizzativa*, dimensione quest’ultima molto più ampia e complessa che – specialmente a seguito della recente tornata contrattuale – chiama in causa anche il ruolo, fin qui ancora abbastanza sterile, della contrattazione collettiva integrativa (giunta alla sua sesta travagliata versione)⁷, nonché di altre forme di espressione delle relazioni sindacali di tipo partecipativo (su cui cfr. *infra*).

In questo campo, il ruolo dell’autonomia collettiva pone molteplici prospettive di riflessione in ragione sia dei *rinvii espliciti*, dalla legge alla contrattazione collettiva, e poi, in seno a questa, dalla contrattazione nazionale a quella decentrata ed integrativa; sia (per così dire) delle *appropriazioni indebite* di alcuni ambiti ed istituti che, pur afferendo anche all’organizzazione del lavoro nei pubblici uffici si collocano in un perimetro caratterizzato oggi, ancor più che in passato, da un *mix* di fonti legislative e contrattuali. Il richiamo è, qui, alla vasta dimensione della flessibilità organizzativa e, in tempi più recenti, all’impatto dell’innovazione tecnologica e della digitalizzazione nell’amministrazione dei pubblici uffici: proprio la contrattazione collettiva, se funzionalizzata alle diverse esigenze organizzative, ben potrebbe contribuire alla promozione della “migliore utilizzazione delle risorse umane, in vista di servizi di qualità basati su un uso della tecnologia funzionale al buon andamento”⁸.

All’indomani della riforma 2017, dunque, c’era da chiedersi se e con quali esiti l’autonomia collettiva – in occasione dei rinnovi 2016–2018 – avrebbe saputo utilizzare i nuovi spazi negoziali affidati dai decreti Madia⁹, anche sul terreno della flessibilità contrattuale e organizzativa del lavoro pubblico.

⁷ Cfr. GARGIULO, *La contrattazione integrativa nelle pubbliche amministrazioni: cronache dal bradisismo*, in *LPA*, 2019, 2, p. 57, al quale si rinvia per un’analisi critica della specifica materia.

⁸ Cfr. ZOPPOLI L., MONDA, *Innovazioni tecnologiche e lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *DRI*, 2020, n. 2, p. 312 ss., e sul punto p. 321, ai quali si rimanda per una riflessione sull’incontro tra innovazione tecnologica e amministrazione pubblica.

⁹ Si veda qui, più in generale, DELFINO, *I nuovi “spazi negoziali”*, in ESPOSITO, LUCIANI, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L., *op. cit.*, p. 29 ss., che articola una ripartizione degli spazi complessivamente affidati alla contrattazione collettiva dalla riforma Madia, tra spazi “promessi”, “conservati”, “riconquistati”, “ottenuti” e “sorvegliati”.

2. *La flessibilità contrattuale*

Nel lavoro pubblico le modalità di utilizzo delle tipologie contrattuali flessibili continuano ad essere regolate dalla disciplina speciale contenuta nell'art. 36, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 che esordisce valorizzando la centralità del rapporto di lavoro a tempo indeterminato e confinando il ricorso alle forme contrattuali flessibili soltanto ad ipotesi, del tutto residuali rispetto alla regola generale, fondate su “comprovate esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale”¹⁰.

In ordine alle fattispecie più rilevanti del contratto a termine e della somministrazione resta fermo l'esplicito rinvio alla disciplina applicata al lavoro nelle imprese private, e dunque al d.lgs. 81/2015. Sennonché, con una tecnica normativa già utilizzata in occasione di altri interventi di manutenzione organica del diritto del lavoro, il legislatore del 2018 – dopo avere modificato alcune norme del d.lgs. 81/2015 – ha precisato che tali disposizioni non trovano applicazione ai “contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni (...) ai quali continuano ad applicarsi le disposizioni vigenti anteriormente alla data di entrata in vigore del presente decreto” (art. 1, c. 3, d.l. 87/2018). Di conseguenza, in ragione della chiara volontà di escludere che le modifiche apportate alla normativa generale si applichino al settore pubblico, non può che considerarsi applicabile il d.lgs. 81/2015, ma nella versione antecedente alla novella del 2018¹¹.

La contemporanea vigenza di due distinte formulazioni del d.lgs. 81/2015 trova la sua massima sintesi nella reintroduzione, per il settore privato, delle causali giustificative previste dal decreto dignità per la disciplina dei contratti a termine e della somministrazione a tempo determinato; vincolo causale che, nel pubblico impiego, conosce la sua surroga nella condizione ineludibile – dettata dall'art. 36 cit. – delle comprovate esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale.

¹⁰ Per un commento aggiornato alla disciplina del lavoro flessibile nel pubblico impiego, v. *Le tipologie contrattuali flessibili*, con contributi di BOGHETICH, di BATTISTI e di FIACCAVENTO, in FIORILLO (a cura di), *op. cit.*, p. 571 ss.; e *Flessibilità tipologica, lavoro agile, lavoro autonomo, conciliazione tempi di vita e di lavoro*, con i contributi di PALLINI, di MENGHINI, di FIORILLO, di SANTIAGATA DE CASTRO, di SARACINI, di CASILLO, di TUFO, di MONDA, in ESPOSITO, LUCIANI, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L. (a cura di), *op. cit.*, p. 131 ss.

¹¹ Sulla incessante divaricazione tra pubblico e privato, si segnalano qui ZOPPOLI L., *La stagione delle riforme: pubblico e privato a confronto*, in *LPA*, 2017, p. 25 ss.; e BELLAVISTA, *Gli infiniti tormenti del lavoro pubblico*, *ivi*, p. 39 ss.

Su tali presupposti la disciplina di fonte collettiva venutasi a realizzare a seguito dell'ultimo rinnovo contrattuale 2016-2018 non si è discostata, in chiave di contenuto dispositivo, dall'impianto regolativo preesistente. Rispetto sia alla disciplina del contratto a termine che della somministrazione di lavoro, viene confermata la tendenza – già rinvenibile nelle precedenti tornate contrattuali – a non esercitare la delega conferita dal legislatore a derogare alcuni ambiti normativi.

Così, ad esempio, per la durata massima complessiva del rapporto di durata, che nel pubblico impiego resta fissata in 36 mesi in luogo dei 24 mesi del settore privato, i contratti collettivi dei quattro comparti per il triennio 2016-2018 non hanno inteso esercitare la deroga ed hanno confermato il limite legale. La contrattazione è intervenuta soltanto a limitare l'ambito di operatività della possibile stipulazione di un ulteriore contratto a termine presso la DTL, prevedendo che – fermo restando il limite di durata, fissato in 12 mesi – tale deroga generale possa essere esercitata dalle amministrazioni “esclusivamente” in ipotesi tassativamente indicate dagli stessi contratti di comparto¹².

Discorso analogo per il limite di contingentamento che il d.lgs. 81/2015 fissa in misura non superiore al 20 per cento “salvo diversa disposizione dei contratti collettivi”: anche qui i ccnl di comparto hanno confermato la soglia massima legale, aggiungendo che gli stessi casi individuati per la stipulazione del contratto ulteriore alla scadenza dei trentasei mesi vengono qui indicati quali ipotesi esenti dai limiti di tipo quantitativo¹³.

¹² In particolare esse vengono individuate per tutti i comparti in: a) attivazione di nuovi servizi o attuazione di processi di riorganizzazione finalizzati all'accrescimento di quelli esistenti; b) particolari necessità di amministrazioni di nuova istituzione; c) introduzione di nuove tecnologie che comportino cambiamenti organizzativi o che abbiano effetti sui fabbisogni di personale e sulle professionalità; d) prosecuzione di un significativo progetto di ricerca e sviluppo; e) rinnovo o la proroga di un contributo finanziario. Il solo comparto delle Funzioni locali prevede tre ipotesi aggiuntive: progetti pluriennali finanziati con fondi UE, statali, regionali o privati; realizzazione di eventi sportivi o culturali di rilievo internazionale; proroghe dei contratti di personale a tempo determinato interessato dai processi di stabilizzazione.

¹³ Si segnalano solo alcune specificità individuate nel ccnl del Comparto Istruzione (ad eccezione del personale della scuola) e ccnl Funzioni locali. Per quanto riguarda il primo si concede la possibilità di stipulare contratti a termine oltre il limite quantitativo per le necessità correlate a progetti di ricerca che godano di finanziamenti provenienti da soggetti esterni all'amministrazione; nel secondo le eccezioni attingono al conferimento di supplenze al personale docente ed educativo degli enti locali, ed all'assunzione di personale da adibire alle funzioni della polizia locale e degli assistenti sociali.

Un elemento di innovazione, invero, è rinvenibile nel rinvio alla *contrattazione integrativa* circa la possibilità, da un lato, di innalzare i limiti di contingentamento dei contratti a termine, somministrazione e part-time, e, da un altro, di agire sugli ambiti regolativi della flessibilità oraria.

In sintesi, l'approccio indulgente e poco innovativo che ha caratterizzato la recente tornata contrattuale ha contribuito a determinare un risultato piuttosto deludente sul tema della flessibilità del lavoro, che si conferma tra gli ambiti normativi in cui si manifestano con più evidenza i limiti e le contraddizioni del processo di modernizzazione organizzativa delle pubbliche amministrazioni.

Su tale piano la riforma Madia, muovendosi sulla scia dei precedenti decreti 165/2001 e 150/2009, non contribuisce ad un cambio di rotta. Il rinvio generalizzato alle norme del diritto privato, seguito poi dalla aprioristica esclusione del dinamismo di quelle stesse norme, rappresentano una perdita di opportunità sotto questo profilo sui processi di efficientamento organizzativo delle pubbliche amministrazioni.

La permanenza ed anzi il rafforzamento delle responsabilità del dirigente – nei casi di violazione delle disposizioni dell'art. 36 sull'assunzione del personale pubblico con forme di lavoro flessibile – in grado di incidere non soltanto sul piano disciplinare ma anche e “pesantemente” sul piano economico, costituisce una peculiarità tanto inevitabile quanto determinante, in chiave ostativa, ai fini di una modernizzazione organizzativa delle pubbliche amministrazioni.

Le effettive esigenze di temporaneità – anche collegate ai processi di innovazione tecnologica del lavoro pubblico poc'anzi richiamati – potrebbero essere perseguite con l'utilizzo di una flessibilità contrattuale che, nel rispetto dei principi di imparzialità e trasparenza, possa ottimizzare l'efficienza organizzativa dei pubblici uffici consentendo all'amministrazione di far fronte alle esigenze di servizio in modo puntuale ed efficace, oltre che generare aspettative di lavoro che non sfocino in forme di precarietà¹⁴. Ed in questo contesto, il ruolo della autonomia collettiva – pur nei limiti indicati espressamente dalla legge e nel perimetro delle deleghe da questa conferite – dovrebbe essere più incisivo rispetto a quanto si è sin qui visto.

¹⁴ V. MAINARDI, *Piccolo requiem per la flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. A proposito della legge 9 marzo 2006, n. 80*, in *LPA*, 2006, 1, che auspicava un diverso approccio alla flessibilità secondo cui l'utilizzo di contratti flessibili non deve essere considerato foriero di precarietà e di pericolo sociale per le pubbliche amministrazioni ma di opportunità di lavoro, in attesa di una stabile e qualificata occupazione.

3. *La flessibilità organizzativa*

In tale contesto si registra un cambio di passo rispetto al recente passato. Sotto l'impulso di una nuova attribuzione di competenze ridisegnata dalla riforma Madia, i nuovi contratti di comparto contengono previsioni che declinano le relazioni sindacali – oltre che al modello della contrattazione integrativa – anche a nuove forme relazionali di tipo partecipativo.

Il metodo partecipativo – in grado di incidere anche su “*atti e decisioni di valenza generale delle amministrazioni, in materia di organizzazione o aventi riflessi sul rapporto di lavoro*”¹⁵ – si articola, a sua volta, in tre strumenti: informazione¹⁶, confronto¹⁷, e organismi paritetici di partecipazione per l'innovazione. Questi ultimi rappresentano l'elemento di maggiore novità nelle relazioni sindacali del lavoro pubblico, essendo finalizzati al coinvolgimento partecipativo delle organizzazioni sindacali (titolari della contrattazione integrativa nazionale) su tutto ciò che abbia una dimensione progettuale e sperimentale, di carattere organizzativo dell'amministrazione, destinato all'innovazione, al miglioramento dei servizi e al benessere organizzativo, anche con riferimento – per quanto qui più direttamente interessa – al lavoro agile ed alla conciliazione dei tempi di vita e di lavoro.

Prendendo spunto proprio da questo richiamo, un ulteriore rilievo riguarda il ricorso al telelavoro e al lavoro agile¹⁸, quest'ultimo proiettato da modalità ordinaria nell'emergenza pandemica da Covid-19 a occasione di innovazione per il futuro. Al riguardo, v'è da dire che le discipline dei due istituti scontano, tuttora, una complicata combinazione delle fonti eteronome e contrattuali, soltanto temporaneamente ovviata dal contesto emergenziale che ha indotto ad una applicazione generalizzata del lavoro agile, in deroga ai principali punti nodali della disciplina sistemica contenuta nella l. 81/2017, cui comunque il legislatore d'urgenza ha fatto rinvio.

¹⁵ Cfr. art. 3, comma 4, ccnl Funzioni centrali; art. 3, comma 4, ccnl Funzioni locali; art. 3, comma 4, ccnl Sanità; art. 4, comma 4, ccnl Istruzione e Ricerca.

¹⁶ L'informazione consiste nella trasmissione di dati ed elementi conoscitivi, da parte dell'amministrazione, ai soggetti sindacali, al fine di consentire loro di prendere conoscenza di tutte le materie oggetto di “confronto” o di “contrattazione integrativa”, costituendo anche il presupposto per la attivazione di tali modelli di relazioni sindacali.

¹⁷ Il confronto è una delle novità della recente tornata contrattuale, ed è la modalità attraverso la quale si instaura un dialogo approfondito con i soggetti sindacali impegnati nella contrattazione integrativa, sulle materie rimesse a tale livello di relazione.

¹⁸ Sui quali si rinvia ai contributi di QUADRI e di SPINELLI, in *questa Rivista*.

Superato il periodo emergenziale, occorrerà poter tornare a discutere del telelavoro e del lavoro agile quali leve attraverso cui adeguare la disciplina del lavoro alla sua organizzazione. L'esigenza di flessibilità "contemperata" è stata ampiamente dimostrata in occasione dell'emergenza sanitaria da Covid-19, che ha improvvisamente rianimato il dibattito, fin qui piuttosto flebile, su un istituto in larga misura ignorato – non soltanto dagli attori economici e sociali – ma anche dalla dottrina giuslavoristica¹⁹.

Si è discusso di *smart working* atipico, in deroga, di *home-working*, *south-working*, per sottolineare l'atipicità di tali pratiche rispetto al modello legislativo preesistente. Si è trattato, invero, del più grande esperimento di lavoro a distanza mai attuato nel nostro Paese: una sperimentazione ovviamente "forzata" che le amministrazioni pubbliche, al pari della quasi generalità delle imprese private, si sono trovate costrette a gestire per la prima volta.

La gestione pandemica ha offerto l'occasione per ripensare seriamente all'istituto, dopo l'emergenza. Ci sarà bisogno di un profondo cambiamento e di un diverso grado di maturità culturale, anche da parte del management (pubblico e privato), ancora troppo restio ad avallare processi di destrutturazione dei tempi e dei luoghi di lavoro²⁰. Rispetto alle certezze dell'archetipo del lavoratore subordinato, lo *smart working* si mostra come un istituto di flessibilità allo stato puro che sottintende ad un clima di fiducia che valorizza i risultati rispetto ai tempi di effettiva presenza sul posto di lavoro: un istituto definito giustamente "inquietante rispetto alle certezze costruite intorno alla visione del lavoratore subordinato"²¹.

In questo contesto, la ridefinizione dei rapporti tra legge e contratta-

¹⁹ In ordine alla disciplina nel lavoro pubblico, si rinvia a SPINELLI, *Le potenzialità del lavoro agile nelle pubbliche amministrazioni: da modalità ordinaria di gestione dell'emergenza a volano per l'innovazione?*, in *LPA*, 2020, 2, p. 21; e BROLLO, *Il lavoro agile nell'era digitale tra lavoro privato e pubblico*, in *LPA*, 2017, p. 119.

²⁰ Per una raccolta di interventi e proposte, si veda il bel volume a cura di MARTONE, *Il lavoro da remoto. Per una riforma dello smart working oltre l'emergenza*, La Tribuna, 2020, tra cui spicca – per quanto qui più direttamente interessa – il contributo di ESPOSITO, *Smart work e pubblico impiego: patti chiari, agilità lunga*, p. 147 ss.

²¹ Così CARUSO, *Tra lasciti e rovine della pandemia: più o meno smart working?*, in *RIDL*, 2020, che definisce quella visione del lavoratore "da tempo interiorizzata, come *minus habens*, al quale si devono dispensare paternalisticamente tutele e non responsabilità". Dello stesso A., più in generale sugli effetti della crisi sistemica generata dalla pandemia sia nel settore pubblico che nel settore privato, v. CARUSO, *Pubbliche amministrazioni e imprese italiane nella crisi pandemica: tra vizi antichi e possibile resilienza*, in *WP C.S.D.L.E.*, "Massimo D'Antona", n. 427/2020.

zione collettiva compiuta dalla Riforma Madia – con lo spostamento dell’equilibrio delle due fonti, di nuovo a favore di quest’ultima – consente di poter affrontare la sfida dell’adeguamento della disciplina del lavoro ai suoi modelli organizzativi potendo contare su una fonte di autonomia collettiva nuovamente nel pieno delle sue peculiari funzioni.

Alla ricerca di un nuovo *mix* regolativo non sono mancate le sollecitazioni tra chi predilige la via maestra della contrattazione collettiva nazionale fin qui esclusa dalla cabina di regia, per volere esplicito del legislatore del 2017 (per lo più i *leader* confederali delle principali organizzazioni sindacali) e chi invece solleva dubbi, auspicando una centralità della negoziazione aziendale o del regolamento interno – quale volano per recuperare un obiettivo ritardo nell’accettazione anche culturale dell’istituto – senza tuttavia appesantire la normativa esistente²². Invero, appare più pragmatica la prospettiva di una risistemazione regolativa della materia differenziata per “tipologie di *remote working*, nel rispetto del sistema delle fonti vigente per il lavoro pubblico”, tenendo conto ovviamente della centralità dell’accordo individuale in funzione di equilibrio tra le esigenze organizzative del datore di lavoro pubblico e di *worklife balance* del dipendente²³.

Anche in tema di flessibilità del lavoro si registra, dunque, una tendenziale divergenza tra gli ordinamenti del lavoro privato e del pubblico impiego privatizzato, che la riforma del 2017 – con il tentativo di rivitalizzazione del ruolo della contrattazione collettiva – sembra non aver comunque arrestato.

Resta diffusa e sempre attuale la sensazione che il legislatore continui a non fidarsi dei suoi dirigenti, laddove invece sarebbe opportuna e necessaria una nuova cultura negoziale che affidi anche al dirigente pubblico quei poteri e prerogative manageriali in grado di incidere sulla flessibilità del lavoro e della sua organizzazione.

²² DEL CONTE, *E adesso proteggiamo lo smart working dall’iper-regolamentazione*, ne *ildiario-dellavoro.it* del 14 maggio 2020, che però si concentra sull’istituto applicato al settore privato.

²³ ZOPPOLI L., *Dopo la digi-demia: quale smart working per le pubbliche amministrazioni italiane*, in *WP C.S.D.L.E.*, “Massimo D’Antona”, n. 421/2020, che richiama anche l’utilità di un maggiore coinvolgimento dei Comitati paritetici per l’organizzazione previsti dal ccnl 2018 e dei Comitati unici di garanzia, fin qui troppo poco valorizzati.

Giovanni Calvellini

La libertà di associazione sindacale dei militari: presente e prospettive per il futuro

Sommario: **1.** Un presente precario. **2.** Una discutibile prospettiva di riforma.

1. *Un presente precario*

Il 50° anniversario dell’emanazione dello Statuto dei lavoratori può essere l’occasione giusta per interrogarsi sullo “stato di salute” della libertà sindacale per gli appartenenti alle forze armate e alle forze di polizia a ordinamento militare; soprattutto perché, come noto, la materia è stata recentemente oggetto di un intervento della Corte costituzionale che ha segnato un vero e proprio punto di svolta per la tutela collettiva di questa categoria di personale ancora in regime di diritto pubblico.

Nel 2018, infatti, la Consulta, ribaltando l’esito di un proprio precedente¹, ha dichiarato l’incostituzionalità del divieto – sancito dall’art. 1475 co. 2, d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66 (Codice dell’ordinamento militare) – di costituire associazioni professionali a carattere sindacale tra militari². Segnatamente, è alla luce dell’art. 11 CEDU come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell’uomo³ e dell’art. 5 CSE che la negazione *tout court* della libertà sindacale per i militari è stata ritenuta incompatibile con l’art. 117 co. 1 Cost. Difatti, quelle previsioni internazionali, pur ammettendo che per determinate categorie di pubblici dipendenti l’esercizio del diritto di associazione sinda-

¹ C. Cost. 17 dicembre 1999, n. 449, in *GCost*, 1999, p. 3870 ss.

² C. Cost. 13 giugno 2018, n. 120, in *RIDL*, 2018, II, p. 998 ss.

³ Si vedano in particolare C. Eur. Dir. Uomo 2 ottobre 2014, *Matelly c. Francia*, ricorso n. 10609/10 e C. Eur. Dir. Uomo 2 ottobre 2014, *AdefDroMil c. Francia*, ricorso n. 32191/09.

cale possa subire delle restrizioni, non consentono agli Stati aderenti di introdurre limitazioni che nella sostanza comportino una soppressione del diritto medesimo. Sulla base di questi parametri, allora, il divieto di costituire associazioni sindacali prescritto dalla legge italiana per i militari non poteva che essere censurato dal nostro giudice costituzionale.

La sentenza è molto conosciuta e commentata⁴. Non è pertanto il caso di indugiare nell'analisi dei suoi profili d'interesse e aspetti critici, tra i quali vi è senz'altro quello della definizione del valore nel nostro ordinamento della CSE e della "giurisprudenza" del Comitato europeo dei diritti sociali. È sufficiente ricordare che con la pronuncia in parola la Corte ha fatto salva, in ragione delle "specificità dell'ordinamento militare"⁵, quella parte dell'art. 1475 co. 2 cod. ord. mil. che vieta di "aderire ad altre associazioni sindacali", cioè a quelle non formate, dirette e rappresentate esclusivamente da militari. Inoltre, sul presupposto che, in una prospettiva costituzionale, si rende necessaria una specifica regolamentazione del diritto di associazione sindacale di questa speciale categoria di lavoratori pubblici, la Corte ha provveduto a individuare nella legge vigente condizioni e limiti all'esercizio del diritto stesso da applicarsi nelle more dell'intervento del legislatore. Capisaldi di questo regime provvisorio costituzionalmente necessitato debbono essere, secondo la Consulta, il preventivo assenso del Ministero della Difesa alla costituzione dell'associazione professionale a carattere sindacale rilasciato a seguito di un accertamento sulla democraticità dell'organizzazione interna e sulla trasparenza del sistema di finanziamento⁶, il divieto di esercizio del diritto di sciopero e l'esclusione dalla competenza dell'associazione stessa – in analogia con quanto previsto per gli organismi di rappresentanza istituzionale

⁴ Cfr. LAZZARI, *Libertà di associazione sindacale dei militari*, in *Treccani online*, 2019, LAMBERTUCCI, *La Corte costituzionale e il sindacato delle forze armate e della polizia a ordinamento militare tra incertezze interpretative e rinvio alla legge*, in *RIDL*, 2018, II, p. 1005 ss., FORLIVESI, *L'atteso revirement della Corte costituzionale sulla libertà di associazione sindacale dei militari*, in *RGL*, 2018, II, p. 611 ss., FERRARA, *Libertà sindacale e ordinamento militare: l'incostituzionalità del divieto di associazione sindacale*, in *questa Rivista*, 2018, p. 622 ss. e FALSONE, *La libertà sindacale indossa le stellette ma il legislatore deve ancora prendere le misure*, in *DRI*, 2018, p. 1185 ss.

⁵ Dice la Corte che queste specificità "giustificano [...] la esclusione di forme associative ritenute non rispondenti alle conseguenti esigenze di compattezza ed unità degli organismi che tale ordinamento compongono".

⁶ Dopo la decisione della Consulta e in attesa dell'intervento legislativo, la procedura da seguire per la costituzione delle associazioni professionali tra militari a carattere sindacale è stata definita dalla Circ. Min. Difesa 21.9.2018, in seguito sottoposta alla valutazione del Consiglio di Stato in sede consultiva (Cons. St. 23 novembre 2018, n. 2756, parere, in *Defure*).

del personale con le stellette⁷ – delle “materie concernenti l’ordinamento, l’addestramento, le operazioni, il settore logistico-operativo, il rapporto gerarchico-funzionale e l’impiego del personale”.

Quello che avrebbe dovuto essere un regime normativo rivolto a scongiurare un inammissibile vuoto regolativo per il lasso di tempo minimo necessario a consentire al legislatore di intervenire, disciplina la materia da oramai quasi tre anni. Nonostante già prima della decisione della Consulta fossero in discussione in Parlamento alcune proposte di riforma⁸, ancora oggi non si è riusciti a “chiudere la pratica”. L’*iter* legislativo è però in uno stato piuttosto avanzato: un disegno di legge è stato approvato dalla Camera a luglio 2020 ed è ora all’esame della Commissione Difesa del Senato⁹. Ad esso si sono aggiunte proprio in Senato due nuove proposte di riforma¹⁰, il che lascia supporre che all’articolato proveniente dalla Camera, comunque mantenuto come testo base dalla Commissione, verranno apportate delle modifiche con la conseguente necessità di un nuovo passaggio dall’altro ramo del Parlamento. È prevedibile allora che i tempi di emanazione della nuova disciplina non saranno brevissimi. I tratti salienti di essa sembrano però definiti, al punto che alcune concise riflessioni al riguardo non sono eccessivamente premature.

2. Una discutibile prospettiva di riforma

Pare ormai chiaro, innanzitutto, che l’intervento legislativo non intenderà regolare i soli aspetti minimali oggetto di richiamo da parte della Corte costituzionale, ma si porrà il più ambizioso obiettivo di introdurre una sorta di statuto a tutela della libertà e dell’azione sindacale nel settore militare. Limitando il discorso al disegno di legge approvato dalla Camera e assunto

⁷ Si allude ai Consigli di Base di Rappresentanza (COBAR), ai Consigli Intermedi di Rappresentanza (COIR) e ai Consigli Centrali di Rappresentanza (COCER) di cui agli artt. 1476 ss. cod. ord. mil. Trattasi di organismi dell’organizzazione militare indubbiamente privi di natura e funzioni sindacali. Cfr. per tutti MENGHINI, *Le articolazioni del “diritto sindacale separato”*: *Polizie, Carabinieri, Forze armate*, in *RGL*, 1992, I, p. 390 ss.

⁸ Ne dà conto LAMBERTUCCI, *Verso la rappresentanza sindacale dei corpi militari?*, in *DLRI*, 2016, p. 629 ss.

⁹ A.S. n. 1893, già A.C. n. 875, di iniziativa dell’On. Corda.

¹⁰ A.S. n. 1542 di iniziativa dei Sen.ri D’Arienzo, Valente e Verducci e A.S. n. 1950 di iniziativa della Sen. Piarulli.

come testo base dalla Commissione Difesa del Senato, può rilevarsi infatti che il bilanciamento tra il valore della libertà sindacale (art. 39 co. 1 Cost.) e quello della coesione interna e neutralità delle forze a ordinamento militare (art. 52 co. 3 Cost.) ha prodotto un articolato in cui, oltre al diritto di associazione sindacale, ai requisiti oggettivi e soggettivi dell'organizzazione, alla procedura per costituirsi e ai limiti al suo operato, sono regolati il sistema di verifica della rappresentatività qualificata, alcuni diritti sindacali, la contrattazione collettiva, certi diritti di informazione, i diritti e le garanzie per i militari che ricoprono cariche elettive nell'associazione e la repressione della condotta antisindacale.

Nel complesso la disciplina in esame si presenta nettamente differenziata non solo – com'è ovvio e come preteso dalla Consulta – rispetto a quella vigente per il lavoro pubblico contrattualizzato, bensì anche, sebbene in minor misura, in confronto ai regimi operanti per le forze di polizia a ordinamento civile¹¹; segno che per il legislatore la specialità delle funzioni esercitate in ambito militare continua a esigere una disciplina dell'esercizio della libertà sindacale che non si limiti ad adattare le regole dettate in proposito per Polizia di Stato e Polizia Penitenziaria, ma rappresenti un *corpus* normativo autonomo e differenziato¹²; e ciò anche laddove quella specialità sembra attenuarsi, come nel caso dei militari addetti ad attività di polizia (Guardia di Finanza e Carabinieri, anche Forestali). Certo, la Corte costituzionale, nella pronuncia del 2018, ha ribadito la specificità dell'ordinamento militare, ma, secondo chi scrive, questo non precluderebbe – anzi, per certi versi, imporrebbe – una gradualità nelle restrizioni all'esercizio della libertà sindacale da parte del personale militare rapportata alle funzioni esercitate e quindi al livello di similarità delle stesse a quelle svolte dai corpi di polizia a ordinamento civile¹³.

¹¹ Si vedano gli artt. 82 ss., l. 1 aprile 1981, n. 121 per la Polizia di Stato e l'art. 19, l. 15 dicembre 1990, n. 395 per la Polizia Penitenziaria. Peraltro, non può non rilevarsi che per quest'ultima non è ribadito il divieto di iscrizione ad altre organizzazioni sindacali. In favore di una tendenziale omogeneizzazione della disciplina in materia di diritti sindacali, rappresentanza di base e attività negoziale tra comparto sicurezza (da intendersi in senso ampio) e altri comparti del lavoro pubblico contrattualizzato, da ultimo LAMBERTUCCI, *Le linee evolutive della libertà di associazione sindacale dei militari*, in *LD*, 2019, p. 315 ss.

¹² Fa eccezione a questo indirizzo politico il disegno di legge A.S. n. 1950.

¹³ Spunti per un'evoluzione dell'ordinamento in questa direzione si ricavano da C. Cost. 10 luglio 2019, n. 170, in *GCost*, 2019, p. 1999 ss. Cfr. CANALE, *L'assorbimento del Corpo forestale*

Uno dei profili su cui il testo del disegno di legge in discussione si discosta in maniera significativa dalla disciplina dettata per Polizia di Stato e Polizia Penitenziaria è quello della rappresentatività qualificata. Per questi ultimi Corpi il d.lgs. 12 maggio 1995, n. 195 stabilisce che la “rappresentatività sul piano nazionale” debba essere misurata con i criteri, le modalità e i parametri stabiliti dall’art. 43, d.lgs. 20 marzo 2001, n. 165 per il pubblico impiego contrattualizzato. Nel caso dei militari, invece, l’articolato approvato dalla Camera qualifica come “rappresentative a livello nazionale” le associazioni che raggiungano un numero di iscritti almeno pari al 4% (se trattasi di associazione costituita nell’ambito di una sola forza) o al 3% (nell’ipotesi di associazione interforze) del personale complessivo della singola forza. Ora, al di là del rilievo descrittivo circa la differenza di trattamento, non si può fare a meno di formulare qualche breve considerazione finale sulla proposta di disciplina della rappresentatività sindacale, anche tenuto conto della portata sistematica della stessa per il micro-cosmo militare. Solamente all’associazione rappresentativa a livello nazionale, infatti, il disegno di legge riconosce – tra l’altro – distacchi e permessi sindacali retribuiti, permessi e aspettative sindacali non retribuiti, diritti di informazione e poteri negoziali ai fini della contrattazione nazionale di comparto.

Le criticità su cui in particolare preme richiamare l’attenzione sono due. Una prima a carattere generale: il dato associativo sul quale si misura la rappresentatività è espresso dalla percentuale delle deleghe per il versamento dei contributi sindacali rispetto al totale dei membri della singola forza considerata; elemento, questo, che se in una prima fase di scarsa sindacalizzazione può rispondere alla logica di scongiurare il formarsi di un sistema sindacale auto-referenziale, a regime rischia di determinare un’irragionevole restrizione del canale di accesso alle citate prerogative.

L’altro aspetto problematico al quale si vuole accennare prima di concludere attiene invece alla (mancata) valorizzazione in sede di contrattazione collettiva della capacità rappresentativa delle singole associazioni. Il testo licenziato dalla Camera prevede, sì, come si è visto, una soglia minima di rappresentatività per poter partecipare alla contrattazione; ma, una volta integrato quel requisito, la capacità rappresentativa cessa di rilevare e tutte le associazioni pesano allo stesso modo nella delegazione trattante, gettando

ovviamente un'ombra anche sull'idoneità dell'eventuale accordo "separato" a compendiare l'interesse collettivo della categoria¹⁴. Emerge insomma dal testo del disegno di legge attualmente in discussione un'ulteriore criticità che, toccando uno dei punti nodali del processo di riforma innescato dalla sentenza della Consulta del 2018, cioè la transizione dal sistema *istituzionale di concertazione* (d.lgs. 195/1995) a quello *sindacale di contrattazione collettiva*, è sintomatica della necessità di una riflessione più accurata sulle implicazioni sistematiche e pratiche dell'esasperata valorizzazione della specialità dell'ordinamento militare.

¹⁴ Diversamente da quanto accade per il lavoro pubblico contrattualizzato, non è richiesta per la valida sottoscrizione del contratto collettivo una rappresentatività complessiva minima dei sindacati militari aderenti all'ipotesi di accordo.

Antonio Viscomi

Le riforme della pubblica amministrazione: brevi annotazioni

Sommario: **1.** Funzione. **2.** Organizzazione. **3.** Gestione. **4.** Marinai.

Gli strumenti digitali non hanno determinato una perdita di valore (e neppure di freschezza) del nostro incontro, né per quanto riguarda l'estensione dei temi trattati, né per l'intensità dei relativi approfondimenti. Ma gli stessi strumenti impongono di non abusare dell'attenzione dei partecipanti e pertanto mi limiterò soltanto a condividere alcune piccole chiose, correlate certo ai temi che sono stati posti, a partire dal puntuale *position paper* di Bruno Caruso, ma qui ora più che argomentate, solo suggerite e talvolta accennate.

1. Funzione

La prima questione sulla quale vorrei richiamare l'attenzione, a mio avviso originaria e fondativa, può essere posta in forma di domanda che invoca e impone un esercizio di chiara consapevolezza concettuale: di cosa parliamo quando parliamo di pubblica amministrazione; qual è la funzione che riteniamo sia oggi da assegnare alla pubblica amministrazione e che ne costituisce, o dovrebbe costituirne, il parametro di conformazione anche per il discorso giuridico.

Domanda, anzi risposta necessaria, perché sola consente di riportare ad unità questioni e riflessioni che altrimenti rischiano di apparire a stregua di *disiecta membra*. E anche di dipanare una via, o almeno un sentiero, tra la ma-

tassa di modelli organizzativi idealtipici che negli ultimi tempi si sono diffusi nella letteratura scientifica, nelle opinioni di autorevoli commentatori, nelle proposte legislative e nelle aule formative. Modelli, tutti questi, caratterizzati da un preteso dato di novità segnato dal termine inglese *new* (riferito al *public management*, o al *public service* o ancora alla *public governance*) ovvero dal prefisso *neo* (quando riferito al *weberian state*).

Personalmente, credo sia opportuno ribadire ancora una volta che il senso stesso della esistenza di una pubblica amministrazione, e del conseguente far sopportare per essa alla collettività dei costi gravosi, è da ancorare nell'art. 3 della Costituzione, là dove si impone alla Repubblica di "rimuovere gli ostacoli" al fine di assicurare ad ogni cittadino condizioni ottimali per poter realizzare le proprie potenzialità (personali, sociali e professionali) e per partecipare alla vita collettiva.

Questa mi pare essere la funzione costituzionale della pubblica amministrazione, in virtù della quale risulta (o dovrebbe risultare) sempre più limitata la dimensione di potere (su qualcosa o qualcuno) e sempre più esaltata la funzione di servizio (per qualcosa o qualcuno). In fondo, a ben vedere, anche sul piano dell'etimo amministrare ha meno a che fare con il potere e molto di più con il servire e con il prendersi cura.

Ed è indubbio che, dopo anni di furiose critiche, la funzione costituzionale della pubblica amministrazione come strumento essenziale per *assicurare la coesione sociale della comunità* sia riemersa in modo evidente in questa fase di emergenza epidemica. Anzi, a ben vedere, è proprio la accresciuta consapevolezza di questa sua funzione che ha reso ancor più inaccettabili, direi quasi insopportabili, i limiti organizzativi derivanti tanto dalla non compiuta transizione digitale quanto dall'ossificazione degli assetti giuridico-istituzionali consolidati.

2. Organizzazione

Può così porsi una seconda questione. Data una certa idea di funzione pubblica, qual è la migliore forma organizzativa per raggiungere il risultato atteso? In tutti gli interventi che mi hanno preceduto è stato posto l'accento sulla necessità di migliorare l'efficienza e l'efficacia organizzativa della pubblica amministrazione. Affermazione condivisibile, certo, ma che chiede anche di individuare, e denunciare ove necessario, gli elementi a ciò ostativi.

Personalmente, reputo che una non ben compresa cultura dei diritti (inerzialmente radicata anche nella norma costituzionale che vuole le pubbliche amministrazioni organizzate secondo disposizioni di legge) abbia condizionato, e continui ancora a farlo, la comprensione da parte dei *policy makers* della importanza di implementare una logica propriamente organizzativa e di adeguare la stessa cultura diffusa negli *stakeholder*. Ancora oggi non possiamo non ricordare a tal proposito le riflessioni e le proposte del Rapporto Giannini, ma al contempo non possiamo neppure trascurare di considerare che quel Rapporto fu consegnato al Parlamento il 16 novembre 1979. Quarantadue anni fa.

A conferma di ciò potrei portare diversi esempi: dal ciclo della *performance*, alla gestione delle risorse incentivanti, dalla flessibilità contrattuali alle progressioni di carriera. Mi limito soltanto a segnalare la problematica più recente, e che tante discussioni sta già provocando: quella variamente identificata come *smart working*, lavoro agile o lavoro da remoto.

Avendo a suo tempo, negli ultimi anni '90 del secolo scorso, partecipato alla redazione del pionieristico regolamento per il telelavoro nelle pubbliche amministrazioni (con Ubaldo Poti all'epoca direttore generale della Funzione pubblica), poi quasi del tutto ignorato nella realtà quotidiana degli ultimi venti anni, confesso di guardare con un certo disincanto alla vicenda in atto. È un disincanto che nasce dalla consapevolezza che lavorare in remoto presuppone l'integrazione, se non proprio il superamento, della logica procedurale (e del correlato taylorismo da scrivania, come da tempo è stato definito) con una diversa logica processuale, capace cioè di costruire processi lavorativi orientati al risultato, laddove invece la questione principale, in questo momento, almeno a giudicare dal dibattito pubblico, pare essere l'identificazione di chi ha diritto o no a lavorare in remoto. La traduzione in chiave di diritto individuale di una modalità di erogazione della prestazione lavorativa a forte impatto sul substrato organizzativo segna in modo evidente il punto critico di tutta la storia riformatrice del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

Vero è che l'art. 263 del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito con modificazioni dalla l. 17 luglio 2020, n. 77, impone ora alle amministrazioni pubbliche, entro il 31 gennaio di ciascun anno (a partire dal 2021), di redigere, sentite le organizzazioni sindacali, il Piano organizzativo del lavoro agile, quale sezione del Piano della *performance*, ivi individuando le modalità attuative del lavoro agile e prevedendo, per le attività che possono essere svolte da remoto, che almeno il 60% dei dipendenti possa avvalersene.

E tuttavia, si badi, la mancata adozione del piano organizzativo, e quindi – in astratto – l’omessa valutazione dei fabbisogni organizzativi, determina ai sensi del citato art. 236 che: “il lavoro agile si applica almeno al 30% dei dipendenti, ove lo richiedano”. Se è vero che nel sintomo si annida il rimosso, allora l’uso del verbo “applicare” sta lì ad indicare che il lavoro agile continua ad essere inteso come istituto (da applicare, appunto) piuttosto che come modalità organizzativa (da implementare) che chiede un ripensamento ampio anche della stessa logistica degli uffici, destinati a diventare luoghi di temporanea interazione piuttosto che stabili luoghi di produzione parcellizzata di beni e servizi amministrativi.

Se si condivide questa prospettiva, ne segue che le polemiche di questi giorni intorno alla validità dello *smart working*, e in particolare ai relativi effetti organizzativi, si innervano nel nodo irrisolto di una pubblica amministrazione che non riesce ancora ad integrare la logica organizzativa in un reticolo normativo frammentato ed anzi, per alcuni aspetti, anche ingarbugliato.

Questo è, mi pare, un problema di cultura organizzativa prima ancora che di regolazione normativa. Modificare la cultura diffusa in tutti i soggetti che concorrono a definire le politiche e le regole del lavoro nelle pubbliche amministrazioni è stato e continua ad essere l’impegno prioritario per realizzare la previsione costituzionale che ha dato abbrivio alle mie parole.

Lo diciamo in molti e ormai da molto, troppo tempo, ma è necessario ancora ripeterlo oggi: la funzione costituzionale dell’apparato pubblico non può realizzarsi senza una adeguata e correlata valorizzazione dei profili organizzativi delle pubbliche amministrazioni. Questa correlazione mi pare possa essere considerata il punto fermo delle ricerche condotte, fra gli altri, da Mario Rusciano la cui monografia sul pubblico impiego fu pubblicata, se non erro, nel 1978. Quarantatre anni fa.

Da allora molte riforme sono state introdotte, molte cose sono state fatte, disfatte e rifatte, ma la questione centrale rimane quella organizzativa, oggi esaltata ed enfatizzata dall’introduzione delle nuove tecnologie digitali.

3. Gestione

Segnalo poi un terzo ed ultimo profilo di interesse: dopo visione e organizzazione, ora gestione dei rapporti di lavoro. Ovviamente le tre questioni sono intrecciate e possono essere ripartite solo in una prospettiva accademica.

A conferma di ciò, è sufficiente richiamare il (forse troppo poco analizzato) “decreto concretezza” assunto dalla Ministra della Funzione Pubblica nel c.d. “primo governo Conte”. La regolazione dei rapporti di lavoro dettata da quel decreto, che peraltro mi ha visto impegnato a contrastarlo nelle aule parlamentari come relatore di minoranza, presuppone un’idea di lavoro pubblico ben espressa da Carmine Russo nel suo intervento quando ha ricordato l’alternativa tra bastone del maresciallo e manganello del sergente.

In quel decreto, pure giustificato da una aspirazione alla “concretezza” fin troppo abusata nella retorica politica e amministrativa, il manganello del sergente era fin troppo visibile nell’ambito di una idea di gestione dei rapporti di lavoro autoritaria più che autorevole, tutta focalizzata sul controllo della presenza nel luogo di lavoro piuttosto che sulla verifica dei risultati dell’attività di lavoro nell’ambito di una più ampia valutazione della *performance* organizzativa. Ma qui il discorso diventa più ampio perché lo stesso ciclo della *performance* in molte amministrazioni sta manifestando tutti i limiti segnalati da autorevoli commentatori fin dall’inizio, anche a causa del perverso cortocircuito che deriva dalla proliferazione delle modalità di controllo (ordinarie e straordinarie) sulle amministrazioni, esso stesso all’origine di un ormai diffuso atteggiamento difensivo dei dirigenti e dipendenti pubblici.

Anche sul piano delle relazioni collettive gli spunti suggeriti dal documento preparato da Bruno Caruso sono veramente importanti e meriterebbero una riflessione ben più ampia di quanto sia ora possibile. Pertanto, mi limiterò semplicemente a segnalare un profilo. Credo vi sia stato un consenso quasi unanime sulla idea della contrattualizzazione come elemento forte di ricostruzione del sistema del lavoro pubblico. Vi è stato nel tempo un più ridotto consenso sulla possibilità di un isomorfismo strutturale forte tra contrattazione nel settore pubblico e nel settore privato. Personalmente, ho sempre ritenuto, e non certo da solo, che i due ambiti non possono essere facilmente assimilati perché funzioni, limiti (interni ed esterni), soggetti e risorse sono del tutto differenti.

Il fatto però è che lo spazio negoziale è ormai diventato così pieno di attori che spesso appare difficile anche comprendere gli ambiti di possibile e reciproca agibilità: dirigenti, con i loro poteri e le loro articolazioni, sindacati aziendali e territoriali, di categorie e confederali, controlli finanziari interni ed esterni, controllori rigorosamente tra loro autonomi, con propri tempi e regole differenti, e così via. Insomma, appare allo stato francamente

difficile individuare un assetto chiaro di regole e condotte nel tempo e nello spazio, non soggetto alla variabilità degli esiti ispettivi e delle attività di controllo.

Ciò che appare chiaro, invece, è che quando si parla di regole collettive il modello rimane ancora quello delle funzioni centrali, dimenticando la galassia delle nostre pubbliche amministrazioni. Si continua a pensare che i ministeri siano il modello organizzativo per eccellenza. Così però non è. Si continua a pensare ad un modello organizzativo *standard*, contraddittorio in sé e con la presenza di migliaia di comuni, agenzie, di autonomie funzionali, territoriali e così via.

Avendo ormai esaurito il tempo a mia disposizione, mi limiterò soltanto ad evidenziare che fin quando si continuerà ad assumere il modello ministeriale come *standard* organizzativo non sarà possibile sprigionare dalla contrattazione collettiva tutte le relative potenzialità, che sono organizzative e non soltanto retributive. Penso per esempio alla contrattazione integrativa territoriale per gli enti locali: è paradossale continuare a segnalare la presenza di migliaia di comuni piccoli e piccolissimi e continuare a pensare che il contratto collettivo integrativo di Roma debba seguire le stesse regole del contratto collettivo del più piccolo e sperduto comune di una regione periferica. Credo sia ragionevole affermare che differenziare e specificare è regola essenziale per assicurare l'effettività del principio di eguaglianza, per impedire cioè di sottoporre alle stesse regole situazioni differenti.

4. *Marinai*

Sia pure accelerata dall'emergenza epidemiologica è in atto una grande trasformazione segnata dalla transizione ecologica e dalla innovazione digitale. La pubblica amministrazione e il lavoro pubblico non possono certo essere ritenuti estranei a questo processo. *Smart working, gig-economy*, piattaforme sono aspetti parziali di un più grande ed ampio processo di riorganizzazione sociale che travolge i tradizionali modi e mezzi di lavoro. Ma sembra travolgere anche le strutture giuridico-istituzionali che ci sono state consegnate dal secolo scorso, tanto da indurre a chiedersi se il diritto del lavoro, come da noi conosciuto, sia veramente in grado di governare tali processi, invertendo nel nuovo contesto i valori costituzionali che impongono la tutela della persona e della sua dignità anche nei nuovi contesti. Questa è, mi pare,

la domanda più ardua che abbiamo davanti tutti, come giuristi accademici, come operatori o *policy makers*.

Consentitemi di chiudere con una piccola metafora. Per distinguere un marinaio provetto da un marinaio della domenica è sufficiente osservare lo sguardo del marinaio quando esce dal porto. Il marinaio della domenica, uscendo dal porto, tende a guardare sempre indietro, misurando con lo sguardo la distanza che lo separa dal molo, perché quella distanza misura la sua sicurezza. Il marinaio provetto, invece, uscendo dal porto, non si volta indietro, se non per salutare, e guarda avanti perché sa che la sua sicurezza sta tutta nel saper adeguare l'andamento della barca alle condizioni del mare. Mi pare che la sfida che tutti abbiamo davanti, a cinquanta anni dallo Statuto, sia proprio questa: guardare avanti e cercare di tracciare la rotta in un sistema produttivo ed amministrativo profondamente conformato dalla innovazione digitale (e anche dalla transazione ecologica e dall'economia circolare), ma sempre bisogno di inverare valori e principi della nostra Costituzione.

notizie sugli autori

Franca Borgogelli

Ordinaria di Diritto del lavoro, Università di Siena

Paola Bozzao

Associata di Diritto del lavoro, Università di Roma Sapienza

Luca Calcaterra

Ordinario di Diritto del lavoro, Università Suor Orsola Benincasa di Napoli

Giovanni Calvellini

Assegnista di ricerca di Diritto del lavoro, Università di Siena

Maria Teresa Carinci

Ordinaria di Diritto del lavoro, Università di Milano

Bruno Caruso

Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Catania

Rosa Casillo

Associata di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II

Emilia D'Avino

Ricercatrice di Diritto del lavoro, Università Parthenope di Napoli

Chiara De Franco

Consigliera della Corte di Appello di Napoli, sez. lavoro

Raffaele De Luca Tamajo

Emerito di Diritto del Lavoro, Università di Napoli Federico II

Alessandro Di Casola

Dottore di ricerca di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II

Antonio Di Stasi

Ordinario di Diritto del lavoro, Università Politecnica delle Marche

Marco Esposito

Ordinario di Diritto del lavoro, Università Parthenope di Napoli

Luigi Fiorillo

Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II

Giuseppe Gentile

Ricercatore di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II

Vincenzo Luciani

Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Salerno

Sandro Mainardi

Ordinario di Diritto del lavoro, Alma Mater Studiorum Università di Bologna

Mariagrazia Militello

Ricercatrice di Diritto del lavoro, Università di Catania

Gabriella Nicosia

Associata di Diritto del lavoro, Università di Catania

Antonella Occhino

Ordinaria di Diritto del lavoro, Università Cattolica di Milano

Giovanni Orlandini

Associato di Diritto del lavoro, Università di Siena

Vito Pinto

Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Bari Aldo Moro

Giulio Quadri

Associato di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II

Mario Quaranta

Ricercatore di Diritto del lavoro, Università di Salerno

Carmine Russo

Giurista del lavoro, consulente giuridico CISL FP

Maria Teresa Salimbeni

Associata di Diritto del lavoro, Università Suor Orsola Benincasa di Napoli

Paola Saracini

Associata di Diritto del lavoro, Università degli Studi del Sannio - Benevento

Carla Spinelli

Associata di Diritto del lavoro, Università di Bari Aldo Moro

Adriana Topo

Ordinaria di Diritto del lavoro, Università di Padova

Marco Tufo

Dottore di ricerca di Diritto del lavoro, Università di Siena

Antonio Viscomi

Ordinario di Diritto del lavoro, Università Magna Græcia di Catanzaro

Carlo Zoli

Ordinario di Diritto del lavoro, Alma Mater Studiorum Università di Bologna

Antonello Zoppoli

Ordinario di Diritto del lavoro, Università di Napoli Federico II

Irene Zoppoli

Dottoressa di ricerca di Diritto del lavoro, Università Magna Græcia di Catanzaro

abbreviazioni

L'elenco delle abbreviazioni in uso in questa rivista è consultabile sul sito www.editorialescientifica.com sezione Riviste.

Finito di stampare nel mese di maggio 2021
dalla Grafica Elettronica (Na)