

Luigi Fiorillo

Riflettendo sull'art. 18 dello statuto nel lavoro pubblico

1. L'art. 18 l. 20 maggio 1970 n. 300, nel testo antecedente alle modifiche apportate dalla legge 28 giugno 2012 n. 92, continua ad applicarsi al dipendente pubblico contrattualizzato in caso di licenziamento illegittimo: è questa la conclusione alla quale è pervenuta la giurisprudenza di legittimità con la sentenza 9 giugno 2016, n. 11868 disattendendo il precedente orientamento espresso, dalla stessa Cassazione, nella sentenza 25 novembre 2015, n. 24157 e il prevalente orientamento formatosi nella giurisprudenza di merito¹.

Prima di confrontarsi con le ampie ed articolate argomentazioni poste a base della decisione è utile ripercorrere brevemente i termini della questione riassumendo anche il dato giurisprudenziale, di diverso avviso, nel frattempo venutosi a formare in materia.

La l. n. 92/2012 ha avviato una significativa riforma del mercato del lavoro che ha investito anche la l. n. 300/1970 con la riscrittura della norma che, nel tempo, si è rivelata la più significativa e qualificante: l'art. 18.

In seguito a tale modifica è profondamente cambiato il modello sanzionatorio in caso di licenziamento illegittimo con un sensibile ridimensionamento della tutela reintegratoria ed una contestuale estensione di quella indennitaria.

In questo contesto, sempre il legislatore, non consente l'automatica estensione al lavoro pubblico contrattualizzato della l. n. 92/2012 la quale, in

¹ Vedi FIORILLO, *Il licenziamento illegittimo nel lavoro pubblico contrattualizzato: la Cassazione applica l'art. 18 dello statuto e la giurisprudenza di merito (minoritaria) dissente*, in questa rivista, 2016, p. 166 al quale si rinvia per un approfondimento sulle stesse tematiche trattate in questa breve riflessione e per le indicazioni di dottrina e giurisprudenza ivi menzionate.

mancanza di una previsione in tal senso, avrebbe interessato anche tale tipologia di rapporto di lavoro in presenza della regola di carattere generale, fissata dall'art. 2, co. 2 d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, che estende al settore pubblico l'intera legislazione sul rapporto di lavoro subordinato applicata all'impresa privata.

Tuttavia, per conservare una certa coerenza di sistema, caratterizzata dalla tendenziale uniformità tra la disciplina del lavoro privato e quella del lavoro pubblico contrattualizzato, il legislatore non ha fissato la regola (certa e chiara) per la quale le nuove norme non trovano applicazione al lavoro pubblico, ma è ricorso ad una formula decisamente ambigua: le disposizioni della l. n. 92/2012, da una parte, costituiscono principi e criteri anche per la regolazione del rapporto di lavoro pubblico, dall'altra, per trovare applicazione necessitano di un successivo intervento normativo di armonizzazione che, cioè, verifichi se le singole norme possano essere direttamente applicate oppure abbiano bisogno di correttivi che le adattino alle specificità proprie del settore pubblico.

Il modello di graduale e ponderato travaso della nuova disciplina nel settore pubblico, così congegnato, avrebbe potuto funzionare senza sbavature se non fossero state modificate norme, facenti parte di leggi deputate a regolare il rapporto di lavoro privato, che trovano generalizzata applicazione nel lavoro pubblico contrattualizzato in forza di specifiche disposizioni di rinvio.

Nel caso di specie il d.lgs. n. 165/2001, preposto al governo dell'intero sistema delle fonti del pubblico impiego contrattualizzato e non, contiene una norma di chiusura in materia (art. 51), non a caso inserita nel titolo quarto dedicato al "rapporto di lavoro" e rubricata "disciplina del rapporto di lavoro".

La disposizione in questione consta di due commi, entrambi rivolti alla generalità dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche: il primo opera la netta distinzione tra i pubblici dipendenti il cui rapporto di lavoro è assoggettato, salvo tipizzate eccezioni, alla disciplina prevista per il lavoro subordinato privato e quelli il cui rapporto resta assoggettato alle regole del diritto pubblico richiamando, a tal fine, la normazione sulle fonti (in un caso, l'art. 2, co. 2 e 3, e, nell'altro, l'art. 3, co. 1 dello stesso decreto); il secondo si preoccupa di garantire che la legge sicuramente più qualificante per il lavoro subordinato in tutte le sue articolazioni (l. n. 300/1970), comprensiva di successive modifiche e integrazioni, venga applicata alle pubbliche amministra-

zioni prescindendo dal numero di dipendenti nelle stesse occupati con ciò accordando ai lavoratori pubblici, sin dall'inizio del processo di riforma, un trattamento di miglior favore giacché rende possibile, nel settore pubblico, l'esercizio dei diritti sindacali e la fruizione della tutela reale in caso di licenziamento anche in quelle amministrazioni che occupano fino a 15 dipendenti.

2. Nel contesto brevemente descritto, la gran parte dei giudici di merito², operando una lettura combinata delle disposizioni vigenti in materia, ha evidenziato che la presenza nell'ordinamento di una normativa di sistema (art. 51 d.lgs. n. 165/2001), estranea alla l. n. 92/2012, che dispone la generalizzata applicazione al lavoro pubblico della legge n. 300/1970, e successive modifiche e integrazioni, comporta necessariamente che la stessa continui ad applicarsi nel suo testo in vigore e che di conseguenza anche il lavoro pubblico contrattualizzato, al pari di quello privato, sia assoggettato, in caso di licenziamento illegittimo, alla modulazione delle tutele previste dal nuovo testo dell'art. 18 cit.

Questa giurisprudenza di merito si è fatta portatrice di un approccio interpretativo molto lineare e rigoroso e ciò per tre ordini di ragioni: *a*) la mancanza di una espressa volontà del legislatore di non applicare al lavoro pubblico contrattualizzato la nuova normativa contenuta nella legge n. 92/2012; *b*) la previsione, sempre da parte del legislatore del 2012, di una regola rivolta ad una normazione futura, allo stato inesistente, che dovrà adattare la nuova disciplina al rapporto di lavoro pubblico; *c*) la presenza di due testi dell'art. 18 cit., diversi tra loro, il cui campo di applicazione è rigorosamente definito dalle regole sull'applicazione delle leggi, dei quali, il primo (vecchio testo) vale per il passato, cioè fino all'entrata in vigore della legge n. 92/2012, e il secondo (nuovo testo) per il futuro, cioè dal giorno di entrata in vigore della richiamata legislazione.

L'interpretazione sopra riportata sembrava destinata a consolidarsi grazie al primo intervento in materia del giudice di legittimità che ha ritenuto applicabile al lavoro pubblico il nuovo testo dell'art. 18 cit. "in ragione del-

² Non sono mancate sentenze di merito di diverso avviso (vedi retro nota 1), tra le quali si segnala Trib. Roma, 1 dicembre 2015, in *q. Riv.* (sola massima) nella quale sono rinvenibili gran parte delle argomentazioni utilizzate dalla sentenza di Cassazione oggetto di queste brevi riflessioni.

l'inequivocabile tenore dell'art. 51 d.lgs. n. 165/2001 che estende all'impiego pubblico contrattualizzato la legge n. 300/1970 e successive modifiche ed integrazioni". Nella stessa sentenza si precisa che non può essere di ostacolo alla diretta applicazione della normativa statutaria (così come successivamente modificata) l'invito espressamente formulato dal legislatore al Ministro per la pubblica amministrazione di provvedere ad armonizzare le nuove regole previste dalla l. n. 92/2012 con la disciplina applicata ai pubblici dipendenti.

3. La chiara posizione assunta in materia è stata ribaltata dalla stessa Corte con la sentenza 9 giugno 2016, n. 11868.

La prima impressione che si ricava dalla lettura della sentenza è che la Corte sia voluta ritornare sulla questione a tutti i costi: il problema dell'applicabilità del nuovo testo dell'art. 18 cit. viene affrontato e risolto in occasione di un procedimento nel quale sia le parti che le sentenze di merito non hanno mai messo in discussione l'applicazione della normativa statutaria nella sua nuova formulazione.

Non è questa la sede per discutere sulla legittimità o meno di una tale tipologia di intervento che sottende, peraltro, una problematica della quale la stessa sentenza è consapevole e rispetto alla quale legittima il suo operato sostenendo che "in ragione del giudizio di legittimità di garantire l'osservanza e l'uniforme applicazione della legge (...) la Corte può ritenere fondata o infondata la questione sollevata nel ricorso per una ragione giuridica diversa da quella specificamente prospettata dalle parti e della quale non si è discusso nei gradi di merito".

L'annotazione, tuttavia, è utile per comprendere la valenza di questa sentenza che, evidentemente, è andata oltre le prospettazioni giuridiche sollevate dalle parti con l'obiettivo di confutare quanto prima l'orientamento espresso sulla questione dalla stessa sezione lavoro della Cassazione con la sentenza n. 24157/2015, connotandosi così di un preciso significato anche per le decisioni future. Circostanza quest'ultima prontamente verificatasi con la più recente sentenza 6 ottobre 2016 n. 20056 che ribadisce "l'inapplicabilità al pubblico impiego privatizzato del novellato art. 18 l. n. 300/1970" sulla base "di un recente arresto di questa Corte, che ha affrontato *ex professo* la questione (...) meritevole di continuità in quanto condiviso".

Cosicché, anche alla luce della nuova decisione della Suprema Corte, deve ritenersi definitivamente superato il precedente orientamento rinveni-

bile in Cass. 25 novembre 2015, n. 24157 con la conseguenza che, in attesa dell'intervento normativo di armonizzazione, auspicato dal legislatore del 2012, al rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici contrattualizzati si applica la tutela reale piena e incondizionata prevista dall'art. 18 nel testo non più vigente nel nostro ordinamento.

4. Tanto premesso, le argomentazioni della Corte destano non pochi dubbi e ciò sia per l'attività di supplenza nei confronti di un legislatore, sicuramente poco attento ad una visione complessiva del quadro normativo esistente, che comunque rischia di sconfinare in una vera e propria funzione legislativa che non compete all'organo giudiziario, sia per le ricadute di tipo metodologico su una disciplina, quale quella del lavoro pubblico contrattualizzato, destinata, anche grazie a questo tipo di interventi, a rivestire sempre di più un carattere di specialità all'interno del Diritto del lavoro con ciò contraddicendo lo spirito sotteso al processo di rivisitazione delle fonti di disciplina del pubblico impiego finalizzato ad una sostanziale unificazione normativa tra le due macro aree del lavoro subordinato.

La sentenza si discosta dalle regole sull'applicazione delle leggi così come delineate dal codice civile nelle disposizioni sulla legge in generale (artt. 11, 12 e 15).

Ed invero, ad un esame del tenore letterale della disciplina presente in materia è obiettivamente azzardato sostenere che "l'art. 18 della l. n. 300/1970, nel testo antecedente alle modifiche apportate dalla l. n. 92 del 2012, non è stato espunto dall'ordinamento ma resta tuttora in vigore limitatamente ai rapporti di lavoro di cui all' art. 2 del d.lgs. n. 165/2001".

Il vecchio testo dell'art. 18 cit. non è più annoverabile tra le norme vigenti: il legislatore del 2012 ha posto in essere un tipico caso di abrogazione che può qualificarsi come "espressa", dal momento che l'art. 1, co. 42, lett. b) l. n. 92/2012 dispone che "i commi dal primo al sesto" dell'articolo 18 sono "sostituiti" da nuovi commi, oppure "tacita" in quanto, mancando una abrogazione "nominata" (che cioè elimini dall'ordinamento una specifica legge o parte di essa), viene emanata una disciplina nuova rispetto a quella prevista da disposizioni cronologicamente antecedenti.

Una seconda "forzatura" sui criteri che sottendono l'applicazione delle leggi si rinviene con riferimento all'operatività dell'art. 51 del d.lgs. n.

165/2001, nella parte in cui dispone che al lavoro pubblico contrattualizzato si applica la l. n. 300/1970 comprensiva di modifiche ed integrazioni.

La sentenza, adducendo a sostegno la radicale evoluzione della normativa che, a suo tempo, aveva caratterizzato l'originario rinvio, afferma che lo stesso si sia trasformato da mobile a fisso con la conseguenza che la norma richiamata (art. 18 cit.) "resta cristallizzata nel testo antecedente alle modifiche apportate dalla riforma".

Anche in questo caso il tenore letterale dell'art. 51 cit. impone all'interprete di applicare il testo legislativo (e cioè l'intera l. n. 300/1970) tenendo conto delle modifiche man mano intervenute e ciò grazie alla inequivocabile volontà del legislatore che, operando il rinvio ad una legge ed alle sue "successive modifiche e integrazioni", ha qualificato quel rinvio come "mobile" con ciò rendendo vincolante l'applicazione della disciplina così come evolutasi in ragione dei successivi adeguamenti dallo stesso apportati.

In conclusione, è il caso di sottolineare che solo il legislatore avrebbe potuto mantenere in vita anche il vecchio testo dell'art. 18 cit., con ciò "cristallizzandone" il contenuto anche ai fini del rinvio ad opera dell'art. 51 cit., ricorrendo alla tecnica legislativa della disapplicazione che rende possibile la contemporanea vigenza, in settori diversi, di testi differenti di una stessa norma.

Tecnica, quest'ultima, che non può ritenersi soddisfatta dall'art. 1, commi 7 e 8, l. n. 92/2012 che esclude l'applicazione automatica al lavoro pubblico contrattualizzato delle disposizioni della stessa legge, rinviando ad un futuro intervento il compito di armonizzarne la disciplina con la nuova normativa.

Restando fedeli al dettato normativo, se si volesse accedere alla tesi, riportata in sentenza, di escludere la diretta applicazione del nuovo testo dell'art. 18 cit. (attesa l'oggettiva incompatibilità tra quest'ultimo e la volontà del legislatore originariamente espressa nella norma di rinvio), in nessun caso sarebbe possibile applicare il vecchio testo della norma statutaria in quanto non più vigente nell'ordinamento, se non per il passato.

5. Anche "le considerazioni di ordine logico e sistematico" indicate nel punto 3.3 della motivazione non appaiono convincenti.

Il ragionamento del giudice di legittimità si articola in due argomentazioni: la prima prende in considerazione norme della l. n. 92/2012 e del d.lgs.

n. 165/2001 così come integrato dal d.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150; la seconda utilizza come parametro di riferimento regole costituzionali.

Nel primo caso la sentenza parte dal presupposto che le finalità della legge n. 92/2012, rinvenibili nell'art. 1 co. 1, tengono conto "unicamente delle esigenze proprie dell'impresa privata" e a riprova dell'affermazione indica "la inscindibile correlazione tra flessibilità in uscita e in entrata, allargando le maglie della prima e riducendo nel contempo l'uso improprio delle tipologie diverse dal rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato" come elemento caratterizzante del solo lavoro subordinato alle dipendenze dell'impresa. Poi, la motivazione prosegue, sempre nel segno della inconciliabilità, mettendo a raffronto il nuovo testo dell'art. 18 cit. con le regole vigenti in materia di illecito disciplinare e di garanzie procedurali per l'erogazione delle sanzioni, che per il solo lavoro pubblico contrattualizzato sono sottratte alla competenza della contrattazione collettiva, fissate dalla legge e qualificate come norme imperative.

A queste argomentazioni è possibile obiettare che:

a) quanto alla finalità della legge n. 92/2012 e, nella specie, alla stretta correlazione tra le due tipologie di flessibilità nel senso prospettato e, cioè, come fattore di diversità tra il lavoro privato e quello pubblico, l'interpretazione della Corte è contraddetta dalla stessa legge che, sempre nell'art. 1, nel co. 7, specifica che "le disposizioni della presente legge (...) costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni ...";

b) quanto alla inconciliabilità del nuovo testo dell'art. 18 cit. con la rigida procedimentalizzazione dell'esercizio del potere disciplinare e la natura di norme inderogabili delle relative previsioni legali, è sufficiente osservare che la fattispecie (come già ha avuto modo di rilevare Cass. n. 24157/2015) rientra a pieno titolo nel comma 1 della norma statutaria nella parte in cui punisce con la reintegrazione comportamenti del datore di lavoro qualificati dalla legge come nulli. È indubbio che le conseguenze sanzionatorie, in caso di violazione di regole procedurali nell'irrogazione di un licenziamento, divergono tra lavoro privato e pubblico, ma ciò non sembra idoneo a legittimare l'estraneità del nuovo testo dell'art. 18 cit. al settore pubblico. Se così fosse bisognerebbe ritenere estranea anche la normativa sul contratto a tempo determinato la cui più significativa diversità riguarda proprio le conseguenze sanzionatorie (trasformazione del rapporto in uno a tempo indeterminato nel settore privato, risarcimento in quello pubblico).

Per legittimare il ripristino della tutela reintegratoria nella sua versione originaria per i soli dipendenti pubblici contrattualizzati la sentenza in esame utilizza anche argomentazioni che desume dal dato costituzionale.

Nel punto 3.3. *lett d*) si sottolinea che “una eventuale modulazione delle tutele nell’ambito dell’impiego pubblico contrattualizzato richiede da parte del legislatore una ponderazione di interessi diversa da quella compiuta per l’impiego privato” e ciò in quanto i limiti al licenziamento nel settore pubblico sono posti “non solo e non tanto nell’interesse del soggetto da rimuovere, ma anche e soprattutto a protezione di interessi generali collettivi” venendo in rilievo “l’art. 97 della Carta fondamentale che impone di assicurare il buon andamento e la imparzialità dell’amministrazione pubblica”.

L’argomentazione brevemente riassunta non può non destare notevoli perplessità. La valorizzazione, tanto accentuata, della strumentalità dell’attività amministrativa al perseguimento del buon andamento e dell’imparzialità da arrivare a caratterizzare la disciplina del rapporto di lavoro della generalità dei dipendenti pubblici contrattualizzati, la cui protezione non è frutto degli effetti del contratto di lavoro e di diritti soggettivi, ma del perseguimento di “interessi generali collettivi che superano l’interesse del soggetto”, riecheggia quanto contenuto nel parere formulato dal Consiglio di Stato, adunanza plenaria, 31 agosto 1992 sul disegno di legge delega confluito, poi nella l. n. 421/1992 che ha avviato il processo di contrattualizzazione della quasi totalità dell’impiego pubblico³.

In quell’occasione il Consiglio di Stato espresse parere negativo sulla futura legge e sull’intero processo riformatore prendendo a fondamento l’art. 97 Cost. e la valorizzazione della riserva di legge e degli “inerenti valori di imparzialità e del buon andamento che debbono pervadere tutta l’azione e l’organizzazione amministrativa” arrivando ad affermare “la diversità ontologica che distingue il lavoro privato dall’impiego pubblico” e ancora che, nella gestione del rapporto di lavoro, “è preminente l’interesse, pubblicistico e generale, al corretto esercizio delle pubbliche funzioni (...) il che comporta poteri di supremazia che condizionano la posizione soggettiva del dipendente, degradando spesso ad interessi collettivi quelli che, in ambito privatistico, sarebbero diritti soggettivi”.

In ogni caso, senza voler arrivare alla conseguenza estrema del ribaltamento degli attuali assetti della disciplina del lavoro pubblico, comunque, il

³ Leggilo in *FI*, 1993, III, 4.

ragionamento della Corte rischia di rivitalizzare approcci interpretativi sul modello delle fonti oramai definitivamente accantonati oltre che in dottrina anche dalla più attenta e recente giurisprudenza costituzionale (Corte cost. n. 178/2015) in ordine alle c.d. interpretazioni funzionalizzanti del sistema di produzione normativa le quali, sul presupposto del preminente interesse da parte dell'amministrazione al perseguimento dell'interesse pubblico, snaturano la fonte contrattuale, sia individuale che collettiva, che perde così la sua funzione di strumento di composizione di interessi contrapposti essendo legata ad un vincolo di risultato, quello, appunto, di perseguire l'interesse generale collettivo.

7. Bisogna augurarsi che il legislatore intervenga al più presto sulla questione con un provvedimento organico che introduca anche nell'impiego pubblico contrattualizzato una modulazione delle tutele in caso di licenziamento illegittimo, tenendo debitamente in conto che una disciplina nettamente diversificata rispetto a quella presente nel settore privato difficilmente potrebbe reggere il vaglio di costituzionalità sotto il profilo dell'art. 3 Cost.

Ed infatti, non può valere a legittimare la disparità di trattamento il precepto costituzionale del buon andamento e dell'imparzialità sancito dall'art. 97 Cost., co. 1, applicato alla disciplina del rapporto di lavoro della generalità dei pubblici dipendenti contrattualizzati, salvo a non volerlo enfatizzare a tal punto da mettere in discussione lo stesso processo di contrattualizzazione dell'impiego pubblico.

È improbabile che la Corte costituzionale, chiamata a verificare il rispetto del principio di parità di trattamento tra il lavoro pubblico e quello privato, entrambi assoggettati alle regole del diritto civile, possa avallare una legislazione che, in caso di licenziamento illegittimo, garantisca, nel primo caso, una tutela rientratoria piena e incondizionata e, nel secondo, una protezione meramente economica, salvo poche e tassative eccezioni.

Sotto questo profilo è improprio il riferimento (utilizzato nella motivazione della sentenza che si commenta) a Corte Cost. n. 351/2008 che ha dichiarato costituzionalmente illegittima una normativa regionale che prevedeva l'automatica cessazione degli incarichi dirigenziali di vertice senza il rispetto del giusto procedimento o la rimozione di dirigenti apicali (*spoils system*) sulla base della considerazione che "il potere dell'amministrazione di esonerare un dirigente dall'incarico e di risolvere il relativo rapporto è cir-

condato da garanzie e limiti posti non solo e non tanto nell'interesse del soggetto da rimuovere ma anche e soprattutto a protezione di più generali interessi collettivi" la cui salvaguardia impone una tutela reale e non di tipo indennitario.

La decisione della Corte ha riguardato esclusivamente la dirigenza pubblica apicale, si è opposta ad un modello di risoluzione automatica del rapporto di lavoro del tutto arbitrario e, soprattutto, è intervenuta in un contesto giudico nel quale la regola generale era costituita dalla tutela reale.