

Sandro Mainardi

L'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori
alla prova della riforma Madia:
«vorrei...ma non posso»

La vicenda della tutela dei dipendenti e dirigenti pubblici in caso di licenziamento illegittimo è ancora una volta rappresentativa dello stato di progressiva “decozione” del modello che aveva ispirato il processo di privatizzazione del lavoro nelle p.a., quanto meno sul piano delle fonti di disciplina applicabile. Da un lato, il legislatore, ben prima della riforma del 2009, ha con sempre maggiore insistenza occupato spazi regolativi, attraverso discipline di legge speciali, diverse da quella applicabili ai lavoratori del settore privato o comunque destinate ai soli dipendenti pubblici; dall'altro, laddove sono state introdotte importanti modifiche agli assetti normativi del lavoro nell'impresa, attraverso diverse tecniche di vera e propria “esclusione” o di “armonizzazione”, il lavoro nelle amministrazioni pubbliche è restato sostanzialmente “fuori” dalle più recenti riforme del diritto del lavoro.

Quanto questo incida su modelli ordinamentali che devono dialogare e cooperare in modo omogeneo sui mercati dei servizi, nonché su efficienza e risposte di supporto strutturale all'intero sistema economico, è ancora troppo presto a dirsi. Il fenomeno ha tuttavia certamente prodotto una deviazione dallo schema dell'art. 2, comma 2, prima parte, del d.lgs. n. 165/2001, e da quello, altrettanto noto, dell'art. 51 dello stesso TUPI, con ciò realizzando una sempre più ampia diversificazione di discipline che tradisce l'intento originario della riforma, poi però integralmente confermato, almeno sul piano formale, dai legislatori successivi. Semplicemente, oggi, nonostante le affermazioni di legge, non è vero che i lavoratori pubblici sono assoggettati alle stesse regole dei lavoratori privati; ed anzi, la linea è quella di dotare i

primi, secondo vecchia ma solida concezione, di uno statuto normativo proprio, ben identificabile, il più possibile unificante per la categoria.

Poiché l'idea della riforma del 1992/'93 e di quelle successive, nel senso della omogeneità delle regole settoriali tra lavoro privato e pubblico, pur positivamente (e a più riprese) sottoposta al vaglio costituzionale, non ha a sua volta ricevuto un processo di "costituzionalizzazione", bisogna però senz'altro ammettere che il legislatore ordinario possa, con norma successiva, modificare e diversificare il regime giuridico dei dipendenti pubblici rispetto a quello dei lavoratori privati, pur seguendo la stessa matrice privatistica e contrattuale.

Tuttavia l'operazione ha da essere condotta seguendo il fondamentale canone della certezza e della coerenza normativa, oltremodo necessaria in un ambito, quello del lavoro pubblico, nel quale si sviluppano istanze regolative sensibili non solo ad interessi terzi (gli utenti e la loro percezione delle risposte fornite dalle Amministrazioni rispetto agli inadempimenti contrattuali), ma anche alla responsabilità di gestione degli operatori, troppe volte ormai condizionata, o, peggio, rilasciata, al giudizio del Giudice amministrativo-contabile, piuttosto che a quello del lavoro.

Certezza e coerenza normativa, pur alimentando, in modo dichiarato, gli obiettivi del più recente legislatore, necessitano però, nel loro perseguimento, di un disegno complessivo, compreso dei valori e degli interessi che si intendono tutelare, in una dinamica ben lontana dagli interventi *spot* o *random* con i quali, invece, l'ultimo legislatore ha ritenuto di affrontare, per ora, il tema della regolamentazione del lavoro nelle pa.

La questione delle tutele applicabili in caso di licenziamento disciplinare illegittimo – ché, sulla questione dei licenziamenti economici, il problema non pare porsi, stante l'esistenza di norme speciali – deve dunque essere osservata al momento in cui ci si accinge ad operare una nuova e massiccia riforma del lavoro pubblico, sì come prefigurata dalla legge 124/2015, cogliendo l'occasione per portare chiarezza nel "cratere interpretativo" determinato prima dalla legge n. 92/2012, poi dalla delega di cui alla legge n. 183/2014 ed infine dalle "tutele crescenti" per i licenziamenti illegittimi del d.lgs. n. 23/2015.

Diversamente, sì come già avvenuto per la questione della tutela applicabile in caso di illegittimo utilizzo dei contratti a tempo determinato di cui all'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001, sarà la giurisprudenza del lavoro a farsi carico dell'interpretazione dei frammenti normativi esistenti, costretta a ricavarne,

secondo opzioni allo stato, ed a mio parere, tutte dotate di largo margine di opinabilità, soluzioni giocoforza destinate alla soluzione finale unificante delle Sezioni Unite, giustamente richiamata da Marco Esposito in queste pagine quale esito “scontato” del dibattito giurisprudenziale su articolo 18 e pubblico impiego.

Ora, la più seria opzione teorica diretta a negare l'operatività dell'automatismo dei rinvii alla disciplina lavoristica di cui all'art. 2, c. 2 d.lgs. n. 165/2001 e dell'omologo art. 51 del decreto, peraltro fatta sovente propria dagli annunci ministeriali, propone una inedita lettura limitativa della portata dei rinvii del d.lgs. n. 165/2001, per cui diverrebbe incompatibile l'applicazione non solo delle norme del lavoro nell'impresa per cui esistono discipline diverse nel d.lgs. n. 165/2001, ma anche di quelle disposizioni che, nel silenzio del legislatore, ad una sorta di vaglio di costituzionalità preventivo, si porrebbero in contrasto con talune previsioni costituzionali, segnatamente quelle degli artt. 97 e 98, nella lettura offertane dalla Corte costituzionale. Da ciò si deriverebbe l'inapplicabilità, oltre che dell'art. 18 nella versione modificata dalla legge Fornero, anche del d.lgs. n. 23/2015 sulle tutele crescenti, in quanto la Corte costituzionale, con la nota sentenza n. 351/2008 (peraltro con *obiter dictum* nell'ambito di pronuncia riguardante la decadenza da incarico dirigenziale, ricoperto da lavoratore con contratto di lavoro autonomo, e quindi nel solco della giurisprudenza relativa allo *spoil system*) avrebbe ritenuto non compatibile con le norme costituzionali l'esclusione della reintegrazione nel caso di lavoratore pubblico illegittimamente licenziato, in quanto lesiva di un interesse pubblico ulteriore rispetto a quello proprio del dipendente, coincidente con le finalità dei concorsi pubblici in fase di assunzione; nonché incompatibile per il costo di rinvenire un altro lavoratore da adibire alla funzione che si affiancherebbe a quello dell'indennizzo per il licenziamento illegittimo. Tuttavia, tale canone interpretativo proposto (al di là dell'approccio solo tangenziale alla questione appunto svolto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 351/2008), oltre a consentire un importante ma indeterminato ingresso di interessi pubblicistici e di limiti “interni” in una gestione del rapporto di lavoro pubblico basata su posizioni giuridiche soggettive a matrice contrattuale, ed in questo senso “privatistiche” secondo le riforme degli anni '90/2000, non tiene conto che proprio la volontà espressa dal legislatore con l'art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001 individua come eccezione l'apposizione di regole differenziate per i lavoratori pubblici, imponendo dunque uno scrutinio puntuale di “inapplicabilità”, che, proprio

a fronte di norme costituzionali, solo il legislatore può svolgere e fissare espressamente come canone interpretativo di carattere generale o speciale.

Inoltre, se davvero ci si preoccupa dell'interesse pubblico e delle amministrazioni laddove fosse esclusa la tutela reintegratoria, occorrerebbe chiedersi se l'imposizione "costituzionale" della reintegrazione nel caso di licenziamento disciplinare per gravissimo inadempimento, poi annullato solo per (a volte lievi) vizi procedurali commessi dall'amministrazione, possa essere spiegata con l'argomento del "doppio costo" denunciato dalla Corte costituzionale a fronte di una ipotizzata introduzione della tutela solo indennitaria (rinvenire un altro dipendente che sostituisca il precedente nella funzione e pagare l'indennizzo a quello illegittimamente, ma definitivamente, estromesso); ovvero, se un ragionevole ed equo bilanciamento degli stessi interessi cui è diretta anche la selezione concorsuale pubblica dei lavoratori da immettere nelle nostre amministrazioni possa tollerare tale "doppio costo", traducendo appunto in forma esclusivamente risarcitoria la sanzione per la condotta datoriale illegittima.

Se si abbandona cioè, come credo sia già stato abbandonato nel nuovo contesto, il valore ideologico che ha alimentato l'art. 18 dello Statuto nella sua originaria formulazione, e pur con attenzione verso istanze politico-sindacali che oggi senz'altro muovono per il mantenimento della tutela originaria per i soli dipendenti pubblici, allora la soluzione preferibile apparirebbe quella di una disciplina speciale, certo attenta al dato costituzionale che caratterizza l'azione delle p.a., ma anche attenta agli interessi ultimi cui è indirizzata la stessa azione nel perseguimento dei principi di buon andamento, efficienza ed imparzialità.

Il tema che deve essere affrontato dal legislatore è dunque quello della compatibilità, con gli assetti del lavoro pubblico privatizzato, di una tutela solo risarcitoria che escluda la reintegrazione per una serie circoscritta di casi.

Gli spazi di delega della l. n. 124/2015 sono a tale proposito, come noto, se non assenti, senz'altro contenuti ed indiretti. Potrebbe al riguardo sfruttarsi l'indicazione che consente di intervenire sul tema del procedimento disciplinare e delle responsabilità per dipendenti e dirigenti [art. 17, c. 1, lett. s); art. 11, c. 1, lett. m)]; o ancora, per quanto detto circa la "certezza" delle norme applicabili, la previsione di testi unici di semplificazione in materia (anche) di lavoro pubblico, sulla base dei criteri di garanzia di coerenza giuridica, logica e sistematica, con risoluzione delle antinomie in base ai principi

dell'ordinamento ed alle discipline generali della materia, e con indicazione esplicita delle norme abrogate [art. 16, c. 1, lett. b), c) e d)].

Ed ancora, forse sfruttando, a guisa di coda normativa, l'indicazione ancora presente nella Legge Fornero, che dispone una armonizzazione ai nuovi principi da parte della pa su iniziativa (anche normativa) del Ministro per la Funzione Pubblica, la via potrebbe essere quella, di sicuro equilibrio costituzionale, di mantenere la tutela reintegratoria in caso di licenziamenti discriminatori e quando i fatti contestati siano insussistenti o meritevoli di sanzione solo conservativa; accedendo invece alla tutela solo indennitaria del dipendente laddove, sussistendo l'illecito e la sua gravità, il licenziamento presenti solo vizi formali o di procedura.

In tal modo l'indennizzo, da collegare ad un minimo e ad un massimo, troverebbe spiegazione nella necessità di risarcire il danno patito dal dipendente per la compromissione/limitazione del diritto a fornire le proprie giustificazioni, magari disponendo l'eventuale recupero della somma in capo al dirigente che abbia condotto malamente o con colpa grave il procedimento disciplinare, e quindi a titolo di responsabilità contabile-amministrativa; ma verrebbe così garantita e tutelata 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 pa.

Ma forse, quest'ultima, al di là della delega, è via un po' troppo esplicita e di impatto per il nuovo legislatore, il quale sembra ripiegare su rimedi diversi ed indiretti, in ogni caso affermati tenendo ben ferma l'intenzione di non toccare l'applicazione dell'art. 18 nella sua originaria formulazione.

Se ne ha prova nell'esordio del d.lgs. n. 116/2016 in materia di accertamento disciplinare diretto al licenziamento per falsa e fraudolenta attestazione di presenza in servizio, dove il legislatore, nella consapevolezza che l'errore di procedura potrebbe risultare ipotesi non peregrina nelle situazioni più complesse, introduce una disposizione del tutto inedita in ambito lavoristico, volta a far salva l'azione disciplinare ed il suo esito finale pur in presenza di vizi procedurali riferiti alla violazione dei termini. Rivisitando il modello amministrativistico dell'art. 21 *octies* della l. n. 241/1990, introdotto dall'art. 14, comma 1, l. n. 15/2005, l'ultimo periodo del comma 3 *ter* del d.lgs. n. 116/2016 prevede l'irrilevanza della eventuale violazione dei termini del procedimento disciplinare breve e speciale ai fini della legittimità dell'azione disciplinare e della sanzione espulsiva irrogata, se non è stato sostan-

zionalmente violato il diritto di difesa del lavoratore e se viene comunque rispettato il termine finale di 120 gg. previsto per il licenziamento in via ordinaria dall'art. 55 *bis*, comma 4.

La novità non è di poco momento, in quanto tende ad azzerare, seppure solo per la violazione dei termini, la tradizionale equiparazione tra vizio sostanziale e vizio formale ai fini della sanzionabilità del licenziamento illegittimo, naturalmente allorquando sono invece giudizialmente accertati la sussistenza dell'illecito ed il rispetto dei diritti di difesa; e non è difficile prevedere che quello del d.lgs. n. 116/2016 potrebbe risultare momento di collaudo della disposizione verso una estensione generalizzata, da realizzare con il Testo Unico oggetto di delega, a tutte le ipotesi di licenziamento disciplinare affetto da vizi formali, appunto quale probabile contropartita per la (annunciata) conservazione per i soli dipendenti pubblici delle tutele dell'art. 18 Stat. Lav., versione 1970.