

**LA DISCIPLINA DEL LICENZIAMENTO
NEL PUBBLICO IMPIEGO**

INDICE

Capitolo I

Il licenziamento del dipendente pubblico

1. Excursus storico p. 1
2. La disciplina generale del licenziamento: la giusta causa, il giustificato motivo oggettivo e soggettivo p. 17
3. Le ipotesi di licenziamento tipizzate dal legislatore nel d.lgs. n.165/2001 p. 31
4. Le ipotesi di licenziamento previste nella contrattazione collettiva p. 52

Capitolo II

La tutela in caso di licenziamento illegittimo

1. La tutela *ante* d.lgs. 75/2017
 - 1.1 Dalla tutela obbligatoria alla tutela reale dello Statuto dei Lavoratori p.68
 - 1.2 La legge 20 giugno 2012 n.92, la riduzione della tutela reale e la controversa applicabilità al pubblico impiego p. 75
 - 1.3 Le incertezze giurisprudenziali: la Cassazione ribalta il proprio orientamento p. 88
 - 1.4 Il *Jobs act* e l'ulteriore marginalizzazione della tutela reale p. 97
2. La tutela post d.lgs.75/2017: un passo indietro nel processo di contrattualizzazione? p. 106
3. L'opportunità dell'intervento normativo p. 108

Capitolo III

Il licenziamento del dirigente pubblico

1. La peculiarità del rapporto di lavoro	p. 115
2. Vicende estintive del rapporto dirigenziale	
2.1 Responsabilità dirigenziale: natura giuridica e rapporti con la responsabilità disciplinare	p. 136
2.2 Revoca e recesso	p. 152
2.3 Le altre ipotesi: scadenza del termine e <i>spoils system</i>	p. 163
3. La tutela in caso di illegittima sanzione espulsiva: differenze col settore privato	p. 170
 Bibliografia	 p. 181

Capitolo I

Il licenziamento del dipendente pubblico

I Excursus storico

Nell'ordinamento giuridico dell'Italia unificata il rapporto di pubblico impiego è riconducibile al diritto comune del lavoro; viene qualificato come *locatio operarum*: ad esso si applicano le disposizioni del codice civile, sia pure con alcune specialità concernenti le procedure di reclutamento, la statuizione di dotazioni organiche ed un particolare regime pensionistico¹.

Trova applicazione l'art. 1628 del codice civile del 1865 che, ispirato ad una visione economico-filosofica di tipo liberale, al fine di evitare la costituzione di vincoli perpetui e servili, stabilisce che “*nessuno può obbligare la propria opera all'altrui servizio che a tempo, o per una determinata impresa*”. Non vi è dunque ragione di prevedere il diritto di recesso in quanto, essendo la prestazione lavorativa a termine o comunque dovendo essere finalizzata alla realizzazione di una determinata opera, non vi è necessità di sciogliere il rapporto di lavoro nel corso del suo svolgimento. In questo periodo le esigenze di tutela del dipendente pubblico sono scarsamente avvertite. La tesi maggioritaria ne identifica la principale causa nell'osmosi tra la politica e

¹ In tal senso M. RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1979, pagg.55 ss.

l'amministrazione²: i vertici politici ed amministrativi appartengono alla stessa élite. In tale contesto il dipendente pubblico è considerato più come soggetto attraverso il quale il potere amministrativo si manifesta che come soggetto nei cui confronti il potere amministrativo viene esercitato. Secondo altri autori la ragione della scarsa attenzione verso i dipendenti pubblici è da rinvenirsi nella comune considerazione degli impiegati quali meri prestatori di opere in posizione di totale dipendenza rispetto al potere politico. In questo contesto scarsa reputazione è riservata soprattutto a coloro che occupano i livelli inferiori della gerarchia interna delle amministrazioni ed il cui stato giuridico ed economico è difficilmente differenziabile dai locatori di opere privati³.

Tutto cambia nei primi del Novecento quando il rapporto di pubblico impiego si distacca dal diritto comune del lavoro. La dottrina intraprende la via dell'elaborazione di un diritto amministrativo: scompare il contratto come momento genetico del rapporto di impiego che nasce da un atto unilaterale, l'atto di nomina. La vita del rapporto è segnata da atti unilaterali dell'amministrazione, che non sono più riconducibili a negozi di diritto privato. Secondo la dottrina *“il rapporto di lavoro di pubblico impiego viene considerato come una relazione non paritaria, cioè come un rapporto di mera*

² S. CASSESE, *L'amministrazione dello Stato liberal-democratico*, in S. CASSESE, *La formazione dello Stato amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1974, pag.11.

³ Così S. BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, CEDAM, Padova, 2000, pag.45.

soggezione dell'individuo nei confronti del soggetto pubblico che opera attraverso poteri pubblici di supremazia, derivanti direttamente dalla legge, che si sostanziano in provvedimenti aventi efficacia costitutiva idonei a modificare la posizione del lavoratore"⁴. E' in particolare a partire dalla legge Giolitti del 1908 sugli impiegati statali che le norme del codice cominciano a declinare rispetto alle regole speciali dettate da leggi amministrative: nel riconoscere lo *status* di impiegato, la legge in questione abbina il riconoscimento di maggiori garanzie⁵ per il dipendente pubblico rispetto al privato ad un'accentuazione della sua subordinazione gerarchica nei confronti dei vertici della P.A.

Con l'avvento dell'Italia repubblicana il D.P.R. 10 gennaio 1957 n.3, recante il "*Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato*", dispone una dettagliata regolamentazione della materia del pubblico impiego e, in particolare, della disciplina dell'estinzione del rapporto di lavoro attraverso gli istituti della decadenza, della destituzione e della dispensa.

⁴ G.M. MONDA, *La disciplina del licenziamento*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Collana *Il Nuovo Diritto del Lavoro* diretta da L. FIORILLO, A. PERULLI,- Giappichelli, Torino, 2013, pag.582.

⁵ La L. 25 giugno 1908 n.290 introduce i primi elementi di garanzia per il dipendente pubblico: regole certe circa il reclutamento (di norma per concorso pubblico); modalità dell'avanzamento basate su un criterio misto (per anzianità e per merito); enunciazione dei diritti degli impiegati (compreso quello di associazione). V. G. MELIS, *L'amministrazione*, in R. ROMANELLI (a cura di) *Storia dello Stato italiano dall'unità ad oggi*, Donzelli, Roma, 2001, pag. 205.

L'art.78 contempla, quale più grave sanzione a carico dell'impiegato che viola i suoi doveri, quello della destituzione. Trattasi di un provvedimento espulsivo previsto in tutti i casi in cui la condotta del lavoratore è incompatibile con i doveri attinenti alla pubblica funzione⁶; l'art.85, in particolare, prevede la destituzione di diritto nell'ipotesi in cui il dipendente sia stato condannato in via definitiva per una serie di delitti⁷ la cui condotta è palesemente incompatibile con il mantenimento di quel vincolo di fedeltà che deve caratterizzare il rapporto tra lavoratore e pubblica amministrazione⁸. Il legislatore del 1957 mira comunque a garantire la posizione di autorità e preminenza dell'amministrazione, limitando il numero e la portata delle norme a contenuto precettivo e lasciando ampi margini di discrezionalità nell'individuazione dei comportamenti del dipendente punibili con sanzioni disciplinari. Anche l'individuazione dei doveri del dipendente è volutamente generica ed informata

⁶ Il successivo art.84 prevede esplicite ipotesi di destituzione: atti che rilevano la mancanza del senso dell'onore e del senso morale, atti in grave contrasto con i doveri di fedeltà, grave abuso di autorità e di fiducia, violazione dolosa dei doveri d'ufficio che abbia portato grave pregiudizio allo Stato od a privati, illecito uso o distrazione di somme amministrate, richiesta o accettazione di compensi per affari attinenti ai compiti d'ufficio, gravi atti di insubordinazione, istigazione all'interruzione o turbamento del pubblico servizio.

⁷ Trattasi dei delitti contro la personalità dello Stato (esclusi quelli contro gli Stati esteri), dei delitti di peculato, malversazione, concussione e corruzione, dei delitti contro la fede pubblica, di alcuni delitti contro la moralità pubblica e il buon costume (oggi abrogati) e di alcuni gravi delitti contro il patrimonio (furto, rapina, estorsione, ecc.).

⁸ (Cfr. Corte Cost. 12-14 ottobre 1988 n.971) Il giudice delle leggi ha però diversi anni dopo dichiarato l'illegittimità costituzionale di tale disposizione nella parte in cui non prevede, in luogo del provvedimento di destituzione di diritto, l'apertura e lo svolgimento del procedimento disciplinare. Con tale pronuncia la Corte ha censurato la previsione normativa dell'automaticità della destituzione del pubblico dipendente, ritenendo che fossero in tal modo irragionevolmente precluse la gradualità della sanzione disciplinare da applicare in conseguenza della condanna penale irrevocabile e la possibilità per la P. A. di valutare di volta in volta i casi concreti, risultandone così vulnerato il principio costituzionale del buon andamento.

a contenuti prevalentemente etici, in modo da consentire l'elevazione a dovere di qualsiasi condotta pretesa dall'amministrazione⁹.

In campo privatistico l'evoluzione della materia è difforme. A partire dai primi del Novecento si cominciano infatti a diffondere collaborazioni stipulate senza l'apposizione di un termine finale di durata, in contrasto con la previsione codicistica che vieta contratti di lavoro a tempo indeterminato¹⁰. E' la dottrina ad elaborare la tesi che consente il recesso unilaterale *ad nutum* per entrambe le parti nel rispetto del principio della libertà contrattuale e della parità, vera solo dal punto di vista formale, stante lo squilibrio sostanziale tra la posizione del datore di lavoro e quella del lavoratore¹¹.

Il principio del libero recesso trova la sua prima collocazione nel diritto positivo con la legge sull'impiego privato (R.D. 13 nov. 1924 n.1825), che stabilisce la durata *sine die* del contratto di lavoro, rescindibile da entrambe le parti purché preceduto dal preavviso e da un'indennità¹². L'istituto è confluito poi nel codice civile del 1942 nell'art.2118, il comma 1 prevede che "ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto di lavoro a tempo indeterminato, dando il preavviso nel termine e nei modi stabiliti [dalle norme corporative] dagli usi

⁹ S. MAINARDI, *La responsabilità e il potere disciplinare*, in *Diritto del Lavoro*, Commentario diretto da F.CARINCI, UTET, Torino, 2004 Volume V, pag. 837.

¹⁰ G.F. MANCINI, *Il recesso unilaterale nel contratto di lavoro, evoluzione della natura giuridica in AA.VV. Giusta causa e giustificati motivi nei licenziamenti individuali*, Giuffré, Milano, 1967, pag.1.

¹¹ F. CARNELUTTI, *Del licenziamento nella locazione di opere a tempo indeterminato*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1911 - I, pag.377.

¹² M. GRANDI, *Licenziamento e reintegrazione, riflessioni storico-critiche*, in *Riv. It. Dir. Lav.* 2003 I, pag.7

o secondo equità”. Il preavviso era pertanto l’unica possibile restrizione al principio (ottocentesco) secondo cui nessuno può restare vincolato in perpetuo da un impegno contrattuale¹³. L’uguaglianza formale sancita dalla norma codicistica non tutelava, evidentemente, la posizione sfavorevole del lavoratore nei confronti del datore: *“se tutti gli altri contratti riguardano l’aver delle parti, il contratto di lavoro riguarda ancora l’aver per l’imprenditore, ma per il lavoratore riguarda e garantisce l’essere, il bene che è condizione dell’aver e di ogni altro bene”*¹⁴. Con l’avvento della Costituzione repubblicana, ed in particolare delle disposizioni di cui agli artt. 4 e 41, inizia ad avvertirsi diffusamente l’esigenza di vietare i licenziamenti immotivati. La materia era peraltro già stata oggetto della contrattazione collettiva: un primo accordo interconfederale del 1947¹⁵ aveva inserito alcune limitazioni ai licenziamenti dell’industria; nel 1950 due accordi disciplinarono sia i licenziamenti

¹³ Vedi L. ZOPPOLI, *Il licenziamento e la legge: una (vecchia) questione di limiti*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro* fascicolo 3/2016, pag.416.

¹⁴ Così F. SANTORO PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro*, in *Annali del Seminario Giuridico dell’Università di Catania*, 1947 – 1948, pag. 3.

¹⁵ Firmato il 7 agosto 1947 tra Confederazione Generale della Industria Italiana e Confederazione Generale Italiana del Lavoro. L’accordo prevedeva che nelle imprese industriali con più di 25 dipendenti venissero istituite delle Commissioni interne in rappresentanza dei lavoratori con il compito di mantenere “normali rapporti” tra lavoratori stessi e direzione d’azienda. L’art.3 di tale accordo disciplinava sia i licenziamenti per riduzione del personale che quelli individuali. Quanto ai primi, motivati da riduzione o trasformazione dell’attività, era previsto un tavolo di concertazione tra Direzione aziendale e Commissione interna per trovare un accordo sui criteri. In ogni caso era testualmente previsto che *“I licenziamenti per riduzione di personale devono essere motivati come tali nella relativa lettera di licenziamento. In caso che entro un anno l’azienda provveda a nuove assunzioni, dovrà riassumere i lavoratori licenziati per riduzione di personale, idonei alle mansioni e specialità occorrenti e con i criteri obiettivi di precedenza inversi rispetto a quelli in base a cui furono eseguiti i licenziamenti”*. Fonte: sito internet istituzionale del CNEL sezione “contratti collettivi” - “accordi interconfederali”.

individuali che quelli collettivi¹⁶; nel 1965 un altro accordo intervenne nuovamente sui licenziamenti collettivi¹⁷.

L'art.4 della Carta, alla cui stregua <La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto> imponeva peraltro un intervento da parte del legislatore. Dapprima fu la Corte Costituzionale ad essere chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'art.2118 c.c. in materia di contratto di lavoro subordinato. Molto significativa è la sentenza n.45 del 9 giugno 1965. Nel corso di sei procedimenti civili promossi, a seguito di licenziamento, da altrettanti lavoratori contro i

¹⁶ Il primo sottoscritto il 18 ottobre 1950 tra la Confederazione Generale della Industria Italiana, la Confederazione Generale Italiana del Lavoro, la Confederazione Italiana Sindacati dei lavoratori e l'Unione Italiana del lavoro e recepito con D.P.R. 14 luglio 1960 n.1011, al dichiarato scopo, espresso nell'art.1, “di prevenire i licenziamenti individuali ingiustificati e possibilità di turbamenti in occasione di licenziamenti individuali”, prevedeva l'istituzione di un Collegio di conciliazione ed arbitrato cui deferire l'esame dei licenziamenti in caso di richiesta del lavoratore interessato. Si applicava alle aziende con più di 35 dipendenti. Era espressamente stabilito “che nel caso in cui il Collegio non ritenesse valide le ragioni addotte dal datore di lavoro questi provvederà a ripristinare il rapporto di lavoro, oppure, qualora per considerazioni di opportunità, lo stesso datore di lavoro considerasse incompatibile la permanenza del lavoratore nell'azienda, (dovrà) versare una penale in aggiunta al trattamento di licenziamento”. La penale poteva essere fissata nella misura oscillante da un minimo di 5 ad un massimo di 8 mensilità. Il secondo accordo, sottoscritto tra le stesse parti sociali sopra indicate il 20 dicembre 1950 (recepito con D.P.R. 14 luglio 1960 n.1019), disponeva invece in materia di licenziamenti per riduzione di personale, prevedendo che la Direzione aziendale informasse previamente la propria Associazione territoriale che, a sua volta, ne dava comunicazione alle organizzazioni dei lavoratori ai fini di un accordo. Anche in tal caso veniva comunque stabilito un obbligo di motivazione nonché un obbligo di riassunzione nel caso in cui l'azienda avesse proceduto a nuove assunzioni nelle stesse mansioni entro un anno.

¹⁷ Accordo sottoscritto il 29 aprile 1965 tra la Confederazione Generale della Industria Italiana e Confederazione Generale Italiana del Lavoro, Confederazione Italiana Sindacati dei lavoratori e l'Unione Italiana del lavoro. Tale accordo prevedeva: comunicazione in forma scritta del licenziamento e diritto del lavoratore di chiederne le motivazioni (art.2); il lavoratore destinatario della comunicazione poteva chiedere alla propria organizzazione sindacale di tentare un accordo con l'organizzazione del datore di lavoro (art.3) e, in caso in cui l'accordo non fosse riuscito, il lavoratore poteva chiedere l'intervento del Collegio di conciliazione ed arbitrato (art.5), composto da un rappresentante del datore di lavoro, da un rappresentante del lavoratore e da un presidente (art.7); il Collegio, che pronunciava secondo equità e senza obbligo di formalità procedurali (art.10), se riteneva il licenziamento immotivato, ordinava il reintegro del lavoratore e, in caso di rifiuto da parte dell'azienda, comminava una penale non inferiore a 5 né superiore a 12 mensilità (art.11).

rispettivi datori di lavoro, il Pretore di Scalea aveva infatti sollevato d'ufficio la questione di legittimità costituzionale del primo comma dell'art. 2118 c.c. proprio in riferimento al richiamato art.4 Cost. Secondo le ordinanze di remissione, se da un lato il diritto al lavoro non poteva essere configurato come un diritto soggettivo all'occupazione, ciò non escludeva, dall'altro, che per i rapporti di lavoro già costituiti si imponesse un'adeguata protezione del lavoratore nei confronti del datore di lavoro, conformemente alla speciale posizione al primo conferita dalla Costituzione. La Corte argomentò in proposito come dal primo comma dell'art. 4 Cost. si ricava che il diritto al lavoro si estrinseca nella scelta e nel modo di esercizio dell'attività lavorativa. A questa situazione giuridica del cittadino - *“l'unica che trovi nella norma costituzionale in esame il suo inderogabile fondamento”* - fa riscontro il divieto di creare o mantenere nell'ordinamento norme che limitino tale libertà ovvero che la rinneghino, nonché l'obbligo di indirizzare l'attività di tutti i pubblici poteri alla creazione di condizioni economiche, sociali e giuridiche che consentano l'impiego di tutti i cittadini idonei al lavoro. Per converso, secondo il Giudice delle leggi, l'art. 4 Cost. così come non garantisce a ciascun cittadino il diritto al conseguimento di un'occupazione, altrettanto non garantisce il diritto alla conservazione del lavoro. Nel dichiarare pertanto non fondata la questione di legittimità sollevata dal Pretore, la Corte osservò però che l'indirizzo politico di progressiva garanzia del diritto al lavoro, dettato nell'interesse di tutti i cittadini,

se non comporta la immediata e già operante stabilità di quelli di essi che siano già occupati, non esclude però, *“ma al contrario esige che il legislatore, nel quadro della politica prescritta dalla norma costituzionale, adegui, sulla base delle valutazioni di sua competenza, la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato al fine intimo di assicurare a tutti la continuità del lavoro, e circonda di doverose garanzie - particolarmente per quanto riguarda i principi fondamentali di libertà sindacale, politica e religiosa, immediatamente immessi nell'ordinamento giuridico con efficacia erga omnes, e dei quali, perciò, i pubblici poteri devono tener conto anche nell'interpretazione ed applicazione del diritto vigente - e di opportuni temperamenti i casi in cui si renda necessario far luogo a licenziamenti..... Il potere illimitato del datore di lavoro di recedere dal rapporto a tempo indeterminato non costituisce più un principio generale del nostro ordinamento”*.

E' dunque in questo contesto e sull'onda di queste spinte, seppur “blande”¹⁸, della Corte Costituzionale, che nasce la L. 15 luglio 1966 n.604, recante *“Norme sui licenziamenti individuali”*, con la quale il legislatore ha introdotto il principio generale, valevole per l'impiego pubblico e privato, alla cui stregua *“nel rapporto di lavoro a tempo indeterminato ... il licenziamento del prestatore*

¹⁸ In tal senso L. ZOPPOLI, op. cit., pag.419, il quale rileva ad esempio la debole proceduralizzazione amministrativa del ricorso al licenziamento (art. 7) o l'esclusione dall'ambito di applicazione della legge dei licenziamenti per riduzione di personale (art. 11).

di lavoro non può avvenire che per giusta causa ai sensi dell'articolo 2119 del Codice civile o per giustificato motivo”.

Un decisivo passo avanti verso la tutela effettiva della stabilità del rapporto di lavoro è stata compiuta con la L.20 maggio 1970 n.300, cosiddetto Statuto dei lavoratori, che segna una tappa fondamentale in tema di licenziamenti illegittimi: dal combinato disposto dell'art.18 e dell'art.35 emerge infatti la disposizione per cui nelle aziende che occupano più di 15 dipendenti (o 5, nel caso di imprese agricole), il licenziamento dichiarato in via giudiziale inefficace o nullo obbliga il datore di lavoro alla reintegra del lavoratore. Nelle imprese di minori dimensioni, nelle medesime ipotesi, il lavoratore ha invece diritto alla sola tutela obbligatoria del risarcimento danni.

La linea di demarcazione tra l'area della tutela reale (reintegra) e quella della tutela obbligatoria (risarcimento) varierà nel corso degli anni¹⁹ e segnerà una delle principali differenze tra settore pubblico e privato.

Nell'ultimo decennio del XX secolo si determina un nuovo radicale mutamento di impostazione ed un deciso ritorno, dopo circa un secolo, del diritto privato nell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni e nel rapporto di lavoro del relativo personale²⁰. La legge 23 ottobre 1992 n.421

¹⁹ V. infra la c.d. Riforma Fornero del 2012.

²⁰ C. D'ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Diritto del Lavoro*, Commentario diretto da F.CARINCI, UTET, Torino, Volume V, pag.100.

(“Delega al Governo per la razionalizzazione e la revisione delle discipline in materia di sanità, di pubblico impiego, di previdenza e di finanza territoriale”)

è un passaggio determinante nel percorso riformista del pubblico impiego: in analogia al settore privato, il rapporto di lavoro pubblico non nasce più in base ad un atto unilaterale dell'amministrazione ma in seguito alla stipula di un contratto individuale di diritto privato²¹.

La legge delega - attuata fundamentalmente col d.lgs. 3 febbraio 1993 n.29 - segna l'ingresso ufficiale dei sindacati nella stipula dei contratti collettivi di lavoro²²: contratti che disciplinano anche le fattispecie della più grave sanzione per il lavoratore, ovverosia il licenziamento. In quel periodo l'art.24 del C.C.N.L. vigente comparto Ministeri contemplava espressamente le sanzioni del licenziamento con e senza preavviso: il successivo art.25 ne elencava le singole ipotesi²³.

²¹ *“L'attrazione del pubblico impiego nell'ambito dello ius privatorum ha comportato la fine del dominio dell'atto unilaterale, autoritativo e discrezionale (che) determina la modifica della posizione del datore di lavoro pubblico che non è più un soggetto dotato del descritto potere di supremazia speciale, ma una delle due parti contraenti in posizione di formale parità giuridica rispetto all'altra”*. Così G.M. MONDA, op.cit., pag.584.

²² Già la L.29 marzo 1983 n.93 (*Legge quadro sul pubblico impiego*) aveva previsto che alcune specifiche materie fossero disciplinate da un regolamento il cui contenuto era costituito da un accordo con le organizzazioni sindacali: ma tale accordo costituiva *“un mero presupposto procedimentale necessario all'atto finale (regolamento governativo) ... privo di autonoma efficacia giuridica”*. Così L. FIORLILLO, *Il diritto del lavoro nel pubblico impiego*, Piccin, Padova 2018, pag.6.

²³ Contratto stipulato in data 10/02/1995 (con decorrenza gennaio 1994 - dicembre 1997). L'art.25 prevedeva il licenziamento con preavviso in casi quali la recidiva plurima in infrazioni quali l'assenza dal servizio ingiustificata fino a 10 gg., svolgimento di attività lavorative durante la malattia, minacce verso il pubblico o colleghi, illecito uso, manomissione, distrazione o sottrazione di somme o beni di spettanza o di pertinenza dell'Amministrazione o ad essa affidata; rifiuto espresso del trasferimento disposto per esigenze di servizio; assenza arbitraria ed ingiustificata dal servizio, persistente insufficiente rendimento, ecc. Costituivano cause di licenziamento senza preavviso: commissione in servizio di gravi fatti illeciti di rilevanza penale per i quali sia fatto obbligo di

Il sistema rimane pressoché immutato con la seconda legge delega, cosiddetta seconda privatizzazione, realizzata con la L.15 marzo 1997 n.59 (c.d. Bassanini²⁴) e la L.15 maggio 1997 n.127 (Bassanini bis) che porta ad un processo di riforma attuato attraverso tre decreti legislativi²⁵, destinato ad essere consacrato in un testo unico. Obiettivo, quest'ultimo, non raggiunto in quanto il d.lgs. 30 marzo 2001 n.165 – recante “Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche” - *“non si configura tecnicamente come testo unico (...) ma dispone una nuova numerazione degli articoli del d.lgs. 29/1993”*²⁶.

Un rilevante segnale di discontinuità si avverte invece con la terza legge delega, L. 4 marzo 2009 n.15 recante *“Delega al Governo finalizzata all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e alla efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni nonché disposizioni integrative delle funzioni attribuite al Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro e alla*

denuncia, commissione, in genere, di fatti o atti dolosi, di gravità tale da non consentire la prosecuzione neppure provvisoria del rapporto di lavoro, ecc.

²⁴ Franco Bassanini, Ministro per la Funzione pubblica e gli Affari regionali nel I Governo guidato da Romano Prodi.

²⁵ Decreti che modificarono le disposizioni del d.lgs. 29/1993: d.lgs. 4 novembre 1997 n.396 *“Modificazioni al decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, in materia di contrattazione collettiva e di rappresentatività sindacale nel settore del pubblico impiego, a norma dell'articolo 11, commi 4 e 6, della legge 15 marzo 1997, n. 59; d.lgs. 31 marzo 1998 n.80 “ Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell'articolo 11, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59”;* d.lgs. 29 ottobre 1998 n.387 *“Ulteriori disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni, e del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80”.*

²⁶ Così L. FIORLILLO, op.cit., pag. 15.

Corte dei conti”, attuata con d.lgs. 27 ottobre 2009 n.150. Fino ad allora la contrattazione collettiva poteva derogare, se non vietato espressamente dalla legge, a disposizioni legislative o regolamentari in materia di pubblico impiego ; dopo la riforma il meccanismo derogatorio viene invece sottoposto a specifica autorizzazione da parte della legge medesima: è questa che deve autorizzare espressamente deroghe contrattuali che, altrimenti, sono impossibili.

La c.d. “riforma Brunetta²⁷” è stata nel segno di “*un aperto ridimensionamento del peso della contrattazione collettiva nella gerarchia delle fonti*”²⁸. La nuova normativa ridisegna il quadro regolamentare, conferendo alla materia dei provvedimenti disciplinari un ruolo centrale, finalizzato al potenziamento del livello di efficienza degli uffici pubblici , nell’intento di contrastare i fenomeni di scarsa produttività ed assenteismo²⁹. La novella detta una specifica disciplina legale di licenziamento nel pubblico impiego. L’art.69 del d.lgs. 150/2009 introduce l’art.55-*quater* nel d.lgs. 165/2001 che inaugura la stagione della lotta ai c.d. “furbetti del cartellino”. A prescindere dalle ipotesi previste a livello di contrattazione collettiva, la novella elenca specifici casi (incentrati soprattutto sulla falsa attestazione della presenza in servizio) in cui “si applica comunque la sanzione del licenziamento

²⁷ Renato Brunetta, Ministro per la Pubblica istruzione e l’Innovazione nel IV Governo guidato da Silvio Berlusconi.

²⁸ Così L. FIORILLO, op. cit., pag.22.

²⁹ G.M. MONDA, op.cit., pag.596.

disciplinare”. Il pugno di ferro è inoltre dimostrato dal fatto che la maggior parte di tali ipotesi (ad esclusione dell’assenza ingiustificata e dell’ingiustificato rifiuto di trasferimento) vengono ricondotte sotto l’egida della giusta causa: il licenziamento è, quindi, senza preavviso.

Viene altresì prevista l’ipotesi di licenziamento per scarso rendimento (art.55-*quater* comma 2) nel caso di insufficiente valutazione, non inferiore al biennio³⁰.

La direzione intrapresa dal legislatore in ambito lavoristico è quella dell’abbandono del modello di rigorosa protezione del lavoratore rappresentato dall’art.18 L.300/1970, che ha visto sindacati, partiti politici ed imprese su due posizioni contrapposte, una a difesa di tale norma, l’altra favorevole all’abolizione.

Il legislatore interviene dapprima con la L. 28 giugno 2012 n.92, recante “Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita”, cosiddetta “riforma Fornero”,³¹ che incide in maniera significativa sulle disposizioni di cui all’art.18 dello Statuto dei lavoratori. La tutela reintegratoria, generalizzata per tutti i licenziamenti illegittimi disposti nelle imprese con certi limiti dimensionali, lascia il passo a quattro diverse tutele a seconda del vizio rilevato dal giudice: in sintesi la reintegra viene confinata ai

³⁰ Già la tornata contrattuale 1994-1997 aveva previsto tale ipotesi. V. supra pag.6, nota 16.

³¹ Elsa Maria Fornero, Ministro del Lavoro e delle Politiche sociali nel Governo guidato da Mario Monti.

soli casi di licenziamento discriminatorio e nullo o all'ipotesi di materiale insussistenza del fatto contestato o della non punibilità dello stesso in caso di licenziamento disciplinare; in tutti gli altri casi la tutela diviene solo indennitaria. Per quanto riguarda gli effetti della riforma in questione sul lavoro alle dipendenze della P.A., si apre subito un ampio dibattito, dottrinale e giurisprudenziale, sull'applicabilità del nuovo art.18 ai licenziamenti illegittimi dei pubblici impiegati.

La materia dei licenziamenti viene poi profondamente riformata dal cosiddetto *Jobs Act* e, dettagliatamente, dal d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23 che introduce il contratto a tutele crescenti: non una nuova tipologia di contratto di lavoro, bensì la disciplina di un diverso modello sanzionatorio contro il licenziamento illegittimo³².

Quanto all'ultima riforma del settore (c.d. riforma Madia³³) va anzitutto segnalato, con particolare riferimento alla materia del licenziamento, il d.lgs. 20 giugno 2016 n.116³⁴, che modifica l'art.55-*quater* del d.lgs. 165/2001. La novella interviene allo scopo di sanzionare con maggiore rapidità, efficacia e certezza gli illeciti di falsa attestazione di presenza in servizio: licenziamento

³² S.GIUBBONI – A.COLAVITA, *La nuova disciplina dei licenziamenti e i rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona” – 304/2016, pag.10.

³³ Trattasi della legge delega 7 agosto 2015 n.124 recante “Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche”.

³⁴ Il d.lgs. 116/2016 reca “*Modifiche all'articolo 55-quater del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ai sensi dell'articolo 17, comma 1, lettera s), della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di licenziamento disciplinare*”

entro 30 giorni dei dipendenti che “truccano” i sistemi di rilevazione delle presenze per sé e per altri colleghi; obbligo della loro sospensione immediata con sospensione altresì del trattamento economico in godimento; responsabilità amministrativa per la violazione del danno di immagine; necessità di dovere dare corso al licenziamento in capo al dirigente e/o responsabile che non avvia il procedimento disciplinare o non lo conclude entro i termini o non irroga la sospensione.

Sempre in attuazione della legge delega, interviene ancora il d.lgs. 25 maggio 2017 n.75 che estende il novero delle ipotesi che legittimano l’irrogazione della sanzione del licenziamento disciplinare, che da sei passano a dieci.

Altro intervento estremamente significativo operato dal decreto in esame è costituito dalla modifica dell’art.63 del d.lgs. 165/2001, con la seguente determinante previsione: *“Il giudice, con la sentenza con la quale annulla o dichiara nullo il licenziamento, condanna l’amministrazione alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro”*: norma che segna, allo stato, un profondissimo solco tra pubblico e privato.

Da ultimo, ancora in attuazione della L.124/2015, è intervenuto il d.lgs. 20 luglio 2017 n.118 che, in tema di falsa attestazione di presenza in servizio, prevede un ruolo di maggiore rilevanza per l’Ispettorato per la Funzione pubblica, sancendo l’obbligo per l’amministrazione di inviare al medesimo ente

tanto il provvedimento di sospensione cautelare, quanto quello di apertura del contraddittorio.

2 La disciplina generale del licenziamento: la giusta causa, il giustificato motivo oggettivo e soggettivo

Dottrina e giurisprudenza maggioritarie sostengono che nel diritto del lavoro, pubblico e privato, le norme speciali sui licenziamenti individuali prevalgono sulla disciplina civilistica in materia di risoluzione del contratto³⁵. Invero gli eventi che determinerebbero l'impossibilità sopravvenuta della prestazione si traducono in giusta causa o in giustificato motivo di licenziamento, quindi sono assorbite dalla disciplina speciale lavoristica³⁶.

³⁵ “L'impossibilità sopravvenuta di svolgimento delle mansioni contrattuali per ‘factum principis’ o per altra ragione, comunque non imputabile al lavoratore non può essere considerata come una fattispecie estintiva autonoma alla stregua del diritto comune ... ma va valutata alla stregua delle norme particolari che regolamentano l'estinzione di tale rapporto”, e cioè facendo riferimento alla disciplina dei licenziamenti individuali (Cass., sez. lav., 19 dicembre 1998, n.12719).

³⁶ M. MISCIONE, *Nel contratto di lavoro non sono ammessi i mezzi di cessazione del diritto comune*, in *Lav. Giur.* 2000 pag.605; A. TAMPIERI, *Il licenziamento del dipendente pubblico prima e dopo il “Jobs Act”*, Giappichelli, Torino, 2015, pag.8. Non mancano posizioni divergenti, che fanno leva sulla fase preliminare della costituzione del rapporto di lavoro. Si tratta di ipotesi in cui la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto sussistente una condizione risolutiva che determina il venir meno ex tunc del vincolo contrattuale. Tipico, nel pubblico impiego, è il caso di invalidazione della procedura selettiva, che ha portato alla costituzione del rapporto, sia a seguito di pronuncia giudiziale che a seguito di un provvedimento emesso dall'amministrazione in via di autotutela: il rapporto si estingue non come conseguenza del licenziamento, ma per impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa³⁶ (Cass. 5 agosto 2000, n.10322 del). Analoghe ipotesi in ambito privato (Cfr. Cass. 19 dicembre 1998 n.12719 al proposito della revoca della patente valida per l'estero ad un lavoratore del settore autotrasporti).

La fonte principale in materia, valida sia per il settore pubblico che per quello privato, si rinviene nella L. 15 luglio 1966 n.604, recante “*Norme sui licenziamenti individuali*”, il cui art. 1 recita: <*Nel rapporto di lavoro a tempo indeterminato, intercedente con datori di lavoro privati o con enti pubblici, ove la stabilità non sia assicurata da norme di legge, di regolamento e di contratto collettivo o individuale, il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa ai sensi dell'articolo 2119 del Codice civile o per giustificato motivo*>. La legge in questione apre la crisi al principio di “libera recedibilità: viene infatti introdotto nel nostro ordinamento un regime vincolistico del licenziamento che impedisce che il recesso intimato dal datore sia privo di motivazione. La novella stabilisce dunque che il licenziamento può avvenire soltanto per *giusta causa* o per *giustificato motivo*. La *giusta causa*, ai sensi dell’art.2119 c.c. è quella che non consente la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto di lavoro. La nozione di *giustificato motivo* si ricava, invece, dall’art.3 della L.604/1966, che distingue tra notevoli inadempimenti degli obblighi contrattuali da parte del lavoratore (*giustificato motivo soggettivo*) e ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa (*giustificato motivo oggettivo*): in ogni caso il licenziamento per giustificato motivo richiede il preavviso.

La giusta causa si sostanzia dunque in un comportamento talmente grave da legittimare il licenziamento “in tronco”, senza obbligo di dare il preavviso. Si

tratta di ipotesi in cui qualsiasi altra sanzione risulterebbe insufficiente a tutelare l'interesse del datore di lavoro, al quale non può pertanto essere imposto l'utilizzo del lavoratore, neanche in un'altra posizione.

Nel giustificato motivo soggettivo, invece, l'inadempimento degli obblighi contrattuali del lavoratore non è così grave da rendere impossibile la prosecuzione provvisoria del rapporto, con la conseguenza che il datore di lavoro ha l'obbligo di dare il preavviso. La definizione legale del giustificato motivo fa dunque "riferimento esclusivo a ragioni connesse alla sfera del rapporto di lavoro"³⁷, mentre quella di giusta causa può essere relativa anche ad "un fatto esterno al contratto di lavoro, comunque imputabile al dipendente, idoneo a ledere irrimediabilmente il rapporto fiduciario"³⁸.

In materia si è formata una copiosissima giurisprudenza, della quale è anzitutto significativo riportare il principio affermato dalla Corte di Cassazione: *"nel caso di giusta causa o giustificato motivo soggettivo di licenziamento, i fatti addebitati devono rivestire il carattere di grave negazione degli elementi del rapporto di lavoro, ed in particolare dell'elemento della fiducia, che deve continuamente sussistere tra le parti; la valutazione relativa alla sussistenza del conseguente impedimento alla prosecuzione del rapporto deve essere operata con riferimento non già ai fatti astrattamente considerati, bensì agli*

³⁷ Così L. FIORILLO, op. cit., pag.239.

³⁸ *Ibidem.*

aspetti concreti afferenti alla natura ed alla qualità del singolo rapporto, alla posizione delle parti, al grado di affidamento richiesto dalle specifiche mansioni del dipendente, nonché alla portata soggettiva dei fatti stessi, ossia alle circostanze del suo verificarsi, ai motivi ed alla intensità dell'elemento intenzionale e di quello colposo e ad ogni altro aspetto correlato alla specifica connotazione del rapporto che su di esso possa incidere negativamente” (Cass., sez. lav., 29 ottobre 1999 n.12197).

La lesione dell'elemento fiduciario va dunque valutata sia sotto il profilo oggettivo (qualità e natura del singolo rapporto di lavoro; posizione delle parti, grado di affidamento richiesto dalle specifiche mansioni³⁹) che sotto il profilo soggettivo (particolari circostanze e condizioni nelle quali si realizza la rottura del vincolo stesso, motivi ed intensità dell'elemento psicologico, doloso o colposo che sia⁴⁰): per decidere dunque riguardo alla sussistenza di una giusta

³⁹ Emblematica in proposito è una pronuncia con cui la Suprema Corte, in accoglimento del ricorso da parte di una nota compagnia aerea, ha confermato il licenziamento di un assistente di volo colto in possesso di alcune dosi di marijuana. In contrasto con quanto affermato dai giudici di merito (il Pretore e, in appello, il Tribunale di Roma avevano ritenuto eccessiva la sanzione applicata) i giudici di legittimità hanno puntato l'indice sulla delicatezza delle funzioni affidate al soggetto durante il servizio a bordo, sui profili di grave pericolo per la incolumità dei passeggeri correlati ad una assistenza agli stessi resa durante i voli da persona adusa all'ingerimento di sostanze stupefacenti; sull'esigenza di continua attenzione da prestarsi dal dipendente nell'esercizio delle peculiari mansioni di propria competenza, sull'assoluto divieto di uso di droga previsto per gli operatori di bordo dal Manuale operativo del settore, ecc. (Cfr. Cass., sez. lav., 27 marzo 1998, n.3270).

⁴⁰ Con sentenza n.18124 del 9 giugno 2016 la sezione Lavoro della Corte di Cassazione ha annullato con rinvio la decisione emessa dalla Corte d'Appello di Roma che aveva confermato la legittimità del licenziamento per giusta causa di una dipendente di Poste Italiane per ammanco di cassa, argomentando, tra l'altro, come i giudici di secondo grado, nell'individuare *“nella condotta addebitata alla lavoratrice un grado di colpa talmente elevato da sfociare quasi nel dolo”*, idonea ad *“integrare una violazione degli obblighi contrattuali talmente grave ... da spezzare in modo irrimediabile la fiducia datoriale”*, non avessero analizzato *“il contesto di regolazione interna*

causa o di un giustificato motivo soggettivo di licenziamento occorre considerare, da una parte, la gravità dei fatti addebitati al prestatore di lavoro, in correlazione alla portata oggettiva e soggettiva degli stessi, alle circostanze nelle quali si sono verificati e all'intensità dell'elemento intenzionale, dall'altra, la proporzionalità fra tali fatti e la sanzione comminata, verificando se la lesione dell'elemento fiduciario su cui si basa la collaborazione del lavoratore sia effettivamente tale da motivare o meno la massima sanzione disciplinare.

La casistica è piuttosto varia perché *“il potere di risolvere il contratto di lavoro subordinato per il caso di notevole inadempimento degli obblighi contrattuali deriva al datore di lavoro direttamente dalla legge (...), e non necessita, per il suo legittimo esercizio, di una dettagliata previsione, nel contratto collettivo o nel regolamento disciplinare predisposto dal datore di lavoro in quanto sarà il giudice a verificare, ove si contesti la giustificatezza del recesso, se gli episodi di volta in volta addebitati integrino o meno l'indicata fattispecie legale”*⁴¹. La vasta elencazione delle ipotesi di giusta causa presente nei contratti collettivi ha pertanto valore esemplificativo ed è rimessa alla valutazione del giudice.

La casistica elaborata dalla giurisprudenza, comprende ipotesi che possono essere ricondotte sia alla giusta causa che al giustificato motivo soggettivo, a

dell'attività, così da non supportare l'estrema concettualizzazione della colpa insita nel riferimento al brocardo *culpa lata dolo aequiparatur*”.

⁴¹ Così Cass., sez. lav., 20 febbraio 2001, n.7819.

seconda della valutazione della loro gravità. Riassumendo per macro-argomenti, annoveriamo: insubordinazione, che comprende quei comportamenti suscettibili di incidere negativamente nell'organizzazione aziendale attraverso la disapplicazione delle disposizioni del datore di lavoro quali l'aperta contestazione delle direttive aziendali o l'eccesso di critica⁴², ovvero comportamenti oltraggiosi nei confronti del datore di lavoro⁴³; rifiuto di eseguire la prestazione⁴⁴; furto ai danni del datore di lavoro⁴⁵; violazione

⁴² Nel confermare la legittimità del licenziamento di tre dipendenti di un Ospedale romano che avevano denunciato, nel corso di una conferenza stampa, la presenza di scorie radioattive (notizia falsa e diffamatoria secondo la Direzione aziendale), la suprema Corte ha affermato che se è vero che le opinioni espresse dal lavoratore dipendente, *"anche se vivacemente critiche nei confronti del proprio datore di lavoro, specie nell'esercizio dei suoi diritti sindacali"*, non possono costituire giusta causa di licenziamento *"in quanto esplicazione di diritti costituzionalmente garantiti o, quanto meno, di una libertà di critica"*, è altrettanto vero che, qualora il comportamento in sé si traduca in un atto illecito (quale l'ingiuria o la diffamazione) o comunque in una condotta manifestamente riprovevole e tale da implicare, sotto il profilo sia soggettivo che oggettivo, quella gravità necessaria e sufficiente a compromettere in modo irreparabile il vincolo fiduciario il licenziamento è legittimo (Cass., sez. lav., 22 ottobre 1998, n.10511). Ed ancora: al lavoratore subordinato è garantito il diritto di critica, anche aspra, nei confronti del datore di lavoro (come deve particolarmente riconoscersi nel caso in cui un sindacalista si esprima sulla funzionalità del servizio espletato dall'impresa), ma ciò non consente di ledere sul piano morale l'immagine del proprio datore di lavoro con riferimento a fatti non oggettivamente certi e comprovati, poiché il principio delle libertà di manifestazione del pensiero di cui all'art. 21 Cost. incontra i limiti posti dall'ordinamento a tutela dei diritti e delle libertà altrui e deve essere coordinato con altri interessi degni di pari tutela costituzionale (Cass., sez. lav., 17 dicembre 2003, n.19350).

⁴³ Non sempre, però, la fattispecie legittima il licenziamento. V., ad es., Cass., sez. lav., 12 marzo 2014, n.5730 concernente il caso di un dipendente che aveva proferito accuse verbali nei confronti dell' datore di lavoro che lo aveva arbitrariamente trasferito.

⁴⁴ La casistica giurisprudenziale sul tema è molto ampia. E' interessante sottolineare l'orientamento della Cassazione nel caso in cui il rifiuto derivi dalla convinzione del lavoratore di subire un demansionamento: *"nel rapporto di lavoro subordinato non è legittimo - ed è sanzionabile con il licenziamento per giusta causa - il rifiuto del lavoratore di eseguire la prestazione lavorativa dovuta, a causa di una ritenuta dequalificazione, ove il datore di lavoro adempia a tutti gli altri obblighi derivantigli dal contratto (pagamento della retribuzione, copertura previdenziale ed assicurativa etc.), essendo giustificato il rifiuto di adempiere alla propria prestazione, "ex" art. 1460 cod. civ., solo se l'altra parte sia totalmente inadempiente, negli altri casi potendo il lavoratore rifiutare lo svolgimento di singole prestazioni lavorative non conformi alla propria qualifica, ma non potendo rifiutare lo svolgimento di qualsiasi prestazione lavorativa"* (Così Cass., sez. lav., 19 dicembre 2008, n.29832. In senso conforme Cass., sez. lav., 13 giugno 2016, n.12102).

⁴⁵ Sul tema va rimarcato come per la Suprema Corte *"la tenuità del danno non è da sola sufficiente ad escludere la lesione del vincolo fiduciario ... ai fini della valutazione della proporzionalità tra*

dell'obbligo di fedeltà e riservatezza⁴⁶; comportamenti connessi alla malattia⁴⁷ abbandono del posto di lavoro; azioni costituenti reato⁴⁸.

E' importante osservare d'altra parte, per costante giurisprudenza, che è ammissibile la conversione ad opera del giudice del licenziamento per giusta causa in quello per giustificato motivo soggettivo con il solo limite della immutabilità dei motivi addebitati al lavoratore: *“la giusta causa e il giustificato motivo soggettivo di licenziamento costituiscono mere qualificazioni giuridiche di comportamenti ugualmente idonei a legittimare la cessazione del rapporto di lavoro; ciò in generale abilita il giudice a valutare un licenziamento per giusta causa in termini di licenziamento per giustificato motivo soggettivo senza che ciò comporti violazione dell'art. 112 c.p.c.; comporta altresì che, ove il*

fatto addebitato e recesso viene in considerazione non già l'assenza o la speciale tenuità del danno patrimoniale ma la ripercussione sul rapporto di lavoro di una condotta suscettibile di porre in dubbio la futura correttezza dell'adempimento, in quanto sintomatica di un certo atteggiarsi del dipendente rispetto agli obblighi assunti” (Cass., sez. lav., 5 aprile 2017, n.8816).

⁴⁶ *“in tema di licenziamento per violazione dell'obbligo di fedeltà, il lavoratore deve astenersi dal porre in essere non solo i comportamenti espressamente vietati dall'art. 2105 cod. civ., ma anche qualsiasi altra condotta che, per la natura e per le possibili conseguenze, risulti in contrasto con i doveri connessi al suo inserimento nella struttura e nell'organizzazione dell'impresa, ivi compresa la mera preordinazione di attività contraria agli interessi del datore di lavoro potenzialmente produttiva di danno”* (Cass., sez. lav., 10 febbraio 2015, n.2550).

⁴⁷ Anche in tale ambito la giurisprudenza è copiosissima. L'atteggiamento di rigore verso le false attestazioni in tema di malattia è in particolar modo testimoniato dall'orientamento della alla cui stregua è legittimo avvalersi di società di investigazioni con licenza investigativa, che sono in grado di recuperare prove ed informazioni che siano poi utilizzabili in sede giudiziaria quando il datore di lavoro abbia intenzione di procedere al licenziamento per giusta causa (in tal senso Cass., sez. lav., 26 novembre 2014, n.25162 e 16 agosto 2016 n.17113).

⁴⁸ Il concetto di giusta causa non è limitato all'inadempimento tanto grave da giustificare la risoluzione immediata del rapporto di lavoro, ma si estende anche a condotte extralavorative che, tenute al di fuori dell'azienda e dell'orario di lavoro, e non direttamente riguardanti l'esecuzione della prestazione lavorativa, nondimeno possano essere tali da ledere irrimediabilmente il vincolo fiduciario tra le parti (Cass., sez. lav., 18 agosto 2016, n.17166 a proposito di un dipendente di una società privata arrestato per detenzione e spaccio di eroina).

datore di lavoro impugni globalmente la sentenza di primo grado che ha dichiarato l'illegittimità del licenziamento nella sua domanda al giudice d'appello di dichiarare la legittimità della risoluzione del rapporto per giusta causa deve ritenersi compresa la minor domanda di dichiarare la risoluzione dello stesso rapporto per la sussistenza di giustificato motivo soggettivo. In sostanza il giudice, anche d'impugnazione, che ometta di pronunciarsi anche d'ufficio sulla possibilità che un licenziamento intimato per giusta causa possa essere qualificato in termini di licenziamento per giustificato motivo soggettivo, incorre nel vizio di omessa pronuncia ex art. 112 c.p.c.”⁴⁹.

Va infine rilevato come parte imprescindibile della valutazione giudiziale debba essere concentrata sull'esame relativo alla proporzionalità della sanzione inflitta rispetto alla gravità dei fatti addebitati: il giudice è chiamato a verificare se la lesione dell'elemento fiduciario su cui si fonda il rapporto di lavoro sia, nel caso concreto, tale da giustificare o meno la massima sanzione disciplinare del licenziamento per giusta causa, contemplata solo in presenza di una violazione talmente grave da non consentire neppure provvisoriamente la prosecuzione⁵⁰.

Ai fini del giudizio sulla proporzionalità, occorre anche valutare se analoghe inadempienze, commesse da altri dipendenti, siano state diversamente sanzionate dal datore di lavoro: se infatti *“è condivisibile l'affermazione che*

⁴⁹ Così Cass., sez. lav., 19 ottobre 2017, n.24743.

⁵⁰ Cfr., ad es., Cass., sez. lav., 16 ottobre 2015, n.21017.

*non si possa porre a carico del datore di lavoro l'onere di fornire, per ciascun licenziamento, una motivazione del provvedimento adottato che sia comparata con le altre assunte in fattispecie analoghe (...) ove nel corso del giudizio non emergano quelle differenze che giustificano il diverso trattamento dei lavoratori, correttamente può essere valorizzata dal giudice l'esistenza di soluzioni differenti per casi uguali al fine di valutare la proporzionalità della sanzione adottata*⁵¹.

Il giustificato motivo oggettivo, come accennato in precedenza, è collegato dall'art.3 della L.604 del 1966 a “ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa”. Il licenziamento, dunque, avviene a causa di eventi e vicende le quali, andando ad incidere sulla realtà aziendale in cui il lavoratore è integrato, mettono in luce l'effettiva esigenza del datore di lavoro di porre fine al rapporto lavorativo⁵².

La giurisprudenza ha chiarito che in tal caso il licenziamento è scelta riservata all'imprenditore, quale responsabile della corretta gestione dell'azienda anche dal punto di vista economico ed organizzativo, sicché essa, quando sia effettiva e non simulata o pretestuosa, non è sindacabile dal giudice quanto ai profili della

⁵¹ Così Cass., sez. lav., 7 maggio 2013, n.10550. Gli Ermellini nel caso di specie hanno confermato la decisione della Corte d'Appello di Napoli che aveva dichiarato illegittimo il licenziamento intimato ad un dipendente di una società telefonica accusato di aver abusivamente utilizzato il telefono cellulare di servizio rilevando, tra l'altro, che ad altri dipendenti, in situazioni analoghe, era stata applicata una sanzione conservativa.

⁵² C. ZOLI, *I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale*, in Arg. dir. lav. 2008, I, pagg. 35 e ss.

sua congruità ed opportunità⁵³: al giudice spetta soltanto il controllo della reale sussistenza del motivo addotto dall'imprenditore.

Le ragioni che legittimano il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo (g.m.o.) sono riconducibili a specifiche esigenze aziendali che impongono la soppressione del posto di lavoro ovvero a comportamenti o situazioni facenti capo al prestatore di lavoro (c.d. circostanze incolpevoli inerenti al lavoratore). Tra le prime, rientrano le soppressioni di posti di lavoro a causa di innovazioni tecnologiche, o a causa di riassetto organizzativi, oppure per una riorganizzazione dovuta alla necessità di contenere i costi aziendali. Tra le seconde si fanno rientrare invece quei comportamenti o situazioni del lavoratore, pur incolpevole, che non gli consentano di adempiere ai suoi obblighi contrattuali (ad esempio, perché la sua assenza per malattia abbia superato i limiti di tempo previsti dalla contrattazione collettiva, oppure per sopraggiunta inidoneità allo svolgimento delle mansioni)⁵⁴.

In materia è importante sottolineare come consolidata giurisprudenza ha affermato che il licenziamento per g.m.o. è valido solo se il lavoratore non può essere impiegato in altro modo o settore, tenuto anche conto della possibilità di un demansionamento. Trattasi del c.d. "obbligo di *repechage*", ovvero

⁵³ Cass., sez. lav., 9 luglio 2012, n.11465.

⁵⁴ Trattasi di "ipotesi di recesso datoriale per circostanze riferibili alla persona del lavoratore, ma comunemente ricondotte nell'ambito della figura del licenziamento per motivi oggettivi". Così L. FIORILLO, op. cit., pag. 250.

dell'obbligo, per il datore di lavoro, di tentare di ricollocare nell'ambito aziendale il lavoratore prima di mettere in atto il provvedimento espulsivo. In tale ambito, peraltro, nella stessa giurisprudenza di legittimità si segnalano inversioni di tendenza. Dal punto di vista processuale è interessante riportare quanto sostenuto dalla Suprema Corte circa la questione dell'onere della prova dell'obbligo di cui trattasi. Infatti l'originario orientamento propendeva nel senso che, ferma la disposizione di cui all'art.5 della L.604/1966 – alla cui stregua incombe sul datore di lavoro l'onere della prova della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo - *“resta peraltro pur sempre a carico del lavoratore, ricorrente in giudizio per ottenere l'annullamento del licenziamento, l'onere di dedurre ed allegare ... circostanze di fatto e ragioni di diritto costituenti il fondamento della affermata illegittimità del licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo ... ed anche la possibilità, comunque, di una sua diversa utilizzazione nell'impresa con mansioni equivalenti”*⁵⁵. Diversamente una recente sentenza della Suprema Corte esclude radicalmente l'esistenza di qualsiasi onere di allegazione a carico del lavoratore: *“la domanda del lavoratore è correttamente individuata, a norma dell'art. 414 n. 3 e n. 4 c.p.c., da un petitum di impugnazione del licenziamento per illegittimità e da una causa petendi di inesistenza del giustificato motivo così come intimato dal datore di lavoro, cui incombe*

⁵⁵ Cass. Civ., 23 Ottobre 1998, n.10599.

pertanto la prova, secondo la previsione dell'art. 5 L. 604/1966, della sua ricorrenza in tutti gli elementi costitutivi, in essi compresa l'impossibilità di repechage: senza alcun onere sostitutivo del lavoratore alla sua controparte datrice sul piano dell'allegazione, per farne conseguire un onere probatorio" (Cass., sez. lav., 22 marzo 2016, n.5592) L'obbligo di *repechage* costituisce quindi un elemento imprescindibilmente connesso alle ragioni economiche ed organizzative poste alla base dell'atto risolutivo del rapporto di lavoro, la cui prova è pertanto da ritenersi integralmente a carico del datore di lavoro, in coerenza con il dispositivo dell'art. 5 della L. 604/1966.

Anche sul piano dei motivi che legittimano il licenziamento per g.m.o. è da segnalare un recente orientamento giurisprudenziale, alla cui stregua non è necessario un presupposto fattuale identificabile nella sussistenza di "situazioni sfavorevoli" ovvero di "spese notevoli di carattere straordinario", cui sia necessario fare fronte. È sufficiente, infatti, che il licenziamento sia determinato da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa, tra le quali non possono essere aprioristicamente o pregiudizialmente escluse quelle che attengono ad una migliore efficienza gestionale o produttiva ovvero anche quelle dirette ad un aumento della redditività d'impresa⁵⁶. Al di là, quindi, delle situazioni economiche sfavorevoli non contingenti oppure delle spese straordinarie,

⁵⁶ Cass., sez. lav., 7 dicembre 2016, n. 25201

“anche una ragione esclusivamente organizzativa è di per sé sufficiente ad integrare le ragioni di cui all’art.3 della legge n.604 del 1996”⁵⁷.

Come visto in precedenza, l’art.5 addossa sul datore di lavoro l’onere della prova della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo.

L’art.4 introduce la fattispecie del licenziamento discriminatorio - ovvero quello determinato da ragioni di credo politico o fede religiosa, dall'appartenenza ad un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacali – e lo sanziona con la nullità.

Gli articoli 2 e 6 attengono alla procedura. La versione originaria dell’art.2 della L.604 prevedeva che il datore doveva dare comunicazione scritta del licenziamento al lavoratore: quest’ultimo, entro otto giorni, poteva chiederne i motivi che il datore doveva comunicargli, sempre per iscritto, nei successivi cinque giorni. La violazione di tali regole rendeva il provvedimento espulsivo inefficace. Su tale iter interviene dapprima la L. 11 maggio 1990 n.108 (“Disciplina dei licenziamenti individuali”) che, oltre a generalizzare la figura del datore di lavoro (“*imprenditore o non imprenditore*”) amplia sia il termine concesso al lavoratore per chiedere i motivi del licenziamento (da otto a quindici) che quelli accordati al datore per la risposta (da cinque a sette). Estende inoltre l’obbligo di comunicazione scritta del licenziamento anche al

⁵⁷ Così G. Santoro-Passarelli, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: dalla ragione economica alla ragione organizzativa*, in Quaderni del CSDN Roma n. 2017/1, pag.1.

lavoratore con la qualifica di dirigente. Successivamente la “Fornero” (L.92/2012) semplifica la procedura, imponendo che già la comunicazione scritta del licenziamento contenga l’indicazione dei motivi dello stesso.

L’art.6 imponeva originariamente al lavoratore di impugnare il licenziamento, con qualsiasi atto scritto anche stragiudiziale, entro sessanta gg., decorrenti dall’iniziale comunicazione ovvero da quella successiva che indicava i motivi. Anche su tale disposizione il legislatore è intervenuto una prima volta con il D.L. 29 dicembre 2010 n.225⁵⁸, sancendo l’inefficacia dell’impugnazione se non seguita, entro duecentosessanta giorni, dal deposito in cancelleria del ricorso al giudice del lavoro o dalla comunicazione a controparte della richiesta del tentativo di conciliazione o di arbitrato. A decorrere dal 18 luglio 2012 la più volte citata legge Fornero ha abbreviato quest’ultimo termine a centottanta giorni. La finalità di tali termini decadenziali è quella di liberare il datore di lavoro dall’incertezza in ordine alla contestazione del licenziamento⁵⁹.

L’art.8 dispone invece in ordine alla tutela accordata al lavoratore in caso di licenziamento illegittimo, tema sul quale ci soffermeremo ampiamente in seguito.

L’art.10 limita l’applicazione della legge ai soli operai ed impiegati ed esclude i lavoratori in prova: con varie sentenze la Corte Costituzionale ha

⁵⁸ Recante “*Proroga di termini previsti da disposizioni legislative e di interventi urgenti in materia tributaria e di sostegno alle imprese e alle famiglie*”, convertito in L.26 febbraio 2011 n.10.

⁵⁹ Così L. FIORILLO, op.cit., pag.240.

comunque ampliato, senza particolari stravolgimenti, il novero dei soggetti beneficiari, includendo gli apprendisti ed il personale marittimo⁶⁰.

L'art.11, nella sua originaria formulazione, escludeva dal novero della legge le imprese con meno di 35 dipendenti (ovvero la stragrande maggioranza delle imprese italiane), nonché la materia dei licenziamenti collettivi per riduzione del personale: soltanto la citata L.108/1990 elimina il tetto dimensionale dell'impresa.

3 Le ipotesi di licenziamento tipizzate dal legislatore nel d.lgs. 165/2001

Il decreto 165, nel testo originario, non contemplava alcuna specifica ipotesi di licenziamento. L'art.55, terzo comma, demandava infatti alla fonte collettiva l'individuazione delle tipologie di infrazioni e delle relative sanzioni (tra cui quella espulsiva) a carico dei pubblici dipendenti.

Il secondo comma dell'articolo in esame disponeva, inoltre, l'applicazione al pubblico impiego della norma contenuta nel primo comma dell'art.7 dello Statuto dei lavoratori, alla cui stregua "Le norme disciplinari relative alle sanzioni, alle infrazioni in relazione alle quali ciascuna di esse può essere applicata ed alle procedure di contestazione delle stesse, devono essere portate a conoscenza dei lavoratori mediante affissione in luogo accessibile a tutti. Esse

⁶⁰ Cfr. Corte Cost. 14/1970, 169/1973, 189/1980, 96/1987, 41/1991.

devono applicare quanto in materia è stabilito da accordi e contratti di lavoro ove esistano”. Si tratta del c.d. *codice disciplinare*, termine *illo tempore* assente nel linguaggio del legislatore sia del settore privato che di quello pubblico⁶¹, ovvero sia del documento predisposto dal datore di lavoro nel quale confluisce la normativa disciplinare soggetta a pubblicità.

Vi era dunque un duplice rinvio al contratto collettivo: il primo, indiretto, ad opera del secondo comma dell’art.55; il secondo, diretto, nel terzo comma dell’articolo medesimo. Quanto all’individuazione delle fonti, peraltro, il rinvio indiretto non deve ingannare. Se infatti il citato art.7 dello Statuto vincolava il datore di lavoro (privato) a trasfondere nel codice disciplinare la tipologia di infrazioni e sanzioni stabilite dai contratti “ove esistano” – ipotizzando dunque la possibilità che, in mancanza di contratti di settore, la normativa disciplinare fosse unilaterale – nel settore pubblico contrattualizzato il rinvio secco alla contrattazione collettiva operato dal terzo comma dell’art.55 non lascia dubbi nel senso di una riserva esclusiva alla fonte collettiva in tema di illeciti. Il rinvio all’art.7, comma 1, dello Statuto doveva quindi essere inteso essenzialmente in riferimento all’obbligo di pubblicità del codice disciplinare⁶².

⁶¹ S. MAINARDI, op. cit, pag.861.

⁶² Si discuteva in dottrina se, fermo il divieto per l’amministrazione di derogare *in pejus* al contratto collettivo introducendo nel codice disciplinare sanzioni diverse e più gravi, fosse invece consentito alla stessa di prevedere disposizioni meno rigorose: gli autori favorevoli osservavano che non sarebbe stato leso in tal modo il generale principio di parità di trattamento in quanto la sussistenza in materia di tale principio era esclusa dalla disposizione di cui al sesto comma dell’art.55 che conferiva alla P.A. un potere discrezionale di differenziare *ad personam* il trattamento punitivo, patteggiando con

E' importante sottolineare come il quadro normativo dell'epoca prevedeva che, se anche il legislatore fosse intervenuto in materia, un successivo contratto collettivo, salvo espresso divieto legale in tal senso, avrebbe comunque potuto derogare alle disposizioni legislative introdotte⁶³.

La riforma Brunetta (L.15/2009, attuata con il d.lgs. 150/2009) sconvolge significativamente questo stato di cose. All'insegna della lotta ai cosiddetti "furbetti del cartellino" vengono non solo tipizzate nel decreto 165/2001 alcune ipotesi specifiche di licenziamento del pubblico dipendente, ma viene altresì calata un'ombra di sfiducia sulla fonte collettiva⁶⁴. Sotto quest'ultimo aspetto vengono apportate modifiche al secondo comma dell'art.2 del d.lgs.165/2001⁶⁵, la cui conseguenza è che da un sistema di inderogabilità presunta della fonte collettiva, si passa ad un sistema in cui "è l'inderogabilità della fonte

il lavoratore una riduzione di pena in cambio della rinuncia all'impugnazione. V. S. MAINARDI, op. cit., pag.866.

⁶³ V. supra, pag.9. Stante la formulazione dell'allora vigente art.2, secondo comma, del decreto 16 - alla cui stregua "*Eventuali disposizioni di legge (...) che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche (...), possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata non sono ulteriormente applicabili, salvo che la legge disponga espressamente in senso contrario*" - nell'ipotesi di atti normativi invasivi "*degli spazi propri della contrattazione collettiva (era consentito) a quest'ultima di riappropriarsi delle materie che le erano state sottratte*". L. FIORILLO, op. cit., pag.39.

⁶⁴ L'intervento normativo, se va in controtendenza rispetto al principio generale della privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico, non muta la natura giuridica del rapporto che viene conservato nell'ambito privatizzato ai sensi dell'art.2 del d.lgs.165/2001. E' vero che viene impressa una connotazione più pubblicistica all'esercizio del potere disciplinare, ma non al punto di ripristinare quella posizione di supremazia speciale che, come si è detto in precedenza, caratterizzava l'ormai superato sistema pubblicistico. In tal senso G.M. MONDA, op.cit., pag.600.

⁶⁵ Il nuovo testo, secondo alinea, recita: "*Eventuali disposizioni di legge (...) che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche (...), possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata, non sono ulteriormente applicabili, solo qualora ciò sia espressamente previsto dalla legge*".

unilaterale ad essere presunta”⁶⁶, mentre la derogabilità da parte della contrattazione collettiva diviene “*oggetto di specifica autorizzazione da parte dello stesso atto normativo che ha invaso la sua competenza*”⁶⁷.

Viene poi modificato l’art.55 del decreto 165: scompare il riferimento all’art.7 dello Statuto dei lavoratori e si parla per la prima volta espressamente di codice disciplinare, prevedendo che la sua pubblicazione sul sito internet della P.A. datrice di lavoro equivalga ad affissione nella relativa sede lavorativa. Ma, soprattutto, la riserva alla fonte collettiva in tema di individuazione della tipologia delle sanzioni perde il carattere dell’esclusività. Dal testo originario alla cui stregua “*la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni è definita dai contratti collettivi*”, si passa alla seguente formulazione: “*Salvo quanto previsto dalle disposizioni del presente Capo, la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni é definita dai contratti collettivi*”. Il legislatore entra quindi in maniera decisa nella materia, con le specifiche disposizioni dettate dall’art. 55-*quater* in tema della sanzione espulsiva del licenziamento. L’*incipit* è molto significativo: “*Ferma la disciplina in tema di licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo e salve ulteriori ipotesi previste dal contratto collettivo, si applica comunque la sanzione disciplinare del licenziamento nei seguenti casi*”. L’avverbio comunque va riferito alla possibilità di irrogare il

⁶⁶ L.FIORILLO, op. cit., pag.40.

⁶⁷ *Ibidem*.

licenziamento disciplinare per le ipotesi ivi indicate indipendentemente dalla presenza di fattispecie simili nella contrattazione collettiva, senza che tale espressione possa invece essere intesa nel senso di prevedere un meccanismo espulsivo automatico⁶⁸. Il nuovo bilanciamento delle fonti disciplinato dal novellato secondo comma dell'art.2 del decreto 165/2001, nonché il principio richiamato dal primo comma dell'art.55 secondo cui *“Le disposizioni del presente articolo e di quelli seguenti, fino all'articolo 55-octies, costituiscono norme imperative, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile”*⁶⁹, indicano che in ogni caso la fonte negoziale non potrà incidere sulle fattispecie individuate dal legislatore.

I casi enucleati dalla legge di riforma consistono in condotte del lavoratore che ledono il rapporto fiduciario così gravemente da legittimare il licenziamento, con o senza preavviso. Alcune delle ipotesi previste dalla riforma erano già contenute nei codici disciplinari dei vigenti contratti collettivi di comparto: la diretta previsione normativa le rende immodificabili a livello

⁶⁸ *“La natura automatica del meccanismo espulsivo viene negata valorizzando due elementi: in primo luogo, il licenziamento non è mai automatico poiché costituisce l'atto conclusivo di un procedimento disciplinare regolato dalla legge e posto a garanzia dell'incolpato; in secondo luogo, la conferma dell'art.2016 c.c. quale caposaldo del sistema disciplinare (...) impone di valorizzare i criteri di gradualità e proporzionalità, che dovranno pertanto sorreggere la valutazione effettuata dall'autorità procedente in ordine alla determinazione della sanzione applicabile all'infrazione”* Così F. RAVELLI, *Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici*, in WP CSDLE “Massimo D'Antona,122/2011, pag.24.

⁶⁹ Il riferimento agli artt.1339 e 1419 c.c. richiamano il meccanismo civilistico dell'eterointegrazione contrattuale che, come noto, comporta la sostituzione automatica e di diritto delle clausole del contratto di lavoro che siano difformi rispetto alla previsione legale. (U. CARABELLI, *La riforma Brunetta: un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche*, in WP CSDLE “Massimo D'Antona,101/2010).

contrattuale. Inoltre il legislatore, regolando tali ipotesi, ha precisato con maggiore analiticità rispetto alle formulazioni generiche adottate dalla contrattazione collettiva i singoli elementi costitutivi delle diverse fattispecie nell'ottica di assicurare maggiori garanzie ai pubblici dipendenti⁷⁰.

In particolare, la novella legislativa del 2009 individua diverse ipotesi di licenziamento senza preavviso, ovvero, ai sensi della disciplina generale, per giusta causa.

La prima è la falsa attestazione della presenza in servizio, mediante l'alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente, ovvero giustificazione dell'assenza dal servizio mediante una certificazione medica falsa o che attesta falsamente uno stato di malattia (art.55-*quater*, primo comma, lett.a).

A tale condotta è anche conferita specifica rilevanza penale dal successivo art.55-*quinquies*, che prevede la pena della reclusione da 1 a 5 anni e la multa da 400 a 1.600 euro. Se la falsa attestazione avviene con la complicità del medico, a questi si applica la medesima pena nonché, in caso di condanna definitiva, la radiazione dall'albo e il licenziamento per giusta causa se dipendente di una pubblica struttura.

In attuazione della cosiddetta riforma Madia (L.124/2015), il d.lgs.116/2016 ha modificato l'art.55-*quater* in commento allo scopo di sanzionare con

⁷⁰ In tal senso G.M. MONDA, op. cit., pag.602.

maggiore rapidità, efficacia e certezza questa grave forma di illecito. La novella introduce anzitutto il comma 1-*bis*, che fornisce una puntuale definizione di falsa attestazione, specificando che essa si verifica con “qualunque modalità fraudolenta posta in essere, anche avvalendosi di terzi, per far risultare il dipendente in servizio o trarre in inganno l'amministrazione presso la quale il dipendente presta attività lavorativa circa il rispetto dell'orario di lavoro dello stesso”⁷¹ e che “della violazione risponde anche chi abbia agevolato con la propria condotta attiva o omissiva la condotta fraudolenta”. Introduce altresì ulteriori cinque commi i quali dispongono anzitutto l'immediata sospensione con privazione dello stipendio (salvo l'assegno alimentare) del dipendente la cui condotta fraudolenta sia stata rilevata in flagranza o tramite sistemi di sorveglianza⁷² (comma 3-*bis*). Il provvedimento sospensivo, che contiene la contestazione dell'addebito e la convocazione del dipendente dinanzi all'ufficio

⁷¹ “La registrazione effettuata attraverso l'utilizzo del sistema di rilevazione della presenza sul luogo di lavoro è corretta e non falsa solo se nell'intervallo compreso tra le timbrature in entrata ed in uscita il lavoratore è effettivamente presente in ufficio, mentre è falsa e fraudolentemente attestata nei casi in cui miri a far emergere, in contrasto con il vero, che il lavoratore è presente in ufficio dal momento della timbratura in entrata a quello della timbratura in uscita” (Cass., sez. lav., 14 dicembre 2016, n.25750). “La fattispecie disciplinare di cui all'art. 55 quater c. 1 lett. a) del D. Lgs. n. 165 del 2001 si realizza non solo nel caso di alterazione/manomissione del sistema, ma in tutti i casi in cui la timbratura, o altro sistema di registrazione della presenza in ufficio, miri a far risultare falsamente che il lavoratore è rimasto in ufficio durante l'intervallo temporale compreso tra le timbrature/registrazioni in entrata ed in uscita (*Ibidem*).

⁷² A differenza dell'ordinaria fattispecie di sospensione cautelare che costituisce una misura di autotutela per l'amministrazione e che generalmente non incide sulla retribuzione del dipendente, la sospensione prevista dall'art.55 quater costituisce preciso adempimento di legge e comporta perdita temporanea dello stipendio. Così L. FIORILLO, op. cit., pag.245.

disciplina, deve essere adottato entro quarantotto ore⁷³ dall'avvenuta conoscenza del fatto. Il relativo procedimento⁷⁴ deve essere concluso entro trenta giorni dalla contestazione dell'addebito (comma 3-ter). Inoltre, entro quindici giorni dall'avvio del procedimento disciplinare, l'ufficio deve fare denuncia del fatto oltre che al pubblico ministero, alla procura regionale della Corte dei Conti la quale a sua volta, entro tre mesi dalla conclusione della procedura di licenziamento, avvia, se ne ravvisa i presupposti, l'azione per danno d'immagine⁷⁵ (comma 3-quater). E' prevista infine la sanzione espulsiva altresì per il dirigente o, comunque, il responsabile dell'ufficio disciplinare che, senza giustificato motivo, ometta di avviare il procedimento disciplinare o di adottare il provvedimento cautelare di sospensione (comma 3-quinquies).

Altro comportamento lesivo tipizzato è individuato nelle falsità documentali o dichiarative commesse ai fini o in occasione dell'instaurazione del rapporto di lavoro ovvero di progressioni di carriera (art.55-quater primo comma lett.d).

Secondo la Suprema Corte le dichiarazioni false legittimano sempre il licenziamento disciplinare del dipendente pubblico non potendo essere invocata

⁷³ A testimonianza del rigore usato dal legislatore, è espressamente previsto che la “violazione di tale termine non determina la decadenza dall'azione disciplinare né l'inefficacia della sospensione cautelare, fatta salva l'eventuale responsabilità del dipendente cui essa sia imputabile”.

⁷⁴ E' prevista la possibilità per il dipendente di farsi assistere da un procuratore o da un rappresentante sindacale, nonché l'invio di memorie scritte.

⁷⁵ L'eventuale condanna non può essere inferiore a sei mensilità di stipendio. Il procedimento della Corte dei Conti deve concludersi entro centoventi giorni dalla denuncia: termine elevato a centocinquanta giorni dal d.lgs. 118/2017.

dall'accusato la fattispecie del “falso innocuo”⁷⁶: *“il comportamento del dipendente pubblico è, dunque, sanzionato indipendentemente dalla circostanza che la falsità abbia fatto conseguire il posto di lavoro, essendo sufficiente a integrare la fattispecie la condotta di avere prodotto la documentazione o la dichiarazione falsa, al fine o in occasione dell’instaurazione del rapporto di lavoro”*⁷⁷.

Il licenziamento senza preavviso è anche stabilito per sanzionare la reiterazione nell'ambiente di lavoro di gravi condotte aggressive o moleste o minacciose o ingiuriose o comunque lesive dell'onore e della dignità personale altrui (art.55-*quater* primo comma lett.e).

Con l’introduzione di tale fattispecie il legislatore del 2009 ha recepito e sistematizzato le diverse indicazioni fornite dai contratti collettivi che già prevedevano, nella stessa ipotesi, sanzioni che andavano dalla sospensione del servizio fino ad un massimo di dieci giorni al licenziamento con preavviso in caso di recidiva nel biennio o senza preavviso in caso di terza recidiva. Si realizza un *“inasprimento della disciplina pattizia, con la previsione dell’applicabilità della sanzione del licenziamento senza preavviso (...) basato*

⁷⁶ In diritto penale ricorre il c.d. falso innocuo nei casi in cui l'infedele attestazione (nel falso ideologico) o l'alterazione (nel caso di falso materiale) siano del tutto irrilevanti ai fini del significato dell'atto, non esplicando effetti sulla funzione documentale dell'atto stesso di attestazione dei dati in esso indicati.

⁷⁷ Così Cass., sez. lav., 7 giugno 2016, n.11636 .

*solo su una materiale e storica reiterazione delle condotte, a prescindere dalla sussistenza di una recidiva formalmente contestata*⁷⁸.

L'ultima ipotesi tipizzata di giusta causa si rinviene nella condanna penale definitiva, in relazione alla quale è prevista l'interdizione perpetua dai pubblici uffici ovvero l'estinzione, comunque denominata, del rapporto di lavoro (art.55-*quater* primo comma lett.f).

Anche in tal caso la riforma Brunetta ha esteso, rispetto alle precedenti ipotesi di fonte pattizia, l'ambito di operatività del licenziamento per giusta causa precedentemente ancorate, dai contratti collettivi, a specifiche tipologie di reati particolarmente gravi⁷⁹.

Le altre ipotesi di licenziamento introdotte dal legislatore del 2009 con l'art.55-*quater* del d.lgs. 165/2001, sono dunque, per esclusione, con preavviso e sono determinate da giustificato motivo:

Il primo caso previsto concerne l'assenza priva di valida giustificazione per un numero di giorni, anche non continuativi, superiore a tre nell'arco di un biennio o comunque per più di sette giorni nel corso degli ultimi dieci anni ovvero mancata ripresa del servizio, in caso di assenza ingiustificata, entro il termine fissato dall'amministrazione (art.55-*quater*, comma 1, lett.b).

⁷⁸ Così G.M. MONDA, op. cit., pag. 604.

⁷⁹ Il C.C.N.L. del personale non dirigente del comparto Regioni e autonomie locali quadriennio normativo 2006-2009, sottoscritto in data 11 aprile 2008, prevedeva ad esempio il licenziamento per giusta causa in seguito a condanna definitiva per i reati di peculato, concussione e corruzione (art.3, comma 8).

La fattispecie integra violazione dell'obbligo di diligenza di cui all'art.2104 c.c. Il riferimento all'assenza di una "valida giustificazione" fa ritenere che il legislatore abbia voluto punire in modo molto più severo di quanto prevedeva la contrattazione collettiva, i comportamenti di lassismo reiterato⁸⁰. In materia è interessante segnalare l'orientamento della Corte di Cassazione. Secondo gli Ermellini *"l'assenza priva di valida giustificazione per un numero di giorni, anche non continuativi, superiore a tre nell'arco di un biennio consente l'intimazione della sanzione disciplinare del licenziamento purché non ricorrano elementi che assurgono a "scriminante" della condotta tenuta dal lavoratore tali da configurare una situazione di inesigibilità della prestazione lavorativa"*⁸¹. Sempre secondo la Suprema Corte, *"ai sensi dell'art. 55-quater lett. b) del D.lgs. 165/01 l'assenza per malattia è priva di rilievo disciplinare non quando è solo esistente, né quando è (anche) comunicata, ma quando è giustificata nelle forme, inderogabili, previste dall'art. 55-septies c.1, e*

⁸⁰ In tal senso G.M. MONDA, op.cit., pag.606.

⁸¹ Cfr. Cass., sez. lav., 19 settembre 2016, n.18326. Il caso riguarda una dipendente comunale che, costretta dalle necessità di cura della figlia disabile, aveva esaurito i permessi di cui alla legge 104/1992 e, permanendo l'assenza, veniva licenziata ai sensi dell'art. 55 quater del d.lgs. n. 165/2001. La Suprema Corte - nell'accogliere il ricorso del Comune avverso la sentenza della Corte territoriale che aveva invece dichiarato illegittimo il licenziamento rinvenendo nella condotta della lavoratrice i requisiti della buona fede - pur nell'escludere la configurabilità in astratto di qualsivoglia automatismo nell'irrogazione di sanzioni disciplinari, così come da consolidato orientamento della Corte Costituzionale, ha ritenuto che la disposizione di cui all'art.55 quater, comma1, lett.b) - che cristallizza, dal punto di vista oggettivo, la gravità della condotta - consente comunque la verifica, caso per caso, della sussistenza dell'elemento intenzionale o colposo, e non legittima il licenziamento soltanto se ricorrono elementi che assurgono a "scriminante" della condotta tenuta dal lavoratore tali da configurare una situazione di inesigibilità della prestazione lavorativa. Elementi non rinvenuti nel caso di specie in quanto la Cassazione ha ritenuto fondate le doglianze del Comune che lamentava come la Corte d'Appello avesse confuso le problematiche della figlia disabile con l'osservanza dei doveri d'ufficio cui è tenuto ogni dipendente.

*pertanto quando è stata attestata la certificazione medica rilasciata da una struttura sanitaria pubblica o da un medico convenzionato con il Servizio Sanitario Nazionale*⁸².

Altra ipotesi disciplinata consiste nell'ingiustificato rifiuto del trasferimento disposto dall'amministrazione per motivate esigenze di servizio (art.55-*quater*, comma 1, lett.c).

La condotta in esame si pone in contrasto con l'obbligo di osservare le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore di cui al secondo comma dell'art.2104 c.c. In materia la Cassazione si è espressa nel senso che il trasferimento di un lavoratore disposto in carenza di sufficienti ragioni tecniche, organizzative e produttive costituisce inadempimento datoriale, cui il lavoratore può reagire ai sensi dell'art. 1460, comma 1, c.c., rifiutando di prendere servizio nella sede di destinazione e mettendo, però a disposizione le proprie energie lavorative presso l'originaria sede di lavoro⁸³.

⁸² Così Cass., sez. lav., 25 agosto 2016, n.17335. La Corte d'appello di Catanzaro aveva condannato il Comune datore di lavoro, a reintegrare il dipendente licenziato a causa di una assenza ingiustificata dal servizio per tre giorni. Il lavoratore infatti non era rientrato al termine del periodo di malattia e solo tre giorni dopo aveva comunicato il proseguire della malattia ed inviato poi il certificato medico con ulteriori due giorni di ritardo. La Corte territoriale aveva ritenuto che, pur rientrando i fatti dedotti in giudizio nella fattispecie disciplinata dall'articolo 55 quater del d.lgs. 165/01, la condotta del dipendente avrebbe dovuto essere punita solo con una sanzione conservativa in quanto ai sensi dell'art. 2119 c.c. la sanzione del licenziamento era sproporzionata alla condotta addebitata e realizzata. Gli Ermellini, accogliendo le argomentazioni della Corte d'Appello riguardo alla sproporzione della sanzione, e respingendo quindi il ricorso del Comune, hanno affermato il principio di diritto riportato nel testo.

⁸³ In tal senso Cass., sez. lav., ordinanza n.29054 depositata il 5 dicembre 2017.

Il legislatore sanziona poi le gravi o reiterate violazioni dei codici di comportamento, ai sensi dell'articolo 54, comma 3 (art.55-*quater*, comma 1 lett.f-*bis*).

Trattasi di un'ipotesi di licenziamento introdotta, in attuazione della riforma Madia, dal d.lgs. 75/2017. La violazione grave o reiterata del codice di comportamento era peraltro già stata individuata quale causa di licenziamento dal terzo comma dell'art.54 così come modificato dalla L. 6 novembre 2012 n.190⁸⁴.

Viene altresì punita con la sanzione espulsiva la commissione dolosa, o gravemente colposa, dell'infrazione di cui all'articolo 55-*sexies*, comma 3 (art.55-*quater*, comma 1, lett.f-*ter*).

Anche tale fattispecie, formalmente introdotta dal d.lgs. 75/2017, era nota al nostro ordinamento. L'art.55-*sexies*, comma 3, introdotto dalla riforma Brunetta del 2009, già sanzionava infatti con la sospensione dal servizio senza retribuzione dei dirigenti che omettevano o ritardavano l'esercizio dell'azione disciplinare. Il d.lgs. 116/2016, con l'introduzione del comma 3-*quinquies* all'art.55-*quater*, aveva poi espressamente previsto la sanzione espulsiva per i dirigenti o comunque i responsabili degli uffici disciplinari (anche non dirigenti) che omettono l'attivazione del procedimento o l'adozione del

⁸⁴ Recante "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione".

provvedimento di sospensione nei confronti dei dipendenti colpevoli di falsa attestazione di presenza in servizio. La riforma del 2017 (che modifica lo stesso terzo comma del 55-*sexies*) non fa altro quindi che generalizzare la sanzione del licenziamento in tutti i casi in cui l'omesso o ritardato esercizio dell'azione disciplinare sia da ascrivere a condotte dolose o gravemente colpose.

Altre fattispecie di licenziamento con preavviso consistono nella reiterata violazione di obblighi concernenti la prestazione lavorativa, che abbia determinato l'applicazione, in sede disciplinare, della sospensione dal servizio per un periodo complessivo superiore a un anno nell'arco di un biennio (art.55-*quater*, comma 1, lett.f-*quater*) e nell'insufficiente rendimento, dovuto alla reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa, stabiliti da norme legislative o regolamentari, dal contratto collettivo o individuale, da atti e provvedimenti dell'amministrazione di appartenenza, e rilevato dalla costante valutazione negativa della performance del dipendente per ciascun anno dell'ultimo triennio, resa a tali specifici fini ai sensi dell'articolo 3, comma 5-bis, del decreto legislativo n. 150 del 2009 (art.55-*quater*, comma 1, lett.f-*quinqies*).

Queste ultime due ipotesi individuate dal novellato art.55-*quater* attengono allo scarso e insufficiente rendimento, anch'esse già in precedenza contemplate tanto dal legislatore, allo stesso art. 55-*quater*, comma 2 (abrogato dal decreto 75), quanto dalla contrattazione collettiva.

Qui l'ambito discrezionale dell'amministrazione e, in caso di impugnazione, quello del giudice del lavoro, è più ampio rispetto alle altre fattispecie (per es. assenza ingiustificata) le quali, comunque, presentano un aspetto "oggettivo", ovvero presuppongono un sostrato documentale. Nelle ipotesi di scarso o insufficiente rendimento l'inadempimento degli obblighi contrattuali, per rilevare, deve essere imputabile alla negligente condotta del lavoratore, la cui prova è a carico del datore di lavoro. Per la configurabilità dell'infrazione non basta il giudizio dell'amministrazione - che formula una valutazione di scarso o insufficiente rendimento in rapporto ad un periodo di tempo, rispettivamente, di due (lett. *f-quater*) o tre anni (lett. *f-quinquies*) - ma è altresì necessario che lo scarso o insufficiente rendimento sia dovuto alla reiterata violazione degli obblighi lavorativi, accompagnata, nel primo caso, dall'irrogazione della sospensione del servizio e, nel secondo, dalla valutazione negativa costantemente resa per tutti e tre gli anni.

Prodromico, pertanto, al provvedimento di licenziamento è pertanto l'espletamento di un procedimento disciplinare con specifica contestazione della recidiva. Il licenziamento, dunque, *“non potrà discendere da una mera attività valutativa negativa, ma da un formale processo cognitivo in cui l'amministrazione deve dimostrare che il rendimento insoddisfacente è stato*

*provocato da una delle ragioni indicate, sulla base degli esiti del sistema di valutazione del personale*⁸⁵.

Tutte le nuove ipotesi di licenziamento introdotte dal d.lgs. 75/2017 “*vanno lette alla luce del generale e prevalente principio di proporzionalità punitiva, che potrebbe consentire, a fronte di manifestazioni più tenui di tali illeciti, di infliggere anche sanzioni conservative, pur a fronte di un dato testuale che sembra imporre in via esclusiva il licenziamento*”⁸⁶. Ma, più in generale, tale osservazione vale per tutte le ipotesi di licenziamento previste dall’art.55-*quater*. Il consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale esclude infatti la legittimità di ogni forma di licenziamento automatico⁸⁷: una lettura costituzionalmente orientata della normativa deve pertanto tener conto dell’espresso richiamo, operato dal secondo comma dell’art.55 del d.lgs. 165/2001 all’art.2106 c.c. con “la conseguenza di ritenere comunque operante il criterio generale di valutazione incentrato sulla gradualità e proporzionalità della sanzione rispetto all’infrazione⁸⁸. L’art.2106 stabilisce infatti che l’inosservanza dei doveri e degli obblighi di cui agli artt.2104 (diligenza ed

⁸⁵ L. FIORILLO, op. cit., pag.250.

⁸⁶ V. TENORE, *Le novità apportate al procedimento disciplinare nel pubblico impiego dalla riforma Madia (d.lgs. 75 del 2017 e n.118 del 2017)*, in *Lav. Dir. Europa*, 2017, fascicolo I, pag.9.

⁸⁷ La Corte afferma infatti il “*principio della necessità del procedimento disciplinare, in luogo della destituzione di diritto dei pubblici dipendenti*” (Corte Cost. 9 luglio 1999, n.286). Nello stesso senso Corte Cost. 17/10/1996, n.363: “*l’illegittimità della destituzione di diritto, e la necessità che si svolga il procedimento disciplinare al fine di assicurare l’indispensabile gradualità sanzionatoria, riconducendo alla loro sede naturale le relative valutazioni*”.

⁸⁸ Cfr. G.M. MONDA, op.cit., pag.605.

obbedienza) e 2105 c.c. (fedeltà) può comportare l'applicazione di sanzioni disciplinari di entità proporzionata alla gravità dell'infrazione commessa. Secondo l'orientamento della suprema Corte la proporzionalità tra sanzione e infrazione è una norma generale per tutto il diritto punitivo (Cass., sez. lav., 26 gennaio 2016, n.1351) ed è “*un principio di civiltà giuridica*”⁸⁹.

Un'altra specifica ipotesi di licenziamento è disciplinata dall'art.55-*septies* del decreto 165/2001. E' previsto, in via generale, che in tutti i casi di malattia dei pubblici dipendenti, il medico trasmetta telematicamente all'I.N.P.S. – competente ai successivi accertamenti medico-legali - la relativa certificazione. L'inosservanza di tale obbligo, se ricorre l'elemento soggettivo del dolo o della colpa grave, costituisce, ai sensi del quarto comma dell'articolo in esame, illecito disciplinare e, in caso di reiterazione, è punito con il licenziamento.

Sempre il d.lgs.165/2001 prevede un'ipotesi risolutiva del rapporto di lavoro che, seppure non denominata “licenziamento”, si configura comunque come una sanzione espulsiva, legata a motivi soggettivi. Trattasi della disposizione contenuta nel secondo comma dell'art.55-*sexies* che prevede una forma di responsabilità disciplinare per grave danno all'ufficio causato da inefficienza o incompetenza professionale verificate dall'amministrazione in sede di valutazione del personale. In tal caso il dipendente è collocato in disponibilità

⁸⁹ A.TAMPIERI, op.cit., pag.18.

per un periodo massimo di due anni, scaduto il quale, in mancanza di ricollocamento presso altre amministrazioni, il rapporto di lavoro è risolto.

Esaminiamo ora l'ipotesi tipica di licenziamento per ragioni oggettive - contemplata dal d.lgs. 165/2001 - collegata ad eccedenze di personale. La materia è disciplinata dagli artt.33 e 34 del decreto. La relativa procedura ha inizio con la rilevazione delle eventuali situazioni di soprannumero, cui segue l'informativa alle organizzazioni sindacali e il tentativo di ricollocazione del personale qualificato in eccedenza presso la stessa od altra amministrazione. Decorsi novanta giorni dalla comunicazione ai sindacati, i dipendenti in eccedenza, non altrimenti impiegati, vengono collocati in disponibilità; durante tale periodo il lavoratore ha diritto soltanto ad un assegno mensile pari all'80% dello stipendio e dell'indennità integrativa speciale nonché all'assegno familiare. Il personale in questione viene iscritto in appositi elenchi secondo il criterio cronologico del collocamento in disponibilità. Le PA che vogliono assumere personale devono previamente comunicare ai soggetti incaricati della tenuta degli elenchi l'area funzionale e la sede di destinazione dei nuovi posti di lavoro: soltanto dopo due mesi dalla comunicazione possono bandire concorsi per il reclutamento di personale per il numero di posto ancora disponibili. Il mancato rispetto di tale procedura è sanzionato con la nullità dei contratti stipulati. Decorsi ventiquattro mesi il rapporto cessa *ope legis* e senza

preavviso⁹⁰.

Nell'ottica in cui la risoluzione del rapporto di lavoro rappresenta comunque una *extrema ratio*, il D.L. 24 giugno 2014, n.90⁹¹ ha modificato l'art.33 del decreto 165/2001 prevedendo che nei sei mesi antecedenti la fine del periodo di collocamento in disponibilità, il dipendente può presentare all'amministrazione istanza di ricollocamento anche in qualifica inferiore rispetto a quella di appartenenza, a condizione che vi sia vacanza di posto in organico nella qualifica medesima. Trattasi di una deroga al principio sanzionato dall'art.2013 c.c., nel testo previgente le modifiche apportate dal d.lgs.81/2015⁹², secondo cui il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti alla categoria superiore. L'eventuale ricollocazione non può avvenire prima dei trenta giorni anteriori alla scadenza del termine di collocamento in disponibilità. Il personale ricollocato mantiene comunque il diritto di essere successivamente reintegrato nella propria originaria qualifica e categoria di inquadramento.

Altra ipotesi di risoluzione è prevista dall'art.55-*octies* nel caso di accertata permanente inidoneità psicofisica al servizio dei dipendenti. Trattasi di

⁹⁰ Il D.L. 6 luglio 2012, n. 95 ha peraltro previsto che "Il periodo di 24 mesi di cui al comma 8 dell'articolo 33 del decreto legislativo n. 165 del 2001 può essere aumentato fino a 48 mesi laddove il personale collocato in disponibilità maturi entro il predetto arco temporale i requisiti per il trattamento pensionistico".

⁹¹ Recante "Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari", convertito nella L.114/2014.

⁹² Recante "Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell'articolo 1, comma 7, della legge 10 dicembre 2014, n. 183".

fattispecie che, differentemente da quelle sino ad ora esaminate, si colloca decisamente al di fuori dell'area disciplinare: l'impossibilità della prestazione lavorativa costituisce giustificato motivo oggettivo di licenziamento⁹³. L'operatività della norma è legata all'emanazione di uno specifico DPR⁹⁴.

Concludiamo la disamina osservando come l'introduzione di un *corpus* di norme che individuano specifiche fattispecie sanzionatorie, ha indotto parte della dottrina a ritenere obbligatorio in tali casi l'esercizio dell'azione disciplinare. Non essendo stata inserita una norma che preveda in maniera espressa l'obbligatorietà dell'azione disciplinare, se ne desume tale carattere dalla previsione di sanzioni in caso di inerzia o di esercizio tardivo della stessa a carico del dirigente (artt.55-*bis* e 55-*sexies*) e in considerazione del fatto che il potere disciplinare costituisce uno strumento per il raggiungimento di maggiori livelli di efficienza del lavoro pubblico e per una maggiore efficacia dell'azione amministrativa⁹⁵. In tale direzione si è espressa anche la Corte di Cassazione⁹⁶, affermando che il potere disciplinare del datore di lavoro pubblico, sebbene fondato, a seguito della privatizzazione del rapporto di

⁹³ In tal senso G.M. MONDA, op.cit., pag.611. L'autore nutre pertanto forti perplessità sulla collocazione sistematica della norma. Sulla configurabilità di una vera e propria ipotesi di licenziamento per motivo oggettivo cfr. Cass., sez. lav., 4 ottobre 2016, n.19774.

⁹⁴ Trattasi del D.P.R. n.171 del 27 luglio 2011 recante "*Regolamento di attuazione in materia di risoluzione del rapporto di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche dello Stato e degli enti pubblici nazionali in caso di permanente inidoneità psicofisica, a norma dell'articolo 55-octies del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*".

⁹⁵ Cfr. V. BAVARO, *Il potere disciplinare*, in CARABELLI e CARINCI (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci Bari, 2010, pag. 216..

⁹⁶ Cass., sez. lav., 4 aprile 2017, n.8722.

impiego, sul contratto e, quindi, sottratto alle regole del procedimento amministrativo, conserva un carattere di specialità rispetto all'analogo potere del datore di lavoro privato, in quanto è condizionato dalla presenza di interessi generali che trascendono quelli del singolo datore di lavoro, funzionali alla redditività dell'impresa e finalizzati al rispetto dei principi, di rilievo costituzionale, di buon andamento, imparzialità e legalità dell'azione amministrativa.

Il dirigente privato, infatti, gode sempre di un'ampia discrezionalità nell'esercizio del potere disciplinare, da lui esercitato su delega del datore di lavoro, ed è sempre libero di valutare l'opportunità e la convenienza dell'iniziativa e anche di tollerare comportamenti che potrebbero essere ritenuti disciplinarmente rilevanti. Al contrario il dirigente pubblico, dovendo ispirare la propria condotta alla tutela degli interessi generali sopra evidenziati, è tenuto ad esercitare sempre e comunque il potere disciplinare e in nessun caso può permettere che rimangano impunte condotte poste in essere dall'impiegato in violazione delle regole di comportamento imposte dalla legge o dal contratto collettivo, ma gli è consentito soltanto di provare che ha ritenuto, in modo non irragionevole, che l'infrazione del dipendente non sussisteva ovvero di fornire un giustificato motivo per aver omesso di esercitare o per non aver esercitato tempestivamente il suddetto potere.

Considerata dunque l'assenza di discrezionalità, l'inerzia nella repressione del comportamento contrario ai doveri di ufficio può solo rilevare quale causa di decadenza dall'esercizio dell'azione, ove comporti il mancato rispetto dei termini perentori imposti dal legislatore, ma non può mai fare sorgere un legittimo affidamento nella liceità della condotta vietata, ed essere interpretata dal lavoratore subordinato come rinuncia all'esercizio del potere. Anche i doveri posti a carico del dipendente pubblico dalla legge, dal codice di comportamento, dalla contrattazione collettiva tengono conto della particolare natura del rapporto che impegna l'impiegato ad ispirare la propria condotta ai doveri costituzionali di diligenza, lealtà, imparzialità e servizio esclusivo alla cura dell'interesse pubblico espressamente indicati nell'art. 54 del d.lgs. n. 165 del 2001. La consapevole violazione di detti doveri, strettamente connessi a interessi di carattere generale, non può essere scriminata dalla colpevole inerzia del soggetto tenuto alla segnalazione dell'illecito, inerzia che lascia inalterata la rilevanza disciplinare della condotta.

4 Le ipotesi di licenziamento previste nella contrattazione collettiva

Si è visto finora come la contrattazione collettiva fosse, sotto l'egida della prima contrattualizzazione del pubblico impiego, fonte esclusiva in materia di

definizione della tipologia illeciti disciplinari, ivi compreso il licenziamento⁹⁷.

A seguito della riforma del 2009 il legislatore ha invaso il campo della fonte negoziale, prevedendo specifici ed inderogabili casi di licenziamento nell'art.55-*quater* d.lgs.165/2001⁹⁸.

Oggi, dunque, la contrattazione collettiva continua a tipizzare le ipotesi più comuni di licenziamento che si aggiungono a quelle previste dal citato art.55-*quater* del decreto 165/2001.

A seguito dei recenti rinnovi contrattuali, il contratto collettivo vigente nel comparto delle Funzioni centrali⁹⁹ dedica il titolo VI alla “Responsabilità disciplinare” (artt.60-66). L'art.61, comma 1, annovera tra le sanzioni disciplinari il licenziamento con preavviso (lettera f) e senza preavviso (lettera g). Il successivo art.62 (Codice disciplinare), dopo aver individuato i criteri generali per determinare il tipo e l'entità di ciascuna sanzione nel rispetto dei principi di gradualità e proporzionalità¹⁰⁰ ed aver stabilito che in caso di

⁹⁷ Art.59 d.lgs. 29/1993 ed art. 55 d.lgs. 165/2001.

⁹⁸ V. retro par.3.

⁹⁹ Trattasi del contratto sottoscritto il 12 febbraio 2018 tra l'ARAN e le organizzazioni sindacali, valevole per il triennio 2016-2018, applicabile al personale non dirigente, dei Ministeri, Avvocatura dello Stato, Consiglio di Stato, Corte dei Conti, C.N.E.L., Agenzia delle Entrate ecc. Per una dettagliata elencazione si veda l'art.3 del C.C.N.Q. per la definizione dei comparti e delle aree di contrattazione collettiva nazionale sottoscritto in data 13 luglio 2016.

¹⁰⁰ Tali criteri sono: intenzionalità del comportamento, grado di negligenza, imprudenza o imperizia dimostrate, tenuto conto anche della prevedibilità dell'evento; rilevanza degli obblighi violati; responsabilità connesse alla posizione di lavoro occupata dal dipendente; grado di danno o di pericolo causato all'amministrazione, agli utenti o a terzi ovvero al disservizio determinatosi; sussistenza di circostanze aggravanti o attenuanti, con particolare riguardo al comportamento del lavoratore, ai precedenti disciplinari nell'ambito del biennio previsto dalla legge, al comportamento verso gli utenti; concorso nella violazione di più lavoratori in accordo tra di loro.

concorso formale o materiale di infrazioni punite con diverse sanzioni si applica quella più grave, elenca le varie tipologie di sanzioni disciplinari. Per quanto in particolare riguarda quella espulsiva, il comma 9 dell'articolo in esame distingue dettagliatamente le ipotesi di licenziamento con e senza preavviso.

Quanto al licenziamento con preavviso la fonte negoziale (art.62, comma 9 punto 1) richiama anzitutto le ipotesi legali dettate dall'art. 55-*quater* lett. b), c) e da *f-bis* a *f-quinquies* d.lgs. 165/2001. Trattasi di fattispecie di licenziamento per giustificato motivo soggettivo, già esaminate nel precedente paragrafo, afferenti alle assenze ingiustificate, all'immotivato rifiuto di trasferimento, a gravi violazioni del codice di comportamento, all'omissione dolosa o gravemente colposa dell'avvio del procedimento disciplinare, allo scarso ed insufficiente rendimento.

Vi sono poi due ipotesi che afferiscono alla scarsa diligenza del dipendente durante un procedimento disciplinare a carico di un collega. Trattasi in particolare della recidiva nell'ingiustificato rifiuto di collaborazione con l'ufficio disciplinare o nel rilascio allo stesso di false o reticenti dichiarazioni da parte di chi, per ragioni d'ufficio o di servizio, sia a conoscenza di informazioni rilevanti afferenti ad un procedimento disciplinare in corso¹⁰¹, nonché della recidiva nell'omesso o ritardato esercizio dell'azione disciplinare

¹⁰¹ La singola infrazione è punita, sia a livello legale (art.55-*bis*, comma 7, d.lgs.165/2001) che contrattuale (art.62 comma 5 del C.C.N.L. Funzioni Centrali) con la sospensione dal servizio senza retribuzione fino a un massimo di 15 giorni.

ovvero in valutazioni manifestamente irragionevoli circa l'insussistenza di illecito in relazione a condotte aventi, invece, oggettiva rilevanza disciplinare¹⁰².

E' comminata altresì la sanzione del licenziamento con preavviso in caso di recidiva nella violazione degli obblighi della prestazione lavorativa che abbia determinato la condanna dell'amministrazione di appartenenza al risarcimento dei danni¹⁰³.

Il contratto prevede poi la sanzione per casi in cui viene in rilievo la pericolosità sociale del dipendente: recidiva in alterchi con vie di fatto negli ambienti di lavoro; recidiva, nel biennio, di atti, comportamenti o molestie a carattere sessuale, ovvero anche singoli episodi di atti, comportamenti o molestie di tale natura particolarmente gravi; condanna definitiva per delitti commessi fuori dal servizio ed estranei all'attività lavorativa, che non consentono, per la loro gravità, la prosecuzione del rapporto di lavoro.

Altre ipotesi di licenziamento con preavviso riguardano condotte che minano l'efficiente organizzazione del lavoro: recidiva nelle assenze ingiustificate superiori a due giorni in continuità con le giornate festive e/o con il riposo

¹⁰² In tal caso la singola infrazione è punita a livello legale (art.55-*sexies*, comma 3, d.lgs. 165/2011) con la sospensione dal servizio senza fino ad un massimo di tre mesi ed a livello contrattuale con la più grave sanzione della sospensione per il medesimo periodo ma senza retribuzione (art.62 comma 6 C.C.N.L. Funzioni Centrali).

¹⁰³ La singola infrazione è punita, sia a livello legale (art.55-*sexies*, comma 1, d.lgs.165/2001) che contrattuale (art.62 comma 7 del C.C.N.L. Funzioni Centrali) con la sospensione dal servizio senza retribuzione da un minimo di tre giorni fino ad un massimo di tre mesi.

settimanale; recidiva nelle assenze collettive ingiustificate nei periodi in cui è necessario assicurare continuità nell'erogazione di servizi all'utenza; mancata ripresa del servizio, salvo casi di comprovato impedimento, dopo periodi di interruzione dell'attività previsti dalle disposizioni legislative e contrattuali vigenti ed alla conclusione del periodo di sospensione o alla scadenza del termine fissato dall'amministrazione.

Alcune fattispecie di licenziamento con preavviso contemplate nella fonte negoziale in esame puniscono invece comportamenti che manifestano un conflitto tra gli interessi privati del dipendente e quelli dell'amministrazione: conclusione, per conto dell'amministrazione, di contratti di appalto, fornitura, servizio, finanziamento o assicurazione con imprese con le quali il dipendente abbia stipulato contratti a titolo privato o ricevuto altre utilità nel biennio precedente, ad eccezione di quelli conclusi ai sensi dell'art. 1342 del codice civile (ovvero tramite moduli o formulari); recidiva nell'accettazione di incarichi di collaborazione da soggetti privati che abbiano, o abbiano avuto nel biennio precedente, un interesse economico significativo in decisioni o attività inerenti all'ufficio di appartenenza; recidiva nella violazione del dovere di astensione dal prendere decisioni o svolgere attività inerenti alle sue mansioni in situazioni di conflitto di interesse, anche potenziale, con interessi personali, del coniuge, di conviventi, di parenti, di affini entro il secondo grado.

Sono ancora punite, per giustificato motivo soggettivo, condotte fraudolente che evidenziano una scarsa moralità del dipendente, quali la recidiva nell'occultamento, da parte del responsabile della custodia, del controllo o della vigilanza, di fatti e circostanze relative ad uso illecito, manomissione, distrazione o sottrazione di somme o beni di pertinenza dell'ente o ad esso affidati, nonché l'accettazione di regali o altre utilità di non modico valore con diretta correlazione all'attività d'ufficio.

Altre fattispecie previste di licenziamento con preavviso riguardano: la recidiva, superiore al biennio, nelle mancanze punite con la sanzione disciplinare della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino ad un massimo di 10 giorni¹⁰⁴; la recidiva plurima di una delle violazioni punite con le più lievi sanzioni del rimprovero verbale o scritto, della multa e della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione¹⁰⁵; la recidiva, nel biennio, in una violazione che abbia già comportato la sospensione dal servizio e dalla retribuzione; la costrizione di altri dipendenti ad aderire ad associazioni od organizzazioni ovvero esercizio di pressioni a tale fine, promettendo vantaggi o prospettando svantaggi di carriera; la recidiva nel diffondere notizie non rispondenti al vero quanto all'organizzazione, all'attività e ai dipendenti pubblici.

¹⁰⁴ Per l'elencazione delle singole violazioni cfr. art.62, comma 4, C.C.N.L. Funzioni Centrali.

¹⁰⁵ Per un'elencazione delle violazioni che danno luogo alle citate sanzioni non espulsive, cfr. art.62, commi 3-8, C.C.N.L. Funzioni Centrali.

Quanto al licenziamento senza preavviso, il punto 2 del comma 9 dell'art.62 richiama, anche in tal caso, preliminarmente le ipotesi legali di giusta causa elencate dall'art. 55-*quater* lett. a), d), e) ed f), d.lgs. 165/2001 afferenti rispettivamente alla falsa attestazione della presenza in servizio, a falsità documentali o dichiarative in occasione dell'instaurazione del rapporto di lavoro, alla reiterazione nell'ambiente di lavoro di gravi condotte aggressive e alla condanna penale definitiva con interdizione dai pubblici uffici¹⁰⁶.

Le altre fattispecie individuate attengono tutte a condotte, previste o meno dall'ordinamento come reati, caratterizzate da una gravità tale da determinare inevitabilmente l'immediato scioglimento del vincolo contrattuale: commissione di gravi illeciti di rilevanza penale; condanna definitiva per un delitto che, pur non attenendo in via diretta al rapporto di lavoro, non ne consenta neanche provvisoriamente la prosecuzione per la sua specifica gravità; commissione in genere - anche nei confronti di terzi - di fatti o atti dolosi, che, pur non costituendo illeciti di rilevanza penale, sono di gravità tale da non consentire la prosecuzione neppure provvisoria del rapporto di lavoro¹⁰⁷; condanna, anche non definitiva, per una serie di delitti contro la pubblica amministrazione indicati dagli artt.7, comma 1 ed 8, comma 1, del d.lgs. 31

¹⁰⁶ Per una disamina delle singole ipotesi, vedi retro paragrafo 3.

¹⁰⁷ La Suprema Corte ha, ad esempio, ravvisato la fattispecie in esame nel caso di un dipendente licenziato dall'I.N.P.S. per aver utilizzato lavoratori dipendenti per la lavorazione di un terreno di sua proprietà senza aver redatto le prescritte buste paga (Cfr. Cass., sez.lav., 18 luglio 2016 n.1460).

dicembre 2012 n.235¹⁰⁸, nonché dall'art.3, comma 1, L. 27 marzo 2001 n.97¹⁰⁹ o comunque per gravi delitti commessi in servizio; condanna penale cui segua l'interdizione perpetua dai pubblici uffici.

Anche l'ipotesi di accordo del CCNL Funzioni locali¹¹⁰ propone le medesime condizioni..

Si è discusso in dottrina, soprattutto prima della riforma del 2009, se l'elencazione delle ipotesi di licenziamento contenute nel contratto collettivo fosse o meno tassativa. Il dibattito prende le mosse dalle modifiche apportate all'originaria formulazione dell'art.59 del d.lgs. 29/1993 - il quale disponeva che *“la tipologia e l'entità delle infrazioni e delle relative sanzioni possono essere definite dai contratti collettivi”* – dal d.lgs. 31 marzo 1998 n.80¹¹¹: il nuovo testo della norma – poi trasfuso nell'art.55 del decreto 165/2001 – dispone che *“la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni è definita dai contratti collettivi”*. La sostituzione della mera possibilità con l'obbligatorietà della definizione della materia ad opera della fonte pattizia ha dato origine a due

¹⁰⁸ Recante “Testo unico delle disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo conseguenti a sentenze definitive di condanna per delitti non colposi, a norma dell'articolo 1, comma 63, della legge 6 novembre 2012, n. 190”.

¹⁰⁹ Recante “Norme sul rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare ed effetti del giudicato penale nei confronti dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche”.

¹¹⁰ L'ipotesi di contratto in esame, sottoscritta il 21 febbraio 2018 e valevole per il triennio 2016-2018, si applica al personale non dirigente dipendente da Regioni, Comuni, Città metropolitane, Comunità montane, ex Istituti autonomi case popolari, Aziende pubbliche i servizi alla persona, Università agrarie, Camere di Commercio ed Autorità di bacino.

¹¹¹ Recante “Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanate in attuazione dell'articolo 11, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59”.

filoni interpretativi: alcuni autori sostengono che la novella abbia stabilito una vera e propria riserva a favore della contrattazione collettiva¹¹²; altri ritengono invece che una tesi di tal genere ridimensionerebbe notevolmente la portata della giusta causa con riferimento alla quale, pertanto, le indicazioni contenute nei contratti collettivi hanno una valenza esemplificativa ma non esaustiva¹¹³, non escludendo “*che altri comportamenti, non espressamente previsti, possano legittimare un licenziamento per giusta causa*”¹¹⁴. Già il legislatore della riforma Brunetta orienta l’interprete a favore di questa seconda tesi. Prima di procedere all’elencazione di specifiche ipotesi di licenziamento l’art.55-*quater* esordisce infatti con le seguenti parole: “*Ferma la disciplina in tema di licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo e salve ulteriori ipotesi previste dal contratto collettivo ...*”.

Il richiamo alla disciplina generale rende evidente l’intenzione di non considerare le fattispecie legali e contrattuali di licenziamento come un numero chiuso e la clausola di salvaguardia fa salve le eventuali ulteriori ipotesi previste dal contratto collettivo. Va inoltre considerata la disposizione di cui all’art.30,

¹¹² In tal senso, ad es., P.SORDI, *Il licenziamento del dipendente pubblico: il quadro legale*, in *Lav. Pubbl.Amm.*, 2001, n. 2, pagg.27 e ss.

¹¹³ L. FIORILLO, *L’estinzione del rapporto di lavoro*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro privato e pubblico*, Ipsoa, Milano, 2009, pagg.206 e ss.

¹¹⁴ L. FIORILLO, *Il diritto del lavoro ... cit.*, pag.242. L’autore rileva peraltro come un discorso diverso potrebbe valere per il giustificato motivo soggettivo stante la volontà del legislatore di demandare esclusivamente a sé stesso e alla contrattazione collettiva la tipologia delle sanzioni e delle relative infrazioni.

comma 3, della L. 4 novembre 2010 n.183¹¹⁵, alla cui stregua “*nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, il giudice tiene conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi*”. La norma non limita l’ampiezza dei poteri interpretativi del giudice ma lo obbliga più semplicemente ad esplicitare nella motivazione della sentenza di aver tenuto conto delle tipizzazioni provenienti dalla fonte pattizia¹¹⁶.

Anche la giurisprudenza è orientata nella direzione della non tassatività delle ipotesi di licenziamento contenute nei contratti: “*numerose decisioni di questa Corte (cfr., tra le altre, Cass. 14.2.2005 n 2906, Cass. 18 2.2011 n. 4060), in tema di licenziamento (...) hanno sancito che la nozione di giusta causa è nozione legale e che il giudice non è vincolato alle previsioni di condotte integranti giusta causa contenute nei contratti collettivi*”¹¹⁷. La Suprema Corte è così incline ad affermare che le infinite condotte astrattamente ipotizzabili che sono in grado di compromettere il rapporto fiduciario non possono essere tipizzate e codificate nei contratti collettivi: la codificazione di tutte le possibili

¹¹⁵ Recante “Deleghe al Governo in materia di lavori usuranti, di riorganizzazione di enti, di congedi, aspettative e permessi, di ammortizzatori sociali, di servizi per l’impiego, di incentivi all’occupazione, di apprendistato, di occupazione femminile, nonché misure contro il lavoro sommerso e disposizioni in tema di lavoro pubblico e di controversie di lavoro”, denominato generalmente “Collegato lavoro”.

¹¹⁶ C. DE MARCO, *Il licenziamento nel lavoro pubblico*, Giappichelli, Torino, 2011, pag.21. “La norma non dice che il giudice deve tenere conto, ma che tiene conto (...)”, pertanto il giudice non è vincolato dalle disposizioni del contratto collettivo.

¹¹⁷ Cass., sez. lav., 31 gennaio 2012 n.1405.

condotte è ontologicamente impossibile¹¹⁸. Inoltre il giudice può sempre *“ritenere la sussistenza della giusta causa per un grave inadempimento o per un grave comportamento del lavoratore contrario alle norme della comune etica o del comune vivere civile ove tale grave inadempimento o tale grave comportamento, secondo un apprezzamento di fatto non sindacabile in sede di legittimità se congruamente motivato, abbia fatto venire meno il rapporto fiduciario tra datore di lavoro e lavoratore”* (Cass., sez. lav., 16 marzo 2018 n.6606). In quest’ultima sentenza gli Ermellini evidenziano, per altro verso, come invece condotte pur astrattamente ed eventualmente suscettibili di integrare giusta causa o giustificato motivo soggettivo secondo la disciplina generale non possono essere sanzionate con il licenziamento se l’autonomia collettiva le ha espressamente escluse, prevedendo per esse sanzioni meramente conservative¹¹⁹. A conclusione dei quest’analisi circa la non tassatività delle fattispecie di origine pattizia (e al di là di quelle legali individuate dall’art.55-*quater*), va segnalato che anche i contratti collettivi recentemente approvati o in corso di approvazione per i pubblici dipendenti, oltre a far espressamente slava *“la disciplina in tema di licenziamento per giusta causa o giustificato motivo”* (art.62, comma 9, C.C.N.L. Funzioni Centrali ed art.59, comma 9, ipotesi

¹¹⁸ Cfr. Cass.,sez.,lav., 21 giugno 2012 n.10337; Cass.,sez.,lav., 12 febbraio 2016 n.2830; Cass.,sez.,lav. 8 giugno 2017 n. 14321.

¹¹⁹ Secondo la Cassazione la contrattazione collettiva ha il potere di sanzionare meno gravemente una condotta che secondo le nozioni legali di giusta causa e giustificato motivo soggettivo potrebbe determinare il licenziamento disciplinare (Cass.,sez.,lav., 5 maggio 2017, n.11027).

C.C.N.L. Funzioni Locali) contengono disposizioni di carattere generale che legittimano il licenziamento anche al di fuori delle ipotesi espressamente elencate in relazione a condotte illecite che si sottraggono, per la loro peculiarità, ad una preventiva catalogazione¹²⁰.

Le sanzioni previste nei contratti collettivi, ivi compresa quella espulsiva, devono essere trasfuse nel codice disciplinare, cioè nel documento predisposto dal datore di lavoro in cui è contenuta la normativa disciplinare applicabile ai suoi dipendenti.

Il codice disciplinare contenuto nei contratti nazionali di comparto ha la funzione di individuare non solo le infrazioni e le sanzioni applicabili, ma anche i criteri in base ai quali determinare la sanzione applicabile ad una data condotta, tenendo conto del principio di proporzionalità. La sanzione va rapportata non solo rispetto alla tipologia di infrazione, ma anche rispetto alla sua entità: anche nei contratti esaminati il codice disciplinare prevede i soli limiti minimi e massimi della sanzione la cui quantificazione è lasciata alla valutazione unilaterale del datore di lavoro pubblico, salvo il successivo vaglio giurisdizionale¹²¹.

¹²⁰ Art.62, comma 9 punto 1 lett.g) e punto 2 lett.f), C.C.N.L. Funzioni centrali ed art.59 nono comma punto 1 lett.g) e punto 2 lett.f), C.C.N.L. Funzioni Locali.

¹²¹ A. TAMPIERI, op. cit., pag.15.

Lo scopo è dunque quello di favorire la conoscenza, da parte dei lavoratori, delle norme, delle procedure e dei conseguenti provvedimenti destinati ad incidere negativamente nella loro sfera giuridica.

Il decreto 165/2001, nella sua originaria formulazione, non faceva espresso riferimento a tale documento: l'art.55, comma 2, rinviava, peraltro, alle disposizioni contenute nei commi 1, 5 e 8 dell'art.7 dello Statuto dei lavoratori. Il primo comma, in particolare, dispone che le norme disciplinari relative alle sanzioni, alle infrazioni in relazione alle quali ciascuna di esse può essere applicata ed alle procedure di contestazione delle stesse, devono essere portate a conoscenza dei lavoratori mediante affissione in luogo accessibile a tutti. Con la riforma Brunetta scompare il richiamo nell'art.55 alle disposizioni dell'art.7 dello Statuto citato¹²² e viene introdotto per la prima volta a livello legale il termine "codice disciplinare". Il vigente secondo comma, terzo periodo, dell'art.55 d.lgs.165/2001 testualmente dispone: *“la pubblicazione sul sito istituzionale dell'amministrazione del codice disciplinare, recante l'indicazione delle predette infrazioni e relative sanzioni, equivale a tutti gli effetti alla sua affissione all'ingresso della sede di lavoro”*. L'art.62 del vigente C.C.N.L. Funzioni centrali dispone: *“Al codice disciplinare, di cui al presente articolo, deve essere data la massima pubblicità mediante pubblicazione sul sito*

¹²² Benché, d'altro canto, l'applicabilità dello Statuto dei lavoratori continui ad essere sancita, in via generale, dall'art.51 del decreto n.165/2001.

istituzionale dell'amministrazione secondo le previsioni dell'art. 55, comma 2, ultimo periodo, del d. lgs. n. 165/2001"; speculare è la norma contenuta nell'art.59, comma 11, dell'ipotesi di accordo C.C.N.L. Funzioni Locali.

Parte della dottrina ritiene che il mancato richiamo nella novellata versione dell'art.55 d.lgs.165/2001 allo Statuto dei lavoratori non determini anche la scomparsa dell'obbligo di affissione nel posto di lavoro: dire che la pubblicazione sul sito è equivalente all'affissione, implica la permanenza di quest'ultima quale possibile forma di pubblicità¹²³. Occorre peraltro stabilire se le due forme di pubblicità (affissione e pubblicazione on line) siano alternative o debbano invece cumularsi. L'interpretazione letterale farebbe propendere per la prima tesi. La fonte pattizia menziona invece come mezzo di pubblicità del codice unicamente la pubblicazione sul sito internet, ma al contempo richiede che al codice sia data la «massima pubblicità»: è indubitabile che tale obiettivo possa dirsi pienamente raggiunto solo nel caso in cui siano adottate insieme le due forme di pubblicità. Aderire a tale tesi implicherebbe però violazione della disposizione del novellato art.55: in conclusione, pertanto, deve ritenersi che la pubblicazione on line costituisca già forma idonea a garantire la massima pubblicità.

¹²³ L. DI PAOLA, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e nel pubblico impiego privatizzato*, Giuffrè, Milano, 2010, pag.441.

La mancata pubblicazione on line del codice non può determinare la nullità della sanzione, ove comunque sia stata effettuata l'affissione: non altrimenti in caso contrario. Resta salvo però che la validità delle sanzioni applicate per le infrazioni tipizzate dal legislatore (art.55 *quater* d.lgs. 165/2001) non è subordinata alla pubblicazione nel sito web o all'affissione, stante il principio *ignorantia legis non excusat*¹²⁴.

Concludiamo l'analisi sottolineando come la Suprema Corte abbia distinto, in caso di licenziamento intimato in carenza di adeguata pubblicità del codice disciplinare, tra condotte che, ex sé, contrastano con il cosiddetto “minimo etico” o con norme penali riconoscibili come tali senza necessità di specifica previsione ed altre che possono collidere con mere prassi, con la conseguenza della necessaria conoscibilità *ex ante* da parte del lavoratore¹²⁵. Nel primo caso il lavoratore ben può rendersi conto, anche al di là di una analitica predeterminazione dei comportamenti vietati e delle relative sanzioni da parte del codice disciplinare, della illiceità della propria condotta; nel secondo la condotta contestata al lavoratore non viola generali obblighi di legge ma puntuali regole comportamentali, variabili nel tempo, negozialmente previste e

¹²⁴ V. TENORE *Il procedimento disciplinare nel pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, Giuffrè, Milano, 2010, pag. 34.

¹²⁵ Cass., sez. lav., 3 ottobre 2013, n.22626.

funzionali al miglior svolgimento del rapporto di lavoro, per cui l'affissione si presenta necessaria¹²⁶.

¹²⁶ Cass., sez. lav., 21 luglio 2015, n.15218. Nella fattispecie la Cassazione ha confermato la sentenza della Corte territoriale che aveva annullato, per mancata affissione del codice disciplinare, la sanzione della sospensione di una dipendente comunale accusata di aver disatteso la disposizione impartitele dal dirigente circa l'uso di un protocollo interno. Gli Ermellini hanno ritenuto che il fatto contestato non concretava violazione di generali obblighi di legge ma di puntuali regole comportamentali. La Suprema Corte conferma invece il licenziamento di un dipendente comunale per numerose assenze ingiustificate considerando irrilevante il rilievo mosso circa la mancata affissione del codice disciplinare, proprio perché, in tal caso, trattasi di violazione di norma che contrasta col c.d. minimo etico (Cass., sez.lav., 24 febbraio 2017, n.4826).

Capitolo II

La tutela in caso di licenziamento illegittimo

1 La tutela ante D.lgs.75/2017

1.1 Dalla tutela obbligatoria alla tutela reale dello Statuto dei Lavoratori

Nel rapporto di lavoro, soprattutto privato, gli interessi delle parti non coincidono. L'imprenditore mira a realizzare un profitto; il lavoratore ha convenienza a remare nella stessa direzione del datore, ma al diverso fine di tendere alla conservazione del posto - fonte di sostentamento per sé e per la sua famiglia - ed altresì alla progressione economica. Ma proprio lo scopo di lucro, soprattutto in periodi sfavorevoli di mercato, porta inevitabilmente l'imprenditore a contenere al massimo i costi dei fattori della produzione, tra cui la forza lavoro. Ed è segnatamente in questa fase che gli interessi navigano in senso contrario: la stabilità del rapporto, cui legittimamente mira il lavoratore, penalizza il titolare dell'impresa, che avrebbe perciò convenienza a sciogliere con facilità il vincolo contrattuale¹²⁷.

Nel settore del pubblico impiego, l'amministrazione "*non è un soggetto economico tenuto al rispetto delle regole del mercato*"¹²⁸ ed è mossa dall'esigenza di perseguire interessi pubblici. La divergenza degli interessi è

¹²⁷ Cfr., in tale senso, G. SANTORO PASSARELLI, *Sulle categorie del diritto del lavoro "riformate"*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 288/2016, pag.28.

¹²⁸ A. GARILLI, *La privatizzazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni e l'art.97 Cost.: di alcuni problemi e dei possibili rimedi*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 49/2007, pag.5.

meno ampia e la posizione del lavoratore è da sempre stata esposta a rischi minori.

Nel corso degli anni il legislatore è intervenuto per tutelare gli interessi in conflitto ora a favore dell'una, ora a favore dell'altra parte. Fino al 1966 la posizione dominante appartiene al datore di lavoro, libero di recedere *ad nutum* dal rapporto. La l.n. 604/1966 introduce la necessità della motivazione della sanzione espulsiva (giusta causa o giustificato motivo) – e prevede alternativamente, in caso di licenziamento illegittimo, la riassunzione o il risarcimento del danno (consistente nella corresponsione di un'indennità da un minimo di cinque ad un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione¹²⁹). Il datore di lavoro, pertanto, non era comunque mai obbligato alla riassunzione. La legge, inoltre, non si applicava alle imprese che occupavano meno di trentasei dipendenti, ovvero alla maggior parte delle imprese italiane *illo tempore* esistenti¹³⁰, i lavoratori delle quali continuavano a sottostare alla spada di Damocle del recesso *ad nutum*.

La normativa del 1966, dunque, “*da un lato sottoponeva al controllo del giudice la motivazione del licenziamento nelle aziende medio grandi e dall'altro*

¹²⁹ Ai sensi dell'art.8, la misura massima della predetta indennità poteva essere ridotta a otto mensilità per i prestatori di lavoro con anzianità inferiore a trenta mesi oppure maggiorata fino a quattordici mensilità per quelli con anzianità superiore ai venti anni. Le misure minime e massime del potevano inoltre essere ridotte della metà per le imprese con meno di sessanta dipendenti.

¹³⁰ L'art.11 della legge, nel definire tale ambito di applicazione, faceva comunque salve le disposizioni relative al licenziamento nullo, perché discriminatorio, che valevano pertanto anche per le imprese di minori dimensioni.

si limitava a monetizzare il licenziamento ingiustificato (...) ma non lo invalidava”¹³¹. L’utilizzo del verbo “riassumere”, infatti, presupponeva che il licenziamento illegittimo determinasse l’estinzione del rapporto di lavoro: l’eventuale riassunzione provocava la ricostituzione *ex nunc* del vincolo contrattuale.

A coronamento delle lotte del mondo del lavoro, culminate nel cosiddetto “autunno caldo” del 1969, la L. 20 maggio 1970 n.300 “Norme sulla tutela della libertà e dignità dei lavoratori, della libertà sindacale e dell’attività sindacale, nei luoghi di lavoro e norme sul collocamento”, universalmente conosciuta come “Statuto dei Lavoratori”, segna una tappa fondamentale nella storia Repubblicana. I diritti relativi alla libertà e all’onore dei lavoratori nonché alla libertà sindacale vengono consacrati in un provvedimento legislativo¹³². E, soprattutto, le disposizioni contenute nell’art.18, sulla tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo, diventano il simbolo di un contrasto tra i diversi interessi in gioco (quelli dell’impresa e quelli del lavoratore) nonché tra i partiti politici di segno opposto che, ancora oggi, è al centro del dibattito.

¹³¹ G. SANTORO PASSARELLI, op.ult. cit., pag.29.

¹³² Grande enfasi fu data all’approvazione dello Statuto dai quotidiani dell’epoca, soprattutto da quelli più vicini al mondo sindacale. Emblematico in tal senso è l’articolo di fondo della prima pagina del 15 maggio 1970 (giorno successivo alla definitiva approvazione della legge da parte della Camera) del famoso quotidiano socialista “L’Avanti”, che titolava: “*La Costituzione entra in fabbrica*”.

Il legislatore del 1970 tra i due interessi in conflitto - quello dell'imprenditore alla temporaneità del vincolo e quello del lavoratore alla continuità del rapporto di lavoro - privilegia decisamente il secondo.

Disponeva l'originaria versione dell'art.18: “... *il giudice, con la sentenza con cui dichiara inefficace il licenziamento (...) o annulla il licenziamento intimato senza giusta causa o giustificato motivo ovvero ne dichiara la nullità (...), ordina al datore di lavoro di reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro*”.

In ogni caso di licenziamento “inefficace” – cioè non comunicato per iscritto o non motivato a fronte di specifica richiesta del lavoratore (art.2 l.n.604/1966) – o annullabile - in quanto privo della giusta causa o giustificato motivo ovvero nullo perché discriminatorio (*ex art.4 l. n.604/1966*) - al lavoratore privato veniva riconosciuta la tutela reale della reintegra. L'art.18 “*modifica radicalmente gli effetti del licenziamento ingiustificato (...) che (...) non è più idoneo a estinguere il rapporto di lavoro*” in quanto “*è considerato invalido (nullo o annullabile) o inefficace*”¹³³. Il termine reintegra sottolinea la ricostituzione *ex tunc* del rapporto di lavoro.

Alla reintegra si aggiungeva, ai sensi del secondo comma dell'art.18, il risarcimento del danno quantificato in almeno cinque mensilità di retribuzione. Il datore di lavoro, il cui provvedimento espulsivo veniva invalidato, non poteva dunque più optare tra riassunzione e risarcimento, dovendo necessariamente

¹³³ G. SANTORO PASSARELLI, op.ult. it., pag.30.

reintegrare: la scelta in ordine alla risoluzione del rapporto di lavoro veniva trasferita in capo al dipendente, nel caso in cui questi non riprendeva servizio entro trenta giorni dall'invito del datore - condannato dal giudice - a rientrare nella sede di lavoro. Anche la soglia dei limiti dimensionali delle imprese oggetto della novella legislativa, veniva notevolmente abbassata: l'art.35 dello Statuto disponeva infatti che la legge si applicava a tutte le imprese che occupavano più di quindici dipendenti o cinque, se imprese agricole¹³⁴. Pertanto ai datori di lavoro non imprenditori (per esempio, partiti e sindacati) continuava ad applicarsi la disciplina più favorevole della legge n. 604 del 1966 e rimaneva altresì in vigore l'art. 2118 c.c., e cioè l'area del recesso libero, per tutti i datori di lavoro imprenditori e non imprenditori con meno di 15 dipendenti.

Vent'anni dopo il legislatore interviene nuovamente in materia, occupandosi delle imprese di minori dimensioni. La l.11 maggio 1990 n.108, "Disciplina dei licenziamenti individuali", apporta modificazioni sia alla l.n.604/1966 che all'art.18 dello Statuto.

Sostanzialmente la novella estende il regime della tutela obbligatoria previsto dalla l.n..604/1966 a tutti i lavoratori (compresi i dirigenti) in imprese private ed enti pubblici che occupano fino a quindici dipendenti (o cinque per le imprese agricole) (art.2 comma 1) ed impone il regime della tutela reale, a

¹³⁴ Il secondo comma dell'art.35 chiariva che tali limiti dimensionali valevano, cumulativamente, per tutte le sedi dell'impresa ubicate nel medesimo Comune.

prescindere dai limiti dimensionali, in tutti i casi di licenziamento nullo in quanto discriminatorio (art.3).

Dal 26 maggio del 1990 (data di entrata in vigore della legge n.108), pertanto, il limite dimensionale dei quindici dipendenti segna la linea di confine tra l'applicazione della tutela reale e quella della tutela obbligatoria, rimanendo confinato il recesso *ad nutum*, ai sensi dell'art.4 della l.n.108/1990, ai prestatori di lavoro domestico, ai datori di lavoro non imprenditori che svolgono attività senza fini di lucro, di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione, di religione o di culto, ai lavoratori ultrassessantenni che abbiamo maturato il diritto alla pensione nonché, ai sensi dell'art.4 della l.n.91/1981, agli sportivi professionisti.

Tre anni dopo, l'art.55, secondo comma, del d.lgs. n.29/1993, statuisce che la *“legge 20 maggio 1970, n. 300, si applica alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti”*¹³⁵. La soglia dimensionale, differentemente che nel settore privato, non rileva dunque nel pubblico impiego: ogni caso di illegittimo licenziamento è quindi protetto con la tutela reale accordata dall'art.18. Il legislatore ritiene quindi che la particolarità del datore di lavoro pubblica amministrazione, *“non consentiva, né giustificava, alcuna*

¹³⁵ Invero già la legge quadro sul pubblico impiego n.93/1983 aveva previsto l'applicazione al settore pubblico di varie norme dello statuto dei lavoratori, ma non dell'art.18 sulla tutela del licenziamento illegittimo.

diversità di trattamento nella tutela (...) in ragione di requisiti di tipo dimensionale”.¹³⁶

L'art.51, comma 2, d.lgs. 165/2001, ripropone quasi testualmente la disposizione sopra esaminata: *“La legge 20 maggio 1970, n.300, e successive modificazioni ed integrazioni, si applica alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti”*.

L'aggiunta della locuzione *“e successive modificazioni ed integrazioni”* ha suscitato un vivace dibattito in dottrina e giurisprudenza. Sul tema, che verrà ripreso più ampiamente nel seguito della trattazione a proposito dell'applicabilità al pubblico impiego della riforma “Fornero”, si sono sviluppate essenzialmente due tesi.

Secondo alcuni autori il legislatore voleva far esclusivo riferimento alle modifiche operate allo Statuo da parte della citata l.n.108/1990, non essendo sostenibile *“l’ultrattività di un rinvio implicante modifiche future al testo vigente dell’art.18 all’epoca dell’entrata in vigore del d.lgs 165/2001”*¹³⁷ .
Interventi normativi sulla l.n.300/1970 successivi all’entrata in vigore del

¹³⁶ Così MAINARDIS., op. cit., pag.857.

¹³⁷ C. ROMEO, *Il Processo Fornero tra innovazioni e contraddizioni*, in C. Romeo (a cura di), *Processo del lavoro, Commento sulle norme del codice di rito, delle leggi speciali e analisi tematiche delle tutele giurisdizionali*, Giappichelli, Torino, 2016 pag.445. In giurisprudenza Cass., sez.lav., 9 giugno 2016, n.11868 (v. ampiamente infra, par.1.3).

decreto 165/2001 non sarebbero pertanto applicabili, a meno di espressa previsione in tal senso, ai lavoratori alle dipendenze della PA¹³⁸.

Altra parte della dottrina, invece, sposa la tesi del c.d. “rinvio mobile”, che recepisce il contenuto delle norme collocate in altre fonti adeguandosi alle stesse e alle loro successive modificazioni e integrazioni. Lo Statuto dei lavoratori, in virtù del richiamo da parte dell’art.51 d.lgs.165/2001, sarebbe pertanto sempre applicabile al pubblico impiego a prescindere dalle modifiche legislative che intervengono nel tempo, salvo, in tal caso, un’espressa esclusione¹³⁹.

1.2 La legge 20 giugno 2012 n.92, la riduzione della tutela reale e la controversa applicabilità al pubblico impiego

Le forme di tutela per il lavoratore illegittimamente licenziato rimangono sostanzialmente inalterate fino al 2012.

In questo lasso temporale (1970-2012) muta profondamente il tessuto industriale italiano: l’internazionalizzazione dei mercati impone una maggiore competitività, costringendo le imprese a ridurre i costi di produzione, compreso

¹³⁸ In tal senso anche A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2012, pag.55 e F. CARINCI, *Pubblico impiego privatizzato e art.18*, in *Lav.giur.* 2013, pag.27 e ss.

¹³⁹ In tal senso, tra gli altri, R. DEL PUNTA, *Sull’applicazione del nuovo art.18 al rapporto di lavoro subordinato*, in *Riv.It. Dir. Lav.* 2013, II, pagg.418 e ss. e L. CAVALLARO, *Pubblico impiego e nuovo articolo 18 St.lav: difficile convivenza o coesistenza pacifica?*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 176/2013. In giurisprudenza Cass., sez. lav., Cass., sez.lav., 26 novembre 2015 n.24157 (v. ampiamente infra, par.1.3)

quello delle risorse umane. Si assiste inevitabilmente a diversi tentativi volti a modificare le disposizioni dell'art.18 dello Statuto dei lavoratori. Tra essi è opportuno citarne due di segno opposto, che danno la dimensione dell'incertezza in materia: il referendum abrogativo del 2000, che proponeva l'abrogazione totale della norma e quello del 2003, che, tutto all'opposto, tentava di estenderne la portata alle piccole imprese; entrambi non raggiunsero il *quorum*¹⁴⁰.

A fronte della permanenza dell'art. 18, gli imprenditori ottengono una legislazione favorevole alla flessibilità in entrata: si diffondono i rapporti cosiddetti temporanei¹⁴¹.

Inoltre l'applicazione sempre più diffusa della disciplina comunitaria, per quanto in particolare concerne la materia degli aiuti di Stato, eleva la concorrenza a valore e prende sempre più piede il convincimento che l'intervento pubblico – incisivo, negli anni '70, nella regolamentazione del mercato - debba limitarsi a disporre regole che evitino il sorgere di situazioni di monopolio¹⁴².

¹⁴⁰ Il primo, promosso dal Partito Radicale, da Forza Italia e dal Partito Repubblicano, si tenne il 21 maggio 2000: il 66,60% degli elettori che si presentò alle urne espresse voto contrario all'abrogazione. La seconda consultazione, promossa dal Partito della Rifondazione Comunista, si tenne il 15 giugno del 2003: anche in tal caso il quorum non fu raggiunto, per quanto l'86,70% degli italiani che andò a votare si espresse in senso favorevole alla modifica della norma.

¹⁴¹ Quali la somministrazione di lavoro ed il lavoro a progetto, disciplinati dalla L. 14 febbraio 2003 n.30 e dal d.lgs. 10 settembre 2003 n.276.

¹⁴² Cfr., in tal senso G. SANTORO PASSARELLI, op. ult. cit., pag.31.

Nel 2012, nel tentativo di superare la dicotomia esistente nel mercato del lavoro costituita dalla presenza di lavoratori protetti dalla normativa sul licenziamento (*insiders*) e lavoratori privi di ogni protezione e tutela (*outsiders*), il governo propone un disegno di legge con il duplice scopo di irrigidire la flessibilità in entrata, al fine di eliminare forme di falso lavoro autonomo e, al tempo stesso, di flessibilizzare la disciplina in uscita¹⁴³, prevedendo per le fattispecie del licenziamento ingiustificato o la sanzione della reintegrazione o quella del risarcimento¹⁴⁴.

La l. 28 giugno 2012 n.92, “Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita”, conosciuta come riforma Fornero, è intervenuta a modificare in modo sostanziale (con l’art.1, comma 42) l’art.18 dello Statuto dei lavoratori, segnando essenzialmente la fine, almeno per il settore privato, del dominio della tutela reale.

¹⁴³ E’ stato rilevato come alla “*stretta sulla flessibilità in entrata*” sia corrisposta “*una apertura sulla flessibilità in uscita, onde rendere le due tipologie privilegiate sufficientemente appetibili per l’imprenditoria e almeno parzialmente funzionali ad una mobilità fra insiders ed outsider*”. Così F. CARINCI, *Complimenti, dottor Frankenstein: Il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, nella Relazione tenuta al Convegno “*La riforma del mercato del lavoro*”, 13 aprile 2012, Roma, Facoltà di Giurisprudenza, Università Roma Tre.

¹⁴⁴ E’ bene ricordare come il Governo dell’epoca, presidiato da Mario Monti, operasse in un contesto storico in cui, a seguito della crisi del debito greco del 2010, la recessione stava penetrando sempre più anche in Europa occidentale. Tale sfavorevole contingenza portò all’adozione di misure di contenimento della spesa pubblica relativamente alla materia pensionistica (D.L. 6 dicembre 2011 n.201) e, successivamente, alla riforma delle tutele dei lavoratori: provvedimento, quest’ultimo, presentato come una delle condizioni da cui far dipendere la stessa permanenza in Europa del nostro Paese (L.92/2012).

Significativamente il primo intervento della riforma è sulla rubrica dell'articolo in esame, non più intitolata "*Reintegrazione nel posto di lavoro*" bensì "*Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo*".

Il nuovo testo dell'art.18 prevede quattro tipi di rimedi in caso di illegittimità della sanzione espulsiva.

Il primo rimedio (c.d. tutela reale forte) è previsto dai primi tre commi del novellato art.18 nei casi di licenziamento dichiarato nullo o inefficace. Le ipotesi di nullità previste attengono al licenziamento discriminatorio¹⁴⁵, a quello intimato in concomitanza con il matrimonio¹⁴⁶ o in violazione delle norme a tutela della maternità e paternità¹⁴⁷, nonché agli altri casi di nullità previsti dalla

¹⁴⁵ La norma fa riferimento all'art.3 della l.n.108/1990. Questo a sua volta richiama l'art.4 della L.604/1966 - che definisce discriminatorio il licenziamento determinato da ragioni di credo politico o fede religiosa, dall'appartenenza ad un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacali - e l'art.15 dello Statuto dei lavoratori, che aggiunge i casi della partecipazione ad uno sciopero, della razza, lingua, sesso handicap, età, orientamento sessuale e convinzioni personali. La giurisprudenza ha inoltre equiparato al licenziamento discriminatorio quello per rappresaglia o ritorsione che "*costituisce l'ingiusta e arbitraria reazione ad un comportamento legittimo del lavoratore colpito o di altra persona ad esso legata e pertanto accomunata nella reazione, con conseguente nullità del licenziamento, quando il motivo ritorsivo sia stato l'unico determinante e sempre che il lavoratore ne abbia fornito prova, anche con presunzioni*" (Cass., sez. lav., 3 dicembre 2015, n.24648).

¹⁴⁶ L'art.18 in commento rinvia per tale fattispecie all'art.35 del d.lgs. 198/2006 (Codice delle pari opportunità tra uomo e donna), il cui terzo comma fissa la presunzione (relativa) che il licenziamento della dipendente nel periodo intercorrente dal giorno della richiesta delle pubblicazioni di matrimonio a un anno dopo la celebrazione stessa, sia stato disposto per causa di matrimonio. Presunzione che il datore di lavoro può superare offrendo la prova che il licenziamento sia invece dipeso da colpa grave costituente giusta causa, da cessazione dell'attività aziendale o da ultimazione della prestazione per la quale la lavoratrice è stata assunta o, ancora, da scadenza del termine contrattuale. Dall'interpretazione letterale risulta quindi che la fattispecie in esame riguardi solo i dipendenti di sesso femminile. La giurisprudenza di merito ha peraltro offerto un'interpretazione della norma volta ad estendere la sua applicabilità anche ai lavoratori maschi, in ossequio del principio di parità di trattamento tra i sessi di cui alla direttiva n.76/207/CE (Trib. Milano, sentenza del 3 giugno 2014, Trib. Vicenza, ordinanza del 24 maggio 2017, Trib. Roma, sentenza del 16 gennaio 2017).

¹⁴⁷ Il rinvio è qui alle disposizioni di cui all'art.54, commi 1, 6, 7 e 9, del d.lgs.151/2001 i quali prevedono il divieto di licenziamento per la lavoratrice madre dall'inizio della gravidanza al compimento di un anno di età del bambino (ad esclusione dei casi di giusta causa, cessazione attività aziendale, scadenza del termine, mancato superamento del periodi di prova) nonché in caso di

legge o determinati da un motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 c.c. Il licenziamento inefficace è quello intimato in forma orale. In tali casi dunque (nullità o inefficacia) il legislatore del 2012 prevede l'obbligo di reintegra e, nei casi di nullità, altresì un risarcimento di natura economica consistente in un'indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento a quello della reintegra, dedotto quanto *aliunde perceptum* per lo svolgimento di altre attività lavorative nel periodo di estromissione, nella misura comunque non inferiore a cinque mensilità di retribuzione. In alternativa alla reintegrazione nel posto di lavoro (che deve comunque avvenire entro trenta giorni dall'invito del datore a riprendere servizio, pena la risoluzione del rapporto), il lavoratore può chiedere un'indennità pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione di fatto. Il regime della tutela reale forte si applica a prescindere dal numero dei dipendenti ed anche ai lavoratori con la qualifica dirigenziale.

Una c.d. tutela reale attenuata è prevista dal combinato disposto del quarto, settimo e ottavo comma del novellato art.18. I casi in questione sono anzitutto quelli in cui il giudice annulla il licenziamento disciplinare intimato per giusta causa o giustificato motivo soggettivo per insussistenza del fatto contestato o perché il fatto stesso è punito dai contratti collettivi o dai codici disciplinari con

domanda o fruizione del congedo parentale per malattia del figlio: disposizioni che si applicano anche in caso di affidamento.

una sanzione conservativa. Altra ipotesi è quella in cui il giudice accerta il difetto di giustificazione del licenziamento intimato per motivo oggettivo consistente nella inidoneità fisica o psichica del lavoratore o per violazione dell'art. 2110 c.c. relativamente al periodo di comportamento, ovvero la manifesta insussistenza del fatto posto a fondamento del licenziamento medesimo. Qui la sanzione prevista per il datore di lavoro è la reintegrazione del dipendente nonché il risarcimento consistente in un'indennità pari a massimo dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto. Anche nei casi in esame il lavoratore deve riprendere servizio, pena la risoluzione del rapporto di lavoro, entro trenta giorni dal relativo invito da parte del datore e può, in alternativa alla reintegra, optare per l'indennità pari a quindici mensilità dello stipendio. Si parla di tutela reale attenuata in riferimento alla sanzione del risarcimento: sia perché dallo stesso vengono detratte non solo le somme che il lavoratore ha eventualmente percepito per lo svolgimento di altre attività nel periodo di estromissione (come nel caso della tutela reale piena) ma altresì l'*aliunde percipendum* dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione, sia perché il risarcimento non può superare le dodici mensilità (mentre nel primo caso, disponendo la norma che non può essere inferiore a cinque mensilità, non esclude che il risarcimento superi le dodici mensilità). Inoltre in tal caso la tutela reale è accordata soltanto alle imprese che, come previsto dalla precedente

versione dello Statuto, occupino più di quindici lavoratori (o cinque se imprese agricole).

Dal combinato disposto dei commi 5, 7 e 8 è regolata la c.d. tutela obbligatoria piena (art.18, commi 5, 7 e 8), prevista quando il giudice annulla il licenziamento accertando che non ricorrono gli estremi (per motivi diversi dall'insussistenza del fatto contestato o della previsione di sanzione conservativa che integrano la tutela reale attenuata) della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo ovvero del giustificato motivo oggettivo per casi diversi da quelli previsti nei commi precedenti. Il lavoratore illegittimamente licenziato non gode della reintegra ma soltanto di un'indennità risarcitoria nella misura compresa da un minimo di dodici ad un massimo di 24 mensilità.

Una tutela obbligatoria ridotta è infine prevista dall'art.18, commi 6 e 8, quando il licenziamento viene dichiarato inefficace per difetto di motivazione o vizi nelle procedure di contestazione. La tutela è sempre e soltanto risarcitoria nella minore misura variabile da un minimo di sei ad un massimo di dodici mensilità.

Se, dunque, sino al 18 luglio 2012 (data di entrata in vigore della legge 92), ogni caso di licenziamento invalido veniva sanzionato, nelle imprese con certi limiti dimensionali, con la reintegrazione nel posto di lavoro, la c.d. riforma Fornero estende a tutti i lavoratori, a prescindere dal numero dei dipendenti occupati, la tutela reale in caso di licenziamento nullo o inefficace, e riduce il

campo di applicazione della tutela stessa nei casi di licenziamento c.d. disciplinare (giusta causa e giustificato motivo soggettivo) illegittimo, prevedendola solo quando sia accertata l'insussistenza del fatto contestato¹⁴⁸ o vi siano disposizioni contrattuali che per il fatto stesso prevedono l'applicazione di sanzioni conservative. Anche per il licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo, la tutela reale residua, come visto, in limitate ipotesi.

La legge di riforma ha da subito posto un problema relativo all'applicabilità del nuovo art.18 dello Statuto al pubblico impiego.

Se infatti, da un lato, l'art.51, comma 2, del d.lgs.165/2001 dispone l'applicabilità dello Statuto (e delle successive modificazioni) ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, l'art.1, comma 7, della l.n.92/2012, stabilisce che le disposizioni della novella, "*per quanto da esse non espressamente previsto, costituiscono principi e criteri*" per la regolazione dei suddetti rapporti. Il successivo ottavo comma demanda all'iniziativa del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione l'individuazione e la definizione, con il coinvolgimento delle organizzazioni sindacali, delle

¹⁴⁸ La locuzione "insussistenza del fatto contestato", di cui al novellato quarto comma dell'art.18, ha peraltro suscitato diversi dubbi interpretativi. La dottrina si è divisa tra coloro che sostengono la tesi del c.d. "fatto materiale", per cui la fattispecie si realizzerebbe quando il fatto non sussiste nella sua materialità (tra gli altri A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in *Riv.it.dir.lav.* 2012, I, pag.437; R. DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2012, II, pag.1067) e coloro che, invece, ritengono determinante la valutazione dell'elemento soggettivo (teoria del "fatto giuridico"). In tal senso cfr. V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2012, I, pag.553.

“modalità e (de)i tempi di armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche”¹⁴⁹.

La mancata emanazione dei decreti attuativi ha riaperto un vecchio dibattito tra i sostenitori della tesi secondo la quale il rapporto di pubblico impiego, per aumentarne la produttività, deve essere governato dalle stesse regole di quello privato¹⁵⁰ e coloro che, invece, difendono la specialità ontologica del settore, facendo leva sulla natura pubblica del datore di lavoro e sulle modalità di accesso all'impiego attraverso il pubblico concorso: in mancanza di giusta causa o di giustificato motivo il dipendente pubblico non può essere privato del posto di lavoro che ha meritato superando la procedura selettiva¹⁵¹.

I sostenitori della prima tesi, che rappresentano la dottrina maggioritaria, sono favorevoli all'immediata applicabilità del nuovo art.18 al pubblico impiego¹⁵², facendo leva anzitutto sul richiamo dell'art.51, comma 2, del decreto n.165/2001 allo Statuto dei lavoratori e alle sue successive modificazioni, nonché sulla norma dettata dall'art.2, comma 2, del decreto 165 medesimo, che fissa la regola di carattere generale, secondo la quale al lavoro

¹⁴⁹ E' stato osservato come solo quando in prossimità della definitiva approvazione della legge 92/2012 fu ovviamente prospettata la sua applicabilità al pubblico impiego – *“ciò che fece montare la protesta, sino a qual momento piuttosto tiepida, del mondo sindacale, che naturalmente avversava tale eventualità”* - il legislatore corse ai ripari introducendo, nell'art. 1, *“in maniera tanto frettolosa quanto ambigua, i commi 7 e 8”*, GIUBBONI S. – COLAVITA A., op. cit., pag.4.

¹⁵⁰ Così M. D'ANTONA, *La disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni dalla legge al contratto*, in B. CARUSO e S. SCIARRA (a cura di), *Opere*, vol. IV, Milano, 2000, pagg. 175 e segg

¹⁵¹ Cfr., per tutti, S. CASSESE, *Il sofisma della privatizzazione del pubblico impiego*, in *Corriere Giur.*, 1993, 4, pag. 403.

¹⁵² F. FIORILLO, *Il diritto del lavoro ... cit.* pag.259.

pubblico contrattualizzato si applicano le disposizioni previste dal libro V del codice civile e delle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa¹⁵³: trattasi della tecnica del rinvio mobile, che recepisce il contenuto di norme collocate in altre fonti adeguandosi automaticamente all'evoluzione delle medesime.

Alcuni autori¹⁵⁴, giungono alle medesime conclusioni, sottolineando che per escludere i dipendenti pubblici dall'applicabilità dell'art.18 sarebbe stata necessaria un'apposita e specifica previsione di legge¹⁵⁵.

Altra dottrina, nella stessa direzione, sostiene che l'art. 1, comma 7, è una norma generale, mentre l'art.51, comma 2 del d.lgs.165/2001, è una disposizione speciale, come tale destinata, anche se cronologicamente anteriore, a prevalere sull'altra, secondo il criterio *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*¹⁵⁶.

Sempre tra i sostenitori dell'immediata applicabilità del novellato art.18 al pubblico impiego, alcuni ritengono che la ratio dell'estensione si colga nell'*intentio operis* della riforma, in quanto se la modifica del sistema dei

¹⁵³ In tal senso L. GALANTINO, *Diritto del lavoro pubblico*, Giappichelli, Torino, 2012, pag.16.

¹⁵⁴ M. GERARDO e A. MUTARELLI, *Licenziamento riformato e pubblico impiego*, articolo del 2 aprile 2013 in www.judicium.it, pag.8.

¹⁵⁵ Come, ad esempio, avvenuto con l'art.1, comma 2, del d.lgs.276/2003, recante "Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30". La norma in questione espressamente dispone che "*il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale*"

¹⁵⁶ A. TAMPIERI, *La legge n.92/2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in G. PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012 n.92*, Giuffrè, Milano, 2012, pag.33

licenziamenti è finalizzato alla crescita, non si può tener fuori il settore pubblico in cui la produttività stenta a decollare: *“non si può non riconoscere che escludere i dipendenti pubblici significherebbe ammettere che tutti i lavoratori sono uguali, ma i lavoratori pubblici sono più uguali degli altri”*¹⁵⁷

Viene inoltre evidenziato come la disciplina precedente della tutela reale contenuta nell'art.18 risulta espressamente sostituita dalla novella legislativa e, pertanto, il nuovo art.18 si applica anche ai pubblici dipendenti non essendo possibile la vigenza di due testi normativi ¹⁵⁸.

I sostenitori della tesi contraria rilevano invece che il rinvio allo Statuto operato dal più volte richiamato art.51 del d.lgs. n.165/2001 sarebbe di natura materiale – ovvero al testo vigente al momento dell'approvazione del decreto 165- non essendo *“ipotizzabile una lettura dell'art.51 volta a ipotecare, anche per il futuro, l'applicazione di ogni modifica alle norme dello Statuto al pubblico impiego”*¹⁵⁹.

La dottrina in esame sostiene che l'inciso *“per quanto da esse non espressamente previsto”* di cui all'art.1 comma 7 della l.n.92/2012 valga ad escludere che siano direttamente applicabili alla PA le nuove disposizioni

¹⁵⁷ L. CAVALLARO, op. cit., pag.12.

¹⁵⁸ Recita testualmente l'art.1, comma 42 lett.b), L.90/2012: i commi dal primo al sesto (dell'art.18) sono sostituiti dai seguenti. V. in proposito M. 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 CSDLE “Massimo D'Antona”.IT – 178/2013.

¹⁵⁹ C. ROMEO, *La legge Fornero e il rapporto di impiego pubblico*, in LPA, n.5/2012.

contenute nella riforma, perché oggetto di futura armonizzazione: la norma in commento, evitando di precisare che la riforma non si applica ai rapporti dei dipendenti pubblici privatizzati, “lo dà per sottinteso” proprio quando afferma che le «disposizioni della presente legge, per quanto da esse non espressamente previsto, costituiscono principi e criteri per la regolazione» di quei rapporti di lavoro. Secondo tale ricostruzione i commi 7 e 8 dell’art.1 della l.n.92/2012 manifestano l’intenzione del legislatore di varare successivamente un corpo di norme specifiche per il settore pubblico: nelle more resta vigente il testo dell’art.18 nella formulazione antecedente alla legge Fornero¹⁶⁰. Vi sarebbe, dunque, una coesistenza tra il vecchio ed il nuovo testo dell’art.18 dello Statuto: il primo destinato a sopravvivere per il pubblico, il secondo che disciplina il privato.¹⁶¹ Il vecchio testo non sarebbe pertanto abrogato ma disapplicato ed espropriato del lavoro privato. L’*intentio* del legislatore sarebbe quella di accrescere, per il settore privato, il livello occupazionale con la flessibilità non più solo in entrata, ma anche in uscita¹⁶².

¹⁶⁰ A. VALLEBONA, op. cit., pag.55.

¹⁶¹ In tal senso F. CARINCI, *Pubblico impiego privatizzato ... cit.* pagg.27 e ss. e F. CARINCI, *Art.18 St.lav per il pubblico impiego cercasi disperatamente*, in LPA n.2/2012, il quale pone l’accento sulla coesistenza della vecchia e nuova disciplina, evidenziando una continuità tra la legge Biagi e la legge Fornero, ove entrambe mostrano di diversificare la disciplina del settore pubblico da quello privato, la cui ragione sarebbe rinvenibile nella forte inoccupazione giovanile che caratterizza il primo e nel sovrannumero di personale che caratterizza il secondo

¹⁶² Così F. CARINCI, *E’ applicabile il novellato art.18 St. al pubblico impiego privatizzato? (Una domanda ancora in cerca di risposta)*, In LPA, 2013, fasc. 6, pagg..913 e ss.

Un terzo orientamento dottrinale, pur propendendo per l'immediata applicabilità dell'art.18 post Fornero al pubblico impiego privatizzato, ritiene che bisogna tenere in debito conto la specificità del settore. La tesi in questione¹⁶³ prende le mosse dalla disposizione contenuta nell'art.2, secondo, comma, d.lgs.165/2001 che qualifica espressamente come norme imperative tutte le speciali disposizioni contenute nel decreto medesimo: imperatività ribadita dall'art.55 in relazione a tutta la disciplina legale del licenziamento. Da tale caratteristica deriva che tutti i licenziamenti non assistiti da giusta causa o da giustificato motivo violerebbero norme imperative e, pertanto, sarebbero nulli, con la conseguenza della tutela reintegratoria forte, in ogni caso, prevista dal nuovo art.18¹⁶⁴.

I sostenitori dell'immediata applicabilità del testo riformato al pubblico impiego criticano la posizione di quanti invece ritengono ancora vigente il vecchio testo dell'art.18, affermando come nel nostro ordinamento non possono coesistere due versioni della stessa norma con differenti campi di applicazione in assenza di specifiche disposizioni in tal senso fornite dal legislatore. La soluzione al problema non può che trovare fondamento nel sistema delle fonti e, in particolare, nelle disposizioni contenute nell'art.15 delle disposizioni sulla

¹⁶³ Sostenuta da A. BOSCATI, *La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 e il lavoro pubblico*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 170/2013.

¹⁶⁴ In tale direzione, tra gli altri, anche L. CAVALLARO, *L'art. 18 st. lav. e il pubblico impiego: breve (per ora) storia di un equivoco*, in *LPA*, 2012, pag. 1019; R. DEL PUNTA, *op. cit.*, pag.416.

legge in generale che individuano due tipologie di abrogazione: espressa e tacita. Quest'ultima si sostanzia in due sottotipi: quella per "incompatibilità" e quella per "nuova disciplina" la quale si ha quando nuove norme dispongono in una materia precedentemente regolata da altre leggi. Ed è proprio a questa categoria di abrogazione tacita che vanno ascritte le modifiche apportate dalla legge Fornero all'art.18 dello Statuto che, per questo motivo, non possono non ritenersi subito applicabili senza condizioni al pubblico impiego¹⁶⁵. Se il legislatore avesse voluto conservare la contemporanea vigenza di testi differenti della stessa legge avrebbe indicato, tramite disposizioni di carattere transitorio, il circoscritto campo di applicazione. Le vecchie disposizioni contenute nell'art.18 prima della riforma, valgono – ai sensi dell'art.11 delle preleggi - esclusivamente per il passato, cioè per il periodo antecedente alla data del 18 luglio 2012, per il principio *tempus regit actum*.

1.3 Le incertezze giurisprudenziali: la Cassazione ribalta il proprio orientamento

Il dibattito in ordine all'applicabilità del riformato art.18 dello Statuto dei Lavoratori al pubblico impiego contrattualizzato si è sviluppato, immancabilmente, anche in sede giurisdizionale.

¹⁶⁵ In tal senso L. FIORILLO, *La tutela da licenziamento illegittimo nel lavoro pubblico contrattualizzato: la Cassazione applica il nuovo testo dell'art. 18 l. n. 300/1970, una parte (minoritaria) della giurisprudenza di merito dissente*, in *Dir. lav. merc.*, 2016, 1, pagg. 165 e ss.

Una delle prime controversie si è svolta innanzi al Tribunale di Perugia¹⁶⁶. La questione riguardava il licenziamento intimato per giusta causa ad un collaboratore scolastico, arrestato in flagranza per il delitto di detenzione di materiale pornografico realizzato con minorenni. Il ricorrente adiva le vie legali, con ricorso ex art.700 c.p.c., contestando la sanzione espulsiva sia in quanto ritenuta sproporzionata rispetto all'entità dell'illecito, sia perché adottata in violazione delle regole procedurali di cui all'art.55-*bis* d.lgs. 165/2001, con conseguente decadenza della potestà disciplinare. L'Avvocatura dello Stato, in difesa del MIUR, eccepiva l'inammissibilità del ricorso ex art.700 c.p.c., stante il suo carattere residuale rispetto al rito speciale introdotto dall'art.1, commi 47 e ss., della L.92/2012¹⁶⁷. Il giudice di prime cure, in accoglimento dei rilievi dell'Avvocatura, rigettava il ricorso del collaboratore, sostenendo l'applicabilità al pubblico impiego contrattualizzato della riforma Fornero. Il ricorrente reclamava avverso l'ordinanza dinanzi al medesimo Tribunale, in composizione collegiale, lamentando come il rinvio operato dall'art.51 del decreto n.165/2001 allo Statuto fosse riferito soltanto all'art.18 che, a sua volta, non conteneva alcun richiamo al nuovo rito speciale introdotto dalla l.n.92/2012. Il Collegio confermava il precedente provvedimento con una serie

¹⁶⁶ Ordinanza del 9 novembre 2012 e, in seguito a reclamo, ordinanza del 15 gennaio 2013 in *LPA*, 2012, pagg.1117 e ss.

¹⁶⁷ La riforma Fornero, oltre alla modifica dell'art.18 dello Statuto dei lavoratori oggetto del presente lavoro, ha altresì introdotto un rito speciale da osservare in caso di licenziamento illegittimo.

di argomentazioni che, tra l'altro, propendevano per l'immediata applicabilità al pubblico impiego non solo del nuovo rito processuale, ma altresì del novellato art.18 dello Statuto. Per il Tribunale di Perugia, *“accedendo alla tesi che vuole il nuovo art. 18 legge 300/1970 non applicabile al pubblico impiego, si violerebbe l'art. 51 comma 2 decreto lgs 165/2001, secondo il quale tale settore è disciplinato dalla legge 300/1970 come via via modificata”*; l'art. 51 decreto n.165/2001 ha dunque realizzato una modifica dell'articolo 18, non certamente incidendo sul contenuto diretto di tale fonte normativa di cognizione, ma estendendo, per diretta statuizione normativa, il suo campo di applicazione al pubblico impiego. Per “modifica” normativa, secondo i giudici umbri, non si intende solo *“la diretta modifica della fonte di cognizione, ma anche la modifica per altra via dell'ordinamento oggettivo generale che comporti variazione del suo contenuto o del suo ambito di applicazione”*. Il Tribunale di Perugia sottolineava ancora come l'eventuale applicabilità del vecchio art. 18 avrebbe dovuto trovare titolo in una ipotetica abrogazione tacita parziale dell'art. 51, comma 2, d.lgs. 165/2001, con la espunzione nel rinvio mobile del solo art. 18 e non dell'intero Statuto dei Lavoratori: circostanza che non trova conferma in alcuna disposizione normativa. In mancanza di espresse indicazioni in tal senso da parte della l.n.92/2012, nonché di disposizioni di carattere transitorio che avrebbero consentito la sopravvivenza per il settore pubblico, nelle more dell'armonizzazione, del vecchio testo dell'art.18, non può dunque che

concludersi per l'applicabilità delle nuove norme sui licenziamenti anche ai pubblici dipendenti.

Nella stessa direzione si segnalano altre decisioni dei giudici di merito, di cui si riportano di seguito alcuni stralci significativi: *“una lettura logico-sistematica dell’art. 1, 7°-8° comma, l. n. 92, da un lato e degli art. 2, comma 2 e 51 comma 2, d.lgs. n. 165/2001, dall’altro, suggerisce (...) che le modifiche apportate all’art. 18 Statuto dei lavoratori, in quanto relative ad una norma già applicata al pubblico impiego, rappresentano giust’appunto un caso in cui le disposizioni della l. n. 92/2012 trovano immediata operatività nei confronti dei pubblici dipendenti senza alcuna necessità di previa armonizzazione”*¹⁶⁸; *“non diversamente da quanto avviene in ogni caso di intervento legislativo modificativo, l’unico art. 18 in vigore da quel momento è dunque quello che risulta da tali modificazioni”*¹⁶⁹; si applica il nuovo testo dell’ art. 18 *“a prescindere dalle iniziative di armonizzazione (...) riferibili a quegli istituti che ancora presentano parziali divergenze nel rapporto di lavoro pubblico rispetto a quello privato tra i quali non è annoverabile l’ art. 18 st.lav.”*¹⁷⁰.

Sulla questione interviene la Suprema Corte con la sentenza n.24157, depositata in data 26 novembre 2015. La vicenda prende le mosse dal

¹⁶⁸ Trib. Palermo, ordinanza 17 marzo 2014, in FI, 2014, pag.1478.

¹⁶⁹ Trib. Torino, ordinanza 14 febbraio 2014.

¹⁷⁰ Trib. Pavia, 6 novembre 2015, in DRI, 2016, p.247. Nella stessa direzione cfr. Trib. Santa Maria Capua Vetere 2 aprile 2013, in LG, 2013, p.624 e Trib. Bari, 14 gennaio 2013 secondo cui *“l’art.51, comma 2, del d.lgs. n.165/2001 estende l’integrale applicazione dello Statuto dei lavoratori ed in particolare dell’art.18 alla P.A.”* (in RIDL, 2013, II, pag.410).

licenziamento di un dirigente di un consorzio pubblico siciliano dichiarato illegittimo dal Tribunale di Agrigento perché comminato da un solo componente dell'ufficio disciplinare che, invece, è organo collegiale: i giudici ordinavano conseguentemente la reintegrazione nel posto di lavoro. La Corte di Appello di Palermo confermava il provvedimento di primo grado. Ricorreva in Cassazione il Consorzio: con il terzo motivo, in particolare, eccepiva la mancata applicazione del nuovo testo dell'art.18 dello Statuto dei lavoratori che, per meri vizi formali del procedimento disciplinare, contempla la sola tutela indennitaria e non quella reintegratoria. Gli Ermellini, pur rigettando il ricorso¹⁷¹, affermano decisamente come sia *“innegabile che il nuovo testo dell'art.18 (...) trovi applicazione ratione temporis al licenziamento di cui è processo (e, quindi, nel settore della PA) e ciò a prescindere dalle iniziative normative di armonizzazione”*.

Secondo autorevole dottrina la Corte coglie decisamente nel segno laddove lascia intendere che, *“fino a quando non ci sarà un organico intervento normativo in materia, la disciplina applicabile è costituita necessariamente dal nuovo testo dell'art. 18 cit., unica norma vigente nell'ordinamento giuridico a far data dall'entrata in vigore della legge n. 92/2012”*¹⁷².

¹⁷¹ Nella fattispecie la Corte rileva come le norme procedurali violate nel caso concreto (art.55 bis, quarto comma, d.lgs. 165/2001) siano norme imperative. Violazione che concreta dunque un'ipotesi di nullità ai sensi del novellato art.18, primo comma, dello Statuto, con la conseguenza della tutela reintegratoria.

¹⁷² L. FIORILLO, op. ult. cit.

Nell'inerzia del legislatore, la giurisprudenza ha continuato nella sua opera ermeneutica e, con la sentenza della Cassazione, sez. lav., n. 11868 del 9 giugno 2016, ha ribaltato il citato orientamento.

Il caso riguardava un dipendente pubblico che, in ragione dell'assoluta incompatibilità tra prestazioni effettuate in varie occasioni nello stesso giorno in località diverse, veniva licenziato per giusta causa senza preavviso. Il Tribunale di Roma accoglieva il ricorso del dipendente, accertando che l'amministrazione aveva violato il principio della necessaria immutabilità della contestazione, in quanto il licenziamento era stato disposto in relazione ad episodi specifici non richiamati nella lettera di avvio del procedimento disciplinare: condannava pertanto la PA al pagamento dell'indennità ai sensi del sesto comma dell'art.18 dello Statuto dei lavoratori come modificato dalla legge Fornero (tutela indennitaria debole)¹⁷³.

Avverso tale sentenza proponevano reclamo sia l'Amministrazione – che insisteva per la legittimità del licenziamento - sia il dipendente pubblico- che invocava la reintegra nel posto di lavoro. La Corte territoriale confermava la sentenza del giudice di prime cure e, quindi, l'illegittimità del licenziamento per vizi procedurali¹⁷⁴, con condanna dell'amministrazione al pagamento dell'indennità risarcitoria nella misura di sei mensilità.

¹⁷³ V. supra pag.81.

¹⁷⁴ La lettera di avvio del procedimento disciplinare non richiamava in alcun modo gli episodi contestati sui cui si fondava la sanzione espulsiva.

Entrambe le parti impugnavano la sentenza in Cassazione. La parte della sentenza di maggiore interesse circa il regime di tutela applicabile al dipendente pubblico in caso di licenziamento giudizialmente dichiarato illegittimo è quella in ordine ai motivi di ricorso incidentale del dipendente licenziato che, cercando di dimostrare l'insussistenza del fatto contestato, invocava la tutela reintegratoria, seppur debole, disposta dall'art.18 dello Statuto nel testo novellato dalla Legge Fornero.

La Corte richiama anzitutto il dibattito dottrinario, sviluppatosi in merito al campo di applicazione della l.n.92/2012 al pubblico impiego, tra i sostenitori del rinvio mobile alle disposizioni statutarie operato dall'art. 51 del d.lgs 165 del 2001 (da cui consegue l'uniformità di trattamento fra impiego pubblico e privato) e coloro che invece propendono per l'inapplicabilità della nuova disciplina al pubblico impiego, stante la specialità ontologica del settore, fino all'avvenuta armonizzazione di cui all'art.1, comma 8, della l.n.92/2012. I giudici fanno poi riferimento all'orientamento espresso nella citata sentenza n.24157/2015, sottolineando come in quell'occasione la Corte, pur facendo proprio il primo dei suddetti orientamenti, ha peraltro *"ritenuto di dovere, comunque, salvaguardare la specialità della normativa del procedimento disciplinare"* di cui al d.lgs.165/2001, la cui violazione, trattandosi di norme imperative, comporta la nullità del licenziamento e, conseguentemente,

l'applicazione della tutela reale forte di cui al primo e secondo comma del nuovo art.18 dello Statuto.

Ciò premesso, la sentenza in commento afferma decisamente che la tesi relativa all'applicabilità del nuovo testo dell'art.18 al settore pubblico deve essere disattesa *“giacché plurime ragioni inducono ad escludere che il nuovo regime delle tutele in caso di licenziamento illegittimo possa essere applicato anche ai rapporti di lavoro disciplinati dall'art. 2 del d.lgs n. 165 del 2001”*. A sostegno delle proprie argomentazioni la Corte invoca anzitutto l'interpretazione letterale della L.92/2012, che nulla dicendo circa l'estensione al pubblico impiego delle proprie disposizioni, non può che applicarsi solo in seguito all'intervento di “armonizzazione” previsto dal comma 8 dell'art.1. Lo stesso dato testuale dell'art.1, comma, 1, della legge parrebbe tener *“conto unicamente delle esigenze proprie dell'impresa privata”*.

In secondo luogo gli Ermellini invocano ragioni di ordine logico sistematico, rilevando come il nuovo art.18 *“introduce una modulazione delle sanzioni con riferimento ad ipotesi di illegittimità pensate in relazione al solo lavoro privato, che non si prestano ad essere estese all'impiego pubblico contrattualizzato”*. La Corte osserva ancora come l'inapplicabilità della legge Fornero al pubblico impiego sia *“particolarmente evidente in relazione al licenziamento intimato senza il necessario rispetto delle garanzie procedurali, posto che il comma 6 dell'art. 18 fa riferimento al solo art. 7 della legge n. 300 del 1970 e non agli*

artt. 55 e 55 bis del d.lgs citato, con i quali il legislatore, oltre a sottrarre alla contrattazione collettiva la disciplina del procedimento, del quale ha previsto termini e forme, ha anche affermato il carattere inderogabile delle disposizioni dettate ai sensi e per gli effetti degli artt. 1339 e 1419 e seguenti c.c.”.

La Cassazione richiama poi i principi fissati dalla Corte Costituzionale¹⁷⁵ alla cui stregua mentre nell'impiego privato *“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 nell'interesse del soggetto da rimuovere, ma anche e soprattutto a protezione di più generali interessi collettivi”.*

Quanto alla tesi del rinvio mobile allo Statuto operato dall'art.51 del d.lgs. 165/2001 - sostenuta da coloro che propendono, invece, per l'applicabilità della riforma all'impiego pubblico contrattualizzato – la Corte osserva come la norma in commento disponga comunque che lo Statuto stesso si applica a prescindere dal numero di dipendenti, con ciò volendo estendere la tutela reintegratoria anche in quei contesti in cui, per il numero esiguo di dipendenti (gli Ermellini citano ad esempio gli enti territoriali minori di limitate dimensioni), sarebbe stata altrimenti applicabile la tutela obbligatoria prevista dall'art. 8 della legge n. 604 del 1966: tale scelta limita il rinvio “mobile”, impedendo in tal modo l'automatico recepimento di interventi normativi successivi, che modifichino la

¹⁷⁵ Il riferimento è a Corte Cost.n.351 del 24 ottobre 2008.

norma richiamata incidendo sulla natura stessa della tutela riconosciuta al dipendente licenziato¹⁷⁶.

La sentenza della Cassazione, dunque, segna una profonda diversificazione tra settore pubblico e privato con argomentazioni che, come si vedrà nel prossimo paragrafo, lasciano alquanto perplessi, soprattutto sul piano della compatibilità con il principio di eguaglianza di cui all'art.3 della Costituzione.

1.4 Il Jobs act e l'ulteriore marginalizzazione della tutela reale

Dopo appena due anni e mezzo dalla vera e propria rivoluzione introdotta dalla legge Fornero in tema di apparato sanzionatorio per il licenziamento illegittimo, il legislatore è ritornato a disciplinare la materia nell'ambito del cosiddetto Jobs Act¹⁷⁷, cioè della legge delega 10 dicembre 2014, n. 183 (segnatamente all'art. 1, comma 7, lettera c), cui è stata poi data attuazione con il d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23¹⁷⁸.

Il provvedimento legislativo in questione “*inverte la direzione del pendolo*”¹⁷⁹, prevedendo all'art.3 che per i lavoratori assunti successivamente al

¹⁷⁶ Ribadisce la non applicabilità del nuovo testo dell'art.18 dello Statuto al pubblico impiego, Cass., sez.lav., n.17965 del 13 settembre 2016 e Cass., Sez. lav., n.23424 del 6 ottobre 2017

¹⁷⁷ Termine derivante dall'acronimo "*Jumpstart Our Business Startups Act*", riferito a una legge statunitense, promulgata durante la presidenza Obama

¹⁷⁸ Recante “Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183”.

¹⁷⁹ G. SANTORO PASSARELLI, *Sulle categorie del diritto* . cit., pag.32.

7 marzo 2015 (data di entrata in vigore del decreto) la reintegrazione nel posto di lavoro è possibile solo in caso di licenziamento nullo o inefficace (perché intimato in forma orale) ovvero, per quanto attiene al licenziamento disciplinare (giusta causa o giustificato motivo soggettivo), nell'ipotesi di materiale insussistenza del fatto contestato. Quanto al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, c.d. licenziamento economico, la tutela reale cede definitivamente il passo a quella obbligatoria.

Rispetto alla riforma Fornero, pertanto, non è più prevista la reintegra nel posto di lavoro, bensì soltanto la tutela indennitaria (peraltro ridotta nella sua entità), nei casi di licenziamento disciplinare illegittimo irrogato per fatti in relazione ai quali i contratti collettivi prevedono sanzioni conservative, e in caso di licenziamento per motivi oggettivi in cui emerge la manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento.

Con l'adozione del decreto in esame il legislatore tra i due interessi in gioco, quello del datore di lavoro e quello del lavoratore, sembra privilegiare nuovamente il primo: quel che prima era regola – la tutela reale – diventa l'eccezione¹⁸⁰. La reintegrazione nel posto di lavoro non è più considerata il

¹⁸⁰ Si osserva come la nuova disciplina marginalizzi, rispetto alla riforma Fornero, la tutela reale, generalizzando la monetizzazione per licenziamenti che, pur illegittimi, sono idonei ad estinguere il rapporto di lavoro. Cfr. C. CESTER, *I licenziamenti nel jobs act*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2015 n.273 pagg.4 e ss

giusto contrappeso al potere dell'impresa: il diritto alla conservazione del posto è infatti ridotto ai minimi termini¹⁸¹.

La normativa sul jobs act trova dunque applicazione soltanto per i lavoratori assunti successivamente all'entrata in vigore del decreto 23/2015, ovvero dopo il 7 marzo 2015: diversamente rispetto alla riforma Fornero - che si applica in ragione della data in cui è stato intimato il licenziamento - la novella in esame prende in considerazione la data di assunzione del lavoratore. Con la conseguenza che, nella stessa azienda, una medesima condotta ha effetti diversi a seconda della data di presa in servizio. Ciò ha posto un problema di legittimità costituzionale.

La relativa questione, ad oggi ancora pendente dinanzi al Giudice delle leggi, è infatti stata sollevata dal Tribunale di Roma relativamente al presunto contrasto del quadro sanzionatorio disegnato dal d.lgs.23/2015 per i licenziamenti illegittimi con gli artt. 3, 4, 76 e 117 Cost.¹⁸² Stante il principio

¹⁸¹ *Ivi*, pag.7 “Diventa sempre più difficile, di fronte alla evidente marginalizzazione della reintegrazione, continuare a ritenere che «Il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost. subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una somma”.

¹⁸² Trattasi dell'ordinanza di remissione del 26 luglio 2017 del Tribunale di Roma, III sez. lav.. Il caso all'esame del giudice di merito riguarda una lavoratrice assunta nel maggio del 2015 e illegittimamente licenziata per motivo economico (giustificato motivo oggettivo) nel dicembre dello stesso anno. Se fosse stata assunta prima del jobs act, in base all'inconsistenza della motivazione così come accertata dal giudice, avrebbe goduto della tutela reintegratoria e di una indennità commisurata a dodici mensilità mentre, per essere stata assunta dopo il 7 marzo 2015, ha diritto soltanto a quattro mensilità. Il contrasto con la Costituzione, si legge peraltro nell'ordinanza, “non si ravvisa in ragione dell'avvenuta eliminazione della tutela reintegratoria (...) e dunque in ragione della integrale monetizzazione della garanzia offerta al lavoratore: invero la Corte costituzionale ha già più volte statuito che la tutela reintegratoria non costituisce l'unico possibile paradigma attuativo dei precetti costituzionali di cui agli artt. 4 e 35 (cfr. sentt. n. 46/2000, n. 303/2011). Il sospetto di incostituzionalità viene qui formulato, invece, in ragione della disciplina concreta dell'indennità

fissato dalla giurisprudenza costituzionale nella formula “*a situazioni uguali, legge uguale, a situazioni diverse leggi diverse*”¹⁸³, l’indagine della Corte sarà incentrata sulla verifica dell’equivalenza delle situazioni di fatto tra lavoratori assunti prima e dopo il 7 marzo 2015: il collegio dovrà quindi verificare se il discrimine nel trattamento, individuato semplicemente nella data di inizio del rapporto di lavoro, sia in grado di evitare la “*rottura dell’interna coerenza dell’ordinamento giuridico*”¹⁸⁴. In caso di accoglimento, le tutele previste dall’art.18 dello Statuto post legge Fornero saranno estese anche agli assunti dopo il 7 marzo 2015.

Non privo di interesse è anche il tentativo di abrogazione, tramite referendum, dell’intero d.lgs.23/2015 nonché delle disposizioni della l.n.92/2012 che hanno riformato l’art.18 della l.n.300/1970.¹⁸⁵ La proposta formulata dai promotori avrebbe infatti ripristinato la vigenza del vecchio testo dell’art.18 dello Statuto, estendendo tra l’altro la tutela reintegratoria ivi prevista in ogni caso di licenziamento illegittimo a tutte le imprese con più di cinque dipendenti. La Corte Costituzionale¹⁸⁶ ne ha dichiarato l’inammissibilità

risarcitoria che, nel compensare solo per equivalente il danno ingiusto subito dal lavoratore, è destinata, oggi, altresì a prendere il posto del concorrente risarcimento in forma specifica costituito dalla reintegrazione (divenuta tutela per pochi casi di eccezionale gravità) e dunque avrebbe dovuto essere ben più consistente ed adeguata”.

¹⁸³ G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia Costituzionale*, 2012, Il Mulino, Bologna, pag. 198.

¹⁸⁴ *Ivi*, pag. 196.

¹⁸⁵ Trattasi della proposta di referendum promossa da 14 cittadini italiani pubblicata sulla G.U. serie generale n.69 del 23 marzo 2016.

¹⁸⁶ Sentenza n.26 del 11-27 gennaio 2017 pubblicata sulla G.U.- prima serie speciale Corte Costituzionale - n.5 del 1 febbraio 2017.

per motivi attinenti alle modalità di proposizione del quesito¹⁸⁷. Qualora la richiesta avesse superato il vaglio della Corte ed avesse ottenuto la maggioranza dei voti validi, avrebbe sostanzialmente riequilibrato le tutele previste tra settore pubblico contrattualizzato e settore privato.

Il d.lgs.23/2015 ha inoltre riproposto il tema dell'applicazione delle nuove regole in materia di mercato del lavoro nei confronti dei dipendenti pubblici. Alcuni autori, facendo leva sulla mancanza di qualsiasi espressa esclusione al settore pubblico presente nella legge¹⁸⁸, hanno ritenuto che anche nella PA, in virtù del richiamo contenuto nell'art.51 del decreto 165/2001 alle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, debba applicarsi il *jobs act*¹⁸⁹.

Sul fronte opposto, si è sostenuto che proprio il silenzio del legislatore porta ad escludere il pubblico impiego dal raggio applicativo del decreto 23/2015 il quale peraltro, nel richiamare espressamente all'art. 1 le figure di operai,

¹⁸⁷ In sintesi, i motivi addotti dalla Corte sono: carattere propositivo del quesito, in quanto il testo dell'art.18 che residuerebbe dopo l'abrogazione, nella parte in cui estenderebbe la tutela reintegratoria alle imprese con più di cinque dipendenti, sarebbe addirittura nuovo rispetto a quello previgente alla legge Fornero; difetto di univocità ed omogeneità del quesito, in quanto l'elettore ben potrebbe volere l'abrogazione del *jobs act* ma non delle modifiche all'art.18 apportate dalla legge Fornero e viceversa.

¹⁸⁸ Differentemente, ad es., da quanto statuito nell'art.1, comma 2, del d.lgs 10 settembre 2003 n.276, attuativo della c.d. riforma Biagi - recante "Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30" – che testualmente recita: "*Il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale*".

¹⁸⁹ In tal senso C. PISANI, *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, in R. PESSI e C. PISANI (a cura di), *Jobs Act e licenziamento*, Giappichelli, Torino 2015, pag.53; M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in Arg. Dir. Lav. 2015,2, pag.318; A. TAMPIERI, *Il licenziamento del dipendente pubblico ... cit.*, pag.86

impiegati e quadri – categoria quest’ultima inesistente del lavoro pubblico privatizzato - pare riferirsi al solo settore privato¹⁹⁰.

La conclusione cui perviene questo secondo orientamento è sicuramente in linea con le considerazioni contenute nella richiamata sentenza n.11868/2016 della Corte di Cassazione: considerazioni, invero, che lasciano diverse perplessità come sostegno alla tesi dell’inapplicabilità del novellato art.18 al pubblico impiego ma sicuramente sono idonee per escludere che a tale settore si applichi il *jobs act*¹⁹¹, il cui disegno di politica del diritto è la correlazione tra la crescita dell’occupazione e la riduzione delle tutele, nesso di esclusivo carattere economico non applicabile al lavoro pubblico¹⁹².

La sentenza in commento, nell’escludere l’applicabilità della Fornero all’impiego pubblico, pur da tempo contrattualizzato, “*oltre a sconfinare in una vera e propria funzione legislativa*”¹⁹³, attribuisce alla disciplina dei rapporti

¹⁹⁰ Così L.FIORILLO, op. ult. cit.pag.165 ess.; A. BOSCATI, *Articolo 18 e lavoro pubblico nella giurisprudenza di merito e nella prima pronuncia di legittimità*, in Dir. Rel. Ind.2016 pag.247; V. RICCHEZZA, *Il decreto legislativo n.23/2015:ambito di operatività e licenziamento per giusta causa*, in Dir. Rel. Ind. 2015, 4, pag.1011; A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 2015, n.245, pag.9; A.PILATI, *Secondo la Corte di Cassazione il "nuovo" art. 18 Stat. lav. si applica anche al licenziamento del dirigente pubblico*, in Lav. Giur. 2016, pag.355; S. MAINARDI, *Il campo di applicazione del d.lgs. n. 23/2015: licenziamenti illegittimi, tutele crescenti e dipendenti pubblici*, in Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015 (contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti), Modena, ADAPT University press, 2015, pag.43.

¹⁹¹ Cfr. in tal senso L.FIORILLO, *Il diritto del lavoro .. cit.*, pag.261.

¹⁹² A.PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di “paradigma” per il diritto del lavoro?*, in L.FIORILLO-A.PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n.22 e n.23*, Giappichelli, Torino, 2015, pagg. 8 e ss.

¹⁹³ L. FIORILLO, *Riflettendo sull’art. 18 dello statuto nel lavoro pubblico*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2016, 3, pag.675.

alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni uno spiccato carattere di specialità, all'interno del Diritto del lavoro, che mal si concilia con lo spirito della riforma che ha preso avvio sin dal 1993¹⁹⁴. Ed invero l'affermazione della Suprema Corte relativa al fatto che l'art.1, comma 1 lett.c)¹⁹⁵, della l.n.92/2012 sembra tener conto unicamente delle esigenze dell'impresa privata, non è un valido sostegno alla tesi dell'inapplicabilità della relativa disciplina al pubblico impiego, in mancanza di puntuali elementi di esclusione quali un'espressa delimitazione al lavoro privato o una puntuale sottrazione del contesto pubblico¹⁹⁶. Inoltre l'affermazione stessa è contraddetta dalla previsione contenuta nel medesimo art.1, comma 7, alla cui stregua le disposizioni della legge "costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni"¹⁹⁷. Al contrario, proprio le categorie di lavoratori (operai e quadri) - sconosciute al lavoro pubblico – alle quali si rivolge il d.gs.23/2015, sembrano appunto delimitare in maniera netta l'ambito del *jobs act* al settore privato.

¹⁹⁴ *Ibidem*. L'autore rileva inoltre come la Cassazione dia l'impressione di esser voluta tornare sulla questione "a tutti i costi", in quanto né le parti in causa né i giudici di prime cure avevano messo in discussione l'applicabilità della novella Fornero al pubblico impiego (pag.674).

¹⁹⁵ Che prevede che vengano disposte misure volte a redistribuire "in modo più equo le tutele dell'impiego, da un lato contrastando l'uso improprio e strumentale degli elementi di flessibilità progressivamente introdotti nell'ordinamento con riguardo alle tipologie contrattuali; dall'altro adeguando contestualmente alle esigenze del mutato contesto di riferimento la disciplina del licenziamento, con previsione altresì di un procedimento giudiziario specifico per accelerare la definizione delle relative controversie".

¹⁹⁶ In tal senso ESPOSITO M., *Quo usque tandem...? politica, giudici e realtà nel dibattito sul licenziamento dei pubblici dipendenti* in *Dir. Lav. Merc.* 2016, 3 pag.669.

¹⁹⁷ Così L. FIORILLO, op. ult. cit. pag.677

Anche il richiamo che gli Ermellini fanno a principi fissati dalla Corte Costituzionale nella sentenza n.351/2008, relativi alle garanzie ed ai limiti che, a protezione degli interessi collettivi, devono circondare il potere di risolvere il rapporto di lavoro pubblico, rischia di “*rivitalizzare approcci interpretativi sul modello delle fonti ormai definitivamente accantonati*”¹⁹⁸ che snaturano la fonte contrattuale, la quale invece caratterizza il processo di privatizzazione del pubblico impiego. All’opposto si può senz’altro ritenere che quegli stessi principi, unitamente all’esigenza del buon andamento della pubblica amministrazione, siano inconciliabili con una disciplina, quale quella del *jobs act*, che elimina la tutela reintegratoria finanche nei casi di licenziamento disciplinare illegittimo irrogato per fatti in relazione ai quali i contratti collettivi prevedono sanzioni conservative nonché in caso di licenziamento per motivi oggettivi in cui emerga la manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento.

Non sembrano pertanto condivisibili le argomentazioni di chi invece, pur rimarcando la tortuosità e contraddittorietà delle disposizioni contenute nei commi 7 ed 8 della legge Fornero – che da un lato includono i lavoratori pubblici, dall’altro sembrano rimandarne l’effettiva applicabilità ad una

¹⁹⁸ *Ivi*, pag.679. Altri autori hanno osservato come negare l’ingresso del riformato art.18 nella PA sia “*un’operazione bizantina*” che adombra posizioni “*inspiegabilmente vetero-corporative e clamorosamente incaute sul piano della ragionevolezza costituzionale*”. M. ESPOSITO, op. cit. pag. 667.

successiva disciplina di armonizzazione – ritiene inapplicabile l’art.18 novellato ai rapporti alle dipendenze della PA¹⁹⁹. La pretesa ontologica specialità del lavoro pubblico, sostenuta dalla dottrina in commento, fondata essenzialmente sulla più volte richiamata esigenza di affiancare all’interesse del dipendente pubblico quello generale della collettività, cede di fronte alla considerazione che è proprio l’interesse pubblico ad essere sacrificato se, mantenendo in vita il vecchio testo dell’art.18, si consente la reintegrazione di un pubblico impiegato il cui licenziamento, pur fondato su condotte antigiuridiche, venga dichiarato illegittimo per meri vizi procedurali. Né i principi di merito ed imparzialità, che sono alla base del meccanismo del pubblico concorso, invocati dai sostenitori dell’inapplicabilità della legge Fornero al pubblico impiego, sorreggono tale tesi: le garanzie che devono circondare il recesso del rapporto di lavoro non possono infatti spingersi al punto tale da legittimare la permanenza nel posto di lavoro di soggetti il cui comportamento sia incompatibile con l’esercizio di pubbliche funzioni. Le stesse motivazioni sembrano invece, giova ribadirlo, idonee a suffragare la tesi dell’esclusione del *jobs act* che, in tema di licenziamenti, elimina la tutela reintegratoria finanche nei casi in cui l’azione od omissione alla base del licenziamento, sono punite con sanzioni meramente conservative dal contratto collettivo.

¹⁹⁹ V. LUCIANI, *L’art. 18 dello statuto e il suo doppio: due versioni aspettando l’armonizzazione in Dir. Lav. Merc.*, 2016, 3, pag.681 e ss.

2 La tutela post d.lgs.75/2017: un passo indietro nel processo di contrattualizzazione?

Il dibattito dottrinario e l'altalena giurisprudenziale hanno suggerito la necessità di un intervento del legislatore, *“vista la sua palese responsabilità nell'aver creato una situazione a dir poco ingarbugliata che offre il fianco a tesi interpretative fortemente divergenti”*²⁰⁰.

L'auspicato intervento è avvenuto avviene ad opera del d.lgs. 25 maggio 2017 n.75²⁰¹ che, con l'art.21, introduce la seguente disposizione nell'art.63 del decreto 165/2001: *“il giudice, con la sentenza con la quale annulla o dichiara nullo il licenziamento, condanna l'amministrazione alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e 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 reintegrazione, e comunque in misura non superiore alle ventiquattro mensilità, dedotto quanto il lavoratore abbia percepito per lo svolgimento di altre attività lavorative. Il datore di lavoro è condannato, altresì, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali”*.

²⁰⁰ F.FIORILLO, *Il diritto del lavoro cit....*

²⁰¹ Recante “Modifiche e integrazioni al decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ai sensi degli articoli 16, commi 1, lettera a), e 2, lettere b), c), d) ed e) e 17, comma 1, lettere a), c), e), f), g), h), l) m), n), o), q), r), s) e z), della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche.

Con buona pace dei sostenitori dell'applicabilità della riforma Fornero e del *jobs act* al pubblico impiego, la novella legislativa risuscita formalmente, per la sola pubblica amministrazione, la vecchia versione dell'art.18 dello Statuto dei lavoratori, applicando la tutela reale in ogni caso per qualsiasi forma di licenziamento invalido dei dipendenti pubblici, ivi compresi quelli con qualifica dirigenziale.

Nel parere espresso sullo schema del decreto in questione, il Consiglio di Stato richiama essenzialmente l'orientamento espresso dalla Suprema Corte nella citata sentenza 11868/2016 ed i principi affermati dal giudice delle leggi nella sentenza 351/2008²⁰². Il Consiglio premette come il Governo, nel consolidare a livello normativo il principio della c.d. tutela reale nei confronti del pubblico dipendente, “*abbia inteso porre fine ad una annosa querelle*” in coerenza con i principi e criteri contenuti nella legge delega, per quanto segnatamente attiene alla “risoluzione delle antinomie in base ai principi dell'ordinamento e alle discipline generali regolatrici della materia” (art.16, secondo comma lett.c, L.7 agosto 2015 n.124). Il Consiglio di Stato richiama poi, come precisato, le conclusioni cui è giunta la Cassazione nella sentenza n.11868/2016 riguardo al fatto che la disposizione di rinvio operato dall'art.55 del decreto 165/2001 allo Statuto dei lavoratori, “*seppur mobile, nasce limitata*

²⁰² Il parere del Consiglio di Stato era prescritto dall'art.16, quarto comma, della legge delega n.124/2015 (riforma Madia). Il CdS ha espresso il parere in questione nell'adunanza speciale del 11 aprile 2017.

dalla scelta fondamentale compiuta dal legislatore nel momento in cui ha esteso il testo dell'art. 18 Stat. lav. anche agli enti con meno di quindici dipendenti, generalizzando l'obbligo di reintegrazione come strumento di tutela in caso di licenziamento illegittimo nel settore pubblico. Di conseguenza (...) non si applicano le modifiche apportate dalla l. n. 92 del 2012 all'art. 18 Stat. lav., sicché la tutela del dipendente pubblico in caso di licenziamento in data successiva all'entrata in vigore della stessa l. n. 92 del 2012 resta quella prevista dall'art. 18 della l. n. 300 del 1970". Quanto al richiamo ai principi affermati dalla Corte Costituzionale nella sentenza 351/2008, il Consiglio di Stato sottolinea come, a differenza del lavoro alle dipendenze di privati, *"nel settore pubblico il potere dell'amministrazione di esonerare un dirigente o un dipendente 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 collettivi"*.

3. L'opportunità dell'intervento normativo

Il d.lgs.75/2017 segna, ad oggi, un solco profondo tra il rapporto di lavoro subordinato privato e quello pubblico.

Possiamo affermare, senza esitazioni, che il lavoratore subordinato, dal 2017, gode di almeno tre tutele diverse di fronte al licenziamento illegittimo intimato dal datore di lavoro: reale piena, se lavora alle dipendenze della PA; reale attenuata se lavora alle dipendenze del privato da datata antecedente il 7/3/2015 (art.18 come modificato dalla l. n.92/2012); quasi esclusivamente obbligatoria se è stato assunto da privati dopo il 7/3/2015 (d.lgs.23/2015).

Si può anzi dire, con maggiore precisione, che la tutela contro i licenziamenti illegittimi disposti dal datore pubblico non risiede più nell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, di fatto disapplicato per il pubblico impiego, ma deriva da una norma speciale: l'articolo 63, comma 2, del d.lgs. 165/2001.

Di primo acchito un sistema di tal genere suscita seri dubbi dal punto di vista della compatibilità con il principio di uguaglianza sancito dall'art.3 della Costituzione.

Secondo l'orientamento del Giudice delle leggi *“l'art. 3 della Cost. non corrisponde ad un criterio di mera uguaglianza formale o formalistica e perciò non esclude che il legislatore possa adottare norme diverse per regolare situazioni che esso ritenga diverse, adeguando così la disciplina giuridica agli svariati aspetti della vita sociale entro un margine di discrezionalità che giustifichi sostanzialmente il criterio di differenziazione adottato”*²⁰³. La Corte Costituzionale afferma ancora che la tutela del diritto al lavoro è strettamente

²⁰³ Corte Cost., 2 aprile 1969, n.81.

connessa all'attuazione del principio di eguaglianza e sottolinea che se è vero che l'art. 4 non garantisce un diritto all'occupazione, è anche vero che laddove siano disciplinati i licenziamenti le relative norme, per essere conformi alla Costituzione, devono rispecchiare l'esigenza di un trattamento eguale per situazioni eguali. Una diversificazione dei regimi di disciplina applicabili è consentita solo per giustificate ragioni²⁰⁴. Pertanto la Corte giustifica la disparità di trattamenti per regolamentare situazioni obiettivamente diverse, facendo leva su profili di "ragionevolezza". Diversamente distinzioni irragionevoli sfociano in forme discriminatorie. Ne deriva che le differenziazioni normative possono essere eccezionalmente legittime, nei limiti in cui sussista un nesso di assoluta necessità tra la differenziazione ed un fine costituzionalmente consentito e qualora siano ispirate a ragionevolezza. L'orientamento della Corte in materia, emerso in tutte le numerose occasioni in cui ha dovuto occuparsi di differenze di trattamento, è nel senso che l'assimilabilità all'ordinario rapporto di lavoro (tutelato con la reintegra) del rapporto sottratto a tale tutela, impedisce di giudicare legittime le disparità di trattamento.²⁰⁵

A sostegno della legittimità costituzionale della diversità delle tutele, si invoca il principio affermato nella citata sentenza della Corte Cost. n.351/2008 alla cui stregua il potere di risolvere il rapporto di lavoro nel pubblico impiego

²⁰⁴ Cfr. Corte Cost., 5 luglio 1971, n.174.

²⁰⁵ V. in tal senso G. FONTANA, *La riforma del lavoro, i licenziamenti e la costituzione riflessioni critiche*, in *Costituzionalismo.it*, Fascicolo 2/2016, pagg.97 e ss.

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. Secondo la Corte *“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 collettivi lesi da atti illegittimi di rimozione”*. Sarebbe in buona sostanza il principio di buon andamento della pubblica amministrazione, sancito dall'art.97 Cost., ad impedire di configurare come “situazioni uguali” quella del pubblico dipendente e quella del lavoratore privato illegittimamente licenziati e, conseguentemente, ad ostacolare un giudizio di raffronto ai sensi dell'art.3 Cost.

Ma una tale prospettazione non tiene in adeguato conto la circostanza che il ricorso ai precetti costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità sanciti dall'art.97 Cost. è stato operato dal Giudice delle leggi in materia attinente l'automatica decadenza dei dirigenti apicali (*spoils system*)²⁰⁶, che è questione relativa ai rapporti tra politica e amministrazione e non può trovare applicazione per la generalità dei dipendenti pubblici ²⁰⁷.

²⁰⁶ Cfr. anche Corte Cost. 23 marzo 2007 nn.103 e 104, richiamate da Corte Cost. 351/2008.

²⁰⁷ In tal senso L. FIORILLO, *La tutela del licenziamento...* cit., pag.11.

Di fronte ad un illegittimo licenziamento la posizione del cittadino pubblico dipendente e del cittadino dipendente privato, entrambi lavoratori subordinati legati al datore di lavoro da un contratto di natura privatistica, difficilmente possono essere diversificate.

Un conto è, infatti, discutere della scelta, da un punto di vista politico-sociale, operata dal legislatore del 2012 che ha ridimensionato la tutela reale o di quella fatta con il d.lgs. 23/2015 che ha praticamente annullato la tutela stessa, relegandola a casi estremi. Così come è assolutamente doverosa l'indagine circa la legittimità di un sistema che ancora alla sola data di assunzione un regime diversificato di tutele (il riferimento è sempre al d.lgs.23/2015). Si può discutere, cioè, sull'opportunità di una scelta che ha squilibrato il piatto della bilancia a favore del datore di lavoro, consentendogli di esercitare un potere di licenziamento pressoché illimitato anche al di fuori del contesto della crisi aziendale.

Ma se il legislatore ha fatto una determinata scelta e questa supera il vaglio della Corte Costituzionale, è illogico, in un sistema di impiego pubblico contrattualizzato, diversificare le tutele in ragione dell'interesse collettivo o della circostanza che al pubblico impiego si accede mediante concorso. Anzi, proprio nel pubblico impiego, l'interesse generale intensifica il vincolo fiduciario sotteso al rapporto di lavoro e richiede, a ben vedere, una maggiore responsabilizzazione del dipendente.

L'incoerenza di tale diversificazione è evidente in caso di licenziamento disciplinare dichiarato illegittimo per cause diverse dall'insussistenza del fatto contestato o dalla previsione di sanzioni conservative da parte della fonte negoziale. Si pensi al licenziamento dichiarato illegittimo perché adottato in violazione dei termini procedurali. Secondo le disposizioni dell'attuale art.18, al dipendente privato spetta la sola tutela obbligatoria del risarcimento, mentre al pubblico dipendente, giusta il disposto dell'art.63 d.lgs.165/2001, è accordata la tutela reale della reintegra nel posto di lavoro. Eppure, in ambo i casi, la condotta astrattamente punibile con il licenziamento è stata posta in essere: la lesione del vincolo fiduciario non è in discussione. Un vizio di forma o procedurale nell'*iter* del procedimento potrebbe essere dunque sufficiente perché il giudice del lavoro annulli la risoluzione del rapporto di lavoro, anche a beneficio dei c.d. "furbetti del cartellino". Circostanza che, nel privato, non potrebbe mai verificarsi.

E' evidente, allora, il rischio concreto che alla giusta durezza imposta dalla riforma contro comportamenti inaccettabili dei dipendenti pubblici possa contrapporsi una tutela non coerente, che può finire per vanificare licenziamenti doverosi. E ciò proprio in palese contrasto con l'acclamato art.97 Cost., che fissa il principio del buon andamento della pubblica amministrazione: non sembra certo a favore dell'interesse della collettività reintegrare nel posto di

lavoro un dipendente che abbia con la sua condotta evidenziato spregio nei confronti di quei medesimi interessi.

Si ritiene pertanto che la spiccata specialità del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, pur autorevolmente invocata²⁰⁸, non possa rappresentare quel principio di ragionevolezza che giustifica una disciplina nettamente diversificata, in tema di licenziamenti tra settore privato e pubblico.

Si condivide, in conclusione, la considerazione di chi ha evidenziato che “*o i licenziamenti più facili c’entrano poco con la produttività (...) o che il settore pubblico viene ancora concepito come un serbatoio per politiche assistenziali*”.²⁰⁹

²⁰⁸ V., tra gli altri, F. CARINCI, *E’ applicabile il novellato*, cit., pag.18. Secondo l’autore “*il lavoro privato e l’impiego pubblico privatizzato restano due universi distinti, per il tipo, il modo, il fine dell’attività svolta, destinati a riflettersi inevitabilmente sul regime giuridico*”

²⁰⁹ L. ZOPPOLI, *La riforma del mercato del lavoro vista dal Mezzogiorno: profili giuridico-istituzionali*, in *Flex/insecurity*, Ed. scientifica, 2012, pagg.75-76

Capitolo III

Il licenziamento del dirigente pubblico

1 La peculiarità del rapporto di lavoro.

Il rapporto di lavoro del dirigente pubblico presenta caratteristiche particolari, dal cui esame non si può prescindere per comprendere poi le vicende estintive del rapporto stesso. La sottoscrizione del contratto con l'amministrazione non legittima infatti *ex se*, come per gli altri dipendenti pubblici, all'esercizio delle funzioni, ma rappresenta soltanto il momento che segna l'inizio dell'idoneità allo svolgimento delle funzioni medesime, le quali devono poi essere conferite con un provvedimento amministrativo *ad hoc*.

Per comprendere come si è addivenuti a tale meccanismo è necessario percorrere un breve *excursus* storico.

Il modello di amministrazione italiano, all'origine, era di tipo gerarchico-piramidale e trovava fondamento nella legge Cavour 23 marzo 1853 n. 1483. Questa abbinava i canoni costituzionali inglesi – che affermavano la piena responsabilità dei Ministri davanti al Parlamento – con criteri organizzativi di derivazione francese – che prevedevano un sistema fortemente accentrato e gerarchizzato, nel quale il Ministro era competente all'emanazione dei provvedimenti amministrativi e ne assumeva la relativa responsabilità.

La questione dell'autonomia dei dirigenti, relegati in tale sistema a compiti di rilevanza esclusivamente interna, fu dibattuta in sede di Assemblea

Costituente. Si preferì, tuttavia, in quella sede non cristallizzare in maniera netta il principio di riconoscimento di un ruolo autonomo della dirigenza, attribuendo piuttosto al legislatore il compito di rinnovare l'amministrazione secondo i principi espressi nella Carta Costituzionale. A tal proposito, peraltro, le indicazioni ivi contenute non sembravano univoche. Se, infatti, l'art. 95, nell'affermare che i Ministri sono responsabili individualmente degli atti dei propri dicasteri, faceva pensare ad una precisa scelta in favore di un ordinamento amministrativo dello Stato accentrato e gerarchizzato, l'art.97, invece - nel disporre che l'ordinamento dei pubblici uffici determina sfere di competenza, attribuzione e responsabilità dei funzionari - sembrava rimarcare una distinzione tra momento delle scelte politiche ed attuazione delle stesse, demandata a dirigenti autonomi e responsabili²¹⁰.

Nel corso degli anni '60 si consolidò un orientamento propenso a ritenere tale antinomia soltanto apparente: la responsabilità ministeriale di cui all'art.95 sarebbe soltanto di natura politica, e non pregiudicherebbe, conseguentemente, l'attribuzione di autonomi poteri alla burocrazia²¹¹.

In questo contesto il D.P.R. 30 giugno 1972 n.748²¹² inaugurò la disciplina della dirigenza pubblica nell'ordinamento repubblicano: per la prima volta,

²¹⁰ Sull'argomento v. ampiamente C. COLAPIETRO, *Governo e amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2004, pagg.41 e ss.

²¹¹ C. D'ORTA, *La riforma della dirigenza: dalla sovrapposizione alla distinzione tra politica e amministrazione*, Riv. Trim. Dir. Pub., I, 1994, pagg.161-162

²¹² Recante "Disciplina delle funzioni dirigenziali nelle Amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo".

infatti, il personale in questione divenne oggetto di specifica normazione, distinta dalle altre categorie del pubblico impiego²¹³. Il regolamento contemplava l'assegnazione di una serie di attribuzioni che comportavano “*il potere di esprimere la volontà dell'amministrazione, attraverso l'emanazione di atti esternamente rilevanti*”²¹⁴. Erano previste tre distinte qualifiche dirigenziali: dirigente generale, dirigente superiore e primo dirigente. Per ciascuna di esse, erano determinate in modo piuttosto dettagliato le rispettive competenze²¹⁵. L'intento del legislatore era quello di assicurare al dirigente una certa indipendenza dal soggetto politico attraverso “*l'attribuzione di funzioni di direzione con annessa potestà decisoria, di studio, di consulenza, di programmazione, di propulsione, coordinamento, vigilanza e controllo al fine di assicurare la legalità, l'imparzialità, l'economicità, la speditezza, e la rispondenza al pubblico interesse dell'attività degli uffici*”²¹⁶.

Nella sostanza, però, il decreto n.748/1972 confermava il modello organizzativo del rapporto gerarchico fino ad allora vigente: infatti, all'organo di vertice dell'Amministrazione (ossia al Ministro) veniva riservato ancora il

²¹³ Cfr., tra gli altri, F.CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, II ed., Giuffrè, Milano 2004 pagg.1073 e ss.

²¹⁴ G.D'ALESSIO, *La nuova dirigenza pubblica*, Philos, 1999, p.28. Fino ad allora il modello c.d. gerarchico (o anche burocratico) prevedeva che fosse solo il Ministro l'organo deputato all'adozione di provvedimenti amministrativi nonché dotato di competenze esterne (cfr. L.FIORILLO, *Il diritto del lavoro ... cit.*, pag.266).

²¹⁵ Artt.4 e ss. D.P.R. 748/1972.

²¹⁶ O.SEPE, *La figura del dirigente nell'amministrazione moderna*, in *Il foro amministrativo*, 1980, pag.2310.

potere di annullamento degli atti dirigenziali per motivi di legittimità, nonché il potere di emanare provvedimenti di revoca o di riforma per motivi di merito²¹⁷.

Tra la fine degli anni '80 e l'inizio degli anni '90, le istanze provenienti dalle diverse forze sociali, economiche e politiche del Paese - finalizzate a pervenire al superamento di una pubblica amministrazione obsoleta non più funzionale alle esigenze di uno Stato moderno - contribuirono a far evolvere le concezioni relative allo svolgimento delle funzioni pubbliche. Una svolta decisiva si ebbe in seguito a due circostanze contingenti che richiedevano soluzioni di tipo strutturale di lungo periodo. *In primis* i noti scandali di "Tangentopoli", che facevano avvertire fortemente l'esigenza di recuperare la fiducia dei cittadini nelle istituzioni, determinando un maggiore orientamento delle attività delle pubbliche amministrazioni ai bisogni della collettività. In secondo luogo, a seguito dell'ingresso dell'Italia nell'Unione Europea, gli obiettivi macroeconomici posti a carico dei *policy makers* (occupazione, stabilità monetaria, crescita economica ed equilibrio nella bilancia dei pagamenti) venivano assoggettati ad un vincolo, quello del raggiungimento - e del mantenimento - dei ben noti "parametri di Maastricht"²¹⁸: tale vincolo poteva

²¹⁷ F. CARINGELLA, op.cit. pag.1075. Al Ministro era altresì attribuito il potere di decidere i ricorsi gerarchici sugli atti non definitivi dei dirigenti medesimi, infine il potere, di riservare a se', ovvero di avocare l'adozione di provvedimenti di concessione, autorizzazione, licenza etc. (art. 7, lettera m, del D.P.R. 748/1972).

²¹⁸ Rapporto tra disavanzo del bilancio/PIL pari al 3 % e quello tra lo *stock* di debito pubblico/PIL pari al 60%.

essere raggiunto attraverso rigorose politiche di bilancio correlate ad incisive misure di contenimento e di razionalizzazione della spesa pubblica.

Gli eventi sopra descritti spinsero in maniera decisa il legislatore verso la ricerca di rinnovate formule organizzative allo scopo di condurre l'azione dei pubblici poteri all'effettivo rispetto dei principi di efficienza, efficacia ed economicità²¹⁹. Ed è proprio in tale contesto storico che la riforma della dirigenza pubblica si poneva quale imprescindibile fattore di propulsione, “*di snodo fra la logica privatistica e l'esigenza pubblica dell'amministrazione finalizzata al perseguimento dei principi costituzionali di buon andamento e imparzialità amministrativa*”²²⁰.

Con il d. lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 il percorso riformista toccò un momento fondamentale. Il legislatore estese infatti il regime di diritto privato ai rapporti di lavoro dei pubblici dipendenti, addivenendo alla c.d. “contrattualizzazione” del pubblico impiego con conseguente devoluzione delle relative controversie al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro.

Tra i punti salienti del decreto vi erano l'affermazione dell'autonomia gestionale ed operativa del dirigente - conseguente alla separazione dell'indirizzo politico dall'indirizzo amministrativo - la riduzione delle

²¹⁹ Cfr. F. BASILICA, *La disciplina della dirigenza come leva del cambiamento*, in “La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni. Dal modello unico ministeriale ai modelli caratterizzanti le diverse amministrazioni”, a cura di F. CARINCI e S. MAINARDI, Giuffrè, Milano 2005, p. XXV.

²²⁰ Ibidem.

qualifiche dirigenziali²²¹, l'affermazione del principio di responsabilità dirigenziale, l'introduzione di un sistema di valutazione dei risultati comune ad entrambe le categorie dirigenziali, la modifica dei criteri di reclutamento e formazione e la previsione del sistema degli incarichi di funzioni dirigenziali e del criterio della rotazione.

Il rapporto tra l'organo politico e la dirigenza, fino ad allora improntato ad uno schema sostanzialmente gerarchico, iniziava ad assumere più chiaramente i connotati di un rapporto di direzione, cioè di una forma di sovraordinazione diversa rispetto alla gerarchia. Allo stesso tempo, si accentuava la tendenza a trasformare la dirigenza pubblica in management, abbandonando il modello burocratico tradizionale (i dirigenti come custodi della legittima esecuzione amministrativa), a vantaggio di un modello di dirigenza più imprenditoriale (i dirigenti come gestori delle risorse dell'amministrazione e come responsabili dei risultati)²²².

²²¹ Dalle previgenti tre qualifiche, si passa a due, quella di dirigente generale - in questa prima fase sottoposta a regime giuridico pubblicistico - e quella di dirigente (non generale), assoggettata, per la prima volta, a regime privatistico. Su questo doppio regime era stata sollevata questione di legittimità costituzionale da parte del TAR Lazio (ordinanza del 5 luglio 1995). La Corte Cost., con sentenza 25 luglio 1996 n.313, ha avallato la scelta del legislatore affermando che *“la disciplina della dirigenza non può essere avulsa dal complessivo sistema instaurato con la riforma, per isolare il solo aspetto della diversità dei regimi giuridici cui sono assoggettati i dirigenti generali da un lato e gli altri dirigenti dall'altro”*. Secondo la Consulta il principio di imparzialità di cui all'art.97 Cost. non deve essere garantito *“necessariamente nelle forme dello statuto pubblicistico del dipendente, ben potendo viceversa trovare attuazione - come nel caso di specie - in un equilibrato dosaggio di fonti regolatrici”*.

²²² Cfr. C. D'ORTA, *La seconda fase di riforma della dirigenza pubblica: verso la fine del guado cercando di evitare gli scogli*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2, 1998, pag.351.

Il fine ultimo di tale elaborazione era senz'altro quello di ribaltare le logiche pregresse ed affermare il principio per cui *“non si è dirigenti in virtù del mero fatto di occupare un certo posto di qualifica, ma si è dirigenti in quanto si espletano funzioni dirigenziali a loro volta specificate con l'atto di conferimento dell'incarico”*²²³.

Il nuovo processo di privatizzazione esigeva una dirigenza autorevole, con forti capacità gestionali e una formazione non solo giuridica. La necessità di acquisire competenze specifiche, unite ad un'elevata professionalità sia in campo economico-finanziario che nell'organizzazione e gestione dei rapporti di lavoro, conducevano inevitabilmente il legislatore verso il tentativo continuo di miglioramento del sistema di reclutamento e di formazione della classe dirigenziale.

In tale contesto l'art.28 del d.lgs. 29/93 prevedeva due canali di accesso: il corso-concorso della durata di due anni (aperto agli esterni laureati con meno di trentacinque anni di età) cui seguiva un ulteriore biennio di applicazione presso aziende pubbliche o private; il concorso pubblico per esami, riservato ai

²²³ C. D'ORTA, *Il ruolo della dirigenza* in “La riforma della dirigenza pubblica” di C. D'ORTA e C.MEOLI, Cedam 1994, p.129. A tal proposito, l'Autore precisa ancora come *“in questo senso, la funzione dirigenziale non dovrebbe più essere, come nel sistema precedente alla riforma, unica e indistinta dal punto di vista del contenuto – e dunque sostanzarsi in definitiva, nel fatto di ricoprire un determinato posto ed attendere alle relative funzioni genericamente dirigenziali – ma differenziarsi in ragione dei particolari obiettivi da raggiungere e della quota di risorse (budget) assegnata”*.

funzionari direttivi, con almeno cinque anni di anzianità. Solo il primo percorso era affidato alla Scuola superiore della pubblica amministrazione.

Questa disciplina subì una revisione sostanziale nel 1998, ad opera dell'art.10 del d.lgs. 29 ottobre 1998, n. 387, con la previsione in via esclusiva del concorso per esami quale unica forma di reclutamento della dirigenza pubblica. Tale norma confluì nella formulazione originaria dell'art.28 del d.lgs. n.165 del 2001. L'art.3 della l.15 luglio 2002 n.145 ripristinò il corso-concorso e contribuì a determinare un nuovo quadro di riferimento in tema di reclutamento della dirigenza. Il D.P.R. 24 settembre 2004, n. 272, regolamentò nel dettaglio, la materia di accesso alla qualifica di dirigente. Ulteriori modifiche furono successivamente apportate dal d.lgs. n.150/2009 - che ha introdotto l'art.28*bis* sull'accesso alla qualifica di dirigente di prima fascia - e dal D.P.R. 16 aprile 2013 n.70, che ha provveduto al riordino del sistema di reclutamento e formazione dei dipendenti pubblici e delle Scuole pubbliche di formazione.

Dal complesso quadro normativo attuale emergono due modelli alternativi di selezione: il concorso pubblico per titoli ed esami indetto dalle singole amministrazioni e il corso-concorso selettivo di formazione bandito dalla Scuola nazionale dell'amministrazione.

I vincitori dei concorsi pubblici o del corso-concorso, vengono inquadrati con la qualifica di dirigente di seconda fascia.

Per quanto attiene invece la qualifica di dirigente di prima fascia, è previsto, anche in tal caso (art.28-*bis* d.lgs. n.165/2001), l'espletamento di un concorso pubblico per titoli ed esami bandito dalle singole amministrazioni nel limite del 50 per cento dei posti che si sono resi disponibili ogni anno per cessazione dal servizio dei soggetti incaricati. Altra modalità di accesso è, ai sensi dell'art.23 del decreto n. 165/2001, il passaggio dei dirigenti di seconda fascia che abbiano ricoperto incarichi di direzione di uffici dirigenziali generali o equivalenti per un periodo pari almeno a cinque anni senza essere incorsi in responsabilità dirigenziale.

Il superamento delle procedure selettive comporta l'inserimento nel ruolo e l'acquisizione della qualifica dirigenziale che attesta, come detto, soltanto l'astratta idoneità a svolgere le relative funzioni, che possono essere effettivamente esercitate soltanto a seguito di un espresso provvedimento di conferimento da parte dell'amministrazione.

L'originaria versione dell'art.19 del d.lgs. 29/1993 individuava nei decreti del Ministro competente – sentito il Presidente del Consiglio dei Ministri per gli incarichi di direzione degli uffici di livello dirigenziale generale ovvero su proposta del dirigente generale competente per quelli di direzione degli uffici di livello dirigenziale – l'atto di conferimento delle funzioni dirigenziali.

Dopo breve tempo dall'entrata in vigore del d.lgs. n.29/93 furono emanate nuove norme dirette ad integrare e modificare il quadro normativo.

La legge delega n. 59/1997²²⁴ (c.d. “legge Bassanini”), nel seguire il cammino delle riforme avviate agli inizi degli anni '90, individuò una serie di principi e di criteri direttivi che il Governo, nell'esercizio della funzione legislativa delegata ex art. 76 Cost., doveva osservare nella revisione della materia della dirigenza pubblica. Rilevano in particolare le disposizioni mirate ad estendere il “*regime di diritto privato del rapporto di lavoro anche ai dirigenti generali ed equiparati delle amministrazioni pubbliche*” (art.11, comma 4 lett.a l. n.59/1997)²²⁵.

Dalle modifiche apportate dai decreti legislativi di attuazione (d.lgs. n.80/1998 e n.387/1998), è scaturita, nel corso della seconda fase della riforma, una importante riscrittura della disciplina in tema di incarichi dirigenziali²²⁶.

A seguito delle riforme operate dal legislatore del 1998, il nuovo testo dell'articolo 19 stabiliva che ciascun incarico di funzione dirigenziale fosse “*definito contrattualmente*” con riferimento ai seguenti elementi: oggetto,

²²⁴ Si ricorda che la L.59/1997 prevedeva molteplici deleghe all'organo esecutivo che erano dirette, da un lato, a ridefinire l'organizzazione delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali in coerenza con la redistribuzione delle funzioni e dei compiti dall'amministrazione centrale agli enti locali, dall'altro a perfezionare i meccanismi di razionalizzazione e contenimento della spesa pubblica attraverso ulteriori forme di semplificazione dell'attività amministrativa e l'introduzione di sistemi di verifica dei risultati dell'azione amministrativa.

²²⁵ Anche in riferimento a tale nuovo regime unificato, si segnala un intervento della Corte Cost. (ordinanza 11/2002) che, in relazione al precedente orientamento (v. nota 210) segnala come lambito di discrezionalità del legislatore “*consente di escludere che dalla non irragionevolezza di una disciplina originariamente differenziata, automaticamente discenda l'ingiustificatezza dell'eventuale successiva assimilazione*”.

²²⁶ A.BOSCATI, S.MAINARDI, V.TALAMO *Rapporto tra organi politici ed organi burocratici*, in F.CARINCI e S. MAINARDI (a cura di) “*La dirigenza nelle pp.aa. Dal modello unico ai modelli caratterizzanti le diverse amministrazioni*”, Giuffrè, Milano 2005, p.28.

obiettivi da conseguire, durata e trattamento economico. In relazione a tale aspetto era previsto che, mentre per i dirigenti di seconda fascia il trattamento economico fondamentale fosse determinato dal contratto collettivo, per la c.d. “alta dirigenza”, caratterizzata dal peculiare rapporto di fiduciarità con gli organi di governo, la retribuzione cd. “fondamentale”, così come il trattamento economico accessorio, venisse stabilita con contratto individuale. L’art.15 del d.lgs. n. 80/1998, modificando il testo dell’art.23 del d.lgs. n.29/1993, istituiva inoltre il ruolo unico della dirigenza presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, articolato in due fasce: nella prima venivano iscritti i dirigenti generali e quelli di seconda fascia che comunque avessero svolto incarichi di direzione di uffici dirigenziali generali; nella seconda gli altri dirigenti di seconda fascia e quelli di prima nomina²²⁷.

Il d.lgs. n.165/2001, in tema di conferimento degli incarichi dirigenziali (art.19), riprodusse inizialmente il dettato normativo risultante dalle ultime modifiche apportate al d.lgs. n. 29/1993. Tuttavia, dopo poco più di un anno, la l. n.145/2002 intervenne nuovamente in materia, assegnando un ruolo primario al provvedimento di conferimento e relegando il contratto alla sola definizione del trattamento economico accessorio. Fu inoltre eliminato il ruolo unico e ripristinato, per ogni dicastero, uno specifico ruolo articolato in due fasce: la

²²⁷ Le modalità di costituzione e tenuta del ruolo furono disciplinate con D.P.R. 26 febbraio 1999 n.150.

prima corrispondente agli incarichi apicali e a quelli di funzioni di livello generale; la seconda agli incarichi di livello non generale.

In tema di incarichi intervenne, infine, la riforma Brunetta del 2009. Il legislatore non modifica la tipologia degli atti idonei a preporre il dirigente alle funzioni dirigenziali e ad individuare l'oggetto dell'incarico medesimo: tutti gli incarichi dirigenziali continuano pertanto ad essere conferiti mediante un provvedimento che stabilisce l'oggetto, gli obiettivi e la durata, mentre il contratto accessivo individua solo il trattamento economico. Elementi di innovazione riguardano invece le caratteristiche oggettive dell'incarico in quanto viene introdotto il riferimento alla "complessità della struttura interessata"; per ciò che concerne le caratteristiche soggettive viene dato risalto ai risultati conseguiti in precedenza nell'amministrazione di appartenenza del dirigente e della relativa valutazione, alle specifiche competenze organizzative possedute nonché alle esperienze di direzione eventualmente maturate all'estero, sia presso il settore privato che presso altre pubbliche amministrazioni. Dopo il primo comma dell'art. 19 vengono inoltre introdotti i commi 1 bis e 1 ter, attuativi dei principi di pubblicità e trasparenza con riferimento rispettivamente al conferimento e alla revoca dell'incarico dirigenziale. Il comma 1 bis, infatti, prevede che l'amministrazione, precedentemente al conferimento degli incarichi dirigenziali, renda conoscibili, anche mediante pubblicazione di apposito avviso sul sito istituzionale, il

numero e la tipologia dei posti di funzione che si rendono disponibili nella dotazione organica ed i criteri di scelta, che acquisisca le disponibilità dei dirigenti interessati e le valuti. Il comma 1 ter circoscrive la revoca di un incarico dirigenziale esclusivamente alle ipotesi di responsabilità previste dall'art. 21, comma 1, secondo periodo del d.lgs. n. 165 del 2001.

Il vigente testo dell'art. 19 del d.lgs. n.165/2001 distingue diverse tipologie di incarico, individuate “in ordine decrescente di importanza (e di vicinanza all'organo politico)”²²⁸, e disciplinate con distinte procedure e modalità di conferimento.

Il terzo comma prevede “*gli incarichi di Segretario generale di ministeri, gli incarichi di direzione di strutture articolate al loro interno in uffici dirigenziali generali*” o altri incarichi ed essi equivalenti, attribuiti mediante Decreto del Presidente della Repubblica, emanato previa deliberazione del Consiglio dei Ministri su proposta formulata dal Ministro competente.

Il quarto comma individua “*gli incarichi di funzione dirigenziale di livello generale*”, conferiti con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta elaborata dal Ministro competente.

Il quinto comma disciplina “*gli incarichi di direzione degli uffici di livello dirigenziale*”, conferiti dal dirigente dell'ufficio di livello dirigenziale generale.

²²⁸ Cfr. G. D'ALESSIO e B. VALENSISE *Incarichi di funzioni dirigenziali* in “*Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*”, Commentario a cura di F. CARINCI e L. ZOPPOLI, UTET, Torino 2004, pag.1061.

Il decimo comma, infine, contempla infine la fattispecie di incarico dirigenziale *“di funzioni ispettive, di consulenza, studio e ricerca o altri incarichi specifici previsti dall’ordinamento, ivi compresi quelli presso i collegi di revisione degli enti pubblici in rappresentanza di amministrazioni ministeriali”*²²⁹.

Le funzioni dirigenziali, peraltro, possono essere attribuite non solo ai dirigenti che, attraverso le forme di reclutamento descritte, vengono iscritti nei ruoli della pubblica amministrazione che conferisce l’incarico, ma, altresì a dirigenti appartenenti ad altre pubbliche amministrazioni (art.19 comma *5bis*) ovvero a soggetti esterni alla PA dotati di specifica esperienza e di particolare e comprovata qualificazione professionale non rinvenibile nei ruoli medesimi (art.19 comma 6).

E’ evidente che, la *ratio-legis* è senz’altro riconducibile all’esigenza di *“arricchire ed integrare le professionalità già a disposizione delle amministrazioni dello Stato con l’apporto di competenze maturate altrove”*²³⁰.

In particolare, attraverso le disposizioni di cui al comma *5bis*, l’intento è quello di pervenire ad una crescita professionale della dirigenza mediante la mobilità delle unità dirigenziali all’interno del vasto settore “pubblica

²²⁹ Sulla particolarità di tali incarichi v. infra par.2.

²³⁰ G. D’ALESSIO e B. VALENSISE, op. cit., p.1068.

amministrazione” con la conseguente trasmissione del *know how* e la condivisione delle esperienze professionali.

La fondamentale distinzione che può rinvenirsi tra il comma 6 e il comma *5bis* è connessa ai diversi requisiti previsti per i soggetti destinatari. Il comma 6, infatti, contempla espressamente la possibilità di conferire incarichi di funzioni dirigenziali a soggetti non in possesso della relativa qualifica.

Il legislatore ha comunque limitato significativamente l’esercizio di tale facoltà prevedendo precisi limiti percentuali per il conferimento di incarichi dirigenziali a soggetti estranei al ruolo dell’amministrazione.

Dall’esame del dettato normativo è possibile evincere gli elementi che appaiono comuni a tutte le selezioni del personale dirigenziale all’interno delle amministrazioni statali²³¹ per il conferimento degli incarichi.

La scelta deve riguardare, in primo luogo, i dirigenti iscritti nei ruoli di ciascuna amministrazione; non è un caso se tutte le altre ipotesi di conferimento di funzioni dirigenziali, ivi comprese quelle relative a dirigenti appartenenti ad altre amministrazioni o ad organi costituzionali, soggiacciono a precisi limiti quantitativi.

La durata degli incarichi deve essere determinata. L’art. 14-*sexies*, comma 1, del D.L. 30 giugno 2005, n.115 (convertito con L. 17 agosto 2005, n.168), che ha modificato il secondo comma dell’art. 19, dispone che “*la durata*

²³¹ G. D’ALESSIO e B.VALENSISE, op.cit., pag.1062.

dell'incarico, che deve essere correlata agli obiettivi prefissati ... non può essere inferiore a tre anni né eccedere il termine di cinque anni”.

Nel rispetto di quanto previsto dall'art. 7, primo comma, del D.lgs.165/2001²³², i criteri di conferimento degli incarichi di funzione dirigenziale di livello generale e quelli degli incarichi di direzione degli uffici di livello dirigenziale tengono conto delle condizioni di pari opportunità.

A conclusione dello studio della normativa emerge dunque, come segnalato in apertura, la peculiarità del rapporto di lavoro dirigenziale, che ruota intorno alla compresenza di istituti *sui generis*: un contratto individuale costitutivo del rapporto di lavoro a tempo indeterminato – che non legittima *ex se*, come avviene per i dirigenti privati, all'esercizio delle relative funzioni – e un provvedimento di conferimento dell'incarico, finalizzato alla preposizione del dirigente alla titolarità di una direzione, ufficio o servizio.

Se, nel privato, vi è coincidenza tra i due momenti, nel pubblico il rapporto di lavoro, a tempo indeterminato, è invece separato da quello relativo al conferimento dell'incarico, sempre a tempo determinato: tale disgiunzione genera un “*sistema binario*”²³³, per cui lo status di dirigente pubblico, di per sé, non implica necessariamente l'esecuzione di mansioni di direzione ma soltanto l'idoneità a svolgere le mansioni medesime.

²³² “*Le pubbliche amministrazioni garantiscono parità e pari opportunità tra uomini e donne (...) nell'accesso al lavoro, nel trattamento e nelle condizioni di lavoro ...*”.

²³³ L FIORILLO, *Il diritto del lavoro ... cit*, pag.277.

Come rilevato in precedenza, nell'originaria formulazione dell'art. 19 d.lgs. n. 29/1993, si faceva riferimento soltanto al provvedimento di conferimento dell'incarico²³⁴. I decreti legislativi n.80/1998 e n.387/1998 hanno apportato significative modificazioni. Più precisamente, a seguito di tali interventi correttivi²³⁵, il conferimento delle funzioni dirigenziali veniva a caratterizzarsi per la compresenza di due tipologie di atti: il contratto individuale - che, per ciascun incarico, definiva l'oggetto, gli obiettivi da conseguire, la durata e il relativo trattamento economico - e il decreto di conferimento, che individuava l'ufficio da ricoprire e la persona deputata, la cui forma e relativa procedura di adozione era in ragione della tipologia dell'incarico.

La l. n.145/2002 ha operato rilevanti modifiche al predetto schema di riferimento. L'art. 3 della legge da ultimo citata, infatti, nel modificare il secondo comma dell'art. 19 del D.lgs.n.165/2001, ha stabilito che debba essere il provvedimento di conferimento dell'incarico ad individuare il contenuto, vale a dire l'oggetto dell'incarico stesso e gli obiettivi da conseguire, assegnando al

²³⁴Nel secondo comma era previsto: *“Gli incarichi di direzione degli uffici di ciascuna amministrazione dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, di livello dirigenziale generale sono conferiti con decreto del Ministro competente, sentito il Presidente del Consiglio dei Ministri, a dirigenti generali in servizio presso l'amministrazione interessata. Con la medesima procedura sono conferiti gli incarichi di funzione ispettiva e di consulenza, studio e ricerca di livello dirigenziale generale”*. Il terzo comma recitava: *“gli incarichi di direzione degli uffici di ciascuna amministrazione dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, di livello dirigenziale sono conferiti con decreto del Ministro, su proposta del dirigente generale competente, a dirigenti in servizio presso l'amministrazione interessata. Con la medesima procedura sono conferiti gli incarichi di funzione ispettiva e di consulenza, studio e ricerca di livello dirigenziale”*.

²³⁵ Si vedano, rispettivamente, l'art.13 del D.lgs. 80/1998 e l'art.5 del D.lgs.387/1998.

contratto individuale un carattere meramente accessorio al provvedimento con la funzione di definire il corrispondente trattamento economico.

Ne consegue che il rapporto di lavoro del dirigente viene ora a caratterizzarsi per *“l’esistenza di due negozi che si intrecciano con un provvedimento: il primo negozio è costituito da un contratto a tempo indeterminato, il secondo da un contratto che definisce la retribuzione relativa all’incarico; tra l’uno e l’altro si colloca il provvedimento. Il primo contratto segna la nascita del rapporto di lavoro con l’amministrazione (contratto base)²³⁶; fa seguito al superamento di un concorso o di un corso-concorso selettivo di formazione (...) ed emerge dalla conseguente iscrizione nei ruoli. Il secondo contratto coincide, invece, con una fase successiva e puramente eventuale di un rapporto di lavoro ormai instaurato ed accede ad un provvedimento di assegnazione dell’incarico medesimo”²³⁷*; esso è quello che individua il *quantum debeatur*.

Tali caratteristiche hanno generato accese dispute in ordine all’individuazione della categoria giuridica cui gli atti di conferimento dell’incarico dirigenziale debbano essere ascritti.

²³⁶ Tale contratto individuale costituisce una sorta di “contenitore delle prestazioni, dovute, via via, in forza degli incarichi conferiti, che si innestano sul primo contratto, quasi come ulteriori sequenze sub-procedimentali. A tali provvedimenti unilaterali di conferimento dell’incarico – sempre a tempo determinato – conseguono altrettanti accordi individuali, accessivi all’incarico stesso, che ne definiscono la relativa retribuzione”. Così F. BASILICA, op. cit. pag. XXXV.

²³⁷ G. NICOSIA *La Cassazione “blinda” la privatizzazione del rapporto di lavoro dirigenziale* in *Giornale di Diritto amministrativo* n. 10/2004, p.1097.

Limitando l'analisi alle discussioni relative all'attuale assetto normativo, si segnala anzitutto l'orientamento che emerge dalla circolare interpretativa della Presidenza del Consiglio dei Ministri in data 31 luglio 2002, alla cui stregua il provvedimento di conferimento andrebbe ricondotto nell'alveo dei provvedimenti amministrativi - espressione di un potere autoritativo²³⁸. In linea con tale circolare vi è chi afferma che il contenuto dell'incarico (oggetto, obiettivi e durata) è espressione di una volontà del datore di lavoro pubblico: *“il momento del conferimento dell'incarico sarà dominato dalla presenza di un atto autoritativo di fronte al quale la volontà dei privati e le loro posizioni giuridiche soggettive recedono sino ad affievolirsi in posizione di interessi legittimi o addirittura meri interessi privi di tutela (...) Contrattare del provvedimento è la proposta contrattuale retributiva cui può ben seguire il rifiuto del dirigente selezionato”*.²³⁹

Si sottolinea, inoltre, come il carattere pubblico sia riconducibile alla *“volontà del legislatore di riaffermare la natura amministrativa dell'atto di conferimento dell'incarico dirigenziale, in conformità ai principi costituzionali di legalità e di certezza, che impongono di riservare alla legge o ad atti*

²³⁸ La circolare 31 luglio 2002 della Presidenza del Consiglio dei Ministri - concernente “Modalità applicative della legge sul riordino della dirigenza” - al punto 7) afferma il “carattere provvedimentale degli atti” di conferimento stabilendo che *“l'attività riguardante il conferimento degli incarichi, anche in mancanza di apposita disciplina di dettaglio, è assoggettata ai principi generali del procedimento amministrativo, con particolare riguardo alle regole partecipative ed all'obbligo dell'amministrazione di comunicare l'avvio del procedimento ai soggetti destinatari dell'atto conclusivo”*.

²³⁹ G. NICOSIA, op. cit., pag.1095.

pubblicistici, suscettibili di controllo di legalità e di legittimità, sia l'identificazione delle funzioni e delle potestà pubbliche idonee ad incidere autoritativamente sulle situazioni dei singoli, sia la distribuzione di queste funzioni e potestà tra le diverse articolazioni dell'organizzazione (ossia tra gli uffici dirigenziali e quindi anche tra i relativi titolari)''²⁴⁰.

Le tesi che, al contrario, sostengono la natura privatistica dell'atto di conferimento si richiamano ai principi che sono stati affermati per riformare l'organizzazione degli uffici in senso più efficiente ed efficace rispetto al passato, delineando una dirigenza che si caratterizza per le funzioni che effettivamente svolge e non per quelle ad essa astrattamente attribuibili.

Tale assunto verrebbe ad essere avvalorato anche dalla previsione di cui all'art. 2, primo comma, del T.U. del 2001 che assoggetta alla disciplina pubblicistica “*i modi di conferimento della titolarità*” degli uffici – e non già il loro concreto conferimento - nonché dall'articolo 5, secondo comma, del medesimo T.U., che rimette alla disciplina privatistica le “*determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro*”.

Anche la Corte di Cassazione ha sostenuto la natura privatistica dell'atto di conferimento. Nella sentenza n. 5659 del 20 marzo 2004²⁴¹ gli Ermellini

²⁴⁰ F. BASILICA, op.cit., pagg. XXXI e ss.:

²⁴¹ Circa il carattere privatistico dell'atto di conferimento, la Corte di Cassazione, confermando precedenti giurisprudenziali sia della Corte medesima che della Corte Costituzionale, ha affermato,

escludono che la riforma del 2002 abbia ricondotto l'atto di conferimento nella categoria dei provvedimenti amministrativi sia perché è stato mantenuto intatto l'art. 63 del d.lgs.n.165/2001 (sulla devoluzione al giudice ordinario delle relative controversie), sia per l'assenza nel testo normativo (art.19, comma2) del predicato "amministrativo" accanto alla locuzione "provvedimento" (di conferimento).

Per la Suprema Corte, la *"necessaria struttura unilaterale dell'atto di conferimento risulta perfettamente compatibile con la natura privata del potere, avendo la legge inteso soltanto rafforzare la posizione di preminenza del datore di lavoro pubblico sul piano dell'organizzazione"*.

Tale posizione è stata confermata anche nella sentenza della Cassazione civile, sez. lav., 22 dicembre 2004, n. 23760. Più precisamente, in tale sede è stato affermato che al conferimento degli incarichi dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni deve riconoscersi la natura di determinazione assunta con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, esulandosi dall'ambito delle procedure concorsuali riservate al diritto pubblico, con la conseguenza di ricondurre le situazioni giuridiche dei dipendenti con qualifica dirigenziale di

tra l'altro, che "...la riconduzione del potere di conferimento degli incarichi nella categoria dei poteri privati, con tutto l'apparato di controllo che la giurisprudenza del lavoro ha elaborato da tempo risalente, sembra costituire il giusto punto di equilibrio tra le esigenze di flessibilità (perseguite con la "privatizzazione") e quelle di garanzia del personale dirigenziale, con risultati conformi ai precetti costituzionali..."

fronte al potere di conferimento dell'incarico al novero dei c.d. "interessi legittimi di diritto privato"²⁴².

2 Vicende estintive del rapporto di lavoro dirigenziale

2.1 Responsabilità dirigenziale: natura giuridica e rapporti con la responsabilità disciplinare

Dalla peculiare natura del rapporto di lavoro dirigenziale, fino ad ora esaminata, si comprende come le vicende estintive possono riguardare soltanto l'incarico delle funzioni - come nel caso della scadenza del termine, della decadenza automatica ex lege (*spolis system*) e della revoca - o l'intero rapporto di lavoro con l'amministrazione - come nel caso del recesso datoriale - o ambedue - in particolare riferimento ai dirigenti esterni alla PA.

La materia è strettamente correlata al tema della responsabilità dirigenziale.

Il D.P.R. n.748/1972 che, come visto nel precedente paragrafo, segnò la prima regolamentazione delle funzioni dirigenziali nel pubblico impiego, affermava, all'art.19, il principio della responsabilità per "*i risultati negativi*": più specificatamente, il primo comma, ferma restando la responsabilità penale, civile, amministrativa, contabile e disciplinare prevista per tutti gli impiegati civili, sanciva la responsabilità in capo ai dirigenti delle diverse qualifiche "*del*

²⁴² Cfr, anche, Cass., 24 settembre 2015 n.1972.

buon andamento, dell'imparzialità e della legittimità dell'azione degli uffici cui sono preposti". Nel secondo comma, veniva precisato che la responsabilità concerneva sia l'osservanza degli indirizzi generali emanati dal Consiglio dei Ministri e dal Ministro per il dicastero di competenza, sia la rigorosa osservanza dei termini e delle altre norme di procedimento, sia il conseguimento dei risultati; nel terzo comma era previsto che, in caso di risultati negativi rilevati nell'organizzazione del lavoro e nell'attività dell'ufficio, si dovesse attivare una specifica procedura il cui avvio era demandato ad un atto di contestazione del Ministro e che poteva concludersi con misure sanzionatorie graduate in ragione della gravità della responsabilità e diversificate in ragione della qualifica dirigenziale attribuita.

La configurazione della responsabilità dirigenziale quale autonoma forma di responsabilità era finalizzata a far coincidere aspetti formali e sostanziali. Invero essendo i vertici burocratici titolari di funzioni in merito all'attuazione delle politiche pubbliche, ne dovevano assumere la relativa responsabilità, mentre di fatto fino a quel momento gli unici soggetti responsabili erano gli organi politici.

L'istituto rimase peraltro a lungo inattuato in quanto il modello gerarchico relegava la dirigenza in una posizione di assoluto subordine rispetto

all'esecutivo che, nel contempo, si asteneva dall'adottare gli atti di indirizzo indispensabili per l'esercizio delle funzioni dirigenziali²⁴³.

Le riforme degli anni novanta revisionarono l'istituto della responsabilità dirigenziale, affermandone la centralità, nel solco di una nuova cultura dell'azione amministrativa pubblica, basata sul principio della separazione delle funzioni dell'indirizzo politico-amministrativo (attribuite all'organo di governo) dalle funzioni amministrativo-gestionali (assegnate ai dirigenti).

Ne è derivato un sistema di incarichi di funzioni dirigenziali caratterizzato dalla separazione tra possesso della qualifica ed esercizio della relativa funzione, in un contesto caratterizzato da un rinnovato sistema di controlli idoneo ad introdurre appropriati strumenti di misurazione e di valutazione dei risultati raggiunti.

L'art. 20 del d.lgs. n.29/1993 attribuiva ai dirigenti la responsabilità del risultato dell'attività svolta dai propri uffici, della realizzazione dei programmi e dei progetti loro affidati, della gestione del personale e delle risorse finanziarie e strumentali ad essi assegnate. L'aspetto innovativo era dato dalla stretta connessione tra gestione e bilancio attuato attraverso l'assegnazione delle risorse economiche e finanziarie. Per la verifica dei risultati il Ministro si avvaleva di appositi nuclei di valutazione composti da esperti in tecniche di

²⁴³ In tal senso A. BOSCATI, *Verifica dei risultati, responsabilità dirigenziale e Comitato dei Garanti in Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni* - Commentario a cura di F.Carinci, L.Zoppoli, 2004, pag.1162.

valutazione e nel controllo di gestione, anche interni all'amministrazione. La valutazione era collegata ai risultati complessivi dell'attività del dirigente e non all'esattezza e correttezza dei singoli atti.

La norma prevedeva che l'inosservanza delle direttive generali o il risultato negativo della gestione potevano comportare il collocamento a disposizione per la durata massima di un anno. A seguito delle modifiche operate attraverso il d.lgs. 18 novembre 1993, n.470, fu aggiunta la previsione che, in caso di responsabilità particolarmente grave o reiterata, nei confronti dei dirigenti generali o equiparati, poteva essere disposto il collocamento a riposo per ragioni di servizio, anche se fosse mai stato in precedenza disposto il collocamento a disposizione²⁴⁴.

Tuttavia, nel corso della prima fase della riforma, la responsabilità dirigenziale rimase affermata, ancora una volta, solo sulla carta²⁴⁵.

Durante la c.d. seconda fase della privatizzazione si cercò di contemperare due opposti interessi, da un lato l'autonomia gestionale del dirigente, che richiedeva una valutazione obiettiva dell'attività svolta secondo modalità

²⁴⁴ Norma successivamente dichiarata incostituzionale (Cfr. Corte Cost. 16 maggio 2002 n.193).

²⁴⁵ Cfr. A. BOSCATI, *Verifica dei risultati*, cit... pagg.1165 e ss. A tale proposito l'autore, oltre al dualismo rinvenibile nella disciplina del rapporto di lavoro della dirigenza, individua sostanzialmente quattro circostanze alla base, all'epoca, della perdurante ineffettività dell'istituto: l'autonomia riconosciuta alle amministrazioni nella scelta del tipo di organismo di valutazione cui avvalersi e l'assenza di termini perentori per la realizzazione dei diversi adempimenti; la composizione degli organismi di valutazione che presentava evidenti commistioni tra soggetti controllori e soggetti controllati e si connotava per la preminenza di esperti di diritto piuttosto che di controllo di gestione; l'attribuzione ad un unico organismo di compiti di controllo attinenti a funzioni sostanzialmente diverse; il collegamento dei parametri di valutazione alla sola attività di gestione, trascurando la valutazione del grado di capacità di realizzare i fini attribuiti dalla legge ad ogni apparato burocratico.

procedimentalizzate, dall'altra l'esigenza dell'organo politico di disporre di un sistema di controlli e di verifica dell'azione amministrativa al fine di adottare eventuali interventi correttivi nei confronti di dirigenti che si fossero dimostrati inidonei allo svolgimento dei compiti loro assegnati.

I decreti legislativi n.80/1998 e n.387/1998 novellarono la disciplina della materia, individuando essenzialmente due ipotesi di responsabilità dirigenziale: quella connessa ai "risultati negativi dell'attività amministrativa e della gestione" e al "mancato raggiungimento degli obiettivi" (art. 21, primo comma del d.lgs.n.29/1993) e quella concernente la "grave inosservanza delle direttive" e la "ripetuta valutazione negativa" (art. 21, secondo comma del decreto legislativo suddetto).

Nei primi due casi, configurabili come responsabilità lievi, veniva prevista la medesima sanzione e cioè "la revoca dell'incarico e la destinazione ad altro incarico", anche tra quelli di studio e ispettivi, presso la stessa o anche presso una diversa amministrazione²⁴⁶. Nel caso di "grave inosservanza delle direttive" e di "ripetuta valutazione negativa", erano previste sanzioni più rigorose, quali l'esclusione di ulteriori incarichi di funzione dirigenziale per non meno di due anni ovvero, nelle ipotesi di maggiore gravità, il recesso dal rapporto di lavoro (rispettivamente responsabilità media e responsabilità grave).

²⁴⁶ Si veda l'art.21, primo comma, così come modificato dall'art.14 D.lgs.80/1998.

L'art. 21 del decreto legislativo n. 165/2001, ripropose, nella sua originaria formulazione, le disposizioni appena esaminate. Importanti modifiche sono state apportate dalla l. n.145/2002 con la quale venne invece sancito che il mancato raggiungimento degli obiettivi, ovvero l'inosservanza delle direttive comportavano l'impossibilità di rinnovo dello stesso incarico dirigenziale. In relazione alla gravità dei casi, l'amministrazione poteva, inoltre, revocare l'incarico collocando il dirigente a disposizione dei ruoli, ovvero recedere dal rapporto di lavoro secondo le disposizioni del contratto collettivo.

Se da un lato, dunque, veniva riproposta la graduazione della responsabilità dirigenziale del testo storico del d.lgs. n.165/2001, dall'altro, diversamente rispetto al passato, non erano più menzionati i casi di "risultati negativi dell'attività amministrativa e della gestione" ovvero di "ripetuta valutazione negativa" e le sanzioni venivano individuate "*secondo la gravità progressiva di una sola coppia di ipotesi*"²⁴⁷, e cioè: mancato raggiungimento degli obiettivi e inosservanza delle direttive.

E' stato osservato che, alla stregua di tale formulazione, si poteva rinvenire rispetto al passato un duplice ordine di effetti, indici significativi dell'esaltazione del carattere fiduciario assegnato agli incarichi dirigenziali: la riduzione della sfera della responsabilità dirigenziale - essendo venuta meno

²⁴⁷ S. MAINARDI, *La responsabilità dirigenziale e il ruolo del Comitato dei Garanti in LPA.*, 2002, pagg. 1078 e ss.

l'ipotesi di responsabilità relativa ai “risultati negativi dell'attività amministrativa e della gestione” che condizionava in modo espresso il dirigente a perseguire gli obiettivi ottimizzando l'efficienza e l'economicità - e, correlativamente, l'intensificazione di tale responsabilità - perché, attesa la nuova formulazione, *“il dirigente non potrebbe giustificare comportamenti difformi dalle direttive ricevute con l'esigenza di assicurare efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa in relazione ai fini imposti dalle legge”*²⁴⁸.

Si veniva quindi a determinare un'ulteriore sopravvalutazione del vincolo tra amministrazione politica e dirigenza sul terreno della responsabilità – resa evidente dalla possibilità di reprimere inosservanze lievi delle direttive²⁴⁹.

Al verificarsi delle due fattispecie si collegavano, a seconda della gravità dei casi, le diverse misure sanzionatorie: mancato rinnovo dello stesso incarico dirigenziale in caso di responsabilità lieve; revoca dell'incarico con collocamento a disposizione del dirigente nei ruoli in caso di responsabilità media; recesso dal rapporto di lavoro per responsabilità grave.

In materia è intervenuta, infine, la riforma Brunetta. Il d.lgs. n.150/2009, pur lasciando sostanzialmente immutato l'impianto sopra descritto, collega funzionalmente la disciplina della responsabilità dirigenziale al nuovo sistema di misurazione e valutazione della *performance*²⁵⁰. Aggiunge inoltre il comma

²⁴⁸ M.G. GAROFALO, *La dirigenza pubblica rivisitata* in LPA 2002, pagg. 873 e ss.

²⁴⁹ S.MAINARDI, op.ult.cit, pag. 1082.

²⁵⁰ L. FIORILLO, op. ult. cit., pag.295.

1-bis all'art.21 che attribuisce un'ulteriore responsabilità al dirigente che si rende colpevole della violazione del dovere di vigilanza sul rispetto, da parte del personale assegnato ai propri uffici, degli standard quantitativi e qualitativi fissati dall'amministrazione. In tal caso la sanzione prevista consiste nella decurtazione, fino all'ottanta per cento, della retribuzione di risultato.

Questa nuova fattispecie di responsabilità impone al dirigente di utilizzare al meglio le risorse umane messe a sua disposizione, chiamandolo a rispondere dell'eventuale mancata produttività dei dipendenti assegnati al proprio ufficio.

In dottrina la problematica relativa alla configurazione delle ipotesi di responsabilità dirigenziale ha acceso un ampio dibattito. La discussione non rileva ai fini delle sanzioni da applicare – già esattamente individuate dal legislatore – quanto in ordine alla diversa portata dell'onere probatorio a carico delle parti. Se, infatti, si propendesse per la natura disciplinare della responsabilità ne deriverebbe che l'amministrazione dovrebbe fornire la prova della colpevolezza del dirigente. Qualora invece si attribuisse alla responsabilità in questione natura contrattuale conseguente ad inadempimento di obbligazione di risultato, l'amministrazione potrebbe limitarsi a provare il fatto oggettivo dell'esistenza dell'incarico e del verificarsi di una delle ipotesi legislativamente previste, incombendo invece sul dirigente l'onere probatorio sancito a livello generale per il debitore dall'art.1218 c.c. dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione e della non imputabilità della stessa.

Prima delle modifiche operate dalla novella del 2002, tra le soluzioni interpretative proposte emergevano due orientamenti.

Alcuni autori ritenevano che la responsabilità dirigenziale confluisse in quella disciplinare, costituendone una specificazione²⁵¹. In tutte le ipotesi indicate rilevarebbe infatti il comportamento illecito e colposo del dirigente venuto meno al rispetto di regole giuridiche poste per lo svolgimento delle proprie attività. In tale direzione poteva altresì invocarsi il rinvio operato dalla norma alle garanzie tipiche del procedimento disciplinare.

Secondo un'altra teoria la responsabilità dirigenziale andava invece sdoppiata per essere inquadrata in due fattispecie diverse. Le ipotesi legate ai risultati negativi configuravano un inadempimento di un'obbligazione di risultato in cui rilevava un giudizio di incapacità a rivestire posizioni manageriali; l'inosservanza delle direttive, considerata di natura disciplinare, andava invece definita come inadempimento di obbligazione di in cui assumeva rilievo l'obbligo del dirigente di conformare la propria condotta agli indirizzi ricevuti ²⁵².

²⁵¹ Cfr. P. TULLINI *La responsabilità del dirigente pubblico (una lettura in chiave giuslavorista)* in Arg. Dir. Lav., 2000, pag. 610.

²⁵² Cfr. A. BOSCATI. op.ult.cit., pagg. 1176 e ss.

L'entrata in vigore della l.n.145/2002, con la riduzione a sole due ipotesi di responsabilità dirigenziale, non ha risolto il problema qualificatorio²⁵³, o meglio lo ha fatto solo in parte.

La dottrina prevalente ritiene infatti che l'art.21 novellato rappresenti *“una qual sorta di presa d'atto legislativa della distinzione concettuale tra responsabilità dirigenziale e responsabilità disciplinare”*²⁵⁴. In questa direzione sembra orientare chiaramente la lettera della norma laddove, dopo l'indicazione delle due ipotesi sostanziali, contiene l'inciso *“ferma restando l'eventuale responsabilità disciplinare secondo la disciplina contenuta nel contratto collettivo”*²⁵⁵.

La differenza risiede nel diverso peso attribuito all'elemento soggettivo: determinante a livello disciplinare, scarso nelle ipotesi contemplate dall'art.21, che fuoriescono da qualsiasi logica punitiva o risarcitoria per dirigersi piuttosto verso l'esigenza dell'amministrazione di rimuovere tempestivamente il dirigente incapace²⁵⁶. Ciò non toglie che, astrattamente, entrambe le fattispecie potrebbero concretare illeciti disciplinari: ma il legislatore, con l'inciso sopra menzionato, ha voluto chiaramente isolarle per renderle autonome. In esse ciò che rileva è l'incapacità ad eseguire l'incarico, anche se la stessa può desumersi

²⁵³ Cfr. A. BOSCATI, op.ult.cit., pag.1178. Ivi l'autore sottolinea come parte della dottrina abbia ritenuto che il legislatore del 2002 ha spostato l'imputazione della responsabilità sul versante dell'inosservanza delle direttive.

²⁵⁴ S. MAINARDI, op.ult.cit. pag. 1079.

²⁵⁵ In giurisprudenza, Tribunale di Trapani 26/11/2003.

²⁵⁶ Cfr. S. MAINARDI, op.ult.cit., pag.1080.

da atti e comportamenti che potrebbero essere altresì sanzionati sul piano disciplinare²⁵⁷.

L'autonomia delle due forme di responsabilità affermata implicitamente dalla novella del 2002 ha spinto la dottrina maggioritaria verso la configurazione dei casi contemplati dall'art.21 come fattispecie di responsabilità contrattuale²⁵⁸. Anche i principi fondamentali espressi dalla Corte costituzionale nella sentenza 16 maggio 2002 n.193 - dai quali si evince che la responsabilità dirigenziale è un effetto diretto dell'autonomia gestoria attribuita al dirigente - inducono a propendere per la natura contrattuale della responsabilità dirigenziale. Invero l'attività del dirigente, oltre ad essere sottratta a possibili ingerenze degli organi politici in fase attuativa, viene svolta in adempimento di un contratto di lavoro e quindi comporta in caso di inadempimento una responsabilità di natura tipicamente contrattuale. Si tratta di una responsabilità propria del dirigente connessa all'esercizio delle funzioni individuate nell'atto d'incarico²⁵⁹.

Il dibattito è ancora aperto sulla natura dell'inadempimento. Se da un lato la dottrina è pressoché concorde nel collegare l'ipotesi del mancato raggiungimento degli obiettivi ad un'obbligazione di risultato²⁶⁰, v'è ancora

²⁵⁷ A. BOSCATI, op.ult.cit., pag.1182.

²⁵⁸ In senso difforme vedi, tra gli altri, P. SORDI *Le controversie in tema di incarichi dirigenziali in LPA*, 2005, pagg.765 e ss. L'autore rileva come la medesima legge Frattini, nel trasferire la definizione del contenuto dell'incarico dal contratto al provvedimento amministrativo, faccia dubitare della natura negoziale della responsabilità in caso del mancato raggiungimento degli obiettivi decisi unilateralmente.

²⁵⁹ A. BOSCATI, op.utl. cit. pag.1179.

²⁶⁰ V. però P. SORDI, op.loc.cit., in senso difforme.

difformità di vedute sulla configurazione giuridica dell'inadempimento in caso di inosservanza delle direttive, che molti autori riconducono ad un'obbligazione di mezzi, rilevando come in tal caso si abbia esclusivamente riguardo al comportamento del dirigente.

Va segnalata altresì la tesi di chi ritiene che, anche nell'ipotesi in questione, si tratti di obbligazione di risultato²⁶¹. Essa poggia sulla considerazione che le direttive indicate dall'art.21 del dlgs.n.165/2001 si identificano con quelle emanate dai singoli Ministri ai sensi dell'art.14, primo comma lett. a), del medesimo decreto, le quali specificano per ogni dicastero gli obiettivi da raggiungere²⁶². La loro inosservanza concreta pertanto, anche in tal caso, un mancato raggiungimento di obiettivi riferiti, nella direttiva generale, alla singola unità affidata al dirigente. Viene evidenziato inoltre che, ai sensi dell'art.19 primo comma del decreto 165, anche l'atto di conferimento dell'incarico fa esplicito riferimento alle priorità, piani e programmi definiti nella direttiva annuale.

Da quanto sopra esposto emerge dunque “*omogeneità tra le due ipotesi sostanziali di inadempimento definite dall'art.21*”²⁶³, in quanto entrambe sono ricollegabili al mancato raggiungimento di obiettivi: quelli richiamati

²⁶¹ Cfr. A.BOSCATI., op.ult.cit. pag.1179.

²⁶² IVI, pag.1183 La specificità di tali obiettivi si rileva, secondo l'autore, dal terzo comma dell'art.14 laddove viene prevista, in caso di grave inosservanza da parte del dirigente, la nomina di un commissario ad *acta*: previsione superflua se non vi fossero risultati predeterminati da raggiungere.

²⁶³ IVI, pag.1184

specificamente nel provvedimento di incarico la prima; quelli contenuti nella direttiva generale – cui il medesimo provvedimento di incarico rinvia – la seconda.

La configurazione giuridica della responsabilità dirigenziale come correlata ad inadempimento da obbligazione contrattuale di risultato non significa che essa non comporti, al fine della concreta imputabilità al dirigente, una valutazione circa la congruità dei mezzi messi a disposizione dello stesso per lo svolgimento dell'incarico. Il mancato raggiungimento degli obiettivi può essere effettivamente ricondotto al dirigente soltanto se non v'è stata la concorrenza di alcun fattore estraneo che ha reso impossibile la prestazione.

Alla responsabilità dirigenziale (o anche, manageriale-gestionale) del dirigente, si aggiunge quella disciplinare, la cui regolamentazione, secondo il richiamato art.21 d.lgs. n.165/2001, si rinviene nel contratto collettivo.

La fonte negoziale, peraltro, aveva in un primo momento escluso qualsiasi sanzione di tipo conservativo, contemplando il solo recesso per giusta causa²⁶⁴. Già in occasione della riforma Brunetta, il d.lgs. n.150/2009 ha previsto espressamente alcune ipotesi di responsabilità disciplinare del dirigente.

La prima, contemplata dall'art.55-*sexies*, comma 3, del d.lgs.165/2001, è relativa al mancato esercizio o la decadenza dall'azione disciplinare, dovuti

²⁶⁴ L. FIORILLO, *Il diritto del lavoro ... cit.*, pag.299. V., ad es. l'art.41 del CCNL dirigenza Area I, del 21 aprile 2006

all'omissione o al ritardo, senza giustificato motivo, degli atti del procedimento disciplinare ovvero a valutazioni manifestamente irragionevoli di insussistenza dell'illecito in relazione a condotte aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare. La sanzione, che si applica anche ai funzionari responsabili, consiste nella sospensione dal servizio fino a un massimo di tre mesi. In caso di dolo o colpa grave, ovvero nel caso di omessa attivazione del procedimento in ipotesi di falsa attestazione della presenza in servizio, la sanzione è il licenziamento.

La seconda, prevista dall'art.55-*bis*, comma 7, attiene al rifiuto di collaborazione, falsità o reticenza nei confronti dell'autorità disciplinare, ed è punita con la sospensione dal servizio fino a 15 giorni.

Anche i vigenti contratti collettivi di area, contemplano specifiche ipotesi di illeciti disciplinari ed altresì sanzioni conservative che vanno dalla multa alla sospensione dal servizio²⁶⁵.

Quanto alla differenza con la responsabilità dirigenziale, è stato osservato come la responsabilità disciplinare scaturisce da un comportamento illecito e colposo del dipendente, il quale viola le norme giuridiche che ne regolano l'attività. Diversamente, la responsabilità dirigenziale si collega direttamente ai risultati dell'attività che è stata complessivamente realizzata e, in caso di

²⁶⁵ Cfr., ad esempio, artt.8 e 9 del C.C.N.L. Dirigenza Area I del 12 febbraio 2010 oppure gli artt. 6 e 7 del C.C.N.L. Personale dirigente comparto regioni e autonomie locali (Area II) del 22 febbraio 2010.

valutazione negativa, essa configura la sua non idoneità allo svolgimento della funzione.

Quest'ultima non ha una finalità punitiva o risarcitoria ma è diretta a soddisfare l'esigenza dell'amministrazione che, nel caso di disfunzioni che hanno pregiudicato il conseguimento di risultati attesi ed a prescindere dall'esistenza di fatti "sanzionabili sul piano disciplinare o dalla produzione di un danno", può rimuovere tempestivamente "il dirigente dimostratosi inidoneo alla funzione"²⁶⁶.

Secondo tale impostazione, in base alla quale la responsabilità dirigenziale deriva dall'inadempimento di un'obbligazione di risultato, "*la gravità rilevante ai fini dell'applicazione delle misure non assume una valenza qualitativa bensì un rilievo meramente quantitativo da intendersi come maggiore scostamento rispetto agli obiettivi da raggiungere*"²⁶⁷.

Tuttavia, non può escludersi in linea astratta che l'inadempimento di un'obbligazione di risultato possa rilevare anche sul piano della responsabilità disciplinare, laddove tale inadempimento si riconnetta ad un comportamento illecito del dirigente. In tale caso potrebbe profilarsi uno scenario del tutto particolare: se, ad esempio, l'illecito ha determinato un inadempimento dell'obbligazione di risultato tale da indurre, in vista di un poco significativo

²⁶⁶ S. MAINARDI, op.ult.cit, pagg.1078 e ss.

²⁶⁷ A. BOSCATI, op.ult.cit., p.1182.

scostamento dagli obiettivi prefissati, all'applicazione della sanzione più lieve sul piano della responsabilità dirigenziale ex art.21, sul versante della responsabilità disciplinare il medesimo illecito potrebbe determinare il recesso dell'amministrazione dal rapporto di lavoro.

Ed è soprattutto in tale ottica interpretativa che trova pieno significato l'inciso utilizzato dal legislatore nella attuale formulazione dell'articolo 21 (“ferma restando ...”), anche perché, *“ai fini della responsabilità dirigenziale si deve avere riguardo unicamente al corretto adempimento dell'obbligazione di risultato, a nulla rilevando l'elemento psicologico della consapevole e volontaria illiceità della condotta che costituisce invece un elemento strutturale della responsabilità disciplinare”*²⁶⁸.

La giurisprudenza di legittimità ha comunque *“scrupolosamente distinto”*²⁶⁹ le due forme di responsabilità. Secondo la Corte di Cassazione la responsabilità dirigenziale non è riferibile *“a condotte realizzate in puntuale violazione di singoli doveri”* ma è *“collegata, invece, ad un apprezzamento globale dell'attività del dirigente”*²⁷⁰. A parere degli Ermellini, anche nel caso di inosservanza delle direttive imputabili al dirigente - comportamento che integra *prima facie* un tipico inadempimento fonte di responsabilità disciplinare – *“il discrimine va ravvisato nel collegamento con la verifica complessiva dei*

²⁶⁸ A.BOSCATI, op.ult.cit., p.1182.

²⁶⁹ L. FIORILLO, op. ult. cit., pag.299.

²⁷⁰ Cass., sez. lav., 8 aprile 2010 n.8329.

risultati, sicché l'addebito assumerà valenza solo disciplinare nella ipotesi in cui l'amministrazione ritenga che la violazione in sé dell'ordine e della direttiva, in quanto inadempimento contrattuale, debba essere sanzionata; dovrà, invece, essere ricondotta alla responsabilità dirigenziale qualora la violazione medesima abbia inciso negativamente sulle prestazioni richieste al dirigente ed alla struttura dallo stesso diretta"²⁷¹. La Corte sottolinea ancora come il legislatore abbia individuato l'elemento caratterizzante della responsabilità dirigenziale *“nella incapacità del dirigente di raggiungere il risultato programmato (...) che prescinde da condotte realizzate in violazione di singoli doveri, in quanto la idoneità alla funzione si misura sui risultati che il dirigente è stato capace di assicurare rispetto a quelli attesi, non già sui comportamenti tenuti”*²⁷².

2.2 Revoca e recesso

Ai sensi dell'art.21 del d.lgs. n.165/2001, la revoca dell'incarico si inquadra tra le sanzioni conservative che il legislatore ha individuato nel caso di accertata responsabilità dirigenziale nelle due ipotesi tassative di mancato raggiungimento degli obiettivi e di inosservanza delle direttive. Più in

²⁷¹ Cass., sez. lav., 24 gennaio 2017 n.1753.

²⁷² Cass., sez. lav., 20 ottobre 2017, n.24905.

particolare trattasi della sanzione comminata in caso di accertata responsabilità media: per le ipotesi meno gravi la norma prevede il mancato rinnovo dello stesso incarico dirigenziale; per i casi di maggiore gravità, il recesso.

Sebbene si tratti di un istituto tipico del diritto amministrativo, nei confronti di tale provvedimento, così come nel caso del conferimento, si sono poste rilevanti questioni in ordine alla sua qualificazione alla luce dell'art. 63 del d.lgs.n.165/2001 che, nel primo comma, sancisce la devoluzione al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, oltre che delle controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle p.a., anche di quelle concernenti il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale.

Di particolare rilievo è la sentenza della Corte Costituzionale 23 luglio 2001, n. 275, con la quale è stata ritenuta legittima la devoluzione al giudice ordinario delle controversie in esame, a prescindere dalla natura dell'atto²⁷³. Ciò in quanto, in tale ambito, è stata attribuita al giudice ordinario la giurisdizione esclusiva che si estende, in via principale e *non incidenter tantum*, al corretto esercizio del potere amministrativo e alla tutela di situazioni di interesse legittimo. Pertanto, da una parte il giudice competente viene individuato a

²⁷³ La questione era stata sollevata dal Tribunale di Genova, giudice monocratico del lavoro, in ordine alla legittimità costituzionale dell'art. 18 del decreto legislativo 29 ottobre 1998, n. 387, che aveva modificato l'art. 68, comma 1, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, nella parte in cui ha devoluto al giudice ordinario le controversie concernenti il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali.

prescindere sia dalla natura giuridica sia della situazione soggettiva di cui si lamenta la lesione sia della natura dell'atto; dall'altra allo stesso viene riconosciuta una competenza esclusiva ed incondizionata, essendogli stato conferito il potere di adottare tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, in relazione al caso di specie.

Le modifiche che sono state operate con la legge Frattini – le quali hanno restituito al provvedimento amministrativo il ruolo primario nel conferimento dell'incarico, relegando il contratto alla sola fissazione del trattamento economico accessorio - hanno accentuato il dibattito, anche se l'orientamento giurisprudenziale prevalente è stato quello di confermare la giurisdizione del g.o. La Suprema Corte, in particolare, anche di recente ha ribadito come la disposizione di cui al citato art.63 del decreto 165/2001 debba far ormai considerare gli atti di conferimento e revoca *“come mere determinazioni negoziali (...) e non più atti di alta amministrazione, venendo in tal caso in considerazione come atti di gestione del rapporto di lavoro rispetto ai quali l'amministrazione stessa opera con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro”*²⁷⁴.

Al fine di giustificare la revoca anticipata dell'incarico l'amministrazione non può limitarsi a dimostrare il mancato raggiungimento dell'obiettivo, dovendo provare anche – se non altro – di aver posto il dirigente nelle condizioni

²⁷⁴ Cass., sez. un., 20 ottobre 2017 n.24877, che conferma Cass, se. Lav. 24 settembre 2015.

di raggiungere l'obiettivo assegnatogli; pertanto deve ritenersi che graveranno sull'Amministrazione (e non sul dirigente) le conseguenze processuali negative connesse alla mancata dimostrazione – ad esempio – della congruità delle risorse assegnate rispetto agli obiettivi”²⁷⁵.

Inoltre, considerato che la misura sanzionatoria conservativa in parola è da comminare “*in relazione alla gravità dei casi*”, si ritiene che “*il dirigente interessato dalla revoca ben può dedurre in giudizio che la sua responsabilità non fosse così grave da giustificare la revoca*”²⁷⁶.

Accanto alla fattispecie appena esaminata - in relazione alle quali la revoca scaturisce da valutazioni *latu sensu* soggettive – se ne può individuare una ulteriore: la revoca derivante da esigenze di ordine organizzativo. Quest'ultima si distingue dalle altre ipotesi in quanto di natura strettamente oggettiva. Infatti, nel caso in cui la ridefinizione delle competenze istituzionali dell'apparato amministrativo - a seguito di modifiche derivanti da leggi, regolamenti e da atti amministrativi interni - incida nell'oggetto e negli obiettivi assegnati²⁷⁷, sopravviene l'impossibilità di proseguire lo svolgimento delle funzioni dirigenziali relative all'incarico precedentemente conferito, determinando,

²⁷⁵ P. SORDI, *Le controversie ... cit.*, pagg.765 e ss.

²⁷⁶ P.SORDI, *Controversie in materia di incarichi dirigenziali nelle amministrazioni statali*, in *Il nuovo diritto*, 2004, p.263.

²⁷⁷ Ciò a causa, ad esempio, della soppressione della struttura ovvero per il verificarsi di un mutamento degli obiettivi istituzionali con conseguente rideterminazione degli atti di indirizzo politico.

quindi, l'estinzione *ante tempus* dello stesso²⁷⁸. E' stato comunque evidenziato come anche in tali situazioni²⁷⁹, secondo la magistratura ordinaria, l'amministrazione abbia l'obbligo di indicare le motivazioni alla base del provvedimento di revoca, dovendo informare la propria azione alle regole civilistiche della buona fede e correttezza.

Il dirigente destinatario del provvedimento di revoca viene collocato a disposizione nei ruoli (a meno che non sia un soggetto esterno alla PA con conseguente cessazione del rapporto di lavoro) ed è tenuto ad accettare, salvo adeguata motivazione, il nuovo incarico che l'amministrazione eventualmente gli assegna: in caso di ingiustificato rifiuto incorrerà nel recesso del rapporto di lavoro per responsabilità dirigenziale²⁸⁰.

La più grave sanzione in caso di responsabilità dirigenziale è il recesso dal rapporto di lavoro. La formulazione originaria dell'art.21, comma 2, del d.lgs. n.165/2001 prevedeva che, nei casi di maggiore gravità, l'amministrazione poteva recedere dal rapporto di lavoro "*secondo le disposizioni del codice civile e dei contratti collettivi*". La l.n.145 del 2002, nel modificare l'art.21 in commento, ha stabilito che l'amministrazione può recedere "*secondo le disposizioni del contratto collettivo*". La cancellazione del rinvio al codice

²⁷⁸ "Il diritto del dirigente pubblico al mantenimento dell'incarico ricevuto fino alla scadenza del termine finale di efficacia (...) trova il proprio limite nella facoltà di revoca anticipata per motivate ragioni organizzative e gestionali", Tribunale Trento, 8/11/2001.

²⁷⁹ Cfr. G. PERDONÀ, *Il licenziamento del dirigente pubblico e privato*, Cedam, 2004, pag. 242.

²⁸⁰ V. art.4 CCNL Personale dirigente Area I Funzioni centrali del 12 febbraio 2010.

civile non può condurre, secondo parte della dottrina, a ritenere l'inapplicabilità delle norme civilistiche, a causa della natura imperativa delle stesse in virtù del richiamo operato dall'art.2, comma 2 del d.lgs. n.165/2001 ed in assenza di una espressa deroga. Ne deriva la necessità di interpretare congiuntamente il rinvio operato alla fonte collettiva con i principi desumibili dagli artt.2118 (libera recedibilità con preavviso) e 2119 (giusta causa di recesso) del codice civile. Detta valutazione porta a ritenere che nel caso di grave responsabilità si configuri una fattispecie di recesso per giusta causa: infatti, soltanto in questa ipotesi, si realizza la necessaria coincidenza temporale tra la misura della revoca immediata dell'incarico e la cessazione altrettanto immediata dal rapporto di lavoro²⁸¹.

Tale soluzione è confermata dai contratti collettivi. In particolare l'art.4 del vigente CCNL per il personale dirigente del comparto Ministeri disciplina il recesso per giusta causa, che si ha nei casi di “*responsabilità particolarmente grave*”, correlata al mancato raggiungimento di obiettivi molto rilevanti per il conseguimento dei fini istituzionali dell'amministrazione - previamente individuati nei documenti di programmazione e formalmente assegnati al dirigente – ovvero all'inosservanza delle direttive generali per l'attività amministrativa e la gestione, formalmente comunicate al dirigente, i cui contenuti siano stati espressamente qualificati di rilevante interesse. Quanto alla

²⁸¹ A.BOSCATI, op.ult.cit., pag.1192.

procedura è prevista una preventiva contestazione, per iscritto, dell'addebito cui segue l'audizione dell'interessato che può farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferire mandato ad un legale di sua fiducia. L'amministrazione procedente, nelle more della conclusione del procedimento, può disporre la sospensione dal lavoro del dirigente, per un periodo non superiore a trenta giorni, con la corresponsione del trattamento economico complessivo in godimento e la conservazione dell'anzianità di servizio²⁸².

In materia di recesso è significativo il raffronto con il settore privato nel quale, secondo la disciplina civilistica, è sancita la libera recedibilità dal rapporto di lavoro dirigenziale ai sensi dell'art.2118 c.c., come si deduce, *a contrariis*, dall'art.10 della l.n.604/1966. In tale ambito l'unico vincolo legislativo è rappresentato dalla comunicazione per iscritto del licenziamento (come si evince dal combinato disposto dei commi 1 e 4 dell'art.2 della l.n.604/1966) cui si aggiunge l'obbligo, previsto dai contratti collettivi, di motivazione. La fonte collettiva ha integrato quella legale ed ha subordinato la legittimità del licenziamento del dirigente privato al requisito della giustificatezza. La giurisprudenza di legittimità ne ha delineato la differenza con la giusta causa e il giustificato motivo soggettivo. Secondo la Cassazione la giustificatezza,

²⁸² Analoghe disposizioni sono dettate dall'art.3 del CCNL dirigenza comparto Regioni ed Autonomie locali del 22 febbraio 2010.

consiste “*essenzialmente in assenza di arbitrarietà e pretestuosità o, per converso, nella ragionevolezza del provvedimento datoriale*”²⁸³.

La circostanza che la facoltà di recesso nella pubblica amministrazione sia circoscritta ai casi di particolare gravità integranti la giusta causa indurrebbe a concludere che sia esclusa la recedibilità *ad nutum*, anche se mitigata dal principio della giustificazione, nel rapporto di lavoro con i dirigenti pubblici²⁸⁴.

Il punto di partenza della discussione può essere individuato nella sentenza della Corte Costituzionale 25 luglio 1996, n. 313, ove è precisato che “*l’applicabilità al rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti delle disposizioni previste dal codice civile comporta non già che la pubblica amministrazione possa liberamente recedere dal rapporto stesso, ma semplicemente che la valutazione dell’idoneità professionale del dirigente è affidata a criteri e a procedure di carattere oggettivo (...) a conclusione delle quali soltanto può essere esercitato il recesso*”.

Dello stesso tenore la già citata pronuncia n. 193/2002 con la quale il Giudice delle Leggi ha affermato che non può ritenersi in contrasto con i principi costituzionali la sanzione della rimozione dall’impiego pubblico dei dirigenti valutati negativamente poiché il carattere della stabilità dell’impiego non

²⁸³ V., ad es. Cass., sez.lav., 28 maggio 2015 n.11067.

²⁸⁴ Cfr. A. Zoppoli, *Sub art. 21*, in *La riforma dell’organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, Commentario a cura di A. Corpaci, M.Rusciano, L. Zoppoli, in NLCC, 1999, p.1182.

assurge a principio generale dell'ordinamento. Ciò naturalmente a condizione che siano assicurate tutte le garanzie che sono espressione dei principi di imparzialità e buon andamento, che, nello specifico caso del recesso, possono sostanzialmente ricondursi alla *“specificazione delle peculiari responsabilità dirigenziali, la tipicizzazione delle misure sanzionatorie adottabili, nonché la previsione di adeguate garanzie procedurali nella valutazione dei risultati e dell'osservanza delle direttive ministeriali”*.

I principi stabiliti dalla Corte sono stati diversamente interpretati dai sostenitori della tesi della recedibilità *ad nutum* del dirigente pubblico rispetto a quelli orientati invece ad escludere, per tale categoria, l'istituto di derivazione civilistica.

Tra i primi può essere citata la Corte d'Appello di Napoli (sentenza del 31 dicembre 2004)²⁸⁵ che, a sostegno del proprio assunto, invoca la completa “privatizzazione” realizzata dal d.lgs. n. 80/1998. A parere dei giudici campani i requisiti di predeterminazione e procedimentalizzazione richiesti dalla Consulta, sono soddisfatti dal richiamo alla contrattazione collettiva contenuto nell'art.21 del d.lgs. 165/2001: la fonte negoziale, già, nella prima tornata, aveva introdotto il concetto di recesso “giustificato”. La tutela apprestata per il dirigente sarebbe quindi quella garantita dallo stesso contratto collettivo che

²⁸⁵ Citata da A. ZOPPOLI, *I fondamenti del licenziamento del dirigente pubblico: nell'attesa di Godot*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 66/2008

prevede altresì la corresponsione di un indennizzo salvi i casi di nullità o giuridica inesistenza del recesso che ricadono nella disciplina generale del contratto.

Di contrario avviso la Suprema Corte²⁸⁶, secondo la quale la “*disciplina della dirigenza privata non è (...) sovrapponibile a quella della dirigenza pubblica*”. Per gli Ermellini i requisiti sostanziali e procedurali per il recesso del dirigente pubblico stabiliti dall’art.21 del d.lgs. n.165/2001 dimostrano come il mancato raggiungimento degli obiettivi e la mancata osservanza delle direttive ricevute, se certamente incrina la fiducia nelle capacità manageriali del dirigente, non porta necessariamente alla risoluzione del rapporto, come per i dirigenti privati, bensì a sanzioni attinenti al solo incarico dirigenziale, con salvezza del rapporto fondamentale di lavoro: solo le mancanze più gravi possono portare a recedere dal rapporto di lavoro e, con esso, dall’incarico sovrastante. Pertanto la “*disciplina del recesso dal rapporto di lavoro dei dirigenti pubblici non è dunque quella dell’art. 2118 cod. civ, propria dei dirigenti privati, ma segue i canoni del rapporto di lavoro dei dipendenti privati con qualifica impiegatizia, in coerenza con la tradizionale stabilità del rapporto di pubblico impiego*”²⁸⁷.

Anche in dottrina prevale senz’altro la tesi che la recedibilità *ad nutum* sia estranea al rapporto dirigenziale pubblico. E’ difficile infatti ipotizzare la

²⁸⁶ Cass., sez. lav., 1 febbraio 2007 n.2233.

²⁸⁷ Cfr. anche Cass., sez. lav.19 marzo 2015 n.5516: “*il dirigente pubblico ha posizione giuridica diversa da quella del dirigente privato e (...) non è licenziabile ad nutum*”

coesistenza tra un libero recesso, quale è quello di cui all'art.2118 c.c. ed una precisa motivazione quale è quella richiesta dall'art.21 del d.lgs. 165/2001: *“sembrerebbe di conciliare gli opposti”*²⁸⁸. Inoltre l'assoggettamento dei dirigenti pubblici alla libera recedibilità violerebbe l'art.97 Cost. Il riconoscimento del recesso libero determinerebbe infatti *“la virtuale negazione del principio di distinzione funzionale tra dirigenti ed organi politici e dell'autonomia gestionale garantita ai primi, poiché con tale strumento (...) il dirigente risulterebbe asservito al potere politico”*²⁸⁹.

Ad ulteriore sostegno di questa tesi depongono le disposizioni dettate dall'art.22 del d.lgs.n. 165/2001, alla cui stregua il procedimento che culmina nei provvedimenti sanzionatori previsti dall'art.21 deve contemplare il parere del Comitato dei garanti, organo nominato con decreto del presidente del Consiglio dei ministri e composto da un consigliere della Corte dei Conti e da altri quattro membri, uno dei quali designato dall'Autorità nazionale anticorruzione, e gli altri dal Ministro per la Pubblica amministrazione. Trattasi comunque di parere obbligatorio ma non vincolante. Deve inoltre essere reso entro quarantacinque giorni dalla richiesta, altrimenti l'amministrazione può prescindere²⁹⁰.

²⁸⁸ A. ZOPPOLI, op.ult.cit., pag.11.

²⁸⁹ A. Bosacti, op.utl.cit., pag.1196.

²⁹⁰ Devono, per completezza d'indagine, segnalarsi alcuni interventi che prevedono l'estensione delle regole relative al licenziamento ad nutum solo ad una parte della categoria dirigenziale e precisamente a quella apicale. Questo principio previsto dalla giurisprudenza di legittimità nei confronti del settore privato è stato esteso al pubblico impiego da una parte della giurisprudenza di merito. In particolare,

2.3 Le altre ipotesi: scadenza del termine e spoils system

La durata costituisce un elemento essenziale dell'incarico: secondo la vigente normativa, è stabilita nel termine minimo di tre anni²⁹¹ e massimo di cinque. Nel caso in cui l'incarico di funzioni dirigenziali sia stato conferito ai sensi dell'art. 19, comma 6, del d.lgs. n.165/2001 a soggetti esterni non dipendenti da pubbliche amministrazioni, la decorrenza del termine finale dell'incarico determina altresì l'estinzione del rapporto lavorativo con la P.A.²⁹². Per contro, se il dirigente appartiene ai ruoli delle pubbliche amministrazioni, a seguito della naturale scadenza dell'incarico, il rapporto di lavoro permane ed il dirigente è collocato nei ruoli fino ad attribuzione di un nuovo incarico.

Sulla posizione del dirigente di ruolo in assenza di incarico la Suprema Corte ha affermato che la stessa non può assurgere al rango di diritto soggettivo all'attribuzione di determinate funzioni rispetto alla scelta discrezionale riconosciuta in capo all'amministrazione²⁹³.

la Suprema Corte di Cassazione con sentenza del 9 agosto 2004, n. 15351 ha precisato, in relazione al rapporto di lavoro privato, che la regola del licenziamento ad nutum dei dirigenti è applicabile solo al soggetto in posizione verticistica che nell'ambito dell'azienda, stante l'ampiezza del potere gestorio, può definirsi un vero e proprio alter ego dell'imprenditore. Per quanto concerne il pubblico impiego, seguendo l'orientamento della Cassazione appena citato, il Tribunale di Venezia con sentenza del 9 luglio 2003, ha affermato che solo il rapporto di lavoro del dipendente che svolge mansioni realmente apicali con potere decisionale e rappresentativo rientra nell'area della libera revedibilità.

²⁹¹ La durata dell'incarico può essere inferiore a tre anni se la scadenza coincide con il conseguimento del limite di età per il collocamento a riposo dell'interessato (art.19, comma 2, d.lgs. n. 165/2001).

²⁹² L'incarico può anche cessare, ai sensi dell'art.19, comma 2, del d.lgs. 165/2001, per risoluzione consensuale.

²⁹³ Cass., sez. lav., 6 aprile 2005 n.7131. E' importante al proposito segnalare peraltro l'indirizzo seguito dalla stessa Cassazione in una recente sentenza nella quale gli Ermellini, dopo aver ribadito il principio alla cui stregua, nella nuova disciplina della dirigenza pubblica, non è configurabile un diritto soggettivo a conservare, ovvero ad ottenere, un determinato incarico di funzione dirigenziale,

Quanto all'ipotesi di decadenza automatica *ex lege*, l'art.19, comma 8, del d.lgs. n.165/2001, nella sua originaria formulazione – mutuata a sua volta dall'art.19 del d.lgs. n.29/1993, come modificato dal d.lgs. n.80/1998 - disponeva che gli incarichi dirigenziali apicali potevano essere confermati, revocati, modificati o rinnovati entro novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo: decorso inutilmente tale termine si intendevano confermati fino alla loro naturale scadenza. La l. n.145/2002 ha sostituito la norma in commento stabilendo invece che i suddetti incarichi “cessano decorsi novanta giorni dal voto sulla fiducia al Governo”. Con tale disposizione è stata introdotto dunque un meccanismo generalmente definito “*spoils system*” ovvero “sistema delle spoglie”²⁹⁴. Successivamente, l'art. 2, comma 159, del d.l.3 ottobre 2006 n. 262²⁹⁵, ha esteso tale previsione a tutti gli incarichi dirigenziali (quindi anche non apicali) conferiti a funzionari provenienti da altre pubbliche

affermano peraltro che l'amministrazione non può, “*a suo insindacabile arbitrio, affidare o non affidare incarichi dirigenziali (in prima battuta ovvero una volta che siano venuti a scadenza) e lasciare immotivatamente ed ingiustificatamente il dirigente pubblico senza incarico e senza compiti di natura dirigenziale*”. Ciò anche perché in tal caso l'azione amministrativa “*sarebbe in contrasto con l'interesse di tutti i cittadini a non sopportare spese prive di ragione*” (Cass., sez. lav., 20 giugno 2016 n.12678).

²⁹⁴ Cfr. S. CASSESE, *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modificazione costituzionale* in Gior.dir. amm. n. 12/2002, pag.1341. L'Autore, ripercorrendo con una vivace critica le principali vicende delle varie fasi della riforma della dirigenza pubblica, ricorda l'origine dell'espressione americana “*spoils system*”: essa “*proviene dalla frase to the victors belong the spoils: al vincitore le spoglie*. E' un sistema sperimentato negli Stati Uniti dal 1820 al 1883 in modo sistematico e poi in forma attenuata. Aveva una giustificazione nobile (la rotazione egli uffici e la rottura della struttura di casta della burocrazia) e una meno nobile (la ricompensa di servizi partigiani resi ai candidati alle elezioni. Il sistema americano delle spoglie riguarda, oggi, circa 4500 persone. E serve a innestare nella burocrazia permanente tecnici esterni ...”.

²⁹⁵ Recante “*Disposizioni urgenti in materia tributaria e finanziaria*”, convertito con la L.286/2006.

amministrazioni o a soggetti esterni alla PA di comprovata esperienza professionale.

Per meglio comprendere le ragioni che hanno portato a mettere a “regime” un istituto prima circoscritto ad un ristretto ambito della pubblica amministrazione²⁹⁶, occorre risalire ad uno dei cardini della riforma avviata nel 1993: la separazione “tra il potere di definire l’indirizzo politico-amministrativo (la cui titolarità il legislatore ha riconosciuto in capo al Ministro) e l’attività di gestione amministrativa e di realizzazione degli obiettivi che quell’indirizzo attuano (di esclusiva pertinenza del corpo amministrativo dei dirigenti)”²⁹⁷.

In questo modello, la temporaneità degli incarichi è diretta ad impedire che il corpo dirigenziale, ora dotato di maggiore autonomia gestionale, possa “irrigidirsi e cristallizzare la propria posizione di potere”²⁹⁸: per compensare tale “precarizzazione” vi è la previsione della possibilità di revoca nei casi di accertata valutazione negativa dei risultati raggiunti. Si realizza in tal modo un sistema in grado di coniugare le istanze di fiduciarità²⁹⁹ - provenienti dalle

²⁹⁶ Cfr. G.D’ALESSIO, *La nuova dirigenza ...* cit, 1999 Philos, Roma, pag.174. La cessazione automatica degli incarichi di vertice era già prevista nell’ambito di alcuni ordinamenti quali la Presidenza del Consiglio dei Ministri e il Ministero per l’Università e la ricerca scientifica e tecnologica, in applicazione rispettivamente della legge 400/1988 e della legge 168/1989.

²⁹⁷ B. VALENSISE, *La dirigenza amministrativa tra fiduciarità della nomina ed il rispetto dei principi costituzionali del buon andamento e dell’imparzialità della pubblica amministrazione* in Giur. Cost. 2002, pagg.1193 e ss.

²⁹⁸ B.VALENSISE, op.loc.cit.

²⁹⁹ Circa il significato da attribuire alla “fiduciarità” in tema di incarichi all’alta dirigenza, di sicuro interesse è l’affermazione giurisprudenziale (C.d.S., sez.IV, 393/1993) che precisa che essa non deve essere “intesa come affinità di idee personali o politiche, o generica compatibilità o simpatia, ma deve consistere nella ricerca di dati obiettivi, con riferimento alla possibilità di svolgimento ottimale di

forze politiche - con la qualità delle competenze professionali, nel rispetto dei principi costituzionali sanciti riguardo alla pubblica amministrazione. Il regime giuridico della responsabilità, così come previsto dal legislatore, è infatti diretto a garantire la stabilità dell'incarico, contemperando gli eventuali effetti devianti dell'investitura su base fiduciaria³⁰⁰.

Ciò premesso, sebbene parte della dottrina ritenga condivisibile, in linea di principio, prevedere la sostituzione dei vertici dell'amministrazione in caso di nuovo Esecutivo per consentire "agli organi politici il potere di scegliere coloro che sembrano garantire la migliore attuazione degli atti di indirizzo"³⁰¹, le fattispecie di cui all'ottavo comma dell'art. 19 contemplano un automatismo ben lungi dal configurare un'assunzione di responsabilità da parte del Governo³⁰². Il modello disegnato dalla previgente normativa (ante legge n.145/2002) era sicuramente equilibrato, in quanto richiedeva la necessità di un

mansioni pubbliche, e si configura, quindi, come "fiducia nel miglior esercizio delle funzioni pubbliche". Cfr. G. D'ALESSIO, op. ult. cit, pagg. 222 e ss.

³⁰⁰ In tal senso, G. D'ALESSIO *Le legge di riforma della dirigenza: nostalgie, antilogie ed amnesie*, in LPA2002, pagg. 766 e ss.

³⁰¹ F. MERLONI, *Amministrazione "neutrale" e amministrazione imparziale (a proposito dei rapporti tra "politica" e "amministrazione")*, in Dir. Pub. 1997, pag. 344. Tuttavia è stato rilevato come lo schema sopra individuato non possa ritenersi del tutto esente da effetti distorsivi; se, infatti, la durata dell'incarico supera la fine della legislatura, il *pactum fiduciae* potrebbe costituire un ostacolo per il nuovo governo, salvo il caso di revoca dell'incarico per responsabilità dirigenziale oppure di risoluzione consensuale del rapporto. se, al contrario, l'incarico viene conferito per una breve durata, potrebbe palesarsi una possibile influenza del potere politico sui vertici amministrativi mediante il potere di rinnovo o meno dell'incarico (B.Valensise, op.cit., p.1210). Peraltro, alla stregua del termine triennale di durata minima dell'incarico reintrodotta dalla citata L. 186/2005, quest'ultima osservazione può ritenersi superata.

³⁰² Cfr. G.GAROFALO, op.cit., pagg. 873 e ss.

espesso provvedimento di rimozione da parte del nuovo Esecutivo garantendo, così, maggiore continuità all'azione amministrativa³⁰³.

La novella del 2002 esonera invece completamente l'attore politico dall'obbligo "di giustificazione o di sottoposizione delle sue decisioni ad un organo terzo"³⁰⁴. Ne derivano fondate perplessità sulla legittimità costituzionale di tale disposizione con riferimento al mancato rispetto dei "principi del giusto procedimento (contestazione degli addebiti, diritto di difesa, obbligo di motivazione) e del controllo giurisdizionale sulle decisioni amministrative"³⁰⁵. E, alla luce della previsione di cui al nuovo ottavo comma dell'art. 19, così come modificato dalla già citata l.n.286/2006, tale considerazione potrebbe estendersi, *a fortiori*, relativamente agli incarichi dirigenziali di uffici di livello non generale dell'amministrazione il cui conferimento rientra nell'applicazione dei commi 5-bis e 6 dell'art.19.

La Corte Costituzionale è pertanto più volte intervenuta riducendo la portata dello *spoils system*. La linea conduttrice seguita dalla Consulta è che la cessazione automatica degli incarichi può trovare giustificazione esclusivamente per i dirigenti apicali, data la loro stretta connessione con gli organi di governo. Diversamente, non ha fondamento per gli altri dirigenti, che svolgono attività di gestione in base alle direttive fornite dai primi.

³⁰³ L. FIORILLO, *Il diritto del lavoro ... cit.*, pag.290.

³⁰⁴ G.D'ALESSIO e B.VALENSISE, *Incarichi di funzioni dirigenziali cit.*, pag.1064.

³⁰⁵ S.CASSESE, *op.ult. cit.* pag.1346.

Dopo un primo intervento significativo in materia con il quale la Corte, nel 2006³⁰⁶, dichiarò incostituzionali alcune norme di una legge regionale calabrese che estendeva il regime dello *spoils system*, già previsto per il direttore generale delle ASL, anche ai dirigenti responsabili dei dipartimenti sanitari e amministrativi e dei distretti sanitari territoriali³⁰⁷, il Giudice delle leggi, a marzo del 2007, sancì l'incostituzionalità dell'art. 3, comma 7, della l. n. 145/2002, nella parte in cui disponeva che gli incarichi dirigenziali di livello generale già in essere cessavano automaticamente decorsi sessanta giorni dalla data di entrata in vigore legge. Secondo i giudici³⁰⁸ tale norma - che prevedeva un ipotesi eccezionale di *spoil system* - violava il principio di continuità dell'azione amministrativa, il quale è strettamente correlato al buon andamento della pubblica amministrazione, poiché determinava, in assenza di garanzie procedurali, una interruzione automatica del rapporto di ufficio prima della scadenza del termine stabilito.

Nello stesso giorno³⁰⁹ la Corte, irrigidendo l'orientamento espresso nella citata sentenza n.233/2006, dichiarò l'illegittimità delle disposizioni³¹⁰ che determinavano la decadenza automatica dei direttori generali delle ASL laziali allo scadere del novantesimo giorno dall'insediamento del Consiglio regionale.

³⁰⁶ La disposizione in commento era contenuta nell'art.14, comma 3, della L.R.13/2005.

³⁰⁷ Sentenza n.233 del 16 giugno 2006.

³⁰⁸ Sentenza n.103 del 23 marzo 2007.

³⁰⁹ Sentenza n.104 del 23 marzo 2007.

³¹⁰ Le norme contestate scaturivano dal combinato disposto dell'art.55, comma 4, dello Statuto delle Regione Lazio e dall'articolo 71, commi 1, 3 e 4 lettera a), della L.R. Lazio 9/2005.

Secondo la Consulta il direttore generale della ASL è un organo tecnico professionale, per cui lo *spoils system* non è giustificato dalla tipologia del rapporto che lo lega all'organo di governo, poiché esso si configura come relazione indiretta e mediata da altri organi, quali gli uffici di diretta collaborazione, il dipartimento la direzione regionale.

Con le sentenze nn.124 del 13 aprile 2011 e n.246 del 27 luglio 2011, la Corte ha consolidato il proprio orientamento intervenendo direttamente sull'art.19 del decreto n.165/2001 – nel testo previgente la riforma Brunetta – dichiarando incostituzionali le disposizioni ivi contenute che, a seguito della modifica operata con il citato D.L.262/2006, avevano esteso il regime della decadenza automatica anche ai funzionari titolari di incarichi dirigenziali provenienti da altre PA o a personale di comprovata esperienza esterna alla PA titolari dei medesimi incarichi.

Il d.lgs.n.150/2009, allineandosi alle guida della Corte, ha pertanto ripristinato il testo dell'art.19, comma 8, precedente la riforma del 2006, limitando lo *spoils system* agli incarichi di Segretario generale dei Ministeri e agli altri incarichi di direzione apicale.³¹¹.

³¹¹ Recentemente, con la sentenza n.15 del 24 gennaio 2017, la Consulta ha ribadito ancora una volta che “*i meccanismi di decadenza automatica sono (...) ritenuti compatibili con l'art. 97 Cost., esclusivamente ove riferiti ad addetti ad uffici di diretta collaborazione con l'organo di governo (...) o a figure apicali, quali quelle contemplate dall'art. 19, comma 3, del d.lgs. n. 165 del 2001*”, mentre per il rimanente personale dirigenziale “*una cessazione automatica, ex lege generalizzata, di incarichi dirigenziali, viola, in carenza di idonee garanzie procedurali, i principi costituzionali di buon andamento e imparzialità e, in particolare, il principio di continuità dell'azione amministrativa che è strettamente correlato a quello di buon andamento*”.

3 La tutela in caso di illegittima sanzione espulsiva: differenze col settore privato.

Il tipo di tutela accordata al dirigente pubblico, il cui licenziamento nell'ambito della responsabilità dirigenziale o disciplinare sia stato dichiarato giudizialmente illegittimo, sottolinea, forse ancor più marcatamente rispetto alle altre categorie di dipendenti, la grande differenza con il settore privato.

Prima della recente riforma dell'art.63 del d.lgs. n.165/2001, che sembra aver chiuso, come vedremo, qualsiasi discussione in materia, dottrina e giurisprudenza dissertavano sull'estensione della tutela reale in caso di licenziamento illegittimo del dirigente, al pari degli altri pubblici dipendenti.

Gli autori favorevoli osservavano come dalle disposizioni dettate dall'art.21 del decreto n.165/2001, che richiedevano la necessità di una motivazione anche per il recesso dal rapporto di lavoro dirigenziale, si desumesse il venir meno della *“pietra angolare dell'esclusione di un simile rapporto dall'area di applicazione dell'art. 18 della legge n. 300/1970”*³¹², al pari delle categorie impiegatizie.

Un diverso orientamento dottrinario, facendo leva sul completamento del lungo processo normativo di privatizzazione del rapporto di lavoro di pubblico

³¹² Cfr. P. SORDI, op.ult.cit.cit., pag.299.Trattasi, è bene sottolineare, della versione dell'art.18 antecedente le modifiche apportate dalla legge Fornero. Il concetto, peraltro, non cambia, visto che la giurisprudenza ha ritenuto comunque di far rivivere, per il pubblico impiego, il vecchio testo della norma.

impiego, sottolineava invece come fosse “*difficile ipotizzare, a beneficio del dirigente pubblico, la sopravvivenza della tutela reale dell’art. 18 legge 300/1970, peraltro espressamente esclusa nell’ambito del rapporto di lavoro con il dirigente privato dall’art. 10 legge 604/1966, applicabile anche alla dirigenza pubblica in forza del richiamo espresso dall’art. 2, comma 2 del decreto legislativo 165/2001*”³¹³.

L’estensione della tutela reale di cui all’art.18 dello Statuto dei lavoratori al dirigente pubblico illegittimamente licenziato è stata sostenuta anche dalla giurisprudenza di legittimità. La Suprema Corte, nella citata sentenza 2233/2007³¹⁴, dopo aver concluso per l’inapplicabilità del recesso *ad nutum* al pubblico dirigente, affronta infatti la problematica relativa alla tutela da accordare. La vicenda riguardava un dirigente dell’Agenzia delle Dogane il cui rapporto di lavoro era stato risolto per mancato superamento del periodo di prova. Il giudice di prime cure, nel dichiarare illegittimo il licenziamento, aveva ordinato la reintegra del ricorrente nel posto di lavoro applicando l’art.18 in virtù del richiamo operato dall’art.51 comma 2 del d.lgs. n.165/2001. La Corte territoriale, pur ribadendo l’illegittimità della sanzione espulsiva³¹⁵, aveva

³¹³ D.VIGEZZI, *Commento all’art. 22, Comitato dei Garanti* in *L’impiego pubblico. Commento al d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (mod. con L. 15 luglio 2002, n. 145)*. Commenti coordinati da V. Italia, Giuffrè, Milano, 2003, pag.479. In tale direzione anche copiosa giurisprudenza di merito: Trib. Trapani 26 novembre 2003, in *GM*, 2004, pag.774; Trib. Firenze 6 dicembre 2002, in *D&L*, 2003, pag. 759; Trib. Genova, 16 giugno 2000, in *LPA*, 2001, pag. 443

³¹⁴ V. par.2.2.

³¹⁵ Non rilevano, in questa sede, i motivi a sostegno dell’illegittimità del licenziamento.

annullato la tutela reintegratoria accordando, invece, quella obbligatoria (risarcimento del danno al pagamento delle retribuzioni dal giorno del licenziamento a quello di scadenza del contratto) sulla base dell'equiparazione tra dirigente privato e dirigente pubblico contrattualizzato. Secondo la Corte d'Appello di Torino l'unica deroga in ordine all'applicabilità dell'art.18 al pubblico impiego, come espressamente stabilito dall'art.51 del decreto 165/2001, è quella del numero dei dipendenti: non vi sarebbero invece eccezioni dal punto di vista categoriale. Pertanto, dal combinato disposto dell'art.18 in commento e dell'art.10 della l. n.604/1966, le norme sulla reintegra, così come non si applicano ai dirigenti privati non si applicano nemmeno a quelli pubblici. La Cassazione ribadisce invece quanto deciso dal Tribunale, sottolineando come sia proprio l'art.21 del decreto 165 che, nel richiedere una motivazione per il recesso, ad assimilare *“il rapporto fondamentale stabile dei dipendenti pubblici con attitudine dirigenziale (...) a quello della categoria impiegatizia”*, con la conseguenza che agli stessi si applica l'art.18 della l. n.300/1970.

Tale ricostruzione interpretativa non è sfuggita a critiche. E' stato infatti osservato che se l'art. 21, certamente, pone un limite alla disciplina privatistica della libera recedibilità, difficilmente legittima un'equiparazione con il lavoro impiegatizio o con una generale disciplina del lavoro subordinato³¹⁶. La dottrina in esame, pur escludendo ricorsi all'art.18, giunge comunque alla stessa

³¹⁶ Cfr. A. ZOPPOLI., *I fondamenti del licenziamento ... cit.*, pag.14.

conclusione dell'estensione al dirigente pubblico del regime della tutela reale, sebbene per altra via. In particolare sostiene che un licenziamento per responsabilità dirigenziale dichiarato illegittimo per carenza dei presupposti di cui all'art.21 sia nullo per contrarietà ad una norma che “*ha tutta l'area di essere imperativa*”³¹⁷ o, comunque, privo di effetti estintivi per assenza dei presupposti di legge.

Le disposizioni contenute nelle fonti collettive riferite alle prime tornate contrattuali, erano peggiorative in tal senso, prevedendo, nel caso di recesso dichiarato illegittimo in sede di conciliazione arbitrale, soltanto la corresponsione di un'indennità³¹⁸.

I contratti collettivi vigenti orientano invece inequivocabilmente verso la tutela reale. L'art.13 del CCNL personale dirigente Area I del 12 febbraio 2012, ad esempio, prevede la reintegra in servizio del dirigente illegittimamente o ingiustificatamente licenziato, anche in soprannumero nella medesima sede o in altra su sua richiesta, con il conferimento allo stesso di un incarico di valore equivalente a quello posseduto all'atto del licenziamento. Il successivo art.14 contempla peraltro la possibilità di un accordo tra le parti in ordine alla corresponsione di un'indennità sostitutiva della reintegra³¹⁹.

³¹⁷ *Ibidem*.

³¹⁸ V. ad es. art.43 CCNL dirigenza Area I comparto Ministeri del 21 aprile 2006.

³¹⁹ E' previsto però in tal caso che il dirigente che accetti l'indennità supplementare in luogo della reintegrazione non può successivamente adire l'autorità giudiziaria per ottenere la reintegrazione. Analoghe disposizioni sono contenute nel vigente CCNL Personale dirigente del Comparto Regioni ed Autonomie Locali del 22 febbraio 2010 (artt.11 e 12).

La giurisprudenza di legittimità è ritornata più volte sull'argomento. Nella sentenza n.5408 del 5 marzo 2013 la sezione lavoro della Cassazione, nel confermare la reintegra di un dirigente di un'azienda sanitaria cosentina disposta dalla Corte territoriale in seguito alla dichiarazione di illegittimità del relativo licenziamento, ha affermato nuovamente l'applicazione della tutela reale prevista dallo statuto dei lavoratori in virtù dell'assimilazione, ai sensi dell'art.21 del decreto n.165/2001, della categoria impiegatizia a quella dei dirigenti pubblici.

Con la stessa motivazione gli Ermellini hanno disposto la reintegra di un dirigente della Provincia di Gorizia illegittimamente licenziato, ulteriormente argomentando che l'assimilazione di cui sopra non determina un trattamento preferenziale rispetto ai dirigenti privati, in quanto la qualifica dirigenziale nel settore pubblico è ancorata a presupposti formali, ignoti al settore privato, in cui non assume rilievo l'esercizio delle mansioni effettivamente svolte (sentenza della sezione lavoro n.8077 del 7 aprile 2014).

Il già citato d.lgs. n. 75/2017, nel modificare l'art.63 del d.lgs. n. 165/2001, sembra aver messo una pietra tombale sulla via della concreta privatizzazione del pubblico impiego. La disposizione attualmente prevede che *“il giudice, con la sentenza con la quale annulla o dichiara nullo il licenziamento, condanna l'amministrazione alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro ...”*.

Oggi, dunque, non v'è dubbio alcuno che il dirigente pubblico illegittimamente licenziato, goda in ogni caso della tutela reale. Al contrario, al di là dei casi di licenziamento discriminatorio o illecito, il dirigente privato gode, negli stessi, casi della sola tutela indennitaria, diversamente commisurata all'anzianità di servizio dai vari contratti collettivi di settore³²⁰.

Tale discriminazione, se sembra incoerente per la categoria impiegatizia³²¹, lascia forse ancora più perplessi a livello dirigenziale. Dopo oltre vent'anni dall'inizio del processo riformatore sembra infatti che il pubblico impiego sia ben lungi dall'assumere i connotati, soprattutto a livello manageriale, del mondo privato.

Peraltro, prima di giungere ad una conclusione, è opportuno premettere alcuni cenni riassuntivi sull'evoluzione normativa in tema di dirigenza pubblica.

E' indubbio che, con l'entrata in vigore del decreto legislativo n. 29/1993, pur in un sistema improntato alla separazione tra attività di indirizzo e attività gestionale, si è creato un rapporto di carattere fiduciario tra organi politici e dirigenti, con connessa temporaneità degli incarichi dirigenziali. Il relativo sistema concede al vertice politico una certa libertà sia nella scelta che nella conferma dei dirigenti, ai quali non sono più riconosciute posizioni funzionali

³²⁰ Ciò non toglie che ove il contratto collettivo di settore o quello individuale dovesse prevedere la reintegrazione in caso di licenziamento illegittimo (caso rarissimo), la tutela reale è accordata anche al dirigente privato (cfr. Cass, 30 settembre 2016, n.19554).

³²¹ V. Cap II, par. 3.

precostituite: né trova applicazione, ai sensi dell'ar.19, comma 1, l'art. 2103 c.c. sull'equivalenza delle mansioni, con la conseguenza che il dirigente pubblico può essere assegnato ad incarichi di livello inferiore rispetto a quelli precedentemente ricoperti. L'organo politico può, insomma, scegliere il dirigente ritenuto più idoneo a mettere in pratica il proprio indirizzo.

Tale potere è stato accentuato con l'introduzione dello *spoils system* da parte della l.n.145/2002, che prevede la cessazione automatica degli incarichi dirigenziali ad ogni cambiamento dell'esecutivo. Sebbene sul tema sia intervenuta più volte, come visto in precedenza, la Corte Costituzionale che ha sanzionato l'illegittimità di ogni forma di decadenza automatica quanto meno per gli incarichi dirigenziali non apicali, è innegabile che si è via via assistito ad una "precarizzazione" degli incarichi dirigenziali cui è corrisposta una fidelizzazione del dirigente al potere politico³²².

Il legislatore della riforma Brunetta ha inserito alcuni correttivi, come quello che prevede che gli incarichi dirigenziali possono essere revocati esclusivamente nei casi e con le modalità di cui all'art. 21, in tema di responsabilità dirigenziale. Ma proprio a quest'ultimo proposito va segnalato come l'originaria versione del decreto 165, mutuata dalle riforme apportate al d.lgs.29/1993 dai decreti legislativi del 1998, contemplava la revoca dell'incarico e la più grave sanzione del recesso in ipotesi specifiche (grave

³²² L., MENGHINI, *La disciplina degli incarichi dirigenziali*, in *LPA*, 2002, p. 1023.

inosservanza delle direttive e ripetuta valutazione negativa) che si distinguevano da quelle (risultati negativi della gestione e mancato raggiungimento degli obiettivi) che davano luogo soltanto alla destinazione ad altro incarico. A seguito della riforma Frattini, invece, lo stesso evento (mancato raggiungimento degli obiettivi o inosservanza delle direttive) dà luogo a tre tipi diversi di sanzione a seconda della gravità. Con la conseguente possibilità, per gli organi di governo, di utilizzare tali misure in modo più agile per allontanare i non graditi e collocare ai vertici dell'amministrazione i dirigenti più fedeli.

Si può affermare dunque che la maggiore autonomia del dirigente pubblico conferita dal processo di privatizzazione e l'abbandono del c.d. modello gerarchico, è stata contemperato dalla precarietà dell'incarico.

Non può allora affermarsi che tra dirigenza pubblica e privata vi sia equiparazione: il manager privato è effettivamente l'*alter ego* dell'imprenditore, con piena autonomia nella gestione ritenuta più efficiente, economicamente, dei fattori della produzione. Il dirigente pubblico è invece ancora troppo legato, almeno ai livelli di vertice, al potere politico, e non può certo dirsi che sia l'effettivo datore di lavoro dei dipendenti assegnati al suo ufficio.

Rebus sic stantibus, la tutela reale in caso di licenziamento illegittimo si pone come contrappeso, nel piatto della bilancia, al potere dell'esecutivo (sia esso esercitato a livello centrale o locale).

Il punto però è verificare se tale tutela sia sempre giustificabile alla luce dei più volte citati principi elaborati dal Giudice delle leggi alla cui stregua “*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 collettivi*”³²³.

Ed è proprio in tale prospettiva che emergono forti perplessità. Può ritenersi condivisibile, nonché conforme ai principi sanciti dalla Corte, la tutela reale in caso di licenziamento illegittimo per responsabilità dirigenziale allorquando venga accertata la mancanza di quella gravità che, ai sensi dell'art.21 del decreto n.165/2001, può portare al recesso del rapporto di lavoro. Mentre infatti è comprensibile che, nel privato, sebbene il giudice rilevi l'illegittimità della sanzione espulsiva, la frattura che comunque si è creata nel rapporto personale intercorrente tra imprenditore e dirigente non può portare ad una previsione che costringa, comunque, il primo a reintegrare il lavoratore, ma soltanto a risarcirgli adeguatamente il danno subito, non è accettabile che in analoghe situazioni il provvedimento illegittimo del politico di turno possa comunque

³²³ Corte Cost. n.351/2008.

portare alla risoluzione del rapporto di lavoro pubblico instaurato tra il dirigente e l'amministrazione di appartenenza, proprio a salvaguardia non solo dell'interessato, ma anche dell'interesse collettivo al buon andamento della PA. Il dirigente capace deve restare a servizio dei cittadini.

Gli stessi principi non sembrano invece assolutamente sorreggere la logica della tutela reale in caso di licenziamento disciplinare, o per responsabilità dirigenziale, dichiarato illegittimo per meri vizi di forma. Al pari, ed anzi di più, di quanto osservato per la categoria impiegatizia, non si ritiene che i principi di buon andamento ed imparzialità possano dirsi affermati con la reintegrazione di un dirigente che, di fatto, ha tenuto condotte inconciliabili con la figura che deve contraddistinguere un pubblico amministratore.

La non omogeneità e le rilevanti differenze sostanziali che ancora esistono, malgrado il processo riformista ultraventennale, tra lavoro alle dipendenze dei privati e lavoro pubblico - dovute al fatto che la *“pubblica amministrazione conserva pur sempre – anche in presenza di un rapporto di lavoro ormai contrattualizzato – una connotazione peculiare”* dovuta *“al rispetto dei principi costituzionali di legalità, imparzialità e buon andamento cui è estranea ogni logica speculativa”*³²⁴ – giustificano dunque, a parere di chi scrive, soltanto in parte la specialità della disciplina in tema di licenziamento illegittimo cristallizzata nell'art.63 del d.lgs.165/2001. Invero, proprio la peculiarità

³²⁴ Corte Cost. 27 marzo 2003 n.82.

sottolineata dal Giudice delle leggi dovrebbe portare ad un'equiparazione con il settore privato in tutti quei casi in cui, al di là della declaratoria giudiziale, che senz'altro configura il diritto al risarcimento, la condotta del pubblico dipendente e, a maggior ragione, del dirigente, siano inconciliabili, in termini morali o di efficienza, con il fine dell'interesse pubblico.

BIBLIOGRAFIA

BASILICA F. *La disciplina della dirigenza come leva del cambiamento*, in “La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni. Dal modello unico ministeriale ai modelli caratterizzanti le diverse amministrazioni”, a cura di F.CARINCI e S.MAINARDI, Giuffrè, Milano 2005

BATTINI S. *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, CEDAM Padova, 2000

BAVARO V. *Il potere disciplinare*, in CARABELLI e CARINCI (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, Bari, 2010

BOSCATI A. *Articolo 18 e lavoro pubblico nella giurisprudenza di merito e nella prima pronuncia di legittimità*, in *Dir. Rel. Ind.* 2016

BOSCATI A. *La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 e il lavoro pubblico*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 170/2013

BOSCATI A. *Verifica dei risultati, responsabilità dirigenziale e Comitato dei Garanti in Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni - Commentario a cura di F.Carinci, L.Zoppoli*, 2004

BOSCATI- MAINARDI-TALAMO *Rapporto tra organi politici ed organi burocratici*, in F.CARINCI e S. MAINARDI (a cura di) “*La dirigenza nelle pp.aa. Dal modello unico ai modelli caratterizzanti le diverse amministrazioni*”, Giuffrè, Milano 2005

CARABELLI U. *La riforma Brunetta: un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona,101/2010

CARINCI F. *Pubblico impiego privatizzato e art.18*, in *Lav.giur.* 2013

CARINCI F. *Complimenti, dottor Frankenstein: Il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, nella Relazione tenuta al Convegno “*La riforma del mercato del lavoro*”, 13 aprile 2012, Roma, Facoltà di Giurisprudenza, Università Roma Tre

CARINCI F. *E' applicabile il novellato art.18 St. al pubblico impiego privatizzato? (Una domanda ancora in cerca di risposta)*, In LPA, 2013, fasc. 6

CARINCI F. *Art.18 St.lav per il pubblico impiego cercasi disperatamente*, in LPA 2/2012

CARINGELLA F. *Corso di diritto amministrativo*, II ed., Giuffrè, Milano 2004

CARNELUTTI F. *Del licenziamento nella locazione di opere a tempo indeterminato*, in Rivista di Diritto Commerciale 1911 - I

CASSESE S. *L'amministrazione dello Stato liberal-democratico*, in S. CASSESE, *La formazione dello Stato amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1974

CASSESE S. *Il sofisma della privatizzazione del pubblico impiego*, in Corriere Giur., 1993, 4

CASSESE S. *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modificazione costituzionale* in Gior.dir. amm. n. 12/2002

CAVALLARO L. *L'art. 18 st. lav. e il pubblico impiego: breve (per ora) storia di un equivoco*, in LPA, 2012.

CAVALLARO L. *Pubblico impegno e nuovo articolo 18 St.lav: difficile convivenza o coesistenza pacifica?*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 176/2013

CESTER C. *I licenziamenti nel jobs act*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2015 n.273

COLAPIETRO C. *Governo e amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2004,

D'ALESSIO G. *La nuova dirigenza pubblica*, Philos, 1999

D'ALESSIO G. *Le legge di riforma della dirigenza: nostalgie, antilogie ed amnesie*, in Il LPA2002

D'ALESSIO – VALENSISE *Incarichi di funzioni dirigenziali in "Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni"*, Commentario a cura di F.CARINCI e L. ZOPPOLI, UTET, Torino 2004

D'ANTONA M. *La disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni dalla legge al contratto*, in B. CARUSO e S. SCIARRA (a cura di), *Opere*, vol. IV, Milano, 2000

DE LUCA M. *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 CSDLE “Massimo D’Antona”.IT – 1780/2013

DE LUCA TAMAJO R. *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18:una chiave di lettura*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2012, II

DE MARCO C. *Il licenziamento nel lavoro pubblico*, Giappichelli, Torino, 2011

DEL PUNTA R. *Sull’applicazione del nuovo art. 18 al rapporto di lavoro pubblico*, in *Ridl*, 2013,II,

DI PAOLA L. *IL potere disciplinare nel lavoro privato e nel pubblico impiego privatizzato*, Giuffrè, Milano, 2010.

D’ORTA C. *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Diritto del Lavoro*, Commentario diretto da F.CARINCI,, UTET, Torino, Volume V

D’ORTA C. *La riforma della dirigenza: dalla sovrapposizione alla distinzione tra politica e amministrazione*, Riv. Trim. Dir. Pub., I, 1994

D’ORTA C. *La seconda fase di riforma della dirigenza pubblica: verso la fine del guado cercando di evitare gli scogli*, in *Lav. Pubb. Amm.*, 2, 1998

D’ORTA C. *Il ruolo della dirigenza* in “La riforma della dirigenza pubblica” di C. D’ORTA e C.MEOLI, Cedam 1994

ESPOSITO M. “*Quo usque tandem...?*”: politica, giudici e realtà nel dibattito sul licenziamento dei pubblici dipendenti in *Dir. Lav. Merc.* 2016, 3

FIORILLO L. *L’estinzione del rapporto di lavoro*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro privato e pubblico*, Ipsoa, Milano, 2009

FIORILLO L. *Il diritto del lavoro nel pubblico impiego*, Piccin Padova 2018

FIORILLO L. *Riflettendo sull’art. 18 dello statuto nel lavoro pubblico*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2016, 3

FIORILLO L. *La tutela da licenziamento illegittimo nel lavoro pubblico contrattualizzato: la Cassazione applica il nuovo testo dell’art. 18 l. n.*

300/1970, una parte (minoritaria) della giurisprudenza di merito dissente, in *Dir. lav. merc.*, 2016, 1

FONTANA G. *La riforma del lavoro, i licenziamenti e la costituzione riflessioni critiche*, in *Costituzionalismo.it*, Fascicolo 2/2016

GALANTINO L. *Diritto del lavoro pubblico*, Giappichelli, Torino, 2012

GARILLI A. *La privatizzazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni e l'art.97 Cost.: di alcuni problemi e dei possibili rimedi*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 49/2007

GARILLI A. *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2015

GAROFALO M.G. *La dirigenza pubblica rivisitata* in LPA. 2002

GERARDO - MUTARELLI *Licenziamento riformato e pubblico impiego*, articolo del 2 aprile 2013 in www.judicium.it,

GIUBBONI S.-COLAVITA A. *La nuova disciplina dei licenziamenti e i rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona" – 304/2016

GRANDI M. *Licenziamento e reintegrazione, riflessioni storico-critiche*, in *Rivista Italiana del Diritto del Lavoro* 2003 I

LUCIANI V., *L'art. 18 dello statuto e il suo doppio: due versioni aspettando l'armonizzazione* in *Dir. Lav. Merc.*, 2016, 3

MAINARDI S. *La responsabilità e il potere disciplinare*, in *Diritto del Lavoro*, Commentario diretto da F.CARINCI, Volume V. UTET, Torino, 2004.

MAINARDI S. *Il campo di applicazione del d.lgs. n. 23/2015: licenziamenti illegittimi, tutele crescenti e dipendenti pubblici*, in *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015 (contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti)*, Modena, ADAPT University press, 2015

MAINARDI S. *La responsabilità dirigenziale e il ruolo del Comitato dei Garanti* in LPA., 2002

MANCIN G.F. *Il recesso unilaterale nel contratto di lavoro, evoluzione della natura giuridica* in AA.VV. *Giusta causa e giustificati motivi nei licenziamenti individuali* – Giuffrè Milano 1967

- MARAZZA M. *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in Arg. Dir. Lav. 2015,
- MARESCA A. *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in Riv.it.dir.lav. 2012, I
- MELIS G. *L'amministrazione*, in R. ROMANELLI (a cura di) *Storia dello Stato italiano dall'unità ad oggi*, Donzelli, Roma, 2001
- MERLONI F. *Amministrazione "neutrale" e amministrazione imparziale (a proposito dei rapporti tra "politica" e "amministrazione")*, in Dir. Pub. 1997,
- MISCIONE M. *Nel contratto di lavoro non sono ammessi i mezzi di cessazione del diritto comune*, in Lav. Giur. 2000
- MONDA G.M. *La disciplina del licenziamento in Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Collana Il Nuovo Diritto del Lavoro diretta da L. Fiorillo e A. Perulli, Giappichelli, Torino, 2013
- NICOSIA G. *La Cassazione "blinda" la privatizzazione del rapporto di lavoro dirigenziale* in Giornale di Diritto amministrativo n. 10/2004
- PERDONA' G. *Il licenziamento del dirigente pubblico e privato*, Cedam, 2004,
- PERULLI A. *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, in L.FIORILLO-A.PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n.22 e n.23*, Giappichelli, Torino, 2015
- PILATI A. *Secondo la Corte di Cassazione il "nuovo" art. 18 Stat. lav. si applica anche al licenziamento del dirigente pubblico*, in Lav. Giur. 2016
- PISANI C. *Il nuovo regime di tutele per il licenziamento ingiustificato*, in R. Pessi e C. PISANI (a cura di), *Jobs Act e licenziamento*, Giappichelli, Torino 2015
- RAVELLI F. *Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona, 122/2011
- RICCHEZZA V. *Il decreto legislativo n.23/2015:ambito di operatività e licenziamento per giusta causa*, in Dir. Rel. Ind. 2015, 4
- ROMEO C. *La legge Fornero e il rapporto di impiego pubblico*, in LPA, n.5/2012

ROMEO C. *Il Processo Fornero tra innovazioni e contraddizioni*, in C. Romeo (a cura di), *Processo del lavoro, Commento sulle norme del codice di rito, delle leggi speciali e analisi tematiche delle tutele giurisdizionali*, Giappichelli, Torino, 2016

RUSCIANO M. *L'impiego pubblico in Italia* – Il Mulino, Bologna, 1979

SANTORO PASSARELLI F. *Spirito del diritto del lavoro*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania*, 1947 – 1948

SANTORO PASSARELLI G. *Sulle categorie del diritto del lavoro "riformate"*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 288/2016

SANTORO PASSARELLI G. *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: dalla ragione economica alla ragione organizzativa*, in *Quaderni del CSDN Roma* n. 2017/1

SEPE O. *La figura del dirigente nell'amministrazione moderna*, in *Il foro amministrativo*, 1980

SORDI P. *Il licenziamento del dipendente pubblico: il quadro legale*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2001, n. 2

SORDI P. *Le controversie in tema di incarichi dirigenziali in LPA*, 2005

SORDI P. *Controversie in materia di incarichi dirigenziali nelle amministrazioni statali*, in *Il nuovo diritto*, 2004

SPEZIALE V. *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2012, I

TAMPIERI A. *La legge n.92/2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in G. PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012 n.92*, Giuffrè, Milano, 2012,

TAMPIERI A. *Il licenziamento del dipendente pubblico prima e dopo il Jobs Act*, Giappichelli, Torino 2015

TENORE V. *Il procedimento disciplinare nel pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, Giuffrè, Milano, 2010

TENORE V. *Le novità apportate al procedimento disciplinare nel pubblico impiego dalla riforma Madia (d.lgs. 75 del 2017 e n.118 del 2017)*, in *Lav. Dir. Europa*, 2017 fascicolo I

- TULLINI P. *La responsabilità del dirigente pubblico (una lettura in chiave giuslavorista)* in Arg. Dir. Lav., 2000
- VALENSISE B. *La dirigenza amministrativa tra fiduciarietà della nomina ed il rispetto dei principi costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione* in Giur. Cost. 2002
- VALLEBONA A. *La riforma del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2012
- VIGEZZI D. *Commento all'art. 22, Comitato dei Garanti*
- ZAGREBESLSKY -MARCENO' *Giustizia Costituzionale*, 2012, Il Mulino, Bologna
- ZOLI C. *I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale*, in Arg. dir. lav. 2008 - I
- ZOPPOLI A. *Sub art. 21*, in *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, Commentario a cura di A. Corpaci, M. Rusciano, L. Zoppoli, in NLCC, 1999
- 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
- ZOPPOLI L. *Il licenziamento e la legge: una (vecchia) questione di limiti*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro* fascicolo 3/2016
- ZOPPOLI L. *La riforma del mercato del lavoro vista dal Mezzogiorno: profili giuridico-istituzionali*, in *Flex/insecurity*, Ed. scientifica, 2012