LUISS

Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto del lavoro nel pubblico impiego

"Evoluzione della disciplina della risoluzione del rapporto di lavoro: un confronto tra pubblico e privato."

Relatore
Chiar.mo Prof. Luigi Fiorillo

Correlatore
Chiar.mo Prof. Antonio Pileggi

Candidata
LIVIA ANDREOLA
Matricola 132573

Anno Accademico: 2018/2019

INDICE

Introduzione……..……..7

Capitolo 1: La disciplina dell'estinzione del rapporto di lavoro. Le fonti comuni al settore pubblico e privato.

1. Cenni storici……..……11

2. Le dimissioni del lavoratore…….……16

3. La risoluzione del rapporto per volontà datoriale……18

3.1 Il licenziamento per giusta causa……..18

3.2 Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo……26

Capitolo 2: Il licenziamento nel settore pubblico: regolamentazioni specifiche

1. Il licenziamento per ragioni oggettive……..30

1.1 Il regime nel settore privato……...……...30

2. Eccedenze di personale e collocamento in mobilità, la disciplina del settore pubblico…….……..36

2.1 La procedura di mobilità……..37

2.2 Segue: la risoluzione dei rapporti per anzianità contributiva e la ricollocazione degli esuberi…….……..38

2.3 Segue: il collocamento in disponibilità…….……..39

2.4 Il licenziamento…….43

3. Le ipotesi specifiche previste dal d.lgs. 165 del 2001: l'art.55-*quater*…….....44

3.1. Segue: l'art.55-*sexies*……..……..……..55

3.2 Segue: il licenziamento per inidoneità psicofisica del dipendente pubblico…….58

4. L'annullamento delle procedure di reclutamento e la nullità delle assunzioni…….62

Capitolo 3: La tutela del dipendente pubblico in caso di licenziamento illegittimo: differenze con il settore privato.

1. Una necessaria premessa: il regime di tutela del lavoratore privato……..70

2. Le modifiche apportate dalla Legge 92 del 2012 all'art.18 e la questione dell' applicabilità al settore pubblico. …….79

3. Gli interventi della giurisprudenza……..……84

4. La scelta del legislatore del 2017: le profonde differenze con il settore privato……..……90

5. Gli ultimi interventi del legislatore nel settore privato: una distanza incolmabile con i pubblici dipendenti……..……99

CONCLUSIONI……104

BIBLIOGRAFIA…….106

INTRODUZIONE

La materia della tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo, soprattutto alla luce degli ultimi interventi del legislatore, si caratterizza per la presenza di significative divergenze di disciplina, sia all'interno del settore del lavoro alle dipendenze da privati che, in particolar modo, tra lavoratori privati e dipendenti delle pubbliche amministrazioni.

Per tali ragioni questa trattazione si incentra su una disamina dei tratti essenziali della disciplina del licenziamento, nel settore pubblico e privato, che ripercorre i più importanti provvedimenti legislativi sul tema, ed evidenzia le sostanziali diversificazioni che, nel corso degli anni, hanno contribuito ad allontanare ulteriormente i due settori, con l'intento di evidenziare la maggior protezione accordata, in materia, al dipendente pubblico.

Nel primo capitolo si tratterà delle fonti comuni al settore pubblico ed a quello privato, ripercorrendo brevemente l'*iter* della disciplina del recesso dal rapporto di lavoro, a partire dal disposto del Codice Civile, per poi volgere lo sguardo alla pluralità di interventi legislativi susseguitisi dagli anni Sessanta ad oggi. La disamina si incentrerà in particolar modo sulla giusta causa e sul giustificato motivo soggettivo di licenziamento, facendo perno sull'essenza disciplinare di tali fattispecie, non mancando di relazionarle alle pronunce della Suprema corte di Cassazione intervenute in merito.

Il capitolo secondo si focalizzerà sul licenziamento nel pubblico impiego, evidenziando le peculiarità che lo connotano, partendo dal giustificato motivo oggettivo, per poi arrivare alle ipotesi specifiche, regolate dal d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165.

Infine, il terzo ed ultimo capitolo rappresenterà il nodo centrale della trattazione, in quanto svilupperà l'argomento che ha originato l'interesse per la materia del lavoro pubblico e che ha stimolato la stesura di questo elaborato di tesi. Si prenderà in esame la disciplina afferente alla tutela del dipendente pubblico in caso di licenziamento illegittimo, analizzando le innovazioni introdotte dalla l. 28 giugno 2012 n. 92, nota per aver ampiamente modificato i regimi di tutela previsti a fronte di illegittimità del recesso, la quale ha di fatto estromesso dalla sua applicazione il settore pubblico, auspicando un intervento di armonizzazione, ad opera del ministro della Pubblica amministrazione.

A seguito di tale intervento di riforma anche la Corte di Cassazione, con due sentenze antitetiche, si è pronunciata sulla potenziale violazione del principio di uguaglianza, determinata da una differenza di trattamento tra dipendenti privati e pubblici, generata dalla citata estromissione di questi ultimi dalle innovazioni apportate.

Da ultimo il campo di indagine si sposterà sugli ultimi interventi del legislatore in materia di licenziamento illegittimo, osservando la modifica dell'art. 63 del d.lgs. n. 165/2001 che ha definitivamente (sino ad oggi) stabilito la netta separazione tra i regimi di tutela in tra lavoratori pubblici e privati. Per questi ultimi, infatti, il sistema delle c.d. tutele crescenti - anche con le modifiche apportate dalla l. 9 agosto 2018 n.96 (c.d. Decreto dignità) - alla luce della importantissima sentenza della Corte costituzionale dell'8 novembre 2018 n. 194, ha ribadito un regime di tutela nel quale la reintegrazione sul posto di lavoro rappresenti un'ipotesi residuale.

Per l'elaborazione della tesi sono stati impiegati manuali di diritto del lavoro ed amministrativo, nonché pronunce giurisprudenziali ed articoli di dottrina, reperiti

presso la biblioteca della Luiss Guido Carli, banche dati di diritto e materiale legislativo reperito prevalentemente online.

La disciplina dell'estinzione del rapporto di lavoro.
Le fonti comuni al settore pubblico e privato.

1. Cenni storici

Il rapporto di lavoro subordinato, tanto alle dipendenze di privati che della pubblica amministrazione, si qualifica come un rapporto di durata, l'estinzione del quale può avvenire tramite il recesso delle parti, ossia con le dimissioni del dipendente o con il licenziamento intimato dal datore di lavoro.

In questo capitolo si affronterà il tema della disciplina dell'estinzione del rapporto di lavoro con particolare riferimento alle fonti comuni al settore pubblico e privato.

Alla stregua delle tematiche che si tratteranno è opportuno accennare brevemente all'evoluzione della normativa preminente in tema di licenziamenti. La disciplina in materia ha infatti subito una pluralità di modifiche nel corso degli anni, che alternativamente hanno provveduto ad ampliare, ovvero a restringere le tutele predisposte per il lavoratore.

Guardando al codice civile del 1942, questo prevede, accanto all'istituto delle dimissioni, il licenziamento *ad nutum* ed il licenziamento per giusta causa; i primi due disciplinati dall'art. 2118, il terzo dall'art. 2119.

L'art. 2118 del codice civile statuisce espressamente: *"Ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto di lavoro a tempo indeterminato, dando preavviso nel termine e nei modi stabiliti dagli usi o secondo equità. In mancanza di preavviso, il recedente è tenuto verso l'altra parte a un'indennità equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso. La stessa indennità è dovuta dal datore di lavoro nel caso di cessazione del rapporto per morte del prestatore di lavoro."* Così il licenziamento *ad nutum* si sostanzia nella possibilità per il datore di lavoro di licenziare il dipendente liberamente, senza motivazione, con l'unico obbligo di fornire un congruo preavviso.

Diverso è il caso dell'art. 2119 c.c. che prevede: *"Ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto prima della scadenza del termine, se il contratto è a tempo determinato, o senza preavviso, se il contratto è a tempo indeterminato, qualora si*

verifichi una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto. Se il contratto è a tempo indeterminato, al prestatore di lavoro che recede per giusta causa compete l'indennità indicata nel secondo comma dell'articolo precedente. Non costituisce giusta causa di risoluzione del contratto il fallimento dell'imprenditore o la liquidazione coatta amministrativa dell'azienda."

Dalla disposizione si evince come il licenziamento per giusta causa, non richieda neanche l'assolvimento dell'obbligo di preavviso, dal momento che le ragioni poste alla base di detta tipologia di recesso, integrano un inadempimento talmente grave, da far venir meno il rapporto fiduciario intercorrente tra le parti. In entrambe le fattispecie codicistiche illustrate non vige un obbligo di motivazione per il datore.

L'obbligo di motivazione, accompagnato dall'onere di giustificare il motivo del licenziamento, è introdotto con la L.15 luglio 1966 n.604, la quale ha determinato la nascita di una nuova ipotesi di licenziamento, ossia quello per giustificato motivo, oggettivo o soggettivo.

La definizione di tale tipologia è affidata all'art.3 l. n. 604 del 1966, il quale differenzia il giustificato motivo soggettivo, individuato come un inadempimento degli obblighi contrattuali, dal giustificato motivo oggettivo inteso quale licenziamento causato da esigenze oggettive dell'impresa[1].

Ulteriore intervento normativo di notevole rilevanza si è avuto con lo Statuto dei lavoratori, L. 27 maggio 1970 n. 300, con cui è stata introdotta una significativa disciplina di tutela per il lavoratore in caso licenziamento illegittimo. Nello specifico l'art.18 della predetta legge, predispone la cosiddetta tutela reale, la quale trova applicazione per i datori di lavoro, imprenditori o non imprenditori, che occupano più di quindici dipendenti nell'unità produttiva nella quale opera il lavoratore licenziato, oppure nell'ambito dello stesso comune ed in ogni caso, ai datori che abbiano alle proprie dipendenze globalmente più di sessanta lavoratori, indipendentemente dal frazionamento organizzativo delle unità produttive.

In caso di illegittimità del licenziamento, sarà pertanto disposta la reintegrazione nel posto di lavoro con la corresponsione di un'indennità risarcitoria di importo non inferiore a cinque mensilità di retribuzione ed il pagamento dei contributi

[1] Così G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto dei lavori e dell'occupazione,* Giappichelli, Torino, 2017 p.336.

maturati e non versati. In alternativa alla reintegra è possibile ottenere un'indennità non inferiore a quindici mensilità di retribuzione, corredata dal risarcimento e dal suddetto pagamento dei contributi maturati e non versati.

Nel caso di imprese occupanti fino a quindici dipendenti, la normativa di riferimento si rinviene nell'art.8 della L.n.604/1966 la quale prevede una tutela semplicemente indennitaria, per la quale il giudice può determinare l'importo da erogare a favore del lavoratore con riferimento ad un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità di retribuzione.

Con il passare degli anni tuttavia, il sistema industriale italiano si è profondamente modificato e ciò ha portato agli ultimi interventi del legislatore in tema di licenziamento. L'impianto normativo delineato è rimasto infatti in vigore fino 2012, nonostante nel corso di questo lungo periodo sia profondamente variato il tessuto industriale del nostro paese. L'impresa fordista viene sostituita con altre forme di imprese quali, ad esempio, quelle di rete e l'internazionalizzazione dei mercati ha coniato diverse esigenze per gli operatori economici, tra cui anche quella di riduzione dei costi del lavoro. Rilevante è l'introduzione di una notevole flessibilità in entrata, con una forte apertura all'utilizzo dei contratti a termine, soprattutto in virtù del d.lgs. 6 settembre 2001 n. 368, aspetto che integra un'importante inversione di tendenza rispetto alla previgente disciplina, restrittiva rispetto all'impiego di contratti a tempo determinato. Inoltre il d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276 riconosce e regola una serie di rapporti temporanei subordinati come il lavoro a progetto e la somministrazione. Da precisare che tali anni sono anche caratterizzati dal proliferare di direttive europee[2] che contribuiscono a modificare il mercato del lavoro[3].

Fondamentale in termini di cambiamento, la L.28 giugno 2012 n. 92 (c.d. Legge Fornero), ha modificato l'art.18 dello Statuto dei lavoratori, introducendo quattro diverse tipologie di tutela alternativamente applicate in base alla ragione posta alla base dell'illegittimità del licenziamento.

In particolare la riforma ha mantenuto la tutela c.d. reintegratoria piena (corrispondente alla citata tutela reale introdotta con l'art.18): in caso di licenziamento nullo in quanto intimato in concomitanza di matrimonio ovvero in

[2] Ad esempio, in materia di contratto a termine, si può richiamare la direttiva 99/70/CE.

[3] In tal senso G. SANTORO PASSARELLI, Diritto dei lavori e dell'occupazione, Giappichelli Editore, Torino, 2017.

violazione delle tutele predisposte a favore della maternità e della paternità; orale; discriminatorio; sorretto da motivo illecito determinante e nelle altre ipotesi di nullità previste dal codice civile.

È stata inoltre introdotta una tutela reintegratoria attenuata in caso di: licenziamento per giusta causa; per giustificato motivo soggettivo illegittimo perché il fatto non sussiste o è punito con una sanzione conservativa; licenziamento per giustificato motivo oggettivo illegittimo perché il fatto è manifestamente infondato; per difetto di giustificazione del licenziamento intimato per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica; per licenziamento intimato in caso di infortunio, malattia e gravidanza.

Infine la suddetta legge ha introdotto una tutela di tipo indennitario per le altre ipotesi di illegittimità del recesso operato dal datore di lavoro. Nello specifico la tutela indennitaria forte si applica in tutte le circostanze nelle quali non vi sono gli estremi per quella reintegratoria. In questo caso il datore di lavoro viene condannato a risarcire il lavoratore con una indennità il cui importo va da un minimo di 12 mensilità ad un massimo di 24 sulla base dell'ultima retribuzione globale. Infine la tutela indennitaria c.d. attenuata si applica nei casi di illegittimità del licenziamento per assenza di motivazione o per inosservanza degli obblighi procedurali previsti per legge. In questi casi, a seconda della gravità della violazione commessa, viene prevista una condanna per il datore di lavoro consistente in una indennità che va dalle 6 alle 12 mensilità della retribuzione globale del lavoratore che però verrà valutata anche tenendo conto della gravità della violazione fatta.

Con la riforma in questione il legislatore ha anche introdotto un rito mirato a velocizzare la procedura in caso di impugnazione del licenziamento illegittimo, optando per una riduzione dei termini ordinari ed eliminando delle formalità ritenute non essenziali per il contraddittorio. Infatti il giudice che, sentite le parti, procede con gli atti di istruzione indispensabili, per poi provvedere ad accogliere o rigettare la domanda con un'ordinanza che sarà immediatamente esecutiva. Il primo atto di questo rito prevede l'impugnazione da parte del lavoratore del licenziamento davanti al giudice del lavoro secondo quanto previsto dall'articolo 125 del C.p.c. Entro 40 giorni dal deposito del ricorso, il giudice fisserà l'udienza e il termine per la notifica dei decreti, che non deve essere inferiore a 25 giorni prima

dell'udienza fissata. Laddove il datore di lavoro dovesse resistere, il giudice assegnerà un termine non inferiore a 5 giorni prima dell'udienza. Contro l'ordinanza emessa dal giudice è possibile ricorrere entro 30 giorni dalla notifica del provvedimento secondo quanto richiede l'articolo 414 Cpc.

Ulteriore contributo si è avuto con il D.lgs. 4 marzo 2015 n. 23, il quale ha introdotto il cd. rapporto di lavoro a tutele crescenti. Anche alla stregua di detto intervento normativo la tutela reale, ossia quella predisposta dall' originaria versione dell'art. 18, si ha esclusivamente in caso di licenziamento discriminatorio, nullo, orale, nonché privo di giustificazione per motivo consistente nella disabilità psichica o fisica del lavoratore. Invece in caso di insussistenza del fatto addotto alla base del licenziamento disciplinare è prevista la

reintegrazione nel posto di lavoro ma con la possibilità di ottenere un risarcimento non superiore ad un importo pari a dodici mensilità di retribuzione[4].

L' innovazione preminente della riforma, è risieduta tuttavia nel fatto che per le ipotesi di licenziamento illegittimo, per le quali non è prevista la reintegra, il legislatore introduce un'indennità economica fissa, ricompresa tra un minimo di 4 ed un massimo di 24 mensilità, variabile esclusivamente in base all'anzianità di servizio.

Con la sentenza 194 del 2018 la Corte Costituzionale ha ritenuto non conforme alla Costituzione il predetto criterio di determinazione dell'indennità, in quanto contrario ai principi di ragionevolezza, uguaglianza e tutela del lavoratore[5].

---

[4] In tal senso R. PESSI, in "lezioni di diritto del lavoro", Giappichelli, 2018, Torino.

[5] In tal senso Corte Cost., 26 settembre 2018, n.194, punto 15 "considerato in diritto", in *Gazzetta Ufficiale* 14 novembre 2018, n. 45: *"In conclusione, in parziale accoglimento delle questioni sollevate in riferimento agli artt. 3 (in relazione sia al principio di eguaglianza, sotto il profilo dell'ingiustificata omologazione di situazioni diverse, sia al principio di ragionevolezza), 4, primo comma, 35, primo comma, e 76 e 117, primo comma, Cost. (Questi ultimi due articoli in relazione all'art. 24 della Carta sociale europea), il denunciato art. 3, comma 1, deve essere dichiarato costituzionalmente illegittimo limitatamente alle parole «di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio,». Le «mensilità», cui fa ora riferimento l'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015 sono da intendersi relative all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR, così come si evince dal d.lgs. n. 23 del 2015 nel suo complesso, con riguardo alla commisurazione dei risarcimenti. Nel rispetto dei limiti, minimo e massimo, dell'intervallo in cui va quantificata l'indennità spettante al lavoratore illegittimamente licenziato, il giudice terrà conto innanzi tutto dell'anzianità di servizio – criterio che è prescritto dall'art. 1, comma 7, lett. c) della legge n. 184 del 2013 e che ispira il disegno riformatore del d.lgs. n.23 del 2015 – nonché degli altri criteri già prima richiamati, desumibili in chiave sistematica dalla evoluzione*

Pertanto a seguito della predetta sentenza, il giudice potrà decidere l'importo dell'indennità, nel rispetto dei limiti prefissati (ad oggi minimo 6 e massimo 36 mensilità, alla luce della modifica apportata dal d.l n. 87/2018 conv. In L. 9 agosto 2018 n. 96. C.d. Decreto Dignità), considerando non solo l'anzianità di servizio, ma anche tenendo conto del numero dei dipendenti occupati, del comportamento delle parti e delle dimensioni dell'attività economica.

Per completezza è bene sottolineare che in caso di licenziamento affetto da vizi formali o procedurali è prevista la corresponsione di un'indennità ridotta, pari ad una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, moltiplicata per ogni anno di servizio e ricompresa tra un minimo di due ed un massimo di dodici mensilità.

2. Le dimissioni del lavoratore

L'istituto delle dimissioni integra il recesso del lavoratore dal rapporto. Esse si qualificano come un atto unilaterale recettizio che non necessita di accettazione da parte del datore di lavoro.

L'unico obbligo previsto per il lavoratore è costituito dal preavviso, salva l'ipotesi delle dimissioni per giusta causa, per le quali, al pari dell'omonimo licenziamento, non sussiste il predetto obbligo, dal momento che alla base delle stesse si pone un gravissimo inadempimento del datore di lavoro[6]. I termini da rispettare per il

---

della disciplina limitativa dei licenziamenti (numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti)."

[6] Una delle mancanze più eclatanti del datore di lavoro nei confronti del proprio dipendente, generalmente considerata come giustificante le dimissioni del lavoratore, è quella della mancata corresponsione della retribuzione. Tuttavia è opportuno sottolineare quanto segue per cogliere appieno le caratteristiche della condotta del datore di lavoro, la quale integri effettivamente la giusta causa addotta alla base delle dimissioni, soprattutto in relazione alla mancata corresponsione della retribuzione : *"La giusta causa di dimissioni si deve concretamente manifestare in circostanze che si presentino con caratteristiche di obiettiva gravità, da valutarsi secondo le norme generali del risarcimento del danno da inadempimento contrattuale. In particolare, con riferimento al mancato pagamento delle retribuzioni, la giusta causa sussiste in caso di reiterato mancato pagamento, non già nel caso di inadempimento accidentale e di breve durata"*. In tal senso Trib. Di Ivrea sent. 4 dicembre 2007 n. 150, in *De jure GFL*.

preavviso variano in base all'anzianità di servizio ed all'Inquadramento contrattuale.

La possibilità di recedere unilateralmente dal rapporto di lavoro è riconosciuta anche al pubblico dipendente, per il quale le dimissioni si perfezionano con una comunicazione scritta alla pubblica amministrazione.

Ad oggi nel settore pubblico non è più necessaria l'accettazione da parte della amministrazione delle dimissioni, prima essenziale in virtù dell'assenza di contrattualizzazione del rapporto di lavoro[7]. Unico obbligo sussistente è quello del preavviso, i cui termini variano in base all'anzianità di servizio del dipendente nonché in base ai termini statuiti dal contratto collettivo di riferimento. Ad esempio l'art. 67 del contratto collettivo nazionale di lavoro relativo al personale del comparto funzioni centrali, valido per il triennio 2016- 2018 prevede per le dimissioni i seguenti termini di preavviso[8]:

- 30 giorni se l'anzianità di servizio è fino a 5 anni;
- 45 giorni se l'anzianità di servizio è compresa fra i 5 ed i 10 anni;
- 60 giorni se l'anzianità di servizio è superiore ai 10 anni.

Come già precisato per il settore privato anche in quello pubblico non è necessario il preavviso nel caso di recesso del lavoratore per giusta causa. Sia per il pubblico dipendente che per il lavoratore occupato presso un privato datore di lavoro, a fronte di mancato preavviso, sarà trattenuta dal datore un'indennità in sostituzione dello stesso, definita indennità di mancato preavviso.

Un elemento di divergenza in materia, tra settore pubblico e privato, risiede nella nuova disciplina in tema di dimissioni telematiche predisposta dal D.lgs.14 settembre 2015 n. 151.

Già il legislatore del 2012, con la c.d. Legge Fornero, aveva adottato un meccanismo di convalida delle dimissioni, la quale sarebbe dovuta pervenire entro sette giorni dalla richiesta del lavoratore.

---

[7] Prima del processo di contrattualizzazione del pubblico impiego, lo stesso si caratterizzava per una disciplina essenzialmente pubblicistica, coerente con la concezione *panpubblicistica* non paritaria dei rapporti fra stato e cittadino. Si veda in tal senso M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, il Mulino, Bologna, 2013, pp.389-393.

[8] In tal senso si veda art.67 del Contratto collettivo nazionale di lavoro comparto "*funzioni centrali*", valido per il triennio 2016-2018.

Il sistema introdotto da tale legge è stato abrogato con il d.lgs. 14 settembre 2015 n. 151, il quale all'art.26 prevede che le dimissioni: "sono fatte, a pena di inefficacia, esclusivamente con modalità telematiche su appositi moduli resi disponibili dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali". La ratio di tale scelta risiede nella volontà di eliminare la pratica delle dimissioni in bianco, volta a far firmare in via preventiva al lavoratore un foglio contenente appunto le sue dimissioni, con l'intento di aggirare le conseguenze derivanti dal licenziamento.

Per espressa previsione della circolare 12 del 4 marzo 2016 del Ministero del lavoro[9], la predetta disciplina non si applica ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, alla stregua del preciso intento della norma di aggirare il sistema delle c.d. dimissioni in bianco fenomeno che non risulta presente nei rapporti di lavoro dipendente nel settore pubblico. Alla luce di tale esclusione, le dimissioni nel pubblico impiego possono essere comunicate all'amministrazione di appartenenza, tramite una lettera redatta dal dipendente ovvero mediante un modulo predisposto dalla stessa PA, ed inviate mediante raccomandata o consegnate manualmente.

3. La risoluzione del rapporto per volontà datoriale

3.1: il licenziamento per giusta causa

La fattispecie del licenziamento per giusta causa trova la sua fonte di disciplina nell'art.2119 del Codice Civile, il quale tuttavia si limita a definire gli effetti di questo istituto, ossia la immediata risoluzione del rapporto di lavoro senza necessità di preavviso, non specificando però cosa debba intendersi concretamente per "giusta causa di licenziamento".

La giurisprudenza e la dottrina, intervenute ad esplicitare il contenuto di detta norma, hanno elaborato due tesi.

[9] La circolare del Ministero del Lavoro n.12 del 4 marzo 2016, esclude l'applicabilità della disciplina introdotta con D.lgs. 14 settembre 2015 n. 151, in materia di dimissioni telematiche, anche rispetto ai collaboratori domestici, al recesso durante il periodo di prova di cui all'art.2096 c.c., alle dimissioni presentate dalla lavoratrice in gravidanza o nei primi tre anni di vita del bambino, ai rapporti di lavoro marittimo.

La prima prevede che sussista giusta causa di licenziamento a fronte di una condotta del dipendente integrante un gravissimo inadempimento contrattuale, legato perciò allo svolgimento dell'attività lavorativa.

La seconda tesi invece, peraltro maggiormente accreditata dalla giurisprudenza, ritiene che la giusta causa possa essere integrata non solo da un inadempimento del lavoratore, ma

anche da qualsiasi atto o fatto esterno al rapporto di lavoro[10], il quale sia in grado di minare il rapporto fiduciario[11].

Come già precisato, la giusta causa di licenziamento rientra tra le ipotesi originariamente previste dal codice civile, insieme alla fattispecie del licenziamento ad nutum e non richiede l'assolvimento da parte del datore dell'obbligo di motivazione del recesso.

Il legislatore con la Legge n. 604/1966 introduce il licenziamento per giustificato motivo soggettivo ed oggettivo, il quale prevede l'obbligo del preavviso e l'onere della motivazione. In particolare il giustificato motivo soggettivo viene contrapposto alla giusta causa, in quanto anch'esso sorge a fronte di un inadempimento del lavoratore, in questo caso tuttavia notevole ma non gravissimo[12].

Senza dubbio si nota come le tipologie di licenziamento trattate implichino una mancanza, quanto meno colposa, del lavoratore; ragione per cui le stesse richiamano necessariamente il licenziamento disciplinare[13].

Si deve ricordare che gli obblighi di diligenza, di obbedienza e di fedeltà del lavoratore, richiamati dagli artt. 2104 e 2105 del c.c. sono prettamente caratteristici del rapporto di lavoro subordinato e strettamente correlati al carattere distintivo

---

[10] Si pensi ad esempio al disvalore che potrebbe avere l'emissione di assegni bancari a vuoto da parte di un dipendente bancario, ipotesi ritenuta idonea ad integrare la giusta causa in Cass. 24 giugno 2000 n. 8631; Cass. 23 maggio 1992 n. 6180, *in De jure GFL*.

[11] In tal senso G. SANTORO PASSARELLI, *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Giappichelli, Torino ,2017.

[12] Ad esempio è considerato legittimo il licenziamento per giustificato motivo soggettivo, quando un dipendente si rifiuti per più volte di recarsi in trasferta. Si tratta senza dubbio di una condotta connotante un inadempimento considerevole, seppur non gravissimo. In tal senso Cass. Sent. 20 marzo 2018 n.6896, in *De jure GFL*.

[13] Così Trib. Castrovillari, sent. del 16 gennaio 2019 n. 64, in *De jure GFL: "Il licenziamento intimato per mancanze del lavoratore ha natura ontologicamente disciplinare, siano tali mancanze configurabili come giusta causa o giustificato motivo soggettivo; ne consegue che, sia nell'uno che nell'altro caso, sussiste l'obbligo di preventiva contestazione dell'addebito*" (art. 7 statuto dei lavoratori).

della subordinazione, ossia l'eterodirezione. Quest'ultima infatti giustifica l'esercizio da parte del datore, del potere direttivo che implica anche l'impiego dei poteri di controllo e disciplinare. Da ciò si evince come i predetti obblighi assurgano anche a parametri per la valutazione del corretto adempimento della prestazione lavorativa[14], e come una violazione degli stessi possa portare a responsabilità disciplinare per il lavoratore.

Instaurando l'analisi a partire dal settore privato, in modo da cogliere appieno le differenze

con il pubblico, è opportuno sottolineare come in tema di responsabilità disciplinare si applichi l'art. 7 dello Statuto dei lavoratori (L. n. 300/1970), il quale, nei primi tre commi, prevede quanto segue: *"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 devono applicare quanto in materia è stabilito da accordi e contratti di lavoro ove esistano.*

Il datore di lavoro non può adottare alcun provvedimento disciplinare nei confronti del lavoratore senza avergli preventivamente contestato l'addebito e senza averlo sentito a sua difesa. Il lavoratore potrà farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato. […]".

È bene sin d'ora effettuare una precisazione. La disposizione citata si applica ai rapporti di lavoro instaurati con un privato datore di lavoro; come si avrà modo di puntualizzare nei successivi capitoli, per il settore pubblico il procedimento disciplinare è regolato da una apposita norma, ossia l'art.55- bis d.lgs. 165/2001, la quale delinea una procedura di fatto contrassegnata dai medesimi principi predisposti dall'art.7 L. n. 300/1970 esposto. In particolare la disposizione del Testo Unico in materia di pubblico impiego prevede che via sia proporzionalità tra sanzione ed infrazione, tempestività dell'azione disciplinare, tassatività e gradualità delle sanzioni ed infine la presenza di un contraddittorio.

[14] In tal senso R. PESSI, in Lezioni di Diritto del lavoro, Giappichelli, Torino,2018, pp.296 ss.

Volgendo nuovamente lo sguardo al settore privato vediamo come inizialmente non fossero previste sanzioni disciplinari estintive del rapporto di lavoro[15], divieto venuto meno con due pronunce, una della Corte Costituzionale e l'altra delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, le quali hanno portato all'applicazione delle garanzie previste dall'art.7 dello Statuto dei Lavoratori anche al licenziamento disciplinare. In particolare con la sentenza n.204/1982 la Corte costituzionale ha affermato che i primi tre commi dell'art. 7 della legge n. 300 del 1970, ossia obbligo di affissione del codice disciplinare, di contestazione dell'addebito ed il diritto di difesa del lavoratore, si applicano anche ai licenziamenti disciplinari, a prescindere dalla circostanza che detti commi siano o meno richiamati dalla contrattazione collettiva in materia; le SS.UU della Suprema corte, con la sentenza 4823/1987, hanno precisato che per "licenziamento disciplinare" deve intendersi qualsiasi licenziamento determinato da un comportamento colposo o doloso del lavoratore e che la legittimità dello stesso è sempre subordinata al rispetto dei commi secondo (contestazione dell'addebito) e terzo (relativo alla difesa del lavoratore) dell'art.7 dello Statuto dei lavoratori.

Dal momento che la fattispecie del licenziamento disciplinare integra condotte colpose del dipendente, è opportuno precisare che l'area della colpa copre sia la giusta causa in parte, che il giustificato motivo soggettivo[16], per tale ragione infatti i contratti collettivi distinguono tra infrazioni in grado di condurre al licenziamento con preavviso, ed altre che comportano il licenziamento senza preavviso.

---

[15]Così la Corte costituzionale sent. 204 del 1982, *Gazzetta Ufficiale*: *"Nella pendenza degli or riuniti procedimenti avanti questa Corte, la disputa sulla estensione, ai licenziamenti disciplinari, dell'art. 7 nella sua interezza ha trovato, al livello d'interpretazione, quell'assetto unitario di cui nel biennio 1976-77 era priva perché l'ufficio giudiziario, cui compete il magistero della nomofilachia, componendo contrasti che sui limiti della incompatibilità tra i due corpi di norme si erano avvertiti anche in seno alla stessa Corte di Cassazione, ha negato che tra le sanzioni relative a infrazioni disciplinari, per le quali é dettato l'art. 7, sia da annoverare il licenziamento e, così riscrivendo, si é affiancato alla opinione di parte della dottrina. Più precisamente, le Sezioni Unite, con sent. 28 marzo 1981 n. 1781, pur riconoscendo che le innovazioni contenute nell'art. 7 "apprestano in definitiva al lavoratore una tutela più efficace di quella predisposta per i licenziamenti individuali con la legge n. 604 del 1966" (constatazione ribadita dalla Sez. Lav. 25 novembre 1981 n. 6269), hanno enunciato il principio di diritto che "il licenziamento intimato per inadempimento o mancanza del lavoratore é assoggettato alla disciplina contenuta nell'art. 2119 cod. civ. e nella legge 15 luglio 1966 n. 604, a meno che non sia applicabile all'atto una diversa disciplina (legislativa, collettiva o validamente posta dallo stesso datore di lavoro) la quale, oltre ad includerlo fra le sanzioni disciplinari, lo sottoponga al regime giuridico per queste previsto dall'art. 7 legge 20 maggio 1970 n. 300 o da altra fonte equipollente".*

[16] Cosi G. SANTORO PASSARELLI in "*Diritto dei lavori e dell'occupazione*", Giappichelli, Torino ,2017

Altro principio guida nella materia è quello di proporzionalità predisposto dall'art. 2106 del c.c. il quale sancisce appunto il necessario nesso di adeguatezza tra infrazione commessa e sanzione irrogata. Si ricorda che l'ipotesi della giusta causa richiede una condotta integrante un inadempimento gravissimo del lavoratore, mente il giustificato motivo soggettivo ne richiede uno notevole. Queste considerazioni comportano che se l'inadempimento dovesse essere lieve la sanzione estintiva del rapporto risulterebbe sproporzionata e di conseguenza il licenziamento illegittimo, tema sul quale si tornerà nell'ultimo capitolo.

Nel pubblico impiego trova applicazione la disciplina sopra esposta in materia di licenziamento per giusta causa.

Si avrà modo di analizzare, nel capitolo successivo, le fattispecie di licenziamento che possiamo definire "tipiche" del settore pubblico, soffermandoci ora sulla disciplina comune al privato e pertanto sulla giusta causa e sul giustificato motivo soggettivo. Come sottolineato, anche ai dipendenti della PA si applicano le disposizioni di cui agli articoli 2118 e 2119 del c.c. nonché la legge 15 luglio 1966 n. 604, normative integrate dall'articolo55-bis del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, il quale regola l'intero procedimento disciplinare; ciò alla stregua di quanto si è già sottolineato relativamente alla natura ontologicamente disciplinare del licenziamento per giusta causa (o per giustificato motivo soggettivo).

Un ruolo importante, anche nel settore pubblico è svolto dalla contrattazione collettiva, infatti proprio l'art.55 del d.lgs. 165 cit. rimanda ai contratti collettivi per la determinazione delle infrazioni e delle relative sanzioni, indicate nel c.d. Codice disciplinare.

Come già precisato il licenziamento disciplinare è determinato da una condotta quanto meno colposa del dipendente ascrivibile alla giusta causa o al giustificato motivo soggettivo; alla stregua di ciò anche i contratti collettivi pubblici individueranno infrazioni per le quali sia rispettivamente previsto il licenziamento con o senza preavviso.

Risulta a tal punto doveroso evidenziare, prima di proseguire con la trattazione, che il dispositivo dell'articolo 55-quater del d.lgs.165/2001, individua le ipotesi di licenziamento tipiche del rapporto di lavoro alle dipendenze di una PA.

Guardando ora alle ipotesi comuni alla maggior parte dei comparti, possiamo elencare le condotte qualificabili come "gravissimi inadempimenti" ed in quanto tali sanzionabili con licenziamento senza preavviso:[17]

- Terza recidiva in due anni di minacce, ingiurie gravi, calunnie o diffamazioni verso il pubblico o verso altri dipendenti;
- Condanna passata in giudicato per un delitto commesso in servizio o fuori servizio, che, pur non attenendo in via diretta al rapporto di lavoro, non ne consenta neanche provvisoriamente la prosecuzione, in quanto connotato da specifica gravità;
- Accertamento del fatto che l'impiego venne conseguito mediante la produzione di documenti falsi e comunque con mezzi fraudolenti, ovvero che la sottoscrizione del contratto individuale sia avvenuta mediante presentazione di documenti falsi;
- Commissione, anche nei confronti di terzi soggetti, di fatti o atti dolosi che, pur non costituendo illeciti di rilevanza penale, sono di gravità tale da non consentire neppure provvisoriamente la prosecuzione del rapporto di lavoro;
- Condanna passata in giudicato che comporti la interdizione dai pubblici uffici.

Una tematica di rilevante interesse nel pubblico impiego, riguarda la tassatività o meno delle tipizzazioni effettuate dalla contrattazione collettiva.

Se per rispondere a tale interrogativo dovessimo guardare solo alla lettera dell'art. 55 co.2 del d.lgs. 165/2001, dovremmo ritenere tassative le tipizzazioni operate dai contratti collettivi, in quanto lo stesso statuisce: "*Salvo quanto previsto dalle disposizioni del presente Capo, la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni è definita dai contratti collettivi. 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".* Tuttavia se dovessimo abbracciare quanto si evince dalla lettera della predetta disposizione, si avrebbe un eccessivo ridimensionamento della giusta causa di licenziamento[18], la quale come più volte sottolineato, ricomprende anche fatti estranei al rapporto di lavoro, tuttavia idonei a minare definitivamente il rapporto fiduciario. Alla luce di queste considerazioni possiamo ritenere le classificazioni operate dalla contrattazione collettiva come aventi finalità meramente esemplificativa.

---

[17] Sono sanzioni riconducibili pertanto all'art.2119 c.c. ed integrano giusta causa di licenziamento.

[18] Così L. FIORILLO in "*il diritto del lavoro nel pubblico impiego*", PICCIN, Padova, 2018.

La legge 604/1966 ha inoltre introdotto degli obblighi di natura procedurale i quali trovano in parte applicazione anche nel settore pubblico. In *primis* relativamente ai requisiti formali, anche per il licenziamento del dipendente pubblico, è previsto che lo stesso venga intimato mediante comunicazione scritta, indicante le motivazioni; è pertanto richiesta la forma scritta ad substantiam. In secondo luogo, l'onere di provare la sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento, spetta al datore di lavoro. Per quanto attiene invece ai termini statuiti per l'impugnazione, l'art.6 L. n. 604/1966 prevede che il licenziamento (anche nel pubblico) possa essere impugnato entro sessanta giorni, decorrenti dal momento di ricezione della comunicazione dello stesso.

Inoltre è necessario che l'impugnazione venga depositata, entro centottanta giorni, presso la cancelleria del tribunale competente. Anche in riferimento al pubblico impiego, è opportuno effettuare alcune considerazioni in relazione al licenziamento disciplinare, partendo dal concetto per cui la pubblica amministrazione è perfettamente equiparata al privato datore di lavoro.

L'individuazione del datore di lavoro di una PA non è sempre agevole, al punto che nel corso degli anni sono intervenuti chiarimenti anche da parte del legislatore.

La Corte di Cassazione, sul tema[19], si è espressa in tale senso: *"Nelle pubbliche amministrazioni per datore di lavoro si intende il dirigente al quale spettano i poteri gestionali, decisionali e di spesa, ovvero il funzionario non avente qualifica dirigenziale, nei soli casi in cui quest'ultimo sia preposto ad un ufficio avente autonomia gestionale"*.

In virtù delle predette considerazioni, alla Pubblica amministrazione (tramite il dirigente competente), spetterà, in quanto datore di lavoro, l'esercizio del potere disciplinare.

La responsabilità disciplinare nel settore pubblico, svolge senza dubbio una funzione ulteriore rispetto al privato e di fondamentale rilevanza, ossia quella di garantire ed incrementare l'efficienza della PA; basti pensare a quanto statuito dalla Costituzione all'art.54, norma la quale contribuisce senza dubbio a

[19] In tal senso si veda Cass. Sent. 16 luglio 2012 n.28410, in *De jure GFL*.

differenziare, in virtù del ruolo ricoperto, i dipendenti pubblici dal resto dei cittadini[20].

Potremmo sottolineare come il legame del dipendente all'amministrazione, vada ad integrare un rapporto, estremamente intenso, definito di "immedesimazione organica", che va ben oltre la semplice rappresentanza, dal momento che la persona fisica viene di fatto "incardinata "nella PA[21].

Stante quanto affermato è agevole intendere l'obiettivo della responsabilità disciplinare nel settore pubblico ed il ruolo differenziato del dipendente.

In ultima istanza è bene soffermarsi sull'importanza rivestita, anche in tal settore, dal principio di proporzionalità, tra infrazione e sanzione applicata, sancito dall'art.2106 c.c., soprattutto in relazione al licenziamento disciplinare.

A tal proposito la Suprema Corte ha affermato: "*In tema di licenziamento per giusta causa, anche in materia di pubblico impiego contrattualizzato è da escludere qualunque sorta di automatismo a seguito dell'accertamento dell'illecito disciplinare, sussistendo l'obbligo per il giudice di valutare, da un lato, la gravità dei fatti addebitati al lavoratore, in relazione alla portata oggettiva e soggettiva dei medesimi, alle circostanze nelle quali sono stati commessi e all'intensità del profilo intenzionale, e, dall'altro, la proporzionalità fra tali fatti e la sanzione inflitta*."[22]

Dunque per stabilire in concreto l'esistenza di una giusta causa di licenziamento il giudice dovrà valutare la gravità dei fatti addebitati al lavoratore in relazione alla loro portata oggettiva e soggettiva, nonché rispetto alle circostanze in cui sono stati commessi. D'altro lato rileverà, come più volte affermato, la proporzionalità fra tali fatti e la sanzione irrogata e occorrerà stabilire se effettivamente l'infrazione commessa comprometta il rapporto fiduciario in modo irreparabile, al punto da giustificare l'applicazione della sanzione disciplinare più grave.

---

[20] In tal senso B.G. MATTARELLA, "*I doveri di comportamento dei dipendenti pubblici"* in RGL,275,1996.

[21] Cosi M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Il mulino, Bologna, 2015, pp.311 e ss.

[22] Sentenza Cassazione civile, sez. lav., 26/09/2016, n. 18858, in *De jure GFL*.

3.2: Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo

Come già evidenziato nei precedenti paragrafi, la Legge n.604/1966 ha introdotto la fattispecie del licenziamento per giustificato motivo (soggettivo ed oggettivo). In questo paragrafo si tratterà in maniera più analitica del giustificato motivo soggettivo, volgendo lo sguardo sia al settore privato che a quello pubblico e considerando che, anche tale tipologia di licenziamento, richiede la sussistenza di una condotta quanto meno colposa del dipendente, idonea a generare l'applicazione della sanzione disciplinare massima. L'elemento di divergenza preminente rispetto al licenziamento di cui all'art.2119 c.c. risiede nel fatto che, a fronte di un giustificato motivo di recesso, risulta necessario l'assolvimento dell'obbligo del preavviso per il datore di lavoro; inoltre il fatto commesso deve integrare un "notevole inadempimento".

Sulla nozione di giustificato motivo soggettivo, si è incentrato il dibattito dottrinale più risalente, ormai quasi del tutto superato, grazie alla già affermata riconducibilità di detto istituto nell'alveo del licenziamento disciplinare.

In particolare la dottrina si era divisa tra il criterio lavoristico di "notevole inadempimento", di cui all'art.3 della L. n. 604/1966 e quello civilistico insito nell'art. 1455 c.c.[23] di "non scarsa importanza dell'inadempimento in relazione all'interesse dell'altra parte".

Il dibattito ha portato a ritenere impossibile la riconduzione dell'inadempimento posto alla base del licenziamento per giustificato motivo soggettivo all'art. 1455 c.c., poiché lo stesso tiene conto di un aspetto non ritenuto rilevante nel caso predetto, ossia la considerazione dell'interesse dell'altra parte, che non sussiste in riferimento al datore di lavoro.

In virtù di tali considerazioni perciò, è stata abbracciata dalla dottrina maggioritaria la nozione fornita dal legislatore nel predetto art.3, nonostante sussista ancora chi avvalli la tesi di segno contrario, ritenendo fondamentale per la commisurazione della gravità dell'inadempimento, l'interesse della controparte contrattuale.

Senza dubbio dottrina e giurisprudenza concordano unanimemente sull' esclusione della idoneità di fatti estranei al rapporto di lavoro ad integrare il giustificato

[23]"Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra". Art. 1455 c.c. Importanza dell'inadempimento.

motivo soggettivo, contrariamente a quanto previsto per la giusta causa[24]. L'inadempimento del lavoratore riguarderà dunque una violazione degli obblighi contrattuali di cui agli artt. 2104 e 2105 c.c., ossia quello di diligenza e fedeltà.

Prima di passare all'analisi delle ipotesi di licenziamento senza preavviso nel settore pubblico, è bene rimarcare il fatto che anche il licenziamento per giustificato motivo soggettivo è "ontologicamente" disciplinare, pertanto è necessario che il datore di lavoro rispetti la procedura di cui all'art.7 dello Statuto dei lavoratori[25], e quindi la tempestiva contestazione del fatto addebitato, la garanzia del diritto di difesa al lavoratore coinvolto, nonché la preventiva affissione del codice disciplinare con la relativa indicazione delle infrazioni e delle corrispondenti sanzioni.

Spostando ora l'attenzione sul licenziamento per giustificato motivo soggettivo, nel settore pubblico, bisognerà analizzare le ipotesi, comuni a vari comparti di contrattazione, che conducono alla sanzione del licenziamento con preavviso e costituiscono pertanto un notevole inadempimento del dipendente dell'amministrazione.

Si era già evidenziato, trattando della giusta causa, che l'art.55 del d.lgs 165/2001 richiama la contrattazione collettiva, nella determinazione delle condotte integranti l'una o l'altra ipotesi di licenziamento. In particolare le infrazioni più comuni sono:

- Condotta recidiva plurima (tre volte in un anno o in un biennio) relativa a mancanze per cui il dipendente era già stato unito con la sanzione della sospensione;
- Recidiva nello scarso rendimento causato da un comportamento negligente;
- Ingiustificato rifiuto del trasferimento disposto dalla Pubblica Amministrazione per riconosciute e motivate esigenze di servizio nel rispetto delle vigenti procedure e in relazione alla tipologia di mobilità attivata;

---

[24] In tal senso M.V. BALLESTRERO, *Licenziamento individuale*, in *Annali V, 2012*.

[25] In tal senso sent. tribunale, Brescia, sez. lav., 6 febbraio 2017 n. 1376, in *De jure GFL*: "*Il licenziamento intimato per mancanze del lavoratore ha natura ontologicamente disciplinare, siano tali mancanze configurabili come giusta causa o giustificato motivo soggettivo. Ne consegue che, sia nell'uno che nell'altro caso, sussiste l'obbligo di preventiva contestazione dell'addebito (art. 7 L. n. 300 del 1970), la cui violazione determina l'illegittimità del licenziamento e comporta, con riguardo a lavoratore tutelato ai sensi dell'art. 8 della L. n. 604 del 1966 (sostituito dall'art. 2 della L. n. 108 del 1990), la medesima conseguenza sanzionatoria costituita dall'obbligo di riassunzione o risarcimento.*"

- Mancato rientro in servizio nel termine prefissato dall'amministrazione, quando l'assenza arbitraria ed ingiustificata si sia protratta per un periodo superiore a 15 giorni, e sia stata punita con la sanzione della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da un minimo di 11 giorni fino ad un massimo di 6 mesi;
- Continuità, nel biennio, di comportamenti attestanti il perdurare di una situazione di insufficiente o scarso rendimento, dovuta ad un comportamento negligente o per qualsiasi fatto grave che dimostri la totale incapacità ad adempiere in modo adeguato agli obblighi di servizio;
- Recidiva nel biennio, anche nei confronti di altra persona, di sistematici e reiterati atti e comportamenti, aggressivi, ostili e denigratori, nonché di forme di violenza morale o di persecuzione psicologica nei confronti di un collega al fine di procurargli un danno in ambito lavorativo o addirittura di escluderlo dal contesto lavorativo;
- Recidiva nel biennio di atti, comportamenti, molestie, anche di tipo sessuale, che siano in grado di ledere la dignità della persona;
- Condanna passata in giudicato per un delitto che non sia attinente al rapporto di lavoro ma, commesso in servizio o al di fuori dello stesso, non ne consenta la prosecuzione in quanto connotato da una specifica gravità.

A chiusura della trattazione in tema di giusta causa e giustificato motivo soggettivo può essere interessante trattare di una problematica tipicamente trattata, anche dalla dottrina, ossia quella della "conversione" di un licenziamento motivato da giusta causa in licenziamento per giustificato motivo soggettivo , aspetto che come è agevole notare, implicherebbe una diversa qualificazione del fatto addotto alla base del licenziamento, il quale dovrebbe essere riqualificato come notevole, piuttosto che gravissimo.

Secondo l'orientamento prevalente, espresso dalla Corte di Cassazione,[26] se il giudice davanti al quale sia stato impugnato un licenziamento per giusta causa, dovesse invece ritenere sussistente il giustificato motivo soggettivo, potrà convertire d'ufficio il licenziamento ed attribuire al lavoratore l'indennità sostitutiva del preavviso. Il predetto orientamento è peraltro condiviso dalla

[26] Così, ad esempio, Cass. 6 giugno 2000, n. 7617, in *De Jure GFL*.

dottrina prevalente, la quale ritiene che seppur il licenziamento sia legittimo, non possa essere negata al lavoratore una riqualificazione del fatto materiale addotto alla base della sanzione estintiva e che spetti pertanto lui l'indennità suddetta.

CAPITOLO 2

Il licenziamento nel settore pubblico: regolamentazioni specifiche

1. Il licenziamento per ragioni oggettive

Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento è stato istituito con l'art.3 della legge 15 luglio 1966 n. 604, la quale introdusse, come più volte sottolineato nel capitolo precedente, l'obbligo di motivare il licenziamento.

Alla base del giustificato motivo oggettivo risiedono, ex art.3 cit.: "ragioni inerenti alla attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa".
Si tratta pertanto di una forma di risoluzione del rapporto che prescinde dalla condotta del lavoratore e si incentra piuttosto su ragioni obiettive dell'impresa.

Prima di addentrarsi nella disamina dei tratti caratteristici di detta tipologia di licenziamento nel settore privato, risulta opportuno precisare che per il lavoro pubblico contrattualizzato vige una disciplina del tutto differente in materia; tuttavia al fine di cogliere al meglio le divergenze sussistenti tra i due settori è indispensabile delineare, in via preliminare, i tratti salienti della normativa privatistica.

1.1 Il regime nel settore privato

Stando a quanto statuito dall'art.3 della legge n.604 del1966 gli estremi per l'identificazione del giustificato motivo oggettivo sono due: le ragioni che determinano la soppressione del posto ed il nesso di causalità tra la ragione addotta ed il licenziamento del singolo lavoratore. A queste si aggiunge un requisito di

matrice giurisprudenziale, l'obbligo di *repêchage,* consistente nel dovere gravante sul datore di lavoro, di fornire la prova della inevitabilità del licenziamento, dovuta anche alla impossibilità per quest'ultimo di adibire il lavoratore a mansioni diverse di pari livello, ovvero inferiori[27] in virtù del nuovo testo dell'art.2103 c.c.

Quanto alla suddetta formula riportata dall'art.3 della L.15 luglio 1966 n. 604 "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al normale funzionamento di essa", la giurisprudenza ha fornito diverse interpretazioni[28].

Un primo orientamento si focalizzò sul fatto che il licenziamento per essere giustificato, non potesse prescindere da ragioni di natura economica, constatando pertanto l'insufficienza dell'elemento meramente organizzativo[29]; in tempi più recenti tuttavia i giudici della Suprema Corte hanno attribuito autonoma rilevanza alla componente organizzativa, come giustificatrice di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo[30].

Stando a questa seconda interpretazione emersa con la sentenza della Cassazione del 7 dicembre 2016 n. 25201, le situazioni economiche sfavorevoli non sono da

---

[27] Il d. lgs. 15 giugno 2015 n. 81 ha rinnovato il testo dell'art.2103 del c.c., introducendo rilevanti novità relative alla disciplina del mutamento delle mansioni. In particolare dal primo comma dell'art. cit. si evince che: *"il lavoratore deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti all'inquadramento superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni riconducibili allo stesso livello di inquadramento delle ultime effettivamente svolte".* È pertanto venuto meno il riferimento al criterio dell'equivalenza, oggettiva e soggettiva, che in passato doveva necessariamente orientare il datore di lavoro nell'assegnazione di nuove mansioni. Una significativa novità si rinviene nel fatto che, a seguito di tale intervento di riforma, sia ad oggi possibile anche assegnare al lavoratore mansioni di un solo livello inferiori, purché rientranti nella medesima categoria legale, laddove dovessero sussistere modifiche degli assetti organizzativi aziendali che incidono sulla posizione del lavoratore, ovvero nelle ipotesi previste dalla contrattazione collettiva. Inoltre il quarto comma dell'art. 2013 prevede la possibilità di stipulare accordi di modifica delle mansioni, della categoria legale, del livello di inquadramento e della relativa retribuzione, al fine di salvaguardare il posto di lavoro ovvero di acquisire un livello di professionalità diverso o migliorare le condizioni di vita del lavoratore; tali accordi devono essere assunti presso le c.d. sedi assistite, ossia le commissioni di certificazione o la Direzione Territoriale del Lavoro. Si veda in tal senso R. DEL PUNTA, diritto del lavoro, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 487-492.

[28] Si veda in tal senso: *"Il licenziamento per motivi economici nel nuovo corso del diritto del lavoro*", G. VIDIRI, LDE 1,2017 pp. 7 e ss.

[29] In tal senso Cass. 10 maggio 1986 n. 3127 in *Giust. Civ. mass.1986, fasc. 5*; Cass. 24 giugno 2015 n. 13116 in *Diritto & Giustizia, 2015, 25 giugno, nota di TONETTI;* Cass. 2 ottobre 2006 n. 21282, dalle quali si evince anche il concetto per cui, oltre alle ragioni di natura economica, il licenziamento debba essere giustificato da un effettivo e non pretestuoso riassetto organizzativo.

[30] In tal senso si veda F. SPENA in *"il licenziamento economico- obbligo di repêchage",* in LDE,2,2018.

considerare un necessario presupposto, essendo sufficiente che il datore alleghi una ragione esclusivamente organizzativa[31].

Questo tema introduce il problema dell'oggetto del controllo da parte del giudice, dal momento che la predetta sentenza non fornisce parametri ausiliari alla verifica della causa organizzativa[32]; il giudice pertanto non potrà fermarsi ad una valutazione inerente alla soppressione del posto, dovendosi spingere alla verifica della ratio posta alla base della stessa, con la finalità di assicurarsi che il licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo, non celi l'intento di dissimularne uno arbitrario.

Inoltre è necessario sottolineare che il controllo operato in sede giurisdizionale non si baserà sulle scelte dell'imprenditore, insindacabili alla stregua del dettato dell'art.41 della Costituzione, piuttosto sulle ragioni tecnico- organizzative, le quali sono invece dettate da regole di normalità organizzativa.

Quanto al regime sanzionatorio, nel caso in cui licenziamento per giustificato motivo oggettivo sia illegittimo, lo stesso varia in base al numero di dipendenti occupati nell'impresa. In particolare nel caso di imprese che occupano più di quindici dipendenti, ove non ricorrano gli estremi del giustificato motivo oggettivo,

---

[31] Il caso esaminato dalla suddetta sentenza riguarda il licenziamento intimato per la soppressione della mansione di direttore operativo, funzionale alla riduzione della catena di comando. A questa fattispecie concreta il giudice di primo e secondo grado hanno dato diverse soluzioni: in particolare il Tribunale ha confermato il licenziamento, mentre la Corte d'appello lo ha ritenuto illegittimo per insussistenza del motivo economico. La suprema corte ha cassato con rinvio la sentenza della Corte di appello, riconoscendo la sussistenza del giustificato motivo anche in assenza di una situazione di difficoltà economica, ed affermando che: *" per il giustificato motivo oggettivo, l'andamento economico dell'azienda non costituisce un presupposto fattuale che il datore di lavoro debba necessariamente provare e il giudice accertare, essendo sufficiente dimostrare l'effettività del mutamento dell'assetto organizzativo attraverso la soppressione di una individuata posizione lavorativa a meno che il datore di lavoro non abbia motivato il licenziamento richiamando l'esigenza di far fronte a situazioni economiche sfavorevoli ai fini della legittimità del licenziamento*".
Stando a quanto sopra infatti, è possibile evidenziare come l'individuazione del movente organizzativo non sia sempre agevole, a differenza del fattore della difficoltà economica contingente, il quale è senza dubbio più facilmente identificabile.

[32] *"La sentenza tuttavia, pur conferendo dignità normativa al requisito organizzativo in sé e per sé considerato, non ha enucleato, criteri idonei per individuare tale ragione organizzativa, in assenza dei quali il riassetto organizzativo rischia di appiattirsi tautologicamente sulla mera soppressione del posto, che invece dovrebbe costituire la conseguenza della ragione organizzativa*." In tal senso G. SANTORO PASSARELLI, in "*Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: dalla ragione economica alla ragione organizzativa*", quaderni del CSDN Roma n. 2017/1.

il giudice dichiarerà estinto il rapporto di lavoro a far data dal licenziamento e condannerà il datore alla corresponsione di un'indennità pari a due mensilità dell'ultima retribuzione in misura compresa tra un minimo di sei ed un massimo di trentasei mensilità[33]. Nel caso in cui i lavoratori occupati siano fino a quindici, gli importi suindicati sono dimezzati.

Relativamente al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, a seguito dell'intervento di riforma operato con il d.lgs.4 marzo 2015 n. 23, residua una sola ipotesi di illegittimità per la quale è prevista la reintegrazione nel posto di lavoro, nonché la corresponsione dell'indennità risarcitoria: il licenziamento falsamente o erroneamente ricondotto alla inidoneità psicofisica allo svolgimento della mansione.

In questa circostanza laddove non sussista l'inidoneità addotta alla base del recesso da parte del datore, il regime applicato è pertanto quello della nullità e resta in vigore la tutela reale consistente nella reintegrazione e nella corresponsione di un risarcimento[34] nonché del pagamento dei contributi, maturati e non versati a far data dal licenziamento fino al momento del reinserimento nell'impresa.

Come si vedrà, in regione del peculiare regime del licenziamento per ragioni oggettive nel pubblico impiego, è opportuno rendere brevemente conto di una fattispecie, anch'essa riconducibile all'alveo del giustificato motivo oggettivo; si tratta di licenziamenti che insorgono alla luce di oggettive problematiche

[33] Si tratta del regime stabilito dall'art.3, comma 1, del d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23, il quale ha subito una modifica da parte del cd. Decreto Dignità (Decreto-Legge 12 luglio 2018 n. 87, convertito in legge 9 agosto 2018 n. 96), che ha ampliato l'importo minimo e massimo di mensilità: prima l'indennità doveva essere ricompresa tra un minimo di quattro ed un massimo di ventiquattro mensilità di retribuzione, ad oggi tra un minimo di sei ed un massimo di trentasei. Da ricordare inoltre che la sentenza 8 novembre del 2018 n.194 della Corte Costituzionale ha sovvertito il metodo di calcolo per l'indennità, ritenendo insufficiente il mero impiego del criterio dell'anzianità di servizio, e introducendo l'obbligo per il giudice di determinare l'ammontare della predetta indennità, rifacendosi ai criteri dell'anzianità di servizio, nonché di altri, individuabili nel numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti.

[34] Si tratta di un'indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento sino a quello della effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative. In ogni caso la misura di tale risarcimento non può essere inferiore a cinque mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto.

economico-organizzative dell'impresa e che coinvolgono una pluralità di lavoratori.

La predetta tipologia di risoluzione del rapporto di lavoro si caratterizza per una disciplina autonoma rispetto a quella dettata dalla legge 15 luglio del 1966 n. 604, rinvenibile nella L. 23 luglio 1991 n.223; la ratio della presenza di una normativa ad hoc, deve rinvenirsi nel particolare impatto sociale rivestito dai licenziamenti collettivi, aspetto confermato anche dalla presenza di un coinvolgimento del sindacato nella procedura, che realizza un controllo ex ante sull'iniziativa imprenditoriale, perciò peculiare rispetto al regolare controllo ex post effettuato dal giudice[35].

Le ipotesi di licenziamento collettivo previste dalla legge 223/1991 sono due, la prima delineata dall'art. 4, la quale richiama i licenziamenti per messa in mobilità e riguarda i dipendenti già beneficiari della cassa integrazione straordinaria, non reinseribili tuttavia nell'impresa; la seconda ipotesi, di cui all'art. 24 integra il licenziamento collettivo per riduzione di personale.

I presupposti oggettivi individuati dal medesimo articolo 24, prevedono che in primis deve sussistere una riduzione o trasformazione dell'attività; in secondo luogo devono essere effettuati almeno cinque licenziamenti nell'arco di centoventi giorni in ciascuna unità produttiva o in più unità produttive nell'ambito del territorio della stessa provincia[36].

Una delle caratteristiche preminenti dei licenziamenti collettivi risiede, come già anticipato, nella procedura intimata dal legislatore e che condiziona la decisione datoriale di riduzione del personale. Il procedimento in questione è definito "mobilità" e le imprese che intendo ricorrervi devono innanzitutto informare le rappresentanze sindacali aziendali e le rispettive associazioni di categoria aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale; laddove il datore di lavoro non dovesse provvedere al coinvolgimento del sindacato, sarebbe integrata una condotta antisindacale.

---

[35] Così G. SANTORO PASSARELLI, in *"Diritto dei lavori e dell'occupazione*", 2017, Giappichelli, Torino, p.357 ss.

[36] La presenza di questi parametri è funzionale a distinguere il licenziamento collettivo da una diversa fattispecie, ossia quella del cd. Giustificato motivo oggettivo plurimo, riconducibile ad una pluralità di licenziamenti individuali sopravvenuti per ragioni tecniche ed organizzative.

Nella comunicazione devono essere specificate sia le ragioni che hanno condotto alla eccedenza di personale sia i motivi tecnici, organizzativi e produttivi per i quali si ritiene di non poter evitare, neppure parzialmente il licenziamento, nonché tutte le informazioni inerenti al profilo professionale dei lavoratori.

La legge 223/1991 prevede inoltre un esame congiunto, che può essere richiesto dalle rappresentanze sindacali aziendali e dalle rispettive associazioni, entro sette giorni dalla ricezione della comunicazione del licenziamento, con lo scopo di analizzare le cause poste alla base dell'esubero di personale, nonché la possibilità di una diversa utilizzazione di tutti o alcuni lavoratori nella stessa impresa, anche attraverso i contratti di solidarietà o altre forme flessibili di gestione dei tempi di lavoro. Laddove dovesse essere inevitabile la risoluzione del rapporto, l'esame si concentrerà su espedienti di tutela dei lavoratori licenziati. Detta procedura deve necessariamente concludersi nel termine di quarantacinque giorni.

Se l'accordo non viene raggiunto l'esame proseguirà davanti alla direzione territoriale del lavoro ove saranno proposte delle soluzioni alternative. Al termine di questa fase, l'impresa potrà procedere al licenziamento dei lavoratori eccedenti, comunicando il recesso a ciascuno di essi per iscritto, nel rispetto dei termini di preavviso; la comunicazione inerente all'elenco dei lavoratori in mobilità dovrà essere trasmessa all'ufficio regionale del lavoro ed alle associazioni di categoria, con indicazione rigorosa dei criteri di scelta.

I criteri di selezione dei lavoratori da collocare in mobilità sono determinati dall'art.5 della legge 223/1991, al fine di evitare scelte arbitrarie dell'imprenditore; in particolare bisognerà tener conto di carichi di famiglia, anzianità di servizio ed esigenze tecniche organizzative e produttive.

Il richiamo al licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo ed ai licenziamenti collettivi è di cruciale rilevanza per una analisi comparativa con il settore pubblico, dal momento che quest'ultimo non conosce la distinzione netta rinvenibile nel privato.

Nel pubblico impiego, infatti, il licenziamento per eccedenze di personale si caratterizza sempre per la presenza di una procedura di mobilità, a prescindere dal numero di dipendenti concretamente coinvolti negli esuberi.

2. Eccedenze di personale e collocamento in mobilità, la disciplina del settore pubblico.

Il tratto caratteristico del licenziamento per ragioni oggettive nel pubblico impiego, risiede nella peculiarità per cui, a fronte di ragioni organizzative, tecniche e produttive dell'amministrazione, la risoluzione del rapporto di lavoro viene sempre preceduta da una procedura di mobilità, a prescindere dal numero dei lavoratori in esubero. Questa connotazione del licenziamento per eccedenze di personale nel settore pubblico, ci porta inevitabilmente ad assimilarlo maggiormente alla fattispecie del licenziamento collettivo, tipico del settore privato, e ad escludere sostanzialmente l'esistenza del licenziamento per giustificato motivo oggettivo per i pubblici dipendenti, in virtù della innegabile tipicità della procedura prodromica al recesso, propria del settore in esame.

La tematica della eccedenza di personale nelle pubbliche amministrazioni trova la sua disciplina all'interno del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, in particolare negli articoli 33, 34 e 34-*bis*. La analogia con i licenziamenti collettivi privati evidenziata, trovava pieno riscontro nel rinvio operato dallo stesso articolo 33, primo comma, nella sua versione originaria, alla legge 23 luglio 1991 n. 223: "Le pubbliche amministrazioni che rilevino eccedenze di personale sono tenute ad informare preventivamente le organizzazioni sindacali di cui al comma 3 e ad osservare le procedure previste dal presente articolo. Si applicano, salvo quanto previsto dal presente articolo, le disposizioni di cui alla legge 23 luglio 1991, n. 223, ed in particolare l'articolo 4, comma 11, e l'articolo 5, commi 1 e 2, e successive modificazioni ed integrazioni".

Nonostante sia stata apportata una rilevante modifica al predetto articolo, con Legge 12 novembre 2011 n. 183, sono ancora presenti molte affinità con l'istituto privatistico regolato dalla l. 223/1991.

2.1. La procedura di mobilità

È opportuno pertanto instaurare la trattazione a partire dalla procedura di mobilità collettiva per eccedenze di personale enucleata dall'articolo 33 predetto.

La rilevazione delle eccedenze da parte delle pubbliche amministrazioni può avvenire in seno ad una procedura cui le stesse sono tenute, ossia la ricognizione annuale sull'organico. Inoltre stando alla circolare n.4 del 28 aprile 2014 del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, in materia di "Piani di razionalizzazione degli assetti organizzativi e riduzione della spesa di personale. Dichiarazione di eccedenza e prepensionamento"[37], è possibile rilevare esuberi anche grazie alla revisione del fabbisogno di personale, conseguente all'attuazione di misure di razionalizzazione degli assetti organizzativi e dei procedimenti amministrativi. Si tratta di una misura straordinaria e ulteriore rispetto alla ricognizione annuale, che assolve tuttavia la medesima funzione di ottimizzazione e razionalizzazione delle risorse. Inoltre la rilevazione di eccedenze o comunque di soprannumeri deve essere valutata tenendo conto della situazione finanziaria e delle esigenze funzionali della pubblica amministrazione.

Guardando a quanto statuito nel secondo comma dell'art.33, lo stesso statuisce che le amministrazioni che non ottemperano alla suddetta procedura di ricognizione, non possono instaurare alcun tipo di nuovo rapporto di lavoro, pena la nullità degli atti posti in essere; inoltre il terzo comma prevede che la mancata attivazione delle procedure da parte del dirigente responsabile sia oggetto di valutazione ai fini della responsabilità disciplinare.

Dal momento in cui vengono rilevati gli esuberi l'amministrazione avvia la procedura, fornendo tempestiva informazione in merito, al dipartimento per la funzione pubblica. Il dirigente responsabile deve provvedere ad informare preventivamente le rappresentanze unitarie del personale e le oo.ss. firmatarie del contratto collettivo nazionale applicato nell'area o comparto.

Da precisare che il precetto inerente all'informativa alle rappresentanze sindacali, non emerge direttamente dal citato art.33, il quale nel testo rinnovato non richiama

[37] In tale senso si veda: http://www.funzionepubblica.gov.it/articolo/dipartimento/28-04-2014/circolare-n-4-del-28-aprile-2014.

più la legge 223/1991. Piuttosto, a seguito delle modifiche apportate dalla legislazione in materia di *spending review*, con la legge 7 agosto 2012 n. 135, si evince l'obbligatorietà di procedere ad un esame con i sindacati, concernente i criteri per l'individuazione degli esuberi e le modalità dei processi di mobilità; è indubbio che detta puntualizzazione avvicini, come su detto, la disciplina a quella privatistica di cui alla l.223/1991, nonostante le modifiche apportate all'articolo di riferimento per la materia in esame. Elemento di importante divergenza risiede, tuttavia, nella esclusione dal dialogo tra amministrazione e rappresentanze, importanti temi (previsti nel settore privato) quali la disamina delle ragioni alla base degli esuberi, nonché la ricerca soluzioni differenti rispetto al collocamento in disponibilità dei pubblici dipendenti.

2.2. Segue: la risoluzione dei rapporti per anzianità contributiva e la ricollocazione degli esuberi

La procedura di mobilità vera e propria ha inizio trascorsi dieci giorni dalla comunicazione al dipartimento per la funzione pubblica ed alle rappresentanze sindacali.

Il primo atto della procedura prevede la risoluzione dei contratti di lavoro di coloro che abbiano già raggiunto l'anzianità contributiva massima, corrispondente a quarant'anni; se a fronte di questa prima scrematura dovessero residuare ancora lavoratori eccedentari, la pubblica amministrazione deve esperire un tentativo di ricollocazione totale o parziale del personale.

In particolare la redistribuzione può avvenire presso la pubblica amministrazione di appartenenza, ricorrendo, ove necessario, a forme flessibili di gestione del tempo di lavoro ovvero a contratti di solidarietà[38]. Nel caso in cui non fosse possibile il predetto reinserimento, i pubblici dipendenti in esubero, potranno essere allocati

[38] Si tratta di contratti che hanno lo scopo principale di garantire l'occupazione ed evitare i licenziamenti, in momenti di difficoltà dell'impresa. Detta tipologia contrattuale è stipulata dall'impresa con le rappresentanze sindacali aziendali e prevede sostanzialmente una riduzione dell'orario di lavoro. Esistono due tipologie di contratti di solidarietà: quelli difensivi, che rilevano nel caso di specie, i quali hanno lo scopo di mantenere occupato il personale in periodi di crisi aziendale, ed evitano pertanto i licenziamenti; quelli espansivi che servono a spronare nuove assunzioni. La disciplina in materia si rinviene nella L.863/1984 più volte modificata.

presso amministrazioni della stessa regione, previo accordo concluso con le stesse, ovvero presso amministrazioni poste al di fuori del territorio regionale, se previsto dai contratti collettivi nazionali.

La presente fase ha una durata massima di novanta giorni, decorrenti dal momento in cui è inviata la comunicazione alle rappresentanze sindacali ed al dipartimento per la funzione pubblica; al termine di questa vi sarà il collocamento in disponibilità dei lavoratori che la pubblica amministrazione non ha potuto in alcun modo ricollocare, neanche presso altri enti della medesima o di altra regione.

2.3. Segue: il collocamento in disponibilità

Dal momento in cui il pubblico dipendente viene collocato in disponibilità, il rapporto di lavoro è sospeso, ed egli avrà diritto a percepire un'indennità pari all'80% della retribuzione, per la durata massima di ventiquattro mesi, prorogabile fino a quarantotto mesi nel caso in cui il lavoratore maturi entro detto arco temporale i requisiti per accedere al pensionamento. La spesa sostenuta per l'indennità è integralmente a carico dell'amministrazione di appartenenza.

Durante il periodo del collocamento in disponibilità, l'amministrazione, oltre ad erogare l'indennità spettante, sarà anche tenuta a corrispondere gli oneri contributivi per tutto il periodo fino alla risoluzione del rapporto o al reinserimento del dipendente, nonché l'assegno per il nucleo familiare, ove egli ne beneficiasse; inoltre tutto il periodo in cui il lavoratore gode della predetta indennità, viene computato ai fini della maturazione dei requisiti per il pensionamento.

Quanto alla gestione del personale in Disponibilità è opportuno precisare, in via preliminare, che, stando alla preminente dottrina e giurisprudenza[39], la selezione dei lavoratori avviene in base ai criteri dettati alla l.223/1991, in quanto ritenuti i più idonei. In particolare la scelta sarà orientata tenendo conto di esigenze tecnico-

[39] In tal senso si veda: Cass. 13 febbraio 2017 n.3738, in *De jure* GFL

produttive, carichi di famiglia, anzianità di servizio. La disciplina relativa alla gestione si rinviene negli artt.34 e 34-*bis* del d.lgs. 165/2001.

Il primo comma dell'art.34 prevede che: *"il personale in disponibilità è iscritto in appositi elenchi secondo l'ordine cronologico di sospensione del relativo rapporto di lavoro"*; la tenuta e la formazione dell' elenco di cui trattasi, stando a quanto statuito dal secondo comma, spetta al Dipartimento della funzione pubblica presso la presidenza del consiglio dei ministri, il quale provvederà alla tenuta dell'elenco per le amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, nonché per gli enti pubblici non economici nazionali.

Per riqualificare il personale e per il collocamento dello stesso presso altre pubbliche amministrazioni, il Dipartimento si avvale della collaborazione delle strutture regionali e provinciali, ossia degli enti locali menzionati nel primo comma del d.lgs. 23 dicembre 1997 n. 469[40], i quali sono direttamente tenuti alla gestione degli elenchi per le altre amministrazioni.

La riqualificazione del personale eccedentario potrà essere supportata ed incentivata da appositi fondi, che possono essere istituiti dalla contrattazione collettiva nazionale. Alla luce di quanto previsto da comma 3-*bis* del citato art.34 del d.lgs.165/2001, le liste saranno pubblicate sul sito istituzionale della pubblica amministrazione competente.

Di cruciale importanza è, senza dubbio, il tema di cui all'art.34-*bis* d.lgs. n.165 del 2001, il quale avvalora l'opportunità di mobilitare e reimpiegare presso altre amministrazioni il personale eccedentario, con il fine primario di garantire l'occupazione di detti lavoratori e di circoscrivere il licenziamento di questi ultimi ad una *extrema ratio*, nonché di razionalizzare l'impiego delle risorse umane, evitando reclutamento di nuova forza lavoro, da parte della PA, a fronte della sussistenza di esuberi presso la stessa.

In particolare le pubbliche amministrazioni che intendano avviare procedure di reclutamento del personale, devono in via preliminare rivolgersi agli istituti incaricati alla tenuta degli elenchi contenenti i nominativi dei dipendenti in

[40] D.lgs. 23 dicembre 1997 n. 469, recante: "*Conferimento alle regioni e agli enti locali di funzioni e compiti in materia di mercato del lavoro, a norma dell'articolo 1 della legge 15 marzo 1997, n. 59*". Artt.1 e 3

esubero, e fornire agli stessi tutte le comunicazioni circa i posti messi a concorso, ossia: l'area, il livello di inquadramento, la sede di destinazione ed ove necessario le funzioni ed eventuali idoneità richieste. Entro il termine di quindici giorni il Dipartimento per la funzione pubblica di concerto con il ministero dell'economia e le strutture provinciali e regionali, provvederanno all'assegnazione secondo l'anzianità d'iscrizione nell'elenco, laddove vi fosse compatibilità di alcuni lavoratori con le mansioni richieste. Soltanto decorsi quarantacinque giorni [41]le PA potranno avviare le procedure concorsuali, nel caso in cui il personale in disponibilità non fosse compatibile con le caratteristiche richieste. Inoltre le assunzioni disposte contrariamente alla procedura di cui all'art.34-bis sono qualificabili come nulle di diritto.

Alla stregua di quanto esposto è agevole notare la stretta correlazione sussistente tra la tematica della mobilità e del collocamento in disponibilità con il concetto di *spending review*, anche alla luce del fatto che la normativa in merito ha influenzato molto la fattispecie in esame, introducendo anche modifiche agli articoli del d.lgs. 165/2001 citati.

Quando si parla di *Spending review* ci si riferisce di fatto ad un complesso di procedure e politiche attuate per il miglioramento del bilancio pubblico, mirate ad implementare l'efficienza della spesa (nell'ottica di un corposo ridimensionamento della stessa), in considerazione delle risorse di cui si dispone. Si tratta di fatto di un proposito di analisi e valutazione della spesa ma soprattutto di contenimento della stessa.

Il processo di contenimento della spesa, per ciò che interessa il lavoro nelle amministrazioni pubbliche, è avviato con la legge 7 agosto 2012 n.135[42] che ha imposto alle stesse una riduzione forzosa delle dotazioni organiche, procedura

[41] Il termine in questione è stato ridotto dalla L. 19 giugno 2019 n. 56 c.d. *Legge della concretezza*, la quale all'art.3, rubricato "*misure per accelerar le assunzioni mirate al ricambio generazionale nella pubblica amministrazione"*, ha provveduto a modificare il disposto dell'art.34-*bis*, quarto comma del d.lgs. 165/2001, riducendo da due mesi a quarantacinque giorni il termine entro cui le pubbliche amministrazioni possono avviare le procedure concorsuali ove il personale in disponibilità non fosse dotato delle caratteristiche richieste.

[42] Si veda L. 7 agosto 2012 n. 135: *"Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini, nonché misure di rafforzamento patrimoniale dell'impresa nel settore bancario."*

all'esito della quale è possibile che vi sia il collocamento in disponibilità del personale in esubero.

Di rilievo è l'art.2 comma 11 della legge suddetta, il quale è stato modificato da un altro intervento normativo, ossia dalla l. 30 ottobre 2013 n.125 e che vieta di fatto di procedere a nuove assunzioni nelle aree interessate da eccedenze.

Altro rilevante intervento è stato quello operato con il D.L 24 giugno 2014 n.90 convertito in l. 11 agosto 2014 n. 114, il quale ha determinato una modifica dell'art.34 del d.lgs. 165/2001. Ad oggi infatti è prevista la possibilità, per il personale in disponibilità, di richiedere, entro sei mesi dal termine del periodo massimo di durata del collocamento in disponibilità, di essere reinserito anche con mansioni appartenenti ad una qualifica o area inferiore di un solo livello, a condizione che il ricollocamento avvenga entro trenta giorni dallo scadere del periodo suddetto. Il trattamento economico riservato al dipendente sarà quello corrispondente al nuovo inquadramento e potrà, pertanto, essere anche paradossalmente inferiore rispetto all'indennità percepita.

Tuttavia il lavoratore impiegato in una posizione inferiore, ha il diritto ad essere nuovamente inquadrato nella sua originaria categoria, a fronte di eventuali successive procedure di mobilità, anche volontaria, azionate dall'amministrazione. È inoltre opportuno segnalare la possibilità per il personale eccedentario di essere collocato, su propria richiesta, in mansioni inferiori. Ciò come diretta conseguenza del rinnovato articolo 2103 c.c.[43].

Illustrata la procedura di mobilità ed il collocamento in disponibilità, si può procedere alla trattazione del licenziamento per eccedenze di personale.

[43] Lart.2103 c. c. è stato modificato dal D. Lgs. 81/2015, il quale in materia di *jus variandi* ha ammesso la possibilità di assegnare il lavoratore a mansioni inferiori. In particolare il lavoratore potrà essere adibito a mansioni di un solo livello inferiori ed appartenenti alla medesima categoria legale, in caso di modifica degli assetti aziendali, che incida sulla posizione del lavoratore e nelle altre ipotesi previste dalla contrattazione collettiva. Il vecchio testo del suddetto articolo invece, prevedeva che il lavoratore dovesse essere adibito alle mansioni per le quali era stato assunto, ovvero a quelle equivalenti alle ultime effettivamente svolte, cioè riconducibili allo stesso livello e categoria legale di quelle di assunzione.

2.4. Il licenziamento

I dipendenti pubblici in esubero, pertanto collocati in disponibilità hanno la possibilità di beneficiare della richiamata indennità, per il periodo massimo di ventiquattro mesi, prorogabili a quarantotto, ove ciò permetta loro di ottenere i requisiti per il pensionamento.

Il tentativo in prima istanza esperito da parte della pubblica amministrazione di appartenenza è quello di ricollocare i lavoratori, presso sé stessa ovvero presso altre amministrazioni, regionali o di altre regioni. Laddove tuttavia, non avvenga il reinserimento del personale, decorso il termine dei ventiquattro mesi vi sarà la risoluzione automatica del rapporto di lavoro, la quale non necessita preavviso.

Di fatto si tratta di un licenziamento economico, sopraggiunto per ragioni organizzative e finanziarie della PA, per cui la stessa si trova obbligata a ridurre le proprie dotazioni organiche. Anche per le amministrazioni pubbliche risulta pertanto possibile procedere a tagli del personale per ragioni legate al proprio bilancio, aspetto sancito anche dalla recente sentenza della Suprema Corte di Cassazione n.3738/2017[44], nella quale i giudici hanno ribadito la necessità per il datore di lavoro pubblico di dimostrare l'impossibilità di ricollocare il dipendente all'interno dell'azienda e per questo motivo di inserirlo in disponibilità negli appositi elenchi previsti dalla Legge, con possibilità di procedere al recesso in caso di impossibile reinserimento.

[44]"*La P.A. è altresì tenuta a dimostrare l'impossibilità di una ricollocazione alternativa del dipendente all'interno della stessa amministrazione (c.d. repêchage), anche alla stregua di eventuali previsioni contrattuali in deroga al secondo comma dell'art. 2103 c.c., nonché a dimostrare l'adempimento dell'obbligo di comunicazione ex articolo 34 d.lgs. n. 165/01 ai fini della iscrizione del personale in disponibilità negli appositi elenchi, finalizzati al recupero delle eccedenze di personale anche presso altre pubbliche amministrazioni."* Così Cass. in sent. N. 3738 del 2017. Il testo integrale della sentenza è reperibile presso il sito internet: https://www.aranagenzia.it/sezione-giuridica/corte-di-cassazione/8153-sezione-lavoro-sentenza-n-3738-del- 1322017-impiego-pubblico-privatizzato--licenziamento-per-giusto-motivo-oggettivo.html.

3. Le ipotesi specifiche previste dal D.lgs. 165 del 2001: l'articolo 55-quater.

Il licenziamento nel pubblico impiego trova la propria disciplina nelle fonti privatistiche, integrate dalle disposizioni di cui al d.lgs. 165/2001, normativa di carattere speciale che contiene, tra l'altro, l'intera regolamentazione del potere disciplinare (*art.55-bis* e ss.) e che predispone una tipizzazione delle condotte idonee ad integrare il licenziamento con o senza preavviso nella art. *55-quater*.

Di fondamentale rilevanza è inoltre il ruolo rivestito dalla contrattazione collettiva, cui l'art.55 del d.lgs. 165 cit. demanda la classificazione delle infrazioni e relative sanzioni, nel c.d. Codice disciplinare.

Per introdurre la tematica della responsabilità disciplinare è bene accennare alle cinque tipologie di responsabilità in cui il dipendente pubblico può incorrere nell'esercizio delle funzioni. Quest'ultimo infatti oltre ad essere civilmente e penalmente responsabile per le azioni poste in essere, può imbattersi in altre responsabilità quali, oltre quella disciplinare, la responsabilità dirigenziale, esclusivamente nel caso in cui si ricoprano mansioni dirigenziali, nonché la responsabilità amministrativa della quale è opportuna una breve analisi.

La responsabilità amministrativa o erariale è senza dubbio tipica del lavoro presso le amministrazioni pubbliche ed integra una nozione oggetto di necessaria disamina, in quanto strettamente correlata, sia pur diversa, con la responsabilità disciplinare.

La responsabilità erariale sorge a fronte di ogni tipologia di danno causato alla pubblica amministrazione da un proprio dipendente, che determini un decremento patrimoniale o un mancato introito nelle casse dello stato[45].

Le condotte atte a dar vita a tale conseguenza sono tendenzialmente tipiche anche se il legislatore provvede spesso ad incrementare il novero degli atteggiamenti

[45] Esempi di danno erariale potrebbero essere: distruzione di macchinari propri dell'amministrazione, stipulazione di contratti sfavorevoli per il datore pubblico, spese superflue. In tal senso M. CLARICH in "*manuale di diritto amministrativo"*, il Mulino, Bologna,2013 pp. 301 ss.

idonei ad integrare la predetta tipologia di responsabilità[46], la quale attiene al rapporto interno tra dipendente pubblico ed amministrazione, ed è senza dubbio qualificabile come una sottospecie dell'obbligo di diligenza che il lavoratore deve tenere nei confronti del propri datore di lavoro, predisposto dall'art. 2104 c.c. il quale statuisce: "Il prestatore di lavoro deve usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta, dall'interesse dell'impresa e da quello superiore della produzione nazionale. Deve inoltre osservare le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende."

La responsabilità in esame[47] è tuttavia diversa rispetto a quella di diritto comune e si connota per avere un carattere ibrido che la pone a metà strada tra le responsabilità contrattuale e quella extracontrattuale.

Guardando ora alla tipologia di responsabilità che maggiormente attiene alla materia oggetto di questa trattazione, si può definire la responsabilità disciplinare come quella in cui il dipendente incorre dal momento in cui viola gli obblighi contrattualmente assunti, fissati dalla legge, dalla contrattazione collettiva, dal codice di comportamento ed eventualmente recepiti dal contratto individuale di lavoro.

---

[46] In materia di tipizzazioni addizionali è possibile richiamare come esempio quanto disposto dall'art. 1 co. 12 della L. 6 novembre 2012 n. 190 (c.d. Legge Anticorruzione), il quale prevede la responsabilità per danno erariale del dirigente responsabile per la prevenzione di reati di corruzione presso l'amministrazione in cui è impiegato, ove tali tipologie di reati dovessero venire ad esistenza.

[47] Risulta doveroso inserire qualche informazione aggiuntiva sulla responsabilità erariale. In particolare la stessa trova disciplina nel Testo Unico delle leggi sulla corte dei conti approvato con r.d. n. 1214 del 1934 e con la legge 14 gennaio 1994 n. 20, la quale è stata più volte modificata. Quanto all'ambito soggettivo di applicazione di tale tipologia di responsabilità, essa vale per i funzionari, impiegati pubblici, agenti pubblici, amministratori delle amministrazioni pubbliche statali e non statali, nonché a coloro che operano presso enti pubblici anche economici.
Possono inoltre essere chiamati a rispondere anche soggetti esterni alla amministrazione i quali sono tuttavia legati alla stessa da un rapporto di servizio, come ad esempio il direttore dei lavori. Da precisare che nel campo soggettivo di applicazione della suddetta disciplina rientrano anche coloro che operano presso le società pubbliche.
Per una visione più completa dell'istituto è possibile *consultare* M. CLARICH *in "Manuale di diritto amministrativo", 2013, il Mulino, Bologna.*

A seguito della contrattualizzazione del pubblico impiego il procedimento disciplinare, come su accennato, è determinato dall'articolo 55-bis del d.lgs. 165/2001[48].

[48] "*Per le infrazioni di minore gravità, per le quali è prevista l'irrogazione della sanzione del rimprovero verbale, il procedimento disciplinare è di competenza del responsabile della struttura presso cui presta servizio il dipendente. Alle infrazioni per le quali è previsto il rimprovero verbale si applica la disciplina stabilita dal contratto collettivo. Ciascuna amministrazione, secondo il proprio ordinamento e nell'ambito della propria organizzazione, individua l'ufficio per i procedimenti disciplinari competente per le infrazioni punibili con sanzione superiore al rimprovero verbale e ne attribuisce la titolarità e responsabilità. Le amministrazioni, previa convenzione, possono prevedere la gestione unificata delle funzioni dell'ufficio competente per i procedimenti disciplinari, senza maggiori oneri per la finanza pubblica. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 55-quater, commi 3-bis e 3-ter, per le infrazioni per le quali è prevista l'irrogazione di sanzioni superiori al rimprovero verbale, il responsabile della struttura presso cui presta servizio il dipendente, segnala immediatamente, e comunque entro dieci giorni, all'ufficio competente per i procedimenti disciplinari i fatti ritenuti di rilevanza disciplinare di cui abbia avuto conoscenza. L'Ufficio competente per i procedimenti disciplinari, con immediatezza e comunque non oltre trenta giorni decorrenti dal ricevimento della predetta segnalazione, ovvero dal momento in cui abbia altrimenti avuto piena conoscenza dei fatti ritenuti di rilevanza disciplinare, provvede alla contestazione scritta dell'addebito e convoca l'interessato, con un preavviso di almeno venti giorni, per l'audizione in contraddittorio a sua difesa. Il dipendente può farsi assistere da un procuratore ovvero da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato. In caso di grave ed oggettivo impedimento, ferma la possibilità di depositare memorie scritte, il dipendente può richiedere che l'audizione a sua difesa sia differita, per una sola volta, con proroga del termine per la conclusione del procedimento in misura corrispondente. Salvo quanto previsto dall'articolo 54-bis, comma 4, il dipendente ha diritto di accesso agli atti istruttori del procedimento. L'ufficio competente per i procedimenti disciplinari conclude il procedimento, con l'atto di archiviazione o di irrogazione della sanzione, entro centoventi giorni dalla contestazione dell'addebito. Gli atti di avvio e conclusione del procedimento disciplinare, nonché l'eventuale provvedimento di sospensione cautelare del dipendente, sono comunicati dall'ufficio competente di ogni amministrazione, per via telematica, all'Ispettorato per la funzione pubblica, entro venti giorni dalla loro adozione. Al fine di tutelare la riservatezza del dipendente, il nominativo dello stesso è sostituito da un codice identificativo. La comunicazione di contestazione dell'addebito al dipendente, nell'ambito del procedimento disciplinare, è effettuata tramite posta elettronica certificata, nel caso in cui il dipendente dispone di idonea casella di posta, ovvero tramite consegna a mano. In alternativa all'uso della posta elettronica certificata o della consegna a mano, le comunicazioni sono effettuate tramite raccomandata postale con ricevuta di ritorno. Per le comunicazioni successive alla contestazione dell'addebito, è consentita la comunicazione tra l'amministrazione ed i propri dipendenti tramite posta elettronica o altri strumenti informatici di comunicazione, ai sensi dell'articolo 47, comma 3, secondo periodo, del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, ovvero anche al numero di fax o altro indirizzo di posta elettronica, previamente comunicati dal dipendente o dal suo procuratore. Nel corso dell'istruttoria, l'Ufficio per i procedimenti disciplinari può acquisire da altre amministrazioni pubbliche informazioni o documenti rilevanti per la definizione del procedimento. La predetta attività istruttoria non determina la sospensione del procedimento, né il differimento dei relativi termini. Il [lavoratore] dipendente o il dirigente, appartenente alla stessa o a una diversa amministrazione pubblica dell'incolpato [o ad una diversa], che, essendo a conoscenza per ragioni di ufficio o di servizio di informazioni rilevanti per un procedimento*

Risultano evidenti una serie di analogie con quanto disposto nel settore privato dall'art.7 della L.20 maggio 1970 n. 300 (Statuto dei lavoratori), che predispone una procedimentalizzazione applicabile anche alla sanzione del licenziamento disciplinare e che di fatto è basata sui medesimi principi disposti dall'articolo 55-

---

disciplinare in corso, rifiuta, senza giustificato motivo, la collaborazione richiesta dall'Ufficio disciplinare procedente ovvero rende dichiarazioni false o reticenti, è soggetto all'applicazione, da parte dell'amministrazione di appartenenza, della sanzione disciplinare della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione, commisurata alla gravità dell'illecito contestato al dipendente, fino ad un massimo di quindici giorni.

In caso di trasferimento del dipendente, a qualunque titolo, in un'altra amministrazione pubblica, il procedimento disciplinare è avviato o concluso e la sanzione è applicata presso quest'ultima. In caso di trasferimento del dipendente in pendenza di procedimento disciplinare, l'ufficio per i procedimenti disciplinari che abbia in carico gli atti provvede alla loro tempestiva trasmissione al competente ufficio disciplinare dell'amministrazione presso cui il dipendente è trasferito. In tali casi il procedimento disciplinare è interrotto e dalla data di ricezione degli atti da parte dell'ufficio disciplinare dell'amministrazione presso cui il dipendente è trasferito decorrono nuovi termini per la contestazione dell'addebito o per la conclusione del procedimento. Nel caso in cui l'amministrazione di provenienza venga a conoscenza dell'illecito disciplinare successivamente al trasferimento del dipendente, la stessa Amministrazione provvede a segnalare immediatamente e comunque entro venti giorni i fatti ritenuti di rilevanza disciplinare all'Ufficio per i procedimenti disciplinari dell'amministrazione presso cui il dipendente è stato trasferito e dalla data di ricezione della predetta segnalazione decorrono i termini per la contestazione dell'addebito e per la conclusione del procedimento. Gli esiti del procedimento disciplinare vengono in ogni caso comunicati anche all'amministrazione di provenienza del dipendente. La cessazione del rapporto di lavoro estingue il procedimento disciplinare salvo che per l'infrazione commessa sia prevista la sanzione del licenziamento o comunque sia stata disposta la sospensione cautelare dal servizio. In tal caso le determinazioni conclusive sono assunte ai fini degli effetti giuridici ed economici non preclusi dalla cessazione del rapporto di lavoro. Sono nulle le disposizioni di regolamento, le clausole contrattuali o le disposizioni interne, comunque qualificate, che prevedano per l'irrogazione di sanzioni disciplinari requisiti formali o procedurali ulteriori rispetto a quelli indicati nel presente articolo o che comunque aggravino il procedimento disciplinare. La violazione dei termini e delle disposizioni sul procedimento disciplinare previste dagli articoli da 55 a 55-quater, fatta salva l'eventuale responsabilità del dipendente cui essa sia imputabile, non determina la decadenza dall'azione disciplinare ne' l'invalidità degli atti e della sanzione irrogata, purché non risulti irrimediabilmente compromesso il diritto di difesa del dipendente, e le modalità di esercizio dell'azione disciplinare, anche in ragione della natura degli accertamenti svolti nel caso concreto, risultino comunque compatibili con il principio di tempestività. Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 55-quater, commi 3-bis e 3-ter, sono da considerarsi perentori il termine per la contestazione dell'addebito e il termine per la conclusione del procedimento. Per il personale docente, educativo e amministrativo, tecnico e ausiliario (ATA) presso le istituzioni scolastiche ed educative statali, il procedimento disciplinare per le infrazioni per le quali è prevista l'irrogazione di sanzioni fino alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione per dieci giorni è di competenza del responsabile della struttura in possesso di qualifica dirigenziale e si svolge secondo le disposizioni del presente articolo. Quando il responsabile della struttura non ha qualifica dirigenziale o comunque per le infra-zioni punibili con sanzioni più gravi di quelle indicate nel primo periodo, il procedimento disciplinare si svolge dinanzi all'Ufficio competente per i procedimenti disciplinari."

bis d. lgs. 30 marzo 2001 n. 165, ossia pubblicità delle infrazioni e delle corrispondenti sanzioni, garanzia del contraddittorio e tempestiva contestazione dell'addebito. Allo stesso modo i principi preminenti su cui si fonda il procedimento per l'irrogazione di sanzioni disciplinari nel pubblico sono: obbligatorietà dell'azione disciplinare, necessaria proporzionalità tra sanzione ed infrazione, la tempestività dell'azione disciplinare, la tassatività delle sanzioni, la gradualità delle stesse e la presenza di un contraddittorio che permetta al lavoratore di manifestare le proprie rimostranze.

Come è stato anticipato anche nel settore pubblico è prevista la presenza di un codice disciplinare il quale è deputato all' individuazione delle infrazioni e delle corrispondenti sanzioni, la pubblicità del quale è condizione necessaria per la validità delle eventuali sanzioni conservative applicate, fatta eccezione per la circostanza in cui siano posti in essere comportamenti connotati da una gravità tale, da violare i doveri fondamentali del lavoratore. In tal caso è ammessa la sanzione più grave, ossia quella estintiva del rapporto, a prescindere dalla inclusione di tali condotte nel codice disciplinare ed anche in difetto di pubblicazione dello stesso.

Passando ora all'analisi dell'art.55- quater del d.lgs. 165/2001, vediamo come lo stesso predisponga delle ipotesi per le quali si applica comunque la sanzione disciplinare del licenziamento. "Il termine "comunque", contenuto nel comma primo della norma, deve ritenersi riferito alla possibilità di irrogare la sanzione del licenziamento disciplinare, per le ipotesi ivi indicate, indipendentemente dalla presenza o meno di tali fattispecie di infrazione nella contrattazione collettiva di comparto, il cui ruolo quindi viene pertanto ridimensionato. Non potrebbe, invece, intendersi tale espressione come possibilità di prescindere "comunque" dall'espletamento del procedimento disciplinare, a maggior ragione se si considera che quest'ultimo è necessario anche qualora si intenda pervenire (soltanto) al collocamento in disponibilità del dipendente, in caso di conclamata inefficienza, ai sensi dell'art. 55-sexies, comma 2[49]."

Proseguendo con l'analisi dell'articolo, si nota come lo stesso annoveri una pluralità di condotte in grado di integrare la sanzione del licenziamento, senza pero

[49] In tal senso, A. TAMPIERI in *"il licenziamento del dipendente pubblico prima e dopo il Jobs act",2016,* Giappichelli.

esaurire le stesse, poiché è fatta salva la possibilità della predisposizione di ulteriori ipotesi da parte della contrattazione collettiva.

Guardando al secondo comma, l'art. 55-quater contempla l'ipotesi di licenziamento disciplinare "per scarso rendimento"; in particolare la sanzione può essere altresì comminata nel caso di una prestazione lavorativa, con riferimento ad un arco temporale che non superi il biennio, per la quale la pubblica amministrazione di appartenenza formuli una valutazione di insufficiente rendimento dovuto alla reiterata violazione di obblighi concernenti la stessa prestazione, che siano stabiliti dalla legge ovvero da contratti collettivi, individuali, codici di comportamento, regolamenti, nonché atti e provvedimenti della PA a cui il dipendente interessato appartiene.

"In questo caso, l'ambito discrezionale dell'amministrazione (e quello, susseguente, del giudice del lavoro) è assai ampio, ben più rispetto a quanto avviene in relazione a fattispecie come quelle dell'assenza ingiustificata o del rifiuto del trasferimento, che contengono comunque un aspetto "oggettivo" o comunque presuppongono un sostrato documentale. Lo scarso rendimento "imputabile", di cui implicitamente parla la norma in questione 16, non impedisce poi, a ben vedere, che possa esistere anche, parallelamente, una "resa" insufficiente del lavoratore, del tutto indipendente da una colpevole inerzia del medesimo: in sostanza, uno scarso rendimento incolpevole.[50]*"*

Quanto alle altre ipotesi di licenziamento previste dall'articolo 55- quater, lo stesso annovera la falsa attestazione della presenza in servizio o della malattia che giustifica l'assenza. In tale ipotesi il licenziamento è senza preavviso[51] ed è stato

[50] In tal senso, A. TAMPIERI in "il licenziamento del dipendente pubblico prima e dopo il Jobs act",2016, Giappichelli editore. Pp. 16-17

[51] Gli articoli 3-bis- 3-quinquies dell'art.55- quater forniscono interessanti informazioni aggiuntive in merito all' ipotesi di licenziamento disciplinare determinata dalla falsa attestazione della presenza in servizio. " *Nel caso di cui al comma 1, lettera a), la falsa attestazione della presenza in servizio, accertata in flagranza ovvero mediante strumenti di sorveglianza o di registrazione degli accessi o delle presenze, determina l'immediata sospensione cautelare senza stipendio del dipendente, fatto salvo il diritto all'assegno alimentare nella misura stabilita dalle disposizioni normative e contrattuali vigenti, senza obbligo di preventiva audizione dell'interessato. La sospensione è disposta dal responsabile della struttura in cui il dipendente lavora o, ove ne venga a conoscenza per primo, dall'ufficio di cui all'art. 55 bis, comma 4, con provvedimento motivato, in via immediata e comunque entro quarantotto ore dal momento in cui i suddetti soggetti ne sono venuti a conoscenza. La violazione di tale termine non determina la*

inserito un comma ulteriore, ossia l'1-bis, con cui si specifica cosa debba intendersi per falsa attestazione della presenza in servizio[52]. Inoltre il licenziamento si estende anche al medico, dipendente pubblico che abbia falsamente attestato lo stato di malattia ed anche in tal caso si tratterà di recesso senza preavviso.

Altre ipotesi di licenziamento per giusta causa individuate dall'art. 55-quater sono rinvenibili nella falsità in atti o dichiarazioni false rilasciate ai fini o in occasione

---

decadenza dall'azione disciplinare né l'inefficacia della sospensione cautelare, fatta salva l'eventuale responsabilità del dipendente cui essa sia imputabile. Con il medesimo provvedimento di sospensione cautelare di cui al comma 3-bis si procede anche alla contestuale contestazione per iscritto dell'addebito e alla convocazione del dipendente dinanzi all'Ufficio di cui all'art. 55 bis, comma 4. Il dipendente è convocato, per il contraddittorio a sua difesa, con un preavviso di almeno quindici giorni e può farsi assistere da un procuratore ovvero da un rappresentante dell'associazione sindacale cui il lavoratore aderisce o conferisce mandato. Fino alla data dell'audizione, il dipendente convocato può inviare una memoria scritta o, in caso di grave, oggettivo e assoluto impedimento, formulare motivata istanza di rinvio del termine per l'esercizio della sua difesa per un periodo non superiore a cinque giorni. Il differimento del termine a difesa del dipendente può essere disposto solo una volta nel corso del procedimento. L'Ufficio conclude il procedimento entro trenta giorni dalla ricezione, da parte del dipendente, della contestazione dell'addebito. La violazione dei suddetti termini, fatta salva l'eventuale responsabilità del dipendente cui essa sia imputabile, non determina la decadenza dall'azione disciplinare né l'invalidità della sanzione irrogata, purché non risulti irrimediabilmente compromesso il diritto di difesa del dipendente e non sia superato il termine per la conclusione del procedimento di cui all'art. 55 bis, comma 4. Nei casi di cui al comma 3-bis, la denuncia al pubblico ministero e la segnalazione alla competente procura regionale della Corte dei conti avvengono entro venti giorni dall'avvio del procedimento disciplinare. La Procura della Corte dei conti, quando ne ricorrono i presupposti, emette invito a dedurre per danno d'immagine entro tre mesi dalla conclusione della procedura di licenziamento. L'azione di responsabilità è esercitata, con le modalità e nei termini di cui all'art. 5 del decreto-legge 15 novembre 1993, n. 453, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 gennaio 1994, n. 19, entro i centocinquanta giorni successivi alla denuncia, senza possibilità di proroga. L'ammontare del danno risarcibile è rimesso alla valutazione equitativa del giudice anche in relazione alla rilevanza del fatto per i mezzi di informazione e comunque l'eventuale condanna non può essere inferiore a sei mensilità dell'ultimo stipendio in godimento, oltre interessi e spese di giustizia. Nei casi di cui al comma 3-bis, per i dirigenti che abbiano acquisito conoscenza del fatto, ovvero, negli enti privi di qualifica dirigenziale, per i responsabili di servizio competenti, l'omessa attivazione del procedimento disciplinare e l'omessa adozione del provvedimento di sospensione cautelare, senza giustificato motivo, costituiscono illecito disciplinare punibile con il licenziamento e di esse è data notizia, da parte dell'ufficio competente per il procedimento disciplinare, all'Autorità giudiziaria ai fini dell'accertamento della sussistenza di eventuali reati. 3-sexies. I provvedimenti di cui ai commi 3-bis e 3-ter e quelli conclusivi dei procedimenti di cui al presente articolo sono comunicati all'Ispettorato per la funzione pubblica ai sensi di quanto previsto dall'articolo 55 bis, comma 4".

[52] "*Costituisce falsa attestazione della presenza in servizio 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. Della violazione risponde anche chi abbia agevolato con la propria condotta attiva o omissiva la condotta fraudolenta*". Art. 55- quater co. 1-bis d.lgs. 165/2001.

dell'instaurazione del rapporto o della progressione di carriera; nel caso di reiterate e gravi condotte poste in essere nell'ambiente di lavoro lesive dell'onore e della dignità personale altrui; infine in caso di condanna penale definitiva, in relazione alla quale è prevista la interdizione perpetua dai pubblici uffici ovvero l'estinzione del rapporto di lavoro .

Si ha invece licenziamento con preavviso in caso di assenza priva di valida giustificazione per un numero di giorni, anche non continuativi, superiori a tre nell'arco di un biennio o comunque superiori a sette negli ultimi dieci anni; a fronte di mancata ripresa del servizio, in caso di assenza ingiustificata, entro il termine fissato dall'amministrazione ed in virtù di un ingiustificato rifiuto del trasferimento disposto dall'amministrazione per motivate esigenze di servizio. Infine nell'ipotesi in cui l'amministrazione di appartenenza valuti come insufficiente il rendimento del dipendente nel biennio, e l'insufficienza stessa sia imputabile a violazione degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa.

Nonostante l'art. 55-quater di fatto si appresti a tipizzare una serie di condotte, per le quali è prevista la più grave sanzione disciplinare, ossia quella estintiva del rapporto, sia con preavviso che senza, è bene sottolineare come anche in queste ipotesi il datore di lavoro pubblico sia tenuto a rispettare il procedimento disciplinare disposto dall'art.55-bis richiamato sopra. Non solo. Il giudice, anche in tali circostanze, avrà la possibilità di operare un giudizio di proporzionalità[53] tra la

[53] In tal senso Cass. sentenza n. 13158/2015 in collana Aran original paper, numero 6/2016, "Il procedimento disciplinare dei dipendenti pubblici fra modifiche legislative e giurisprudenza della Corte di Cassazione", a cura di Paolo Matteini e Laura Orsini. Tale fascicolo è reperibile sul sito istituzionale dell'ARAN: *"La Corte accoglie il ricorso di un lavoratore, infermiere professionale alle dipendenze di una ASL, licenziato per aver svolto la stessa attività presso un centro privato convenzionato con il SSN. Gli Ermellini ritengono infatti che la Corte territoriale non abbia ben valutato la gravità del comportamento in relazione alla sanzione applicata. Dicono infatti i giudici: "E' principio consolidato di questa Corte che in tema di licenziamento per giusta causa, ai fini della proporzionalità tra fatto addebitato e recesso, viene in considerazione ogni comportamento che, per la sua gravità, sia suscettibile di scuotere la fiducia del datore di lavoro e di far ritenere che la continuazione del rapporto si risolva in un pregiudizio per gli scopi aziendali, dovendosi ritenere determinante, a tal fine, l'influenza che sul rapporto di lavoro sia in grado di esercitare il comportamento del lavoratore che, per le sue concrete modalità e per il contesto di riferimento, appaia suscettibile di porre in dubbio la futura correttezza dell'adempimento e denoti una scarsa inclinazione ad attuare diligentemente gli obblighi assunti, conformando il proprio comportamento ai canoni di buona fede e correttezza. La gravità dell'inadempimento deve essere valutata nel rispetto della regola generale della "non scarsa importanza" di cui all'art. 1455 c.c., sicché l'irrogazione della massima sanzione disciplinare*

sanzione irrogata e l'infrazione commessa, aspetto che ci porta quindi a ritenere che la tipizzazione non faccia venir meno il sindacato sul rispetto del principio di proporzionalità, nonché di quelli propri della procedura disciplinare.

Tali principi sono stati confermati dalla Cassazione con la sentenza n. 1351 del 2016, nella quale la Corte, ribadisce il principio per cui il disposto dell'art. 2106[54] del codice civile è: "regola valida per tutto il diritto punitivo[55]". La corte sembra ritenere insindacabile l'applicabilità di tale principio che si accinge a definire di "civiltà giuridica."

Da quanto previsto dalla Suprema corte è perciò chiaro che al giudice non sia preclusa la possibilità di valutare il licenziamento come sanzione proporzionata

---

risulta giustificata solamente in presenza di un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali, tale cioè da non consentire la prosecuzione del rapporto di lavoro per essersi irrimediabilmente incrinato il rapporto di fiducia, da valutarsi in concreto in considerazione della realtà aziendale e delle mansioni svolte (Cass. 10 dicembre 2007 n. 25743). Non è sufficiente, per ritenere giustificato un licenziamento, che una disposizione di legge sia stata violata dal lavoratore o che un obbligo contrattuale non sia stato dal medesimo adempiuto, occorrendo pur sempre che tali violazioni siano di una certa rilevanza e presentino i caratteri in precedenza enunciati. A tal riguardo, va assegnato rilievo all'intensità dell'elemento intenzionale, al grado di affidamento richiesto dalle mansioni, alle precedenti modalità di attuazione del rapporto, alla durata dello stesso, alla natura e alla tipologia del rapporto medesimo."

[54] L'art. 2106 c.c. dispone*: "L'inosservanza delle disposizioni contenute nei due articoli precedenti può dar luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari, secondo la gravità dell'infrazione."*

[55] In tal senso Cass. 26 gennaio 2016 n. 1351*, in De jure GFL: "Se è poi pur vero che nel caso in esame la massima sanzione è tipizzata dalla legge (articolo 55 quater) e che, per le ragioni viste, ciò non di meno anche tale previsione è sindacabile alla luce del principio di civiltà giuridica del canone di proporzionalità della sanzione, resta che anche in tal caso l'accertamento in concreto della giustificatezza del licenziamento costituisce apprezzamento di fatto, riservato al giudice del merito ed incensurabile in sede di legittimità se sorretto, come nella specie, da motivazione congrua e immune da vizi (e plurimis, Cass. 17 maggio 2012 n. 7751, Cass. 26 gennaio 2011 n. 1788; Cass. 8 gennaio 2008 n. 144; Cass. n. 11674/2005). In tal senso, ed in analoga fattispecie, si è già pronunciata questa Corte con sentenza 6.6.14 n. 12806, ove, evidenziata la coincidenza (come nel caso in esame) della condotta contestata rispetto alla previsione di legge (Decreto Legislativo n. 165 del 2001, articolo 55 quater), è stato considerato che, anche dal punto di vista soggettivo, il comportamento risultava grave in base alla congrua motivazione dalla sentenza impugnata. Nel caso oggi in esame la Corte territoriale ha logicamente valutato la gravita del fatto e la sua idoneità a minare la fiducia del datore di lavoro in ordine ai futuri adempimenti della dipendente, escludendo inoltre, con adeguata motivazione, che la presenza di uno stato ansioso depressivo, di cui la ricorrente soffriva da molti anni e specie in assenza di qualsivoglia prova circa la commissione del falso in un momento di acuzie della malattia, potesse escludere l'incapacità di intendere e di volere al momento della commissione dell'illecito."* Dall'estratto riportato si evince anche che nel caso di specie la corte ha ritenuto legittimo il licenziamento ed in particolare lo si è ritenuto proporzionato rispetto alla condotta tenuta dalla dipendente.

rispetto alla violazione posta in essere, soprattutto dal momento che il sindacato in tal caso è relativo alla sanzione disciplinare più grave.

Il richiamato articolo 55- quater del d.lgs. 165/2001 ha subito una serie di modifiche e pertanto sono state introdotte una pluralità di novità, da parte del d.lgs.116/2016, attuativo della c.d. "legge Madia", ossia della legge di delegazione n. 124/2015 di riforma della pubblica amministrazione. Le innovazioni introdotte sono state già citate ma è opportuno dedicarsi ad un approfondimento delle stesse[56].

L' articolo 1 del d.lgs. 20 giugno 2016 n. 116 apporta modifiche all'art. 55 quater, ampliando in particolare la portata della fattispecie disciplinare prevista dallo stesso articolo al comma 1, lettera a), recante "falsa attestazione della presenza in servizio, mediante l'alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente", in modo da attribuire rilievo anche ai comportamenti attivi ed omissivi di coloro che abbiano agevolato la condotta fraudolenta di altri. In particolare, il nuovo comma 1-bis, prevede che costituisca falsa attestazione della presenza in servizio qualunque modalità fraudolenta posta in essere dal dipendente, anche con la collaborazione di terzi, per far risultare lo stesso in servizio o per trarre in inganno l'amministrazione circa il rispetto dell'orario di lavoro. Con la nuova disposizione si è rilevato come la previgente formulazione potesse impedire di perseguire anche coloro che agevolano, sia attivamente che in modo omissivo, la commissione di tali comportamenti disciplinarmente rilevanti. In particolare la norma, in tal senso rinnovata permette di comprendere una pluralità di illeciti, come sottolineato anche dalla Corte di Cassazione nella sentenza del 14 dicembre 2016 n. 25750, la quale statuisce*: "La fattispecie disciplinare di cui all'art. 55 quater comma1 lettera 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*

[56] Il materiale relativo alle modifiche apportate è stato prevalentemente reperito in: collana Aran original paper, numero 6/2016, "Il procedimento disciplinare dei dipendenti pubblici fra modifiche legislative e giurisprudenza della Corte di Cassazione", a cura di Paolo Matteini e Laura Orsini. Tale fascicolo è reperibile sul sito istituzionale dell'ARAN.

l'intervallo temporale compreso tra le timbrature/registrazioni in entrata e in uscita".

Per di più il comma 3-bis dell'art. 55- quater, altro elemento di novità, prevede la sospensione cautelare del dipendente pubblico in caso di falsa attestazione della presenza in servizio accertata in flagranza, ovvero mediante strumenti di sorveglianza o di registrazione degli accessi o delle presenze. Risulta opportuno precisare che la sospensione è a carattere obbligatorio ed è disposta, con provvedimento motivato, immediatamente e non oltre le 48 ore successive al momento in cui si è avuta conoscenza del fatto, dal responsabile della struttura di appartenenza del soggetto, ovvero dall'ufficio per il procedimento disciplinare. Inoltre la sospensione cautelare, così disposta, integra, come evidente un atto dovuto e non meramente discrezionale. L' eventuale violazione del termine per la sospensione, pur rilevante a livello disciplinare, non determina comunque la decadenza dall'azione disciplinare o l'inefficacia della sospensione cautelare.

Un ulteriore comma, ossia il 3-ter, attesta la rilevanza attribuita dal legislatore della riforma, alla falsa attestazione della presenza in servizio. Infatti lo stesso introduce un procedimento disciplinare accelerato che deve comunque concludersi entro 30 giorni dalla ricezione da parte del dipendente della contestazione. Il lavoratore potrà chiedere un ulteriore spostamento di non più di cinque giorni per la convocazione o per la presentazione di memorie difensive, in presenza di comprovati motivi. Anche in tale ipotesi non si ha decadenza dall'azione ed invalidità della sanzione disciplinare, purché non sia stato violato o compromesso il diritto di difesa del dipendente.

Altra interessante innovazione risiede nel fatto che la contestazione dell'addebito è effettuata oltre che dall'ufficio per il procedimento disciplinare (UPD), anche dal responsabile della struttura in cui il dipendente lavora, qualora venga per primo a conoscenza della condotta disciplinarmente rilevante. Deve ritenersi, vista l'assenza di riferimenti alla "qualifica dirigenziale", altrove presenti, che il responsabile suddetto possa anche essere privo della stessa.

Con l'introduzione del comma 3-quater viene predisposta una specifica azione di responsabilità per danni di immagine della P.A. In particolare, si prevede che: *"Nei casi di cui al comma 3-bis, la denuncia al pubblico ministero e la segnalazione*

alla competente procura regionale della Corte dei conti avvengono entro venti giorni dall'avvio del procedimento disciplinare. La Procura della Corte dei conti, quando ne ricorrono i presupposti, emette invito a dedurre per danno d'immagine entro tre mesi dalla conclusione della procedura di licenziamento. L'azione di responsabilità è esercitata, con le modalità e nei termini di cui all'art. 5 del decreto-legge 15 novembre 1993, n. 453, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 gennaio 1994, n. 19, entro i centocinquanta giorni successivi alla denuncia, senza possibilità di proroga. L'ammontare del danno risarcibile è rimesso alla valutazione equitativa del giudice anche in relazione alla rilevanza del fatto per i mezzi di informazione e comunque l'eventuale condanna non può essere inferiore a sei mensilità dell'ultimo stipendio in godimento, oltre interessi e spese di giustizia."

Infine, sempre in relazione ai casi di falsa attestazione della presenza in servizio, accertata in flagranza, o mediante strumenti di sorveglianza o di registrazione degli accessi o delle presenze, il nuovo comma 3-quinquies amplia la responsabilità disciplinare dei dirigenti o dei responsabili di servizio competenti. In particolare, si prevede che la mancata attivazione del procedimento disciplinare e mancata adozione del provvedimento di sospensione cautelare costituiscano illeciti disciplinari punibili con il licenziamento.

3.1: segue: l'articolo 55- sexies

L'art.55-*sexies*[57] co.2 del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, introdotto dal d.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150, predispone un'ulteriore ipotesi di risoluzione del rapporto di

[57] *"La violazione di obblighi concernenti la prestazione lavorativa, che abbia determinato la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno, comporta comunque, nei confronti del dipendente responsabile, l'applicazione della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da un minimo di tre giorni fino ad un massimo di tre mesi, in proporzione all'entità del risarcimento, salvo che ricorrano i presupposti per l'applicazione di una più grave sanzione disciplinare. Fuori dei casi previsti nel comma 1, il lavoratore, quando cagiona grave danno al normale funzionamento dell'ufficio di appartenenza, per inefficienza o incompetenza professionale accertate dall'amministrazione ai sensi delle disposizioni legislative e contrattuali*

lavoro imputabile a ragioni soggettive e quindi riconducibile alla condotta del dipendente pubblico.

Come si evince dal secondo comma dell'articolo, lo stesso introduce una sanzione atipica per chi abbia causato un grave danno al funzionamento degli uffici a cui appartiene, determinato da inefficienza o incompetenza professionale, verificate dall'amministrazione. Tale dipendente infatti viene collocato in disponibilità e nei suoi confronti trovano applicazione le disposizioni in materia di mobilità e gestione delle eccedenze di personale[58]. La disciplina applicabile ricalca appieno quella prevista per i lavoratori in disponibilità; in particolare per un periodo di massimo due anni si avrà diritto ad una indennità sostitutiva della retribuzione, di importo pari all'80% della stessa. Il lavoratore potrà poi essere inserito negli appositi elenchi ed eventualmente essere ricollocato presso altre amministrazioni. Decorso inutilmente tale periodo il rapporto di lavoro si ritiene risolto.

Siamo davanti ad una circostanza definibile di insufficiente rendimento "non colpevole", accertato dalla Pubblica amministrazione, diverso rispetto all'ipotesi prefissata dall'art. 55- quater del d. lgs. 165 del 2001. Seppur peculiare tale ipotesi sanzionatoria è, come evidenziato, in grado di produrre i medesimi effetti del

---

concernenti la valutazione del personale delle amministrazioni pubbliche, è collocato in disponibilità, all'esito del procedimento disciplinare che accerta tale responsabilità, e si applicano nei suoi confronti le disposizioni di cui all'articolo 33, comma 8, e all'articolo 34, commi 1, 2, 3 e 4. Il provvedimento che definisce il giudizio disciplinare stabilisce le mansioni e la qualifica per le quali può avvenire l'eventuale ricollocamento. Durante il periodo nel quale è collocato in disponibilità, il lavoratore non ha diritto di percepire aumenti retributivi sopravvenuti. Il mancato esercizio o la decadenza dall'azione disciplinare, dovuti all'omissione o al ritardo, senza giustificato motivo, degli atti del procedimento disciplinare, inclusa la segnalazione di cui all'articolo 55-bis, comma 4, ovvero a valutazioni manifestamente irragionevoli di insussistenza dell'illecito in relazione a condotte aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare, comporta, per i soggetti responsabili, l'applicazione della sospensione dal servizio fino a un massimo di tre mesi, salva la maggiore sanzione del licenziamento prevista nei casi di cui all'articolo 55-quater, comma 1, lettera f-ter), e comma 3-quinquies. Tale condotta, per il personale con qualifica dirigenziale o titolare di funzioni o incarichi dirigenziali, è valutata anche ai fini della responsabilità di cui all'articolo 21 del presente decreto. Ogni amministrazione individua preventivamente il titolare dell'azione disciplinare per le infrazioni di cui al presente comma commesse da soggetti responsabili dell'ufficio di cui all'articolo 55-bis, comma 4. La responsabilità civile eventualmente configurabile a carico del dirigente in relazione a profili di illiceità nelle determinazioni concernenti lo svolgimento del procedimento disciplinare è limitata, in conformità ai principi generali, ai casi di dolo o colpa grave."

[58] Artt.33 co. 8 e 34 commi 1,1,3,4 del d.lgs. 165/2001. Su cui si vedano i paragrafi 2 e seguenti di questo capitolo.

licenziamento disciplinare, ossia l'estinzione del rapporto, eventualità tuttavia scongiurabile tramite l'istituto della mobilità obbligatoria[59].

Da precisare che anche rispetto a tale peculiare sanzione è necessario il previo espletamento del procedimento disciplinare che in tale ipotesi "va inteso essenzialmente come garanzia del contraddittorio, e sembrerebbe doversi limitare all'accertamento della riconducibilità causale del comportamento inefficiente alla persona del dipendente: infatti la minor incidenza della sanzione (che qui è conservativa) rispetto al licenziamento per scarso rendimento di cui all'art. 55-quater, comma 2, porta a ritenere che il legislatore abbia qui voluto "sanzionare" l'assoluta incapacità professionale anche colposa, oltre a quella, per così dire, dolosa[60]."

Anche l'art. 55- sexies ha subito modifiche, apportate dalla c.d. Riforma Madia, in particolare: "Sono state inasprite le pene che, in ossequio al principio di proporzionalità, possono giungere anche al licenziamento: sia in caso di violazione di obblighi concernenti la prestazione lavorativa che abbia determinato la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno, evenienza per la quale si potrà infiggere una sanzione anche più elevata della previgente massima sospensione dal servizio fino a tre mesi (art.55-sexies, co.1); sia in caso di dolose o gravemente colpose (v.art.55-quater, co.1, lett. f-ter) inerzie (o lentezze con sforamento di termini) disciplinari o buonismi punitivi (archiviazioni immotivate) degli U.P.D., o omesse segnalazioni dei capi-struttura, che assumono oggi maggior valenza punitiva rispetto alla previgente sospensione dal servizio fino a tre mesi (oltre a poter configurare una responsabilità dirigenziale) in base all'art.55- sexies, co.3 novellato[61]."

---

[59] Così L. FIORILLO, in "*Il diritto del lavoro nel pubblico impiego*",2018, Piccin, Padova.

[60] Così, A. TAMPIERI in *"il licenziamento del dipendente pubblico prima e dopo il Jobs act*",2016, Giappichelli editore. Pag. 20.

[61] In tal senso V. TENORE, in LDE, 1/2017, "Le novità apportate al procedimento disciplinare nel pubblico impiego dalla riforma madia. (D.lgs.75/2017 e d.lgs. 118/2017)."

3.2: Segue: Il licenziamento per inidoneità psicofisica del dipendente pubblico.

Altra tipologia di recesso riconducibile a quelli per ragioni oggettive, si realizza in caso di sopravvenuta inidoneità psicofisica del dipendente pubblico, circostanza disciplinata nell'articolo 55-*octies* del d. lgs. 30 marzo del 2001 n. 165.

Per affrontare la tematica del licenziamento per inidoneità psicofisica del lavoratore, è opportuno impostare la trattazione a partire dal predetto articolo, in modo da aver chiare le circostanze in cui il datore di lavoro abbia la possibilità di risolvere il rapporto. In realtà la norma rinvia immediatamente ad un regolamento affinché sia emanata una disciplina puntuale in materia[62].

Con il D.P.R 27 luglio del 2011 n. 171, è stato emanato il "*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. 65".* Si tratta di una disposizione di dieci articoli la quale in primis si accinge a delineare il suo ambito di applicazione, relativo al personale, anche dirigenziale delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, degli enti pubblici non economici, degli enti di ricerca, delle università e delle agenzie.

---

[62] Così recita l'art.55-octies del d. lgs. 165/2001: *"Nel caso di accertata permanente inidoneità psicofisica al servizio dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, di cui all'articolo 2, comma 2, l'amministrazione può risolvere il rapporto di lavoro. Con regolamento da emanarsi, ai sensi dell'articolo 17, comma 1, lettera b), della legge 23 agosto 1988, n. 400, sono disciplinati, per il personale delle amministrazioni statali, anche ad ordinamento autonomo, nonché degli enti pubblici non economici: a) la procedura da adottare per la verifica dell'idoneità al servizio, anche ad iniziativa dell'Amministrazione; b) la possibilità per l'amministrazione, nei casi di pericolo per l'incolumità del dipendente interessato nonché per la sicurezza degli altri dipendenti e degli utenti, di adottare provvedimenti di sospensione cautelare dal servizio, in attesa dell'effettuazione della visita di idoneità, nonché nel caso di mancata presentazione del dipendente alla visita di idoneità, in assenza di giustificato motivo; c) gli effetti sul trattamento giuridico ed economico della sospensione di cui alla lettera b), nonché il contenuto e gli effetti dei provvedimenti definitivi adottati dall'amministrazione in seguito all'effettuazione della visita di idoneità; d) la possibilità, per l'amministrazione, di risolvere il rapporto di lavoro nel caso di reiterato rifiuto, da parte del dipendente, di sottoporsi alla visita di idoneità."*

Quanto al secondo comma del D.P.R lo stesso discerne tra due ipotesi di inidoneità, in particolare: si ha *inidoneità psicofisica permanente assoluta* quando, a causa della menomazione fisica o mentale del dipendente, egli si trova in una condizione di impossibilità permanente allo svolgimento di qualsiasi attività lavorativa; per *inidoneità psicofisica permanente relativa* si intende invece lo stato di colui che a causa delle predette menomazioni si trovi a non poter svolgere, tutte o alcune mansioni dell' area, categoria o qualifica nella quale è impiegato.

Per accertare la sussistenza della condizione di inidoneità l'amministrazione o l'ente può avviare una procedura, attendendo tuttavia il superamento del periodo di prova. Detto procedimento potrà essere instaurato ad iniziativa del datore pubblico:

- In caso di assenza del dipendente per malattia, superato il primo periodo di conservazione del posto, previsto nel contratto collettivo di riferimento;
- In caso di disturbi del comportamento gravi, evidenti e ripetuti che facciano fondatamente presumere l'esistenza dell'inidoneità psichica permanente assoluta o relativa al servizio;
- In caso di condizioni fisiche che facciano presumere l'inidoneità fisica permanente assoluta o relativa al servizio.

È necessario precisare che all'accertamento della eventuale inidoneità può pervenire solo tramite una visita, richiesta dalla amministrazione e della quale il dipendente dovrà essere tempestivamente e debitamente informato, effettuata da organi medici competenti[63], i quali potranno avvalersi per specifici esami o analisi del Servizio sanitario nazionale. Sia prima dell'avvio della procedura che nelle more della stessa, il datore di lavoro pubblico può disporre la sospensione cautelare dal servizio[64] del dipendente, con l'obbligo di fornire preventiva comunicazione

[63] Cf artt. 6,9,15 del D.P.R n. 461/2001

[64] Così art.6 D.P.R 171/2011: *" L'amministrazione può disporre la sospensione cautelare dal servizio del dipendente nelle seguenti ipotesi: a) in presenza di evidenti comportamenti che fanno ragionevolmente presumere l'esistenza dell' inidoneità psichica, quando gli stessi generano pericolo per la sicurezza o per l'incolumità del dipendente interessato, degli altri dipendenti o dell'utenza, prima che sia sottoposto alla visita di idoneità; b) in presenza di condizioni fisiche che facciano presumere l'inidoneità fisica permanente assoluta o relativa al servizio, quando le stesse generano pericolo per la sicurezza o per l'incolumità del dipendente interessato, degli altri*

all'interessato e di motivare il provvedimento. La sospensione è impiegata sia nel caso di circostanze e comportamenti in grado di far presupporre la sussistenza dell'inidoneità psichica o fisica, ovvero nel caso di mancata presentazione immotivata del dipendente alla visita fissata.

Quanto alle conseguenze, sul piano delle mansioni, in caso di inidoneità relativa allo svolgimento di quelle di assegnazione, è opportuno evidenziare come la disciplina richiami quella prevista nel settore privato ed in particolare l'istituto del c.d. *repêchage.*

Nel privato, importante punto di partenza per il riconoscimento di un previo tentativo di riallocazione del dipendente colpito da sopravvenuta inidoneità psicofisica, si rinviene nella sentenza delle Sezioni Unite della corte di Cassazione n. 7755 del 1998[65]. La questione ivi affrontata riguarda il contrasto

---

dipendenti o dell'utenza, prima che sia sottoposto alla visita di idoneità; c) in caso di mancata presentazione del dipendente alla visita di idoneità in assenza di giustificato motivo. Nell'ipotesi di cui alle lettere a) e b) l'amministrazione può disporre la sospensione cautelare del dipendente sino alla data della visita e avvia senza indugio la procedura per l'accertamento dell'inidoneità psicofisica del dipendente. Nell'ipotesi di cui alla lettera c), l'amministrazione può disporre la sospensione cautelare e provvede per un nuovo accertamento. In caso di rifiuto ingiustificato di sottoporsi alla visita reiterato per due volte, a seguito del procedimento di cui all'articolo 55-bis del decreto legislativo n. 165 del 2001, l'amministrazione può risolvere il rapporto di lavoro con preavviso. Salvo situazioni di urgenza da motivare esplicitamente, la sospensione è preceduta da comunicazione all'interessato, che, entro i successivi 5 giorni può presentare memorie e documenti che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare. La sospensione è disposta con atto motivato e comunicata all'interessato. L'efficacia della sospensione cessa immediatamente ove, all'esito dell'accertamento medico, non sia riscontrata alcuna inidoneità psicofisica in grado di costituire pericolo per l'incolumità del dipendente interessato, degli altri dipendenti o dell'utenza. In ogni caso la sospensione cautelare dal servizio ha una durata massima complessiva di 180 giorni, salvo rinnovo o proroga, in presenza di giustificati motivi. Al dipendente sospeso in via cautelare dal servizio ai sensi del comma 1, lettere a) e b), è corrisposta un'indennità pari al trattamento retributivo spettante in caso di assenza per malattia in base alla legge e ai contratti collettivi. Al dipendente sospeso in via cautelare dal servizio ai sensi del comma 1, lettera c), è corrisposta un'indennità pari al trattamento previsto dai CCNL in caso di sospensione cautelare in corso di procedimento penale. Il periodo di sospensione è valutabile ai fini dell'anzianità di servizio. Nel caso in cui l'accertamento medico si concluda con un giudizio di piena idoneità, l'amministrazione provvede alla corresponsione delle somme decurtate ai sensi del primo periodo del presente comma, al ricorrere dell'ipotesi di cui al comma 1, lettere a) e b)."

[65] "*In caso di sopravvenuta infermità permanente del lavoratore, l'impossibilità della prestazione lavorativa quale giustificato motivo di recesso del datore di lavoro dal contratto di lavoro subordinato (art. 1 e 3 l. n. 604 del 1966 e art. 1463 e 1464 c.c.) non è ravvisabile per effetto della sola ineseguibilità dell'attività attualmente svolta dal prestatore di lavoro, perché può essere esclusa dalla possibilità di adibire il lavoratore ad una diversa attività, che sia riconducibile - alla stregua di un'interpretazione del contratto secondo buona fede - alle mansioni attualmente assegnate o a quelle equivalenti (art. 2103 c.c.) o, se ciò è impossibile, a*

giurisprudenziale verificatosi nell'ambito della Sezione lavoro della Suprema Corte relativamente alla sussistenza e meno dell'onere del datore di lavoro di provare di non aver potuto adibire, prima di licenziarlo, ad altre mansioni, compatibili con la sua professionalità, il lavoratore divenuto parzialmente invalido. La fattispecie riguarda un caso di sopravvenuta inabilità fisica alle originarie mansioni a causa di infortunio.

La giurisprudenza prevalente, era orientata a ritenere, prima di detta pronuncia, giustificato il recesso del datore di lavoro a fronte della intervenuta inidoneità del dipendente, laddove egli non avesse un interesse apprezzabile all'adempimento di parziali o diverse mansioni, ostandovi l'esigenza del regolare svolgimento dell'attività produttiva. Alla stregua di questa considerazione perciò la sussistenza di un onere probatorio sulla irreperibilità di altre mansioni non avrebbe ragione di essere imposto all'imprenditore. Non mancavano, tuttavia, tesi contrastanti per cui ad esempio si è affermato, da una parte, che il datore di lavoro non avrebbe potuto validamente recedere per l'inidoneità fisica alle mansioni finché la natura dell'infermità del lavoratore non diventasse incompatibile con la causa giuridica del rapporto[66]. Si è così pervenuti alla decisione in esame, la quale ha esplicitamente affermato la sussistenza dell'onere di reimpiego mediante mutamento di mansioni e che integra ad oggi la posizione della Suprema Corte, per cui il datore è tenuto a dimostrare l'impossibilità di assegnazione di mansioni diverse, anche inferiori, al lavoratore affetto da menomazioni psicofisiche, come elemento giustificatorio del recesso.

È senza dubbio valorizzata l'esigenza di una tutela più equilibrata dei contrapposti interessi delle parti dal momento che accanto ai diritti datoriali connessi alla organizzazione e alla gestione dell'impresa, si collocano i primari diritti del lavoratore, tra i quali spicca il diritto costituzionale al lavoro[67].

Anche nel settore pubblico pertanto, in caso di inidoneità permanente relativa allo svolgimento delle mansioni del profilo professionale di appartenenza, la pubblica

---

mansioni inferiori, purché tale diversa attività sia utilizzabile nell'impresa, secondo l'assetto organizzativo insindacabilmente stabilito dall'imprenditore." Cass. sez. un. 7 agosto 1998 n. 775 in Giust. civ. 1998, I,2451 nota di Giacalone.

[66] *In tal senso Cass. 6 febbraio 1988 n. 1291, in De jure.*

[67] Così *Giovanni Giacalone in "Nota a: Cassazione civile, 07 agosto 1998, n.7755, sez. un", in Giust. Civ.1998, l,2451.*

amministrazione deve tentare in ogni modo il reinserimento in servizio del dipendente, anche collocandolo in una posizione economica e lavorativa inferiore a quella precedentemente svolta (viste le modifiche, già richiamate, apportate al testo dell'art.2103 c.c.). Nel caso in cui il riassorbimento non sia possibile, vi sarà il collocamento in disponibilità del lavoratore, nel rispetto delle procedure di cui all'art. 33 del d.lgs. 165/2001.

Ove invece si dovesse constatare la sussistenza di una menomazione psichica o fisica, integrante inidoneità psicofisica del pubblico dipendente, l'amministrazione, entro trenta giorni dalla ricezione del referto medico, può procedere alla risoluzione del rapporto di lavoro, previa comunicazione all'interessato e corrispondendo, ove prevista, l'indennità di mancato preavviso.

4. L'annullamento delle procedure di reclutamento e la nullità delle assunzioni.

La maggiore peculiarità del lavoro pubblico, risiede senza dubbio nella disciplina predisposta per il reclutamento del personale, aspetto peraltro lasciato dal legislatore fuori dalla cosiddetta "contrattualizzazione". Pertanto, prima di analizzare le fattispecie di risoluzione del rapporto, connesse all'annullamento delle procedure ed alla nullità delle assunzioni, è opportuno soffermarsi brevemente sugli essenziali criteri posti alla base del meccanismo di selezione[68] adottato nel pubblico impiego.

[68] Le assunzioni del personale nel settore pubblico, possono avvenire tramite: procedure selettive, avviamento degli iscritti in liste di collocamento ed assunzioni obbligatorie per chiamata diretta o nominativa. L'attuazione dei precetti normativi è operata con un regolamento volto a disciplinare la materia, a livello nazionale, ossia il D.P.R 9 maggio 1994 n. 487 (modificato con due ulteriori decreti: D.P.R 30 ottobre 1996 n. 693 e D.P.R 18 giugno 1997 n. 246). Per i dirigenti e per i funzionari delle amministrazioni dello stato, anche ad ordinamento autonomo, si applica invece il D.P.R 16 aprile 2013 n. 70. Bisogna tuttavia sottolineare che il legislatore attribuisce ampia autonomia alle pubbliche amministrazioni, le quali possono anche decidere di disciplinare autonomamente la materia nel rispetto dei principi dettati dall'art.35 del d.lgs. 165/2001, possibilità riconosciuta anche agli enti locali.

La materia in esame, essendo stata esclusa dalla riforma, viene regolamentata tramite una disciplina di diritto pubblico, con legge ovvero con atti normativi od amministrativi emanati sulla base della legge, ciò in ossequio al rispetto dei precetti costituzionali di cui agli articoli 97, co.3 e 51, co.1 della Costituzione.

Infatti il primo dei due articoli citati statuisce che alle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, mentre il secondo prevede che i cittadini accedono agli uffici pubblici, in condizione di uguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge. La scelta del legislatore è stata pertanto orientata dai principi di legalità e di riserva di legge.

L'orientamento che ha caratterizzato soprattutto gli anni recenti, è stato quello di ottimizzazione della distribuzione dell'organico nel settore pubblico. Per perseguire tale prerogativa è prescritto che le amministrazioni, prima di avviare procedure concorsuali, funzionali alla copertura di posti vacanti, debbano attivare procedure di mobilità, ovvero provvedere al passaggio diretto di dipendenti di altre PA che abbiano richiesto il trasferimento e siano dotati delle qualifiche richieste;

Stando al modello di selezione su esposto ogni PA, compatibilmente con le proprie disponibilità, deve preventivamente programmare il fabbisogno di personale e quindi le unità da reclutare. Il compito spetta agli organi di vertice che successivamente, sulla base della programmazione effettuata, provvedono al reclutamento attuando il relativo bando. L'attuale disciplina (d.l. n. 90/2014, conv. In L. n .114/2014) prevede tuttavia, che per le amministrazioni statali, vi sia un apposito d.p.c.m autorizzativo dell'avvio delle procedure concorsuali, previa richiesta delle PA interessate, le quali dovranno allegare un'analitica dimostrazione, contente ad esempio le avvenute cessazioni nell'anno precedente ed il preciso numero delle unità da assumere. Altro aspetto interessante da menzionare, è quello della limitazione e semplificazione del c.d. turn over operato con il d.l. 24 giugno 2014 n. 90, grazie all'introduzione di un meccanismo volto ad incentivare il ricambio generazionale, abrogando ad esempio le disposizioni che permettevano ai dipendenti di restare in servizio per due ulteriori anni a seguito del raggiungimento del limite di età per il collocamento a riposo. Per finire è necessario un breve richiamo alle graduatorie concorsuali le quali sono costituite da vincitori, ossia coloro ricopriranno i posti messi a concorso ed instaureranno un rapporto di lavoro con la PA e da idonei, candidati che hanno conseguito un punteggio positivo, ma non al punto da poter instaurare il rapporto di lavoro, per il quale hanno espletato la prova. Gli idonei dovranno perciò attendere che si liberino ulteriori posti di lavoro. Tendenzialmente perciò le amministrazioni pubbliche, terranno conto, per le assunzioni future, delle graduatorie di cui dispongono, le quali alla luce di quanto disposto dall' art. 35 co 5-ter d.lgs. n. 165/2001 restano vigenti per tre anni dal momento della pubblicazione delle stesse. Inoltre il recentissimo intervento del legislatore, operato con d.lgs. 25 maggio 2017 n. 75, aggiunge un ulteriore lettera, e) -bis, al comma 3 dell'art.35 d.lgs. 165/2001, introducendo in tal modo un limite funzionale ad evitare che si formino graduatorie di idonei; in particolare non possono essere riservati a questi ultimi più del 20% dei posti messi a concorso.

inoltre la possibilità di procedere a nuove assunzioni è subordinata all'impossibilità di ricollocare il personale in disponibilità.

Guardando ora a quanto più pertinente alla tematica della risoluzione del rapporto di lavoro, vediamo come l'eventuale annullamento delle richiamate procedure concorsuali rappresenti una causa di risoluzione, senza preavviso, del rapporto di lavoro costituitosi alla stregua delle stesse.

È bene precisare che in materia di procedure di reclutamento del personale, si possono notare una serie di affinità con la disciplina degli appalti pubblici, sia quanto al procedimento di selezione, sia quanto alle problematiche che possono sorgere rispetto al contratto stipulato a seguito dell'annullamento della procedura. Infatti, l'art.1 co. 16 della L.6 novembre 2012 n.190 (c.d. legge anticorruzione) annovera i concorsi e le prove selettive tra i settori a maggior rischio e richiede pertanto a ciascuna PA di adottare misure di monitoraggio, da inserire nel piano di prevenzione della corruzione adottato ogni tre anni.

In particolare quanto alle ipotesi di esclusione dalla gara di appalto pubblico, le stesse sono connotate da una forte tassatività[69], soprattutto perché la concreta individuazione di queste, si è sempre rivelata operazione particolarmente complessa, in virtù dell'alto tasso di conflittualità giurisdizionale che si registra in materia, con conseguente aggravamento sotto il profilo economico e sotto quello dell'efficienza dell'intero settore. Proprio per ridurre tali conseguenze negative, il legislatore è recentemente intervenuto introducendo, anche grazie alla codificazione, ipotesi tassative in cui è prevista la estromissione del concorrente, ponendo un freno alla proliferazione dei casi di esclusione forgiati dalla prassi.

Volgendo ora lo sguardo all'annullamento delle procedure di reclutamento di personale presso le amministrazioni pubbliche, attenzione particolare deve essere dedicata alle sorti del contratto di lavoro, a seguito dell'annullamento suddetto, il

[69] Ad oggi le cause di esclusione da una gara di appalto, menzionate nel codice degli appalti pubblici , sono: a) mancato rispetto di una norma di legge o di un regolamento che qualificasse espressamente come "a pena di esclusione" la previsione medesima; b) incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta (per difetto assoluto della sottoscrizione o di altri elementi essenziali dell'offerta); c) non integrità del plico contenente l'offerta, tale da far ingenerare il sospetto che fosse stato violato il principio di segretezza delle offerte.

quale peraltro può avvenire in sede giurisdizionale, ovvero tramite esercizio del potere di autotutela da parte della PA interessata.

Laddove la selezione sia stata condizionata dalla produzione di documenti falsi, o sia avvenuta sulla base di mezzi fraudolenti, l'assunzione in quanto diretta conseguenza della stessa, non può ritenersi regolare e questo porta alla risoluzione automatica del rapporto lavorativo venuto ad esistenza. Ciò è quel che afferma l'art.55- *quater* co1 lettera c) del d. lgs. 165/2001.

Tale conseguenza, di meccanica estinzione, è quella avallata da una parte della dottrina anche per l'ipotesi più generale di vizi determinanti l'annullamento degli atti della procedura selettiva; il che condurrebbe all' automatico venir meno del contratto di lavoro stipulato a valle, idea questa mutuata dalla senza dubbio più ampia elaborazione in materia di appalti pubblici, affermatasi ampiamente in giurisprudenza.

Altra parte della dottrina, ha tuttavia ritenuto che la materia oggetto della nostra trattazione, seppur affine, debba essere tenuta distinta dalla disciplina dei contratti pubblici, argomentando nel senso di diversificare il rapporto esistente fra graduatoria concorsuale e contratto di lavoro da un lato e quello fra aggiudicazione e contrato di appalto, dall'altro. Infatti, le ripercussioni dell'annullamento o della revoca degli atti amministrativi, alla base del contratto di lavoro subordinato, debbono essere valutati come fatti capaci di integrare cause di invalidità o di risoluzione del contratto.

Quello che in prima istanza è necessario chiedersi è se in caso di violazione delle disposizioni procedurali che disciplinano la fase precedente all'assunzione, operi la nullità del contratto di lavoro ex art. 1418 co 1 del codice civile.

Per quanto concerne i vizi che possono inficiare la procedura, l'analisi della applicabilità o meno del disposto del predetto articolo, deve essere impostata a partire dalla considerazione per cui non ogni contrarietà a norma imperativa conduce alla nullità del contratto, piuttosto è necessario che la norma protegga interessi fondamentali, prerogativa senza dubbio propria delle disposizioni che regolano i concorsi pubblici; tuttavia gli interessi pubblici dalle stesse tutelati, non si prestano ad essere qualificati di natura generale ma settoriale. Inoltre guardando

alla lettera del suddetto art.1418 cc., lo stesso fa salva l'ipotesi in cui la legge disponga diversamente, cosa che sembra fare l'art.63 co. 2 del d.lgs. 165/2001, il quale prevede che la violazione di norme procedurali è condizione di risoluzione del contratto di lavoro, che necessita tuttavia di un intervento di mediazione necessaria del giudice del lavoro tramite sentenza.

Il condizionamento dell'estinzione alla sentenza, ci porta indubbiamente a ritenere che il contratto sia annullabile e non nullo, poiché altrimenti non sarebbe necessaria una pronuncia giudiziale dichiarativa del vizio.

Il fatto che la violazione della disciplina generale sull'accesso al pubblico impiego non sia sufficiente ad integrare la nullità del contratto di lavoro ex art.1418 cc., sembrerebbe anche confermato dalle diverse ipotesi di nullità testuale del medesimo contratto, previste dal d.lgs. 165/2001. In tali circostanze, le procedure disposte in violazione delle di determinate disposizioni, in particolare degli artt. 33 co.2 e 34-bis del Testo Unico in materia di pubblico impiego, portano all'automatica cessazione del rapporto di lavoro eventualmente posto in essere.

La prima ipotesi di nullità è correlata all'obbligo vigente per le pubbliche amministrazioni, il quale prevede che le stesse debbano effettuare la ricognizione annuale del personale con lo scopo di rilevare eventuali eccedenze. L'art. 33 co.2 prevede che la violazione di tale precetto implichi l'impossibilità di effettuare assunzioni, con qualsiasi tipologia contrattuale, pena la nullità del rapporto venuto ad esistenza.

Il secondo caso risiede nell'art. 34 bis, c. 5, d.lgs. 165/2001, il quale dispone la nullità di diritto dell'assunzione effettuata senza avere prima valutato le richieste di mobilità di lavoratori interessati da dichiarazioni di eccedenza di personale presso altri enti. Sempre analizzando le disposizioni del testo unico, è possibile richiamare inoltre l'art. 36, c. 5 quater, il quale predispone la nullità dei contratti di lavoro a tempo determinato stipulati fuori dalle ipotesi espressamente ammesse e dai limiti consentiti dai rispettivi statuti normativi.

Facendo inoltre riferimento alla legislazione speciale in materia di pubblico impiego, si può richiamare, come esempio, il disposto dell'art. 15 co. 1 della legge 111/2001, che vieta le assunzioni di nuove unità di personale agli enti pubblici

insolventi, sottoposti a commissariamento dallo Stato, e definisce nulli i contratti di lavoro eventualmente sottoscritti in deroga a tale divieto.

La presenza delle menzionate ipotesi di nullità testuale, delineate dal legislatore, lascerebbe avallare la tesi per cui, in caso di annullamento della procedura di reclutamento, la sorte del contratto a seguito stipulato, sarebbe quella della annullabilità, dal momento che la nullità testuale è stata predisposta, dal legislatore stesso, in determinate ipotesi. Inoltre le disposizioni particolari in questione, non sembrerebbero comminare la sanzione più grave a tutela e garanzia dell'interesse al corretto svolgimento di un concorso pubblico, piuttosto ad interessi correlati al contenimento della spesa pubblica, tramite una limitazione alle assunzioni di personale, ove rinvenibile lo stesso, attingendo a soggetti già impiegati presso la PA.

Bisogna pertanto concludere che il contratto istitutivo del rapporto di lavoro, conseguente ad una procedura di selezione viziata, sia nella maggior parte dei casi annullabile. Ricordiamo che l'annullamento può avvenire sia in sede giudiziale che in autotutela. Quanto all'ipotesi in cui avvenga in sede giudiziale, è doveroso ricordare come la competenza, relativamente alle procedure di reclutamento, per quanto concerne l'azione di annullamento, spetta al giudice amministrativo.

Inoltre molti contratti collettivi di comparto prevedono clausole contenenti condizioni risolutive del contratto individuale di lavoro in conseguenza dell'annullamento o talora anche della revoca della procedura concorsuale di assunzione. La loro applicabilità risulta quanto meno dubbia, poiché non sono tendenzialmente ammesse clausole risolutive, in quanto qualificabili come elusive della disciplina prevista per il licenziamento; tuttavia è proprio la presenza di tali rimedi, proposti dall'autonomia collettiva, che sembra avvalorare la tesi per cui non vi sarebbe una cessazione automatica del rapporto di lavoro, creatosi alla stregua di una procedura di reclutamento viziata, altrimenti le stesse clausole non avrebbero ragion d'essere.

Da ultimo è necessario esaminare la posizione del lavoratore già assunto, con rapporto di lavoro contrattualizzato, risultato vincitore di un concorso pubblico annullato in sede di giurisdizionale.

Come sottolineato, l'annullamento della procedura fa sì che venga meno il vincolo contrattuale con l'Amministrazione e determina pertanto la risoluzione del contratto. Bisogna perciò interrogarsi sulla natura della posizione vantata dal lavoratore e valutare se la stessa possa essere qualificata come diritto soggettivo ovvero come un interesse legittimo.

È possibile rispondere agevolmente al quesito anche guardando al disposto dell'art. 63 [70]d.lgs. 165/2001, inerente alle controversie relative al rapporto di lavoro.

In base a quanto disposto in particolar modo dal primo comma si evince come le controversie, in materia di lavoro pubblico contrattualizzato, affidate alla

[70] L'art.63 del d.lgs. 165/2001 cit. statuisce: *"Sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, ad eccezione di quelle relative ai rapporti di lavoro di cui al comma 4, incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale, nonché quelle concernenti le indennità di fine rapporto, comunque denominate e corrisposte, ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti. Quando questi ultimi siano rilevanti ai fini della decisione, il giudice li disapplica, se illegittimi. L'impugnazione davanti al giudice amministrativo dell'atto amministrativo rilevante nella controversia non è causa di sospensione del processo. Il giudice adotta, nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati. Le sentenze con le quali riconosce il diritto all'assunzione, ovvero accerta che l'assunzione è avvenuta in violazione di norme sostanziali o procedurali, hanno anche effetto rispettivamente costitutivo o estintivo del rapporto di lavoro. 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. Nel caso di annullamento della sanzione disciplinare per difetto di proporzionalità, il giudice può rideterminare la sanzione, in applicazione delle disposizioni normative e contrattuali vigenti, tenendo conto della gravità del comportamento e dello specifico interesse pubblico violato. Sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, le controversie relative a comportamenti antisindacali delle pubbliche amministrazioni ai sensi dell'articolo 28 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni ed integrazioni, e le controversie, promosse da organizzazioni sindacali, dall'ARAN o dalle pubbliche amministrazioni, relative alle procedure di contrattazione collettiva di cui all'articolo 40 e seguenti del presente decreto. Restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, nonché, in sede di giurisdizione esclusiva, le controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all'articolo 3, ivi comprese quelle attinenti ai diritti patrimoniali connessi. Nelle controversie di cui ai commi 1 e 3 e nel caso di cui all'articolo 64, comma 3, il ricorso per cassazione può essere proposto anche per violazione o falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi nazionali di cui all'articolo 40."*

giurisdizione del giudice amministrativo, siano circoscritte alle procedure concorsuali di selezione del personale, perciò la posizione in esame sembrerebbe esulare da tali controversie, in quanto conseguenza e, per tal ragione, successiva rispetto alla fase di reclutamento.

Inoltre è stato affermato che se la domanda del lavoratore che ha subito la risoluzione del rapporto di lavoro, è basata sulla pretesa di ottenere il risarcimento delle aspettative di lavoro, la posizione giuridica soggettiva da egli vantata ha la consistenza di diritto soggettivo.

Il tema in questione è stato affrontato anche in riferimento al risarcimento di un privato che aveva fatto affidamento sulla legittimità di un atto della pubblica amministrazione, successivamente annullato in sede giurisdizionale o in autotutela.

La Corte di Cassazione ha statuito che nel caso di specie la domanda sia inerente alla giurisdizione del giudice ordinario, in quanto il giudizio si incentra sulla violazione del principio del "*neminem laedere*", che prescinde dalla natura pubblica o privata dell'agente e della sua attività.

Nelle predette pronunce la corte sottolinea come il risarcimento del danno arrecato sia afferente alla giurisdizione del giudice ordinario ed integri pertanto un diritto soggettivo, in quanto l'esercizio di un potere da parte della pubblica amministrazione, tramite l'emanazione di un atto integra un semplice fatto storico, non una conseguenza diretta dell'esercizio del potere che potrebbe pertanto incidere esclusivamente su una posizione di interesse legittimo.

Le sentenze in esame presentano notevole affinità, quanto alla posizione soggettiva vantata dal singolo, con la tematica della qualificazione del diritto vantato da chi si vede risolto il proprio contratto di lavoro a fronte dell'annullamento di una procedura selettiva.

Si può pertanto concludere qualificando come diritto soggettivo e perciò rientrante nella giurisdizione del giudice civile, il diritto al risarcimento del danno vantato dal lavoratore a seguito di annullamento di una procedura concorsuale che conduca alla risoluzione del contratto di lavoro.

CAPITOLO 3

La tutela del dipendente pubblico in caso di licenziamento illegittimo: differenze con il settore privato.

1. Una necessaria premessa: il regime di tutela del lavoratore privato

La disciplina della tutela in caso di licenziamento illegittimo ha subito radicali modifiche nel corso degli anni, determinate da una pluralità di interventi normativi, che hanno alternativamente predisposto un trattamento maggiormente affine agli interessi dei lavoratori o a quelli dei datori di lavoro. Per cogliere appieno le peculiarità della regolamentazione in materia, prevista per il settore pubblico, è bene ripercorrere *l'iter* dei diversi provvedimenti che hanno regolato la tutela del lavoratore illegittimamente licenziato nel settore privato.

Secondo un principio di sistematicità è possibile impostare la disamina analizzando disgiuntamente la disciplina applicabile ai lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015 e a quelli assunti successivamente a tale data[71].

Per i lavoratori assunti anteriormente all'intervento normativo suddetto si applica, a seconda delle dimensioni aziendali, o l'art.18 della legge 20 maggio 1970 n.30 (c.d. Statuto dei lavoratori), nel testo modificato dalla L. 28 giugno 2012 n.92 (c.d. Legge Fornero) o l'art.8 della legge 15 luglio 1966 n.604. In particolare l'area della tutela *ex* art.18 L. n. 300/1970, si riferisce ad ogni datore di lavoro che occupi nell'unità produttiva, in cui è stato intimato il licenziamento, più di 15 dipendenti, ovvero che occupi lo stesso numero di lavoratori nel contesto del medesimo comune (5 se si tratta di imprese agricole), oppure che abbia, anche in diversi comuni, un totale di 60 dipendenti. Da precisare che ai fini del computo si tiene conto anche di coloro che sono assunti con contratto a tempo indeterminato

[71] Per i lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015, si applica il c.d. contratto di lavoro a tutele crescenti, introdotto con il d.lgs. 4 marzo 2015 n.23, il quale predispone una disciplina ulteriormente innovativa rispetto alla c.d. Legge Fornero. Per tali lavoratori infatti, come si avrà modo di approfondire, in caso di licenziamento illegittimo, si applica di base una tutela indennitaria con alcune eccezionali ipotesi per le quali è prevista la reintegrazione nel posto di lavoro.

parziale per l'orario effettivamente svolto, mentre sono esclusi gli apprendisti, nonché il coniuge ed i parenti entro il secondo grado del datore di lavoro[72].

Lo statuto dei lavoratori introdusse senza dubbio una disciplina mirata alla protezione del lavoratore, prevedendo per i licenziamenti illegittimi, quale che fosse la ragione di tale illegittimità, quella che è stata definita "tutela reale", ossia la reintegrazione nel posto di lavoro corredata da un risarcimento del danno subito, consistente in un'indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva riammissione, comunque non inferiore a cinque mensilità e con la corresponsione dei contributi omessi nel periodo.

Per il caso in cui invece il lavoratore avesse preferito rinunciare alla reintegrazione, facoltà a lui concessa, avrebbe potuto ottenere un'indennità pari a quindici mensilità di retribuzione, destinata ad essere cumulata con quella risarcitoria e con la ricostruzione della posizione previdenziale.

Detta disposizione è stata profondamente modificata dalla c.d. Legge Fornero, la quale ha introdotto quattro tipologie di tutela, alternativamente applicabili, in base alla diversa ragione della illegittimità: reintegratoria piena, reintegratoria ridotta, indennitaria forte, indennitaria ridotta.

La prima forma di tutela ricalca appieno quella originariamente prevista dall'art.18 nella sua primaria versione e si applica esclusivamente in caso di licenziamento discriminatorio, nullo per causa di matrimonio, maternità e paternità, ovvero per motivo illecito determinante, in frode alla legge, o intimato in forma orale.

Anche la tutela reintegratoria ridotta prevede la reintegrazione del lavoratore, con la differenza che è corrisposta un'indennità risarcitoria pari ad un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, con il pagamento dei contributi maturati e non versati. Questa si applica: ai licenziamenti disciplinari valutati illegittimi per "insussistenza del fatto contestato", o nei casi in cui il licenziamento rientra tra le condotte punibili con sanzione conservativa, in base al contratto collettivo o al codice disciplinare applicabile, ai licenziamenti per

[72] Sul punto vedi R. PESSI in: *"Lezioni di diritto del lavoro",* ottava edizione,2018, Giappichelli, Torino, pp.445-457.

giustificato motivo oggettivo illegittimi per "manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento" ed infine ai licenziamenti per motivo oggettivo illegittimi inerenti all'idoneità psicofisica del lavoratore ovvero intimati per superamento del periodo di comporto.

La novità più significativa resta senza dubbio quella afferente alla introduzione di una tutela meramente indennitaria, con la relativa circoscrizione di quella reintegratoria. In tutte le ipotesi che esulano da quelle su esposte, in caso di licenziamento illegittimo, è dichiarato risolto il rapporto di lavoro e corrisposta solo un'indennità a titolo di risarcimento in una misura che può variare da un minimo di dodici ad un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto. Nella determinazione di tale indennità il giudice dovrà tenere conto dell'anzianità di servizio del lavoratore, del numero di dipendenti occupati nell'impresa, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti. Dal momento che tale indennità è considerata omnicomprensiva non è prevista la dazione dei contributi maturati e non versati.

L'ultima tipologia sanzionatoria, integrata dalla tutela indennitaria ridotta, si applica nel caso in cui il licenziamento sia perfettamente legittimo ma affetto da vizi formali, quali in particolare: mancanza della motivazione, violazione della procedura di cui all'art.7 della L. n. 604/1966 e della procedura di cui all'art.7 della L. n. 300/1970. In tali circostanze è corrisposta al lavoratore un'indennità, sempre omnicomprensiva, determinata da un minimo di sei fino ad un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

La c.d. Legge Fornero ha inoltre provveduto all'istituzione di un rito speciale[73] per le controversie sui licenziamenti riconducibili all'ambito di applicazione dell'art.

[73] In tal senso i commi 48-66 dell'art.1 L. n. 92/2012: *"La domanda avente ad oggetto l'impugnativa del licenziamento di cui al comma 47 si propone con ricorso al tribunale in funzione di giudice del lavoro. Il ricorso deve avere i requisiti di cui all'articolo 125 del codice di procedura civile. Con il ricorso non possono essere proposte domande diverse da quelle di cui al comma 47 del presente articolo, salvo che siano fondate sugli identici fatti costitutivi. A seguito della presentazione del ricorso il giudice fissa con decreto l'udienza di comparizione delle parti. L'udienza deve essere fissata non oltre quaranta giorni dal deposito del ricorso. Il giudice assegna un termine per la notifica del ricorso e del decreto non inferiore a venticinque giorni prima dell'udienza, nonché un termine, non inferiore a cinque giorni prima della stessa udienza, per la costituzione del resistente. La notificazione è a cura del ricorrente, anche a mezzo di posta elettronica certificata. Qualora dalle parti siano prodotti documenti, essi devono essere*

depositati presso la cancelleria in duplice copia. Il giudice, sentite le parti e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, ai sensi dell'articolo 421 del codice di procedura civile, e provvede, con ordinanza immediatamente esecutiva all'accoglimento o al rigetto della domanda. L'efficacia esecutiva del provvedimento di cui al comma 49 non può essere sospesa o revocata fino alla pronuncia della sentenza con cui il giudice definisce il giudizio instaurato ai sensi dei commi da 51 a 57.

Contro l'ordinanza di accoglimento o di rigetto di cui al comma 49 può essere proposta opposizione con ricorso contenente i requisiti di cui all'articolo 414 del codice di procedura civile, da depositare innanzi al tribunale che ha emesso il provvedimento opposto, a pena di decadenza, entro trenta giorni dalla notificazione dello stesso, o dalla comunicazione se anteriore. Con il ricorso non possono essere proposte domande diverse da quelle di cui al comma 47 del presente articolo, salvo che siano fondate sugli identici fatti costitutivi o siano svolte nei confronti di soggetti rispetto ai quali la causa è comune o dai quali si intende essere garantiti. Il giudice fissa con decreto l'udienza di discussione non oltre i successivi sessanta giorni, assegnando all'opposto termine per costituirsi fino a dieci giorni prima dell'udienza. Il ricorso, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza, deve essere notificato, anche a mezzo di posta elettronica certificata, dall'opponente all'opposto almeno trenta giorni prima della data fissata per la sua costituzione. L'opposto deve costituirsi mediante deposito in cancelleria di memoria difensiva a norma e con le decadenze di cui all'articolo 416 del codice di procedura civile. Se l'opposto intende chiamare un terzo in causa deve, a pena di decadenza, farne dichiarazione nella memoria difensiva. Nel caso di chiamata in causa a norma degli articoli 102, secondo comma, 106 e 107 del codice di procedura civile, il giudice fissa una nova udienza entro i successivi sessanta giorni, e dispone che siano notificati al terzo, ad opera delle parti, il provvedimento nonché il ricorso introduttivo e l'atto di costituzione dell'opposto, osservati i termini di cui al comma 52. Il terzo chiamato deve costituirsi non meno di dieci giorni prima dell'udienza fissata, depositando la propria memoria a norma del comma 53. Quando la causa relativa alla domanda riconvenzionale non è fondata su fatti costitutivi identici a quelli posti a base della domanda principale il giudice ne dispone la separazione. All'udienza, il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione ammissibili e rilevanti richiesti dalle parti nonché disposti d'ufficio, ai sensi dall'articolo 421 del codice di procedura civile, e provvede con sentenza all'accoglimento o al rigetto della domanda, dando, ove opportuno, termine alle parti per il deposito di note difensive fino a dieci giorni prima dell'udienza di discussione. La sentenza, di motivazione, deve essere depositata in cancelleria entro dieci giorni dall'udienza di discussione. La sentenza è provvisoriamente esecutiva e costituisce titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Contro la sentenza che decide sul ricorso è ammesso reclamo davanti alla corte d'appello. Il reclamo si propone con ricorso da depositare, a pena di decadenza, entro trenta giorni dalla comunicazione, o dalla notificazione se anteriore. Non sono ammessi nuovi mezzi di prova o documenti, salvo che il collegio, anche d'ufficio, li ritenga indispensabili ai fini della decisione ovvero la parte dimostri di non aver potuto proporli in primo grado per causa ad essa non imputabile. La corte d'appello fissa con decreto l'udienza di discussione nei successivi sessanta giorni e si applicano i termini previsti dai commi 51, 52 e 53. Alla prima udienza, la corte può sospendere l'efficacia della sentenza reclamata se ricorrono gravi motivi. La corte d'appello, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione ammessi e provvede con sentenza all'accoglimento o al rigetto della domanda, dando, ove opportuno, termine alle parti per il deposito di note difensive fino a dieci giorni prima dell'udienza di discussione. La sentenza, completa di motivazione, deve essere depositata in cancelleria entro dieci giorni dall'udienza di discussione. In mancanza di comunicazione o notificazione della sentenza si applica l'articolo 327 del codice di procedura civile. Il ricorso per cassazione contro la sentenza deve essere

18, alternativo rispetto a quello previsto dagli artt. 409 e seguenti del c.p.c, con l'intento di ridurre i tempi processuali. È necessario precisare che tale tipologia di rito non si applica ai lavoratori assunti dopo il 7 marzo del 2015, e cioè ai rapporti ascrivibili al rapporto di lavoro "a tutele crescenti". Quello che è stato comunemente definito "rito Fornero" si apre con un procedimento sommario, il quale si caratterizza per un'attività istruttoria sommaria, priva di formalità nel rispetto del principio del contraddittorio, per l'irrevocabilità dell'ordinanza sino alla sentenza del giudizio di opposizione e per un breve termine decadenziale per l'opposizione. Il giudizio di opposizione deve essere eventualmente instaurato entro trenta giorni dalla comunicazione dell'ordinanza ed anche in tal caso non è richiesta una cognizione piena. È inoltre possibile impugnare in Appello la sentenza che decide il ricorso di opposizione entro trenta giorni dalla comunicazione ed anche la decisione del giudice di secondo grado è suscettibile di impugnazione in Cassazione entro sessanta giorni dalla comunicazione della pronuncia.

Per quanto concerne le imprese che occupano meno di quindici dipendenti, come su detto, la disciplina applicabile, per i lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015 è quella di cui all'art.8 della L. n. 604/1966. Secondo tale disposizione, in caso di licenziamento illegittimo, è prevista alternativamente la riassunzione[74] nel posto di

---

proposto, a pena di decadenza, entro sessanta giorni dalla comunicazione della stessa, o dalla notificazione s anteriore. La sospensione dell'efficacia della sentenza deve essere chiesta alla corte d'appello, che provvede a norma del comma 60. La Corte fissa l'udienza di discussione non oltre sei mesi dalla proposizione del ricorso. In mancanza di comunicazione o notificazione della sentenza si applica l'articolo 327 del codice di procedura civile. Alla trattazione delle controversie regolate dai commi da 47 a 64 devono essere riservati particolari giorni nel calendario delle udienze. I capi degli uffici giudiziari vigilano sull'osservanza della disposizione di cui al comma 65.

[74] Tra reintegrazione nel posto di lavoro e riassunzione vige una differenza che vale la pena sottolineare: l'obbligo di riassunzione del lavoratore è previsto dall'art. 2 L. 11 maggio 1990 n. 108 e viene ordinato dal giudice nei confronti dei datori di lavoro, imprenditori o meno, che occupano: fino a 15 dipendenti (5 se agricoli) in ciascuna unità produttiva ovvero fino a 60 complessivamente se nell'unità produttiva interessata sono occupati meno di 16 dipendenti. Questa tutela si applica anche alle organizzazioni di tendenza, cioè datori non imprenditori che svolgono attività senza fini di lucro ed ai lavoratori dipendenti da enti pubblici in cui la stabilità non è garantita da norme di legge, di regolamento e di contratto collettivo o individuale. Il licenziamento illegittimo, privo di giusta causa o di giustificato motivo, in questo caso pone il datore di lavoro di fronte alla scelta di riassumere il lavoratore entro 3 giorni, senza diritto alla retribuzione arretrata non data, oppure, di pagargli un'indennità, a titolo di danno. Quest'ultima

lavoro entro tre giorni ovvero la corresponsione di un'indennità compresa tra 2,5 e 6 mensilità, la cui determinazione da parte del giudice, avviene in considerazione del numero di dipendenti occupati, delle dimensioni dell'impresa, della anzianità di servizio e del comportamento e condizioni delle parti.

La disciplina richiamata è stata ampiamente modificata dal legislatore del 2015, il quale ha introdotto il c.d. contratto di lavoro a tutele crescenti, applicabile ai lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015. Tale contratto si qualifica come un comune contratto di lavoro a tempo indeterminato, caratterizzato dal fatto che in caso di licenziamento illegittimo è tendenzialmente prevista l'applicazione di una tutela meramente indennitaria, consistente in un importo fisso atto a variare esclusivamente in base all'anzianità di servizio[75].

In particolare la tutela reintegratoria è prevista in caso di licenziamenti discriminatori, nulli, inefficaci in quanto intimati in forma orale e privi di giustificazione in caso di motivo inerente alla inabilità psicofisica del lavoratore. Per tali ipotesi è predisposta la reintegrazione nel posto di lavoro con la corresponsione di un'indennità a titolo di risarcimento, non più commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto ma parametrata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto (comunque non inferiore a 5 mensilità). Come nel regime predisposto dalla L. n. 300/1970 e confermato dalla L. c.d. Fornero, il lavoratore ha la facoltà di richiedere un'indennità pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR, in luogo della reintegra. Un'ulteriore causa di illegittimità che conduce, ove riscontrata, alla tutela reale, è quella in cui l'insussistenza del fatto materiale, addotto alla base della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo, sia direttamente dimostrata in giudizio. In tal caso tuttavia, il legislatore pone un limite

---

dovrà essere compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione al numero dei dipendenti, alla dimensione dell'impresa, all'anzianità, al comportamento e alle condizioni delle parti. La reintegrazione del lavoratore era invece disposta dall'art. 18 della L.20 maggio 1970 n. 300,nei confronti dei datori di lavoro, imprenditori o meno, che occupano: più di 15 dipendenti (5 se agricoli) in ciascuna unità produttiva: sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo, dove è avvenuto il licenziamento; più di 15 dipendenti (5 se agricoli) nell'ambito dello stesso Comune, anche se ciascuna unità produttiva non raggiunge il limite; più di 60 dipendenti complessivamente se nell'unità produttiva interessata sono occupati meno di 16 dipendenti.

[75] Tale criterio di determinazione dell'indennità è stato ritenuto illegittimo dalla corte Cost. con sent. 8 novembre 2018 n. 194, la quale sarà approfondita nell'ultimo paragrafo di tale capitolo.

massimo all'indennità risarcitoria la quale non può essere superiore a dodici mensilità.

Fatta eccezione per le circostanze esposte, l'intervento del legislatore del 2015 si caratterizza per predisporre, in caso di licenziamento illegittimo, una tutela puramente indennitaria. Infatti l'art. 3 del d. lgs. 23/2015 statuisce: "*nei casi in cui risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o giusta causa, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a se e non superiore a trentasei mensilità*[76]*."* Pertanto alla stregua di tale disposizione l'indennità è fissa e varia esclusivamente in base all'anzianità di servizio del lavoratore indebitamente licenziato.

Il sistema descritto è stato sottoposto al vaglio della Corte costituzionale, la quale con la sent. 194/2018 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art.3 co. 1 del d.lgs. 23/2015, nella parte in cui impiega esclusivamente il criterio dell'anzianità di servizio per determinare l'entità della indennità da attribuire a fronte di un licenziamento illegittimo. Tale canone è stato ritenuto dalla consulta contrario ai principi di ragionevolezza e di uguaglianza e contrasterebbe con il diritto e la tutela del lavoro sanciti dagli articoli 4[77] e 35[78] della Costituzione.

---

[76] Il testo dell'art. 3, comma 1, d.lgs. 23/2015 è stato in tal senso modificato dal D.L. 12 luglio 2018, n. 87,
convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2018, n. 96. Nella sua previsione originaria lo stesso ricomprendeva l'importo dell'indennità tra un minimo di quattro ed un massimo di ventiquattro mensilità di retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto.

[77] L'art.4 della Costituzione italiana statuisce*: "La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto. Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società".*

[78] L'art.35 della Costituzione italiana statuisce*: "La Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni.*
Cura la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori. Promuove e favorisce gli accordi e le organizzazioni internazionali intesi ad affermare e regolare i diritti del lavoro. Riconosce la libertà di emigrazione, salvo gli obblighi stabiliti dalla legge nell'interesse generale, e tutela il lavoro italiano all'estero".

"Secondo quanto ricostruito dalla Corte, il risarcimento determinato sulla base della sola anzianità di servizio violerebbe il principio costituzionale di eguaglianza, non tanto per il fatto che esso comporterebbe un trattamento differenziato tra lavoratori solo sulla base della data di assunzione (secondo la pacifica giurisprudenza della Corte, infatti, il fluire del tempo può costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche), ma piuttosto sotto il profilo dell'ingiustificata omologazione di situazioni diverse. L'anzianità aziendale, infatti, è un fattore sicuramente centrale nella valutazione del danno causato al lavoratore dal licenziamento illegittimo, ma non può essere considerato l'unico, dovendo necessariamente essere presi in considerazione anche altri parametri storicamente rilevanti, quali le dimensioni dell'impresa, il numero complessivo dei dipendenti occupati, il comportamento e le condizioni delle parti, tutti parametri già tenuti in considerazione da norme quali l'art. 8 L. 604/1966 e l'art. 18 Statuto dei Lavoratori. In secondo luogo, il sistema di quantificazione dell'indennità risarcitoria introdotto dal Jobs Act contrasterebbe anche con il principio costituzionale di ragionevolezza, sotto il profilo dell'inidoneità di tale indennità a costituire un adeguato ristoro del concreto pregiudizio subito dal lavoratore a causa del licenziamento illegittimo. L'irragionevolezza del sistema risarcitorio rigido in discussione, peraltro, assumerebbe un rilievo ancora maggiore alla luce del particolare valore che la nostra Costituzione attribuisce al lavoro, quale strumento fondamentale per realizzare un pieno sviluppo della personalità umana. A ciò si aggiunga che, secondo la Corte, l'inadeguatezza dell'indennità forfetizzata sarebbe suscettibile di minare anche la funzione dissuasiva della stessa nei confronti del datore di lavoro, il quale non sarebbe sufficientemente disincentivato dal procedere con un licenziamento pur in assenza di una valida motivazione. A ben vedere, l'effetto primario della declaratoria di incostituzionalità di cui alla sentenza 194/2018 in commento è quello della restituzione ai Giudici del Lavoro della discrezionalità nella quantificazione dell'indennità risarcitoria spettante al lavoratore ingiustamente licenziato. Pertanto essi, chiamati a decidere sui licenziamenti comminati in regime di tutele crescenti, non saranno più legati ad un parametro rigido nella quantificazione di tale indennità, ma potranno adeguare quest'ultima a ciascun caso, secondo la

propria discrezionalità e alla luce dei classici parametri già utilizzati nell'applicazione delle tutele di cui alle leggi previgenti, stando però sempre all'interno della forbice tra 6 e 36 mensilità[79]*".*

Per quanto concerne il settore pubblico, è necessario sin d'ora sottolineare come, le tutele predisposte in caso di licenziamento illegittimo, risultino diverse rispetto a quelle esaminate, relative al settore privato. In realtà sin dall'inizio del processo di contrattualizzazione la disciplina si è manifestata quanto meno parzialmente diversa, dal momento che per i dipendenti delle pubbliche amministrazioni non ha mai assunto rilievo discriminante, per l'applicazione della disciplina prevista dall'art. 18 della L. n. 300/1970, il numero di dipendenti occupati, essendo pertanto sempre prevista la c.d. tutela reale, consistente nella reintegrazione nel posto di lavoro.

La applicabilità della disposizione dello Statuto dei lavoratori è determinata da un diretto rinvio disposto dall' art. 51, co 2 del d.lgs. 165 del 2001, il quale statuisce: *"La legge 20 maggio 1970, n.300, e successive modificazioni ed integrazioni, si applica alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti."* È chiaro come *"l'applicazione dello statuto dei lavoratori ha costituito il coerente sviluppo del principio generale sancito dall'art.2, co.2, d.lgs. n. 165/2001 secondo cui i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinati.*[80]*"*

Come si avrà modo di approfondire in seguito tale rinvio incarna la preminente problematica della trattazione, in quanto la stessa si incentra sulla applicabilità al settore pubblico del nuovo testo dell'art.18, come modificato dalla c.d. Legge Fornero, ovvero della versione originaria dello stesso.

---

[79] In tal senso: P. GALBUSERA, LDE, 25 marzo 2019

[80] In tal senso V. LUCIANI, in *"La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni, commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento ai d.lgs. nn. 74 e 75 del 25 maggio 2017 (c.d. riforma Madia)",* a cura di M. Esposito, V. Luciani, A. Zoppoli, L. Zoppoli, Giappichelli, 2018.

2. Le modifiche apportate dalla l. n. 92 del 2012 all'art.18 e la questione dell'applicabilità al settore pubblico

Come esposto nel precedente paragrafo, la L. n. 92/2012 ha sostanzialmente riscritto l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, affiancando alla sola tutela reale altre tre tipologie di tutela.

La ratio alla base di tale intervento normativo risulta rinvenibile nel primo articolo della stessa Legge, il quale fornisce una serie di dati rilevanti per comprendere le ragioni che hanno portato alla modifica dell'art.18, e, più in generale, la questione afferente alla applicabilità al settore pubblico dello stesso nella sua versione rinnovata.

In particolare il primo comma dell'art.1 statuisce: *"La presente legge dispone misure e interventi intesi a realizzare un mercato del lavoro inclusivo e dinamico, in grado di contribuire alla creazione di occupazione, in quantità e qualità, alla crescita sociale ed economica e alla riduzione permanente del tasso di disoccupazione, in particolare: a) favorendo l'instaurazione di rapporti di lavoro più stabili e ribadendo il rilievo prioritario del lavoro subordinato a tempo indeterminato, cosiddetto «contratto dominante», quale forma comune di rapporto di lavoro; b) valorizzando l'apprendistato come modalità prevalente di ingresso dei giovani nel mondo del lavoro; c) ridistribuendo 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; d) rendendo più efficiente, coerente ed equo l'assetto degli ammortizzatori sociali e delle politiche attive in una prospettiva di universalizzazione e di rafforzamento dell'occupabilità delle persone; e) contrastando usi elusivi di obblighi contributivi e fiscali degli istituti contrattuali esistenti; f) promuovendo una maggiore inclusione delle donne*

nella vita economica; g) favorendo nuove opportunità di impiego ovvero di tutela del reddito per i lavoratori ultracinquantenni in caso di perdita del posto di lavoro; h) promuovendo modalità partecipative di relazioni industriali in conformità agli indirizzi assunti in sede europea, al fine di migliorare il processo competitivo delle imprese."

Risulta evidente dal testo riportato come l'intento primario della disposizione sia quello di creare un mercato del lavoro dinamico, nonché quello di creare occupazione. Le modifiche apportate al sistema dalla normativa del 2012 hanno contribuito ad una revisione fondamentale dell'impianto del diritto del lavoro italiano, dettata dall'esigenza di adeguamento all'oramai mutato tessuto industriale, economico, giuridico e sociopolitico. Infatti proprio a partire dagli anni duemila, molte sono le innovazioni: introduzione di una notevole flessibilità in entrata, grazie al d. lgs. 6 settembre del 2001 n. 368 che amplia le prerogative di impiego del contratto a termine, il d. lgs. 10 settembre del 2003 n.276 che regola una serie di rapporti di lavoro subordinati e temporanei come il lavoro a progetto, la somministrazione di lavoro e l'apprendistato. È per tali ragioni che la riforma Monti- Fornero, interviene con l'obiettivo primario di irrigidire la flessibilità in entrata e stabilizzare la disciplina in uscita.

Per quanto concerne il tema della applicabilità o meno della rinnovata disposizione al settore pubblico, è necessario sottolineare come le difficoltà interpretative siano state ingenerate nella dottrina prevalente, proprio dai commi 7 e 8 dell'art.1 della L. n. 92/2012. Come si è già avuto modo di precisare, l'art.51 del d. lgs. n. 165/2001 richiama il disposto dell'art.18 e successive modificazioni, prevedendo l'applicabilità dello stesso anche per il lavoro pubblico contrattualizzato. Stando alla lettera di tale disposizione pertanto, non vi sarebbe alcuna oscurità interpretativa e risulterebbe chiara la necessità di riferirsi, anche per i licenziamenti illegittimi che coinvolgono dipendenti delle amministrazioni pubbliche, al rinnovato testo dell'art.18 dello Statuto dei lavoratori. Inoltre per avvalorare tale chiarezza, è possibile richiamare anche l'art. 2 co 2 del d. lgs. n. 165/2001, il quale estende al settore pubblico l'intera legislazione sul rapporto di lavoro subordinato applicata nel contesto dell'impresa privata.

Tuttavia il legislatore del 2012 ha inteso puntualizzare sul tema ed in particolare i su citati commi 7 ed 8 dell'art.1 prevedono: *"Le disposizioni della presente legge, per quanto da esse non espressamente previsto, costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, in coerenza con quanto disposto dall'articolo 2, comma 2, del medesimo decreto legislativo. Restano ferme le previsioni di cui all'articolo 3 del medesimo decreto legislativo. Al fine dell'applicazione del comma 7 il Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, individua e definisce, anche mediante iniziative normative, gli ambiti, le modalità e i tempi di armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche".*

Rimettendo l'attività di armonizzazione al ministro per la pubblica amministrazione, il quale peraltro non si è mai pronunciato sul tema, il legislatore ha di fatto provveduto all'apertura della disputa sulla possibilità di riferirsi alla disposizione modificata. Da precisare sin d'ora che il dibattito dottrinale e giurisprudenziale si è fatto più intenso, anche e soprattutto, a seguito delle due fondamentali e contrastanti pronunce della corte di Cassazione sul tema[81].

In virtù del quadro normativo su esposto, è necessario sottolineare come la maggior parte dei giudici di merito, effettuando una valutazione d'insieme, che tenesse conto delle normative applicabili in materia, abbia ritenuta opportuna l'applicazione del rinnovato testo dell'art.18 anche al settore pubblico, in virtù della presenza nel sistema di una disposizione di sistema, ossia l'art.51 del d.lgs. 165/2001, il quale prevede la generale applicazione al lavoro pubblico della legge n. 300 del 1970 e successive modificazioni ed integrazioni. Tale giurisprudenza di merito ha palesato un approccio interpretativo fortemente lineare e deciso, basandosi su tre ordini di ragioni: la mancanza di una espressa volontà del legislatore di non applicare al settore pubblico la nuova normativa, contenuta nella l. n. 92/2012; la predisposizione da parte dello stesso legislatore del 2012 di un

[81] La suprema corte si è pronunciata sul tema con due essenziali sentenze: dapprima con la sent. 25 novembre 2015, n. 24157 ed in seguito, ribaltando la sua posizione, con la sent.9 giugno 2016 n. 11868. La disamina di tali sentenze sarà affrontata nel paragrafo successivo.

intervento di armonizzazione allo stato inesistente; la presenza di due diversi testi dell'art. 18 , diversi tra loro il cui campo di operatività è ben definito dalle leggi, in particolare il nuovo testo vale dal giorno di entrata in vigore della legislazione su richiamata.

Questa interpretazione è stata inizialmente confermata dalla sentenza 24157/2015 della suprema corte, nella quale venne ritenuto applicabile al lavoro pubblico il nuovo art. 18 "*in ragione dell'inequivocabile tenore dell'art. 51 d. lgs. N. 165/2001 che estende all'impiego pubblico contrattualizzato la legge n. 300/1970 e successive modifiche ed integrazioni."* È inoltre precisato in tale pronuncia, che non può costituire un ostacolo alla diretta applicazione della normativa statutaria, l'invito ad un intervento di armonizzazione avanzato dal legislatore al ministro per la pubblica amministrazione[82].

La posizione esposta è stata del tutto ribaltata dalla sentenza immediatamente successiva della suprema corte, con cui la stessa stabilisce l'inapplicabilità della rinnovata disposizione ai dipendenti pubblici, fino all'auspicato intervento di armonizzazione, ritenendo così vigente il vecchio testo dell'art.18 dello statuto dei lavoratori.

A seguito di questa seconda pronuncia varie sono le problematiche ed i dubbi interpretativi che insorgono, in quanto di fatto rimane irrisolto il problema di quale sia ad oggi la disciplina applicabile al pubblico impiego *"non essendo più in vigore l'art.18 St. lav. vecchio testo e non essendo stata disposta una deroga per la PA, ne conseguirebbe che per il pubblico impiego non vi sia più una disciplina specifica. A meno che non si ritenga che nel comma 7 vi sia anche una implicita deroga all'abrogazione del vecchio art. 18 o comunque una riserva volta a mantenere in vita il vecchio art. 18 ai fini della sua applicazione alla PA. Ma questa riserva non compare da nessuna parte: non solo, nell'ordinamento c'è, invece, un rinvio del T.U. n. 165/2001 (art.51 comma 2) alla "legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni ed integrazioni", e, quindi, al nuovo art.18, che andrebbe applicato alla PA nella sua interezza, in mancanza di espresse deroghe. La tesi è rafforzata dall'art.2, comma 2 del T.U. n. 165/2001 secondo cui i "rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle*

[82] In tal senso si veda L. FIORILLO, *DLM, 2016,3.*

disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell' impresa". Sarebbe quindi da applicare la normativa generale sui licenziamenti come prevista nel codice civile, nella legge n. 604/1966 e nella legge n. 300/1970. La contraria tesi secondo cui il vecchio testo dell'art. 18 sarebbe "sopravvissuto per rinvio materiale fino alla prevista armonizzazione (art.1, c. 7 e 8 della nuova legge)" non sembra[83] *avere un aggancio normativo e testuale coerente.*[84]*"*

Altro aspetto evidenziato dalla dottrina[85] è quello per cui tale regime differenziato, consistente nella applicazione del vecchio testo dell'art.18 al settore pubblico e del nuovo a quello privato, comporterebbe una netta diversificazione e separatezza, piuttosto che integrazione, delle discipline sul rapporto di lavoro, contravvenendo di fatto all'intento unificatore che anima l'intero d.lgs. 165 del 2001, il quale si evince in particolar modo dall'art.2 co.2 riportato. Si è in presenza di una inversione di marcia rispetto all'originario intento di ricondurre sotto una comune legislazione l'intero sistema del lavoro subordinato. Infatti la scelta del legislatore sembrerebbe evidenziare una significativa differenza tra i due settori, per cui nel privato è bene impiegare la tutela indennitaria in modo da "*liberarsi del lavoratore*[86]", mentre nel pubblico è di regola meglio impiegare la reintegrazione, per evitare la problematica afferente a chi sia tenuto al pagamento dell'indennità. Rispetto alla possibilità di applicare al lavoro presso le amministrazioni pubbliche, il regime normativo previgente, sembra sussistere un autorevole precedente, ossia il d. lgs. 10 settembre 2003 n. 276; tuttavia evidente è la differenza formale esistente, dal momento che l'art. 1 comma 2 del suddetto decreto legislativo, stabilisce esplicitamente la inapplicabilità dello stesso al settore pubblico, a differenza di quanto statuito dal comma 7 dell'art.1 della L.92 /2012, il quale dispone che "*Le disposizioni della presente legge, per quanto da esse non espressamente previsto, costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*". Tra le problematiche

---

[84] In tal senso F. CARINCI in "*Ripensando il nuovo art.18 dello statuto dei lavoratori*", LPA, 2,2012.

[85] In tal senso M. ESPOSITO in *"Quo usque tandem ...?",* DLM, 2016, 3.

[86] In tal senso F. CARINCI in "*Ripensando il nuovo art.18 dello statuto dei lavoratori*", LPA, 2, 2012.

generate spicca la difficoltà dell'interprete di dover leggere in maniera del tutto nuova un testo normativo, di fatto sdoppiandolo mentalmente, sussistendo anche una terminologia nuova per cui la norma di trasformazione[87] provvede ad una diversificazione della disciplina nella sua sfera di applicazione. Infatti gli sforzi di unificare la disciplina dei due settori sono destinati ad infrangersi per almeno tre ordini di motivi, ossia: - il tenore letterale dei commi 7 e 8 dell'art.1 L. Fornero, dai quali traspare la sostanziale volontà di escludere i dipendenti pubblici dall'applicazione del riformato art. 18; - la soluzione della vigenza di due versioni dell'art.18 risulta praticabile anche sulla base dell'istituto della abrogazione parziale; - presenza di ragioni logiche e sistematiche, efficacemente ricostruite dalla Cassazione, che determinano una differenziazione tra i due regimi[88].

3. Gli interventi della giurisprudenza

Come si è avuto modo di accennare, l'intervento modificativo dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, operato dalla riforma Fornero, ha suscitato rilevanti perplessità circa la applicabilità del rinnovato testo al settore pubblico, in virtù dell'oscurità della lettera dei citati commi 7 e 8 dell'art.1 L. n. 92/2012. Tali ambiguità hanno dato origine ad un ampio dibattito dottrinale, sfociato successivamente in due fondamentali, nonché antitetiche, pronunce della Corte di Cassazione, le quali meritano una attenta analisi.

La giurisprudenza prevalente ha inizialmente mantenuto un approccio al tema, ancorato alla applicazione delle norme di diritto positivo presenti in materia, pervenendo alla conclusione per cui il nuovo testo dell'art.18 debba necessariamente applicarsi al lavoro pubblico contrattualizzato, in ragione del c.d. rinvio mobile operato dall'art.51 d. lgs. n. 165/2001, che estende al settore

[87] Le norme di trasformazione sono testi normativi che intervengono su testi precedenti, cioè sulle norme vigenti e modificano una disciplina in modo rilevante abrogando una o più disposizioni, derogandole o introducendone delle nuove.

[88] Così V. LUCIANI in "*L'art.18 dello statuto e il suo doppio: due versioni aspettando l'armonizzazione*", DLM, 2016,3.

pubblico l'intera disciplina disposta dalla L. n. 300 del 1970, comprese eventuali modifiche[89]. Le prime pronunce giurisprudenziali sul tema si soffermano proprio sulla rilevanza rivestita dal predetto art. 51, sottolineando come vi sarebbe l'esigenza di interpretare la norma riformata nel senso di una abrogazione tacita parziale, tuttavia priva di qualsiasi appiglio testuale, e la necessità di mantenere comunque in vita l'applicazione del restante testo dello Statuto dei lavoratori, pertanto ritenendo impossibile che per il pubblico impiego risulti vigente il testo dell'art.18 antecedente alle modifiche allo stesso apportate dal legislatore del 2012[90].

La prima sentenza con cui la suprema Corte interviene sul tema è la n. 24157 del 2015, determinata dal ricorso proposto avverso la sentenza della Corte d'Appello di Palermo n. 1880 del 2014, con la quale era stato rigettato il ricorso contro la sentenza del 20 marzo del 2014 del tribunale di Agrigento, che aveva dichiarato l'illegittimità del licenziamento disciplinare intimato ad un dirigente pubblico, per violazione dell'art.55 d.lgs. n. 165 del 2001[91].

---

[89] In tal senso L. FIORILLO in "*Il licenziamento nel lavoro pubblico contrattualizzato: la cassazione applica l'art.18 dello Statuto e la giurisprudenza di merito (minoritaria) dissente*" DLM,1,2016.

[90] In tal senso Trib. Perugia, ord. 9 novembre 2012 e ord. 15 gennaio 2013; Trib. Bari, 14 gennaio 2013, Sent. Trib. Pavia 6 novembre, 2015 in *De Jure* GFL.

[91] L'art.55 d.lgs. n. 165 del 2001 statuisce: "*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, e si applicano ai rapporti di lavoro di cui all'articolo 2, comma 2, alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2. La violazione dolosa o colposa delle suddette disposizioni costituisce illecito disciplinare in capo ai dipendenti preposti alla loro applicazione. Ferma la disciplina in materia di responsabilità civile, amministrativa, penale e contabile, ai rapporti di lavoro di cui al comma 1 si applica l'articolo 2106 del codice civile. Salvo quanto previsto dalle disposizioni del presente Capo, la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni è*
definita dai contratti collettivi. 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. La contrattazione collettiva non può istituire procedure di impugnazione dei provvedimenti disciplinari. Resta salva la facoltà di disciplinare mediante i contratti collettivi procedure di conciliazione non obbligatoria, fuori dei casi per i quali è prevista la sanzione disciplinare del licenziamento, da instaurarsi e concludersi entro un termine non superiore a trenta giorni dalla contestazione dell'addebito e comunque prima dell'irrogazione della sanzione. La sanzione concordemente determinata all'esito di tali procedure non può essere di specie diversa da quella prevista, dalla legge o dal contratto collettivo, per l'infrazione per la quale si procede e non è soggetta ad impugnazione. I termini del procedimento disciplinare restano sospesi dalla data di apertura della procedura conciliativa e riprendono a decorrere nel caso di conclusione con esito negativo. Il contratto

Senza dubbio tra i motivi di ricorso in cassazione i più rilevanti sono il terzo ed il quarto. Con il primo dei motivi citati si deduce la violazione dell'art.18 dello Statuto dei lavoratori, nel testo novellato dalla L. n. 92/2012 e dell'art.51 d. lgs. 165 del 2001, per avere la pronuncia gravata ritenuto inapplicabile all'impiego pubblico contrattualizzato il nuovo testo dell'art.18, che prevede, per i meri vizi formali del licenziamento, la sola tutela indennitaria anziché quella della reintegrazione nel posto di lavoro. Con il quarto motivo viene sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art.1 co 7 della L. n. 92/2012, ove prevede l'inapplicabilità del novellato art.18 al pubblico impiego, per violazione degli artt. 3, 41 e 97[92] della carte costituzionale.

Di essenziale importanza, per la materia in esame, sono le motivazioni della corte riportate nel quinto punto della motivazione alla sentenza ed in particolare nella parte in cui si afferma che: "*è innegabile che il nuovo testo dell'art.18 Lege 300/1970, come novellato dall'art.1 L.92/2012, trovi applicazione* ratione temporis, *al licenziamento per cui è processo e ciò a prescindere dalle iniziative normative di armonizzazione previste dalla legge c.d. Fornero, di cui parla l'impugnata sentenza*."

---

collettivo definisce gli atti della procedura conciliativa che ne determinano l'inizio e la conclusione. Fermo quanto previsto nell'articolo 21, per le infrazioni disciplinari ascrivibili al dirigente ai sensi degli articoli 55-bis, comma 7, e 55-sexies, comma 3, si applicano, ove non diversamente stabilito dal con-tratto collettivo, le disposizioni di cui al comma 4 del predetto articolo 55-bis, ma le determinazioni conclusive del procedimento sono adottate dal dirigente generale o titolare di incarico conferito ai sensi dell'articolo 19, comma 3."

[92] L'art.3 della Costituzione dispone: "*Tutti i cittadini hanno pari dignità e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali.*
È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese." L'art.41 della Costituzione statuisce: "*L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali*." L'art.97 della costituzione afferma: "*I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione. Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari. Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge."*

Dal momento che con tale motivazione la corte dichiara di fatto l'applicabilità del nuovo testo dell'art.18 cit. al settore pubblico, vengono a cadere le questioni di legittimità costituzionale palesate nel quarto motivo di ricorso dalla suprema corte. Da precisare che in tale pronuncia anche la Cassazione parte da quello che definisce "*inequivocabile tenore dell'art.51 d.lgs. 165/2001.*"

Quanto disposto con la richiamata sentenza, ossia l'applicabilità del rinnovato testo dell'art.18 al lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, in coerenza con l'art.51 d.lgs. 165/2001 e con l'assenza di una espressa posizione del legislatore, viene messo in discussione a partire da una diversa posizione palesata da una sentenza di merito dell'anno seguente.

Infatti il Tribunale di Roma con la sentenza n. 25908 del 2015[93], con una articolata motivazione, supporta le ragioni che non consentirebbero di applicare il novellato art,18 affermando che "*la norma che tuttora disciplina le conseguenze dell'illegittimità dei licenziamenti dei dipendenti pubblici contrattualizzati è rappresentata dall'art. 18 l. n. 300 del 1970 nel testo vigente prima delle modifiche apportate dalla legge n. 92/2012*". Il giudice si discosta in tal modo dalla precedente pronuncia della Cassazione, premendo su una ormai dichiarata e profonda divergenza di disciplina sul licenziamento, esistente tra settore pubblico e privato. Pertanto la decisione, supportata da una serie di elencate differenze tra cui ad esempio l'inesistenza di un licenziamento collettivo ovvero di un licenziamento individuale per ragioni organizzative nel pubblico, arriva a statuire che nel concreto la l. Fornero abbia dichiarato inapplicabile, ai licenziamenti nel pubblico impiego contrattualizzato la riforma, e che l'inciso contenuto nel settimo comma dell'art.1 della predetta legge sia riferito esclusivamente al richiamo delle restanti disposizioni della l. n. 300/1970[94].

La seconda sentenza della Corte Cassazione, ossia la sent. 9 giugno 2016 n. 11868 intervenuta in materia ha decisamente smentito la precedente costituendo una vera e propria inversione di marcia, statuendo che il rinvio mobile operato dall'art.51 d.

[93] T. Roma, 1 dicembre 2015 n. 25908, DLM, 1, 2016, 166.

[94] In tal senso L. FIORILLO in "*Il licenziamento nel lavoro pubblico contrattualizzato: la cassazione applica l'art.18 dello Statuto e la giurisprudenza di merito (minoritaria) dissente*" DLM,1,2016 pp. 172-174.

lgs. 165/2001 non realizza l'automatica ricezione degli interventi modificativi ed integrativi ove vi siano disposizioni che escludono tale automatica estensione[95].

La sentenza è intervenuta relativamente al ricorso presentato avverso la Sentenza 10573/2014 della Corte d'Appello di Roma, la quale aveva respinto i reclami riuniti avverso la pronuncia del giudice di primo grado, che aveva ritenuto risolto il licenziamento intimato nel 2012 ma ritenuto tuttavia violato l'art.7 della l. n. 300/1970; alla luce di tali considerazioni perciò il tribunale applicò il sesto comma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, disponendo una tutela indennitaria di importo pari a sei mensilità di retribuzione. Come evidente pertanto le valutazioni dei giudici di merito muovono dalla applicabilità al settore pubblico della nuova disciplina in materia di licenziamenti illegittimi, emersa a seguito della novella del 2012.

Il ricorso in cassazione è stato promosso dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, rispetto a cui viene proposto un controricorso e ricorso incidentale, la cui disamina risulta di prioritaria rilevanza per la nostra trattazione. Infatti con tale ricorso incidentale viene richiesta il riconoscimento delle tutele previste dall'art.18 co 4 della l. n. 300/1970 0 in subordine di quelle previste dal quinto comma del medesimo articolo, come modificato dalla l. 92/2012, muovendo pertanto dalla applicabilità al settore pubblico del testo riformato.

Di essenziale importanza è quanto afferma la suprema Corte al punto 3.2 della motivazione, in cui statuisce che la nuova disciplina sul licenziamento non possa essere estesa al pubblico impiego contrattualizzato, in difetto di un'espressa previsione e che pertanto, in attesta di un eventuale intervento di armonizzazione, ai dipendenti pubblici, in caso di licenziamento illegittimo, si applica la tutela assicurata dalla norma previgente rispetto alla riforma. La corte effettua anche valutazioni di natura sistematica, sostenendo come le finalità dell'intervento di riforma dell'art.18 non siano compatibili con l'ordinamento del pubblico impiego in quanto si riferiscono esclusivamente ad esigenze proprie dell'impresa privata, che non si prestano ad essere estese al lavoro pubblico.

[95] Così L. FIORILLO in "*il diritto del lavoro nel pubblico impiego*",2018, Piccin editore, Padova. P. 261

È evidente come le due esposte pronunce della Cassazione si siano mosse in direzioni antitetiche, generando la stringente necessità della definizione, da parte dell'interprete, di parametri atti a determinare con certezza il tipo di tutela da applicare al licenziamento del dipendente pubblico contrattualizzato, per scongiurare problematiche di natura gestionale, nonché economica.

In tale contesto l'intento di chiarezza avrebbe dovuto condurre ad un approccio ermeneutico rigoroso e mirato a dare alle norme la massima ragionevolezza e coerenza sistematica, rispettoso al contempo delle regole sull'applicazione della legge dettate dal Capo II del codice civile. Alla stregua di tali considerazioni la scelta più appropriata sembrerebbe essere stata quella operata dalla Suprema corte con la sentenza 24157 del 2015, per la quale sarebbe innegabile l'applicabilità *ratione temporis* al settore pubblico del testo novellato, e secondo cui fino ad un intervento di armonizzazione di fatto la disciplina applicabile non avrebbe potuto essere che quella previgente rispetto alla riforma[96].

Da più parti si è invocato un intervento risolutivo 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 con ricadute non indifferenti sulla concreta gestione del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici contrattualizzati. Intervento indispensabile se si considera l'inammissibile silenzio fino ad ora osservato anche in occasione del d.lgs. n. 23/2015 che ha rivoluzionato le tecniche di tutela in materia di licenziamento del lavoratore privato con la sostanziale scomparsa della tutela reintegratoria per tutti i dipendenti assunti a far data dal 7 marzo 2015. In quest'ultima occasione in particolare, il legislatore sembra dimenticarsi del lavoro pubblico contrattualizzato. (...) In ogni caso, una*

[96] È possibile richiamare in particolare quanto disposto dall'art.15 delle preleggi, il quale disciplina l'abrogazione, nonché 2 delle stesse, relativo all'efficacia della legge nel tempo. L'art. 15 cit. dispone due tipologie di abrogazione: espressa o tacita; quest'ultima può a sua volta si sostanzia in due sotto tipi ossia abrogazione per incompatibilità, che si verifica in caso di incompatibilità tra la nuova disciplina e la previgente, ed abrogazione per nuova disciplina che si ha laddove la nuova fattispecie detta appunto una disciplina nuova rispetto a quella disposta da norme ontologicamente antecedenti, al punto che le disposizioni precedenti risultano abrogate anche in mancanza di un espresso atto abrogativo. È proprio in tale alveo che si colloca l'art.18 novellato nel 2012. Inoltre in base all'art.2 delle preleggi le nuove disposizioni sono valide per il futuro, mentre quelle antecedenti, seppur continuano ad essere presenti nell'ordinamento, valgono solo per il passato. Necessario il richiamo a tali disposizioni in virtù dell'esigenza di fornire un'interpretazione del rinnovato art.18 più coerente e sistematica, che tenga anche conto delle regole sull'applicazione della legge, di cui al capo II cc.

disciplina nettamente diversificata in tema di licenziamento tra settore privato e pubblico difficilmente potrebbe reggere il vaglio di costituzionalità sotto il profilo dell'art.3 Cost.[97]"

L'inapplicabilità dell'art.18, come novellato dalla c.d. riforma Fornero, al settore pubblico, comporta anche l'impossibilità di applicare il d.lgs. 4 marzo 2015 n.23 sulle tutele crescenti, che restringe ulteriormente la tutela reintegratoria, in quanto la Corte costituzionale con la sentenza n.351/2008 avrebbe ritenuto non compatibile con le norme costituzionali l'esclusione della reintegrazione nel caso di lavoratore pubblico illegittimamente licenziato, in quanto lesiva di un interesse pubblico, ulteriore rispetto a quello del dipendente, in particolare con le finalità dei concorsi pubblici nonché con i costi da sostenere per il reclutamento di un altro lavoratore[98].

4. La scelta del legislatore del 2017: le profonde differenze con il settore privato.

Alla luce di quanto esaminato nei precedenti paragrafi, si evince come il lavoro nelle pubbliche amministrazioni sia sostanzialmente stato estromesso dalle recenti riforme del diritto del lavoro.

Tale esclusione ha integrato una forte digressione rispetto all'intento unificatore che aveva animato la contrattualizzazione del pubblico impiego, rinvenibile soprattutto nei citati artt. 2 co 2 e 51 del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, conducendo ad una sempre più evidente diversificazione di regimi.

Prima dell'intervento riformatore operato dalla L. 28 giugno 2012 n. 92 (ed in particolare dei più volte menzionati commi 7 e 8 dell'art.1), alla luce dei citati

[97] In tal senso L. FIORILLO in "*Il licenziamento nel lavoro pubblico contrattualizzato: la cassazione applica l'art.18 dello Statuto e la giurisprudenza di merito (minoritaria) dissente*" DLM,1,2016, pp.179-181.

[98] Così S. MAINARDI in "*L'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori alla prova della riforma Madia: vorrei ma non posso*", DLM,2016,3 pp.688-689

articoli del testo unico, non vi era infatti alcun dubbio che anche nel settore pubblico operasse la disciplina disposta dall'art.18 della l. n. 300/1970 in caso di licenziamento illegittimo, non essendo prevista una normativa ad hoc.

Invece oggi è possibile affermare che i lavoratori pubblici non siano soggetti alla medesima disciplina dei privati, anzi "*la linea è quella di dotare i primi, secondo una vecchia ma solida concezione, di uno statuto normativo proprio, ben identificabile, il più possibile unificante per la categoria*[99]".

In questa ottica di controtendenza rispetto ai principi ispiratori della contrattualizzazione, si colloca anche il d. lgs. 25 maggio 2017 n.75, attuativo della legge delega del 2015[100], il quale ha modificato il disposto dell'art.63 co 2 del d.lgs. 165 del 2001, e che nel secondo periodo dispone: "*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*". In tal modo il legislatore è intervenuto fugando ogni dubbio relativo alla disciplina applicabile in caso di licenziamento illegittimo di un lavoratore pubblico, statuendo espressamente che la tutela per cui optare è quella reintegratoria, per tutte le tipologie di illegittimità e per tutti i dipendenti pubblici, anche dirigenti, scelta che amplia ulteriormente il divario tra lavoro pubblico e privato e che determina un definitivo allontanamento dall' intento unificatore che aveva ispirato la contrattualizzazione del pubblico impiego[101].

Il legislatore, come più volte sottolineato era rimasto in silenzio per ben cinque anni fino all'introduzione appunto dell'art.21 del d.lgs. 75/2017, modificativo dell'art.63 del Testo unico, il quale pur avendo ridotto l'ampio dibattito sull'art.18

[99] In tal senso S. MAINARDI in "*L'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori alla prova della riforma Madia: vorrei ma non posso"*, DLM,2016,3 pag.687

[100] Legge 7 agosto 2015 n.124.

[101] Così L. FIORILLO in "*il diritto del lavoro nel pubblico impiego*",2018, Piccin, Padova. Pag.262

post-Fornero, condurrà a nuove contrapposizioni, determinate, in tal caso, non dall'oscurità della norma ma dall'ampio divario che viene a generarsi in materia con il lavoro privato, spunto per una questione di illegittimità costituzionale rispetto all'art.3 Cost.

Di fatto alla stregua di tale intervento, al dipendente pubblico illegittimamente licenziato si garantisce sempre la stabilità del posto di lavoro, in caso di licenziamento illegittimo grazie alla reintegrazione ed al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di fatto per il calcolo del trattamento di fine rapporto, tuttavia non superiore alle 24 mensilità.

"*Il riformatore non applica né l'originario art.18 della l. n. 300/1970, che a questo punto può dirsi definitivamente abrogato, né l'art.18 come modificato dalla l. n. 92/2012: individua un terzo modello, sicuramente nella scia dell'originaria disposizione statutaria, in cui la reintegra nel posto di lavoro con risarcimento fino ad un tetto di massimo, costituisce sanzione con valenza universale, sia sul piano oggettivo che soggettivo. Nel settore pubblico, a partire* dall'entrata in *vigore del d.lgs. n. 75/2017, la sanzione "unica" si applica per qualsiasi tipo di licenziamento illegittimo, a beneficio di tutti i dipendenti, personale dirigente e non, rimanendo irrilevanti le dimensioni dell'amministrazione che procede al licenziamento*[102]."

Per comprendere le ormai profonde divergenze con in settore privato basta ricordare che nel settore privato si contano almeno quattro regimi sanzionatori, più volte richiamati, che variano in relazione alla tipologia di illegittimità presentata dal licenziamento: tutela reintegratoria forte, reintegratoria ridotta, indennitaria forte ed indennitaria ridotta; da ricordare inoltre la tutela prevista dalla legge n. 604/1966 che prevede l'alternativa tra riassunzione e corresponsione di un'indennità da 2,5 a 6 mensilità, per le imprese che occupano meno di 15 dipendenti.

Il legislatore del 2017 giustifica la creazione di uno specifico sistema sanzionatorio contro il licenziamento illegittimo del dipendente pubblico, sulla base della

[102] In tal senso V. LUCIANI in *"La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni, commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento ai d. lgs. nn. 74 e 75 del 25 maggio 2017 (c.d. riforma Madia)."* Giappichelli, Torino,2018.

"ontologica specialità" del lavoro presso le PA, "in questo ambito sopravvenuta per effetto dei mutamenti che hanno riguardato la disciplina in tema di stabilità del rapporto di lavoro.[103]"

Alla base di tale differenziazione si pongono ragioni di natura costituzionale, relative a precetti della nostra Costituzione, che, nel caso del licenziamento del dipendente pubblico, portano a ritenere la reintegrazione una scelta obbligata, aspetti del tutto estranei al settore privato.

In tale direzione si è collocata anche la suprema corte di Cassazione con la sent. 11868/2016[104], secondo la quale nell'ambito 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"*. Le garanzie a cui la Corte si riferisce sono soprattutto i principi di imparzialità e buon andamento di cui all'art.97 Cost., con i quali mal si concilia la tutela indennitaria, che avrebbe consentito al datore di lavoro di monetizzare un atto illegittimo ed avrebbe comportato il pagamento, con risorse pubbliche, di ingenti somme a favore del dipendente illegittimamente licenziato, nonché l'eventuale adozione di un nuovo bando di concorso per coprire la vacanza del posto. È proprio su tale aspetto che il legislatore ha insistito: il principio del concorso pubblico, il quale riemerge in maniera rilevante nel caso di un lavoratore illegittimamente licenziato. I principi di imparzialità e merito che caratterizzano le procedure di reclutamento del personale delle amministrazioni, implicano necessariamente, che un posto ottenuto con concorso non possa che essere sottratto con procedure animate dagli stessi precetti, che sarebbero violati ove l'estinzione del rapporto fosse dettata da ragioni che, seppur di rilevanza disciplinare, non integrano né la giusta causa né il giustificato motivo di licenziamento[105]. L'imparzialità è un principio che anima l'intero rapporto di lavoro del dipendente pubblico e per tali ragioni si giustifica la scelta della tutela reintegratoria; opinabile, in quanto amplifica il divario con il settore privato e prescinde dalle peculiarità appena enunciate, è l'estensione della reintegrazione

[103] Così V. Luciani in "La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni, commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento ai d. lgs. nn. 74 e 75 del 25 maggio 2017 (c.d. riforma Madia)." Giappichelli editore, Torino,2018.
[104] Cass. sent. 9 giugno 2016 n. 11868, in *De jure* GFL.
[105] In tal senso si veda anche C. Cost. sent. 24 ottobre 2008 n. 351, in *De jure* GFL.

anche a licenziamenti illegittimi in quanto affetti da vizi di natura formale o procedurale[106].

Come si è avuto modo di sottolineare il legislatore del 2017 ha inteso conferire efficacia generalizzata al nuovo regime di tutela disposto dall'art.63 co 2 del d.lgs. 165/2001. In prima istanza non rileva il criterio numerico, per cui la disciplina si applica indistintamente a tutte le amministrazioni; tale efficacia erga omnes, seppur caratteristica già in precedenza della tutela contro il licenziamento illegittimo ex art.18, nel settore pubblico, è implicitamente confermata anche nella recente riforma, grazie all'impiego del generico termine "amministrazione", identificatore del soggetto tenuto alla reintegrazione. Inoltre per tutti i dipendenti delle PA ed a fronte di qualsivoglia causa di illegittimità è predisposta la medesima soluzione in caso di vizi del recesso. Le uniche condizioni di svantaggio che si potrebbero evidenziare per il lavoratore pubblico indebitamente licenziato, a seguito delle innovazioni apportate dal d. lgs. 75/2017, sono: - il caso di violazione dei termini procedurali, salvi i vincoli temporali di cui all'art.55-*bis* co4, ossia i 30 giorni per la contestazione dell'addebito ed i 120 giorni per l'adozione del provvedimento espulsivo, ovvero nei casi in cui il dipendente dimostri una violazione del diritto di difesa; - la reintegrazione con il tetto massimo di 24 mensilità troverà applicazione anche in caso di provvedimenti affetti da nullità assoluta, in quanto ad esempio discriminatori.

Per gli aspetti rispetto ai quali non influisce l'art.21 del d. lgs. 75/2017 si applica la disciplina privatistica estesa al settore pubblico grazie al generale rinvio operato dall'art.2 co. 2 del Testo Unico. Si applica infatti quanto disposto dai primi due commi dell'art. 6 della L.15 luglio 1966 n.604[107].

---

[106] Così V. LUCIANI in *"La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni, commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento ai d. lgs. nn. 74 e 75 del 25 maggio 2017 (c.d. riforma Madia).*" Giappichelli, Torino,2018.

[107] L'art.6, commi primo e secondo, della L.15 luglio 1966 n. 604 dispongono quanto segue: "*Il licenziamento deve essere impugnato a pena di decadenza entro sessanta giorni dalla ricezione della sua comunicazione in forma scritta, ovvero dalla comunicazione, anch'essa in forma scritta, dei motivi, ove non contestuale, con qualsiasi atto scritto, anche extragiudiziale, idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore anche attraverso l'intervento dell'organizzazione sindacale diretto ad impugnare il licenziamento stesso. L'impugnazione è inefficace se non è seguita, entro il successivo termine di centottanta giorni, dal deposito del ricorso nella cancelleria del tribunale in funzione di giudice del lavoro o dalla comunicazione alla controparte della richiesta di*

Oltre alla reintegra è previsto che il dipendente pubblico ottenga un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di fatto per il calcolo del trattamento di fine rapporto dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegrazione, comunque non superiore alle 24 mensilità. Il legislatore del 2017 inoltre si conforma a quanto disposto dal d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23, in particolare all'art.3, ossia all'obbligo di dedurre l'*aliunde perceptum*.

L'art.21 citato ha inoltre introdotto un comma 2-*bis* all'art 63 del d. lgs. 165/2001 il quale stabilisce: "*Nel caso di annullamento della sanzione disciplinare per difetto di proporzionalità, il giudice può rideterminare la sanzione, in applicazione delle disposizioni normative e contrattuali vigenti, tenendo conto della gravità del comportamento e dello specifico interesse pubblico violato*". È quindi ammesso il controllo sulla proporzionalità della sanzione disciplinare, compresa quella diversa dal licenziamento. Ed è contemplata la sua rideterminazione usando come parametro la normativa legale e contrattuale, e come criterio la gravità dell'infrazione e lo specifico interesse pubblico violato.

Tale intervento integra un ulteriore elemento di differenziazione con il settore privato, in virtù della definitiva scomparsa, nel decreto legislativo n. 23/2015, del giudizio sulla proporzionalità della sanzione espulsiva irrogata, nonché del riferimento alle tipizzazioni operate dalla contrattazione collettiva. "*L'articolo interviene sul testo dell'articolo 63, decreto legislativo n. 165/2001 (Controversie relative ai rapporti di lavoro), con una scelta che potrebbe ritenersi discutibile: probabilmente sarebbe stato più razionale aggiungere un nuovo comma all'articolo 51 (Disciplina del rapporto di lavoro), che rimane la norma di apertura del titolo IV, dedicato al rapporto di lavoro, e che costituisce, ancora oggi, la chiave di volta della tendenziale parificazione con la disciplina del settore privato, di cui, a questo punto, le sanzioni contro il licenziamento illegittimo costituiscono un'eclatante deroga. L'ennesima divergenza, quindi, che induce a chiedersi se non sia arrivato il momento di affrontare quei (condivisibili) interrogativi sulla persistenza (sul piano della politica del diritto, oltreché della*

---

tentativo di conciliazione o arbitrato, ferma restando la possibilità di produrre nuovi documenti formatisi dopo il deposito del ricorso. Qualora la conciliazione o l'arbitrato richiesti siano rifiutati o non sia raggiunto l'accordo necessario al relativo espletamento, il ricorso al giudice deve essere depositato a pena di decadenza entro sessanta giorni dal rifiuto o dal mancato accordo".

opportunità) delle ragioni del processo di armonizzazione tra lavoro nel settore pubblico e lavoro nel settore privato[108]*."*

L'ultima rilevante novità, introdotta dal legislatore del 2017, riguarda la tutela differenziata, a fronte di licenziamento illegittimo, accordata dal rinnovato testo dell'art.54-*bis* del d. lgs. 165/2001 al dipendente che abbia segnalato illeciti all'interno dell'amministrazione.

La disposizione statuisce: *"il pubblico dipendente che, nell'interesse dell'integrità della pubblica amministrazione, segnala al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza di cui all'articolo 1, comma 7, della legge 6 novembre 2012, n. 190, ovvero all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), o denuncia all'autorità giudiziaria ordinaria o a quella contabile, condotte illecite di cui è venuto a conoscenza in ragione del proprio rapporto di lavoro non può essere sanzionato, demansionato, licenziato, trasferito, o sottoposto ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro determinata dalla segnalazione. L'adozione di misure ritenute ritorsive, di cui al primo periodo, nei confronti del segnalante è comunicata in ogni caso all'ANAC dall'interessato o dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative nell'amministrazione nella quale le stesse sono state poste in essere. L'ANAC informa il Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri o gli altri organismi di garanzia o di disciplina per le attività e gli eventuali provvedimenti di competenza. Ai fini del presente articolo, per dipendente pubblico si intende il dipendente delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, ivi compreso il dipendente di cui all'articolo 3, il dipendente di un ente pubblico economico ovvero il dipendente di un ente di diritto privato sottoposto a controllo pubblico ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile. La disciplina di cui al presente articolo si applica anche ai lavoratori e ai collaboratori delle imprese fornitrici di beni o servizi e che realizzano opere in favore dell'amministrazione pubblica. L'identità del segnalante non può essere rivelata. Nell'ambito del procedimento penale, l'identità del segnalante è coperta dal segreto nei modi e nei limiti previsti dall'articolo 329 del codice di procedura penale. Nell'ambito del procedimento dinanzi alla Corte dei conti, l'identità del*

[108] Così M. NICOLOSI in "*La tutela reale nel lavoro pubblico tra dottrina, giurisprudenza e riforma Madia*", DRI n.4/2018 pp. 1016 e ss.

segnalante non può essere rivelata fino alla chiusura della fase istruttoria. Nell'ambito del procedimento disciplinare l'identità del segnalante non può essere rivelata, ove la contestazione dell'addebito disciplinare sia fondata su accertamenti distinti e ulteriori rispetto alla segnalazione, anche se conseguenti alla stessa. Qualora la contestazione sia fondata, in tutto o in parte, sulla segnalazione e la conoscenza dell'identità del segnalante sia indispensabile per la difesa dell'incolpato, la segnalazione sarà utilizzabile ai fini del procedimento disciplinare solo in presenza di consenso del segnalante alla rivelazione della sua identità.

La segnalazione è sottratta all'accesso previsto dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n.241, e successive modificazioni. L'ANAC, sentito il Garante per la protezione dei dati personali, adotta apposite linee guida relative alle procedure per la presentazione e la gestione delle segnalazioni. Le linee guida prevedono l'utilizzo di modalità anche informatiche e promuovono il ricorso a strumenti di crittografia per garantire la riservatezza dell'identità del segnalante e per il contenuto delle segnalazioni e della relativa documentazione. Qualora venga accertata, nell'ambito dell'istruttoria condotta dall'ANAC, l'adozione di misure discriminatorie da parte di una delle amministrazioni pubbliche o di uno degli enti di cui al comma 2, fermi restando gli altri profili di responsabilità, l'ANAC applica al responsabile che ha adottato tale misura una sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 30.000 euro. Qualora venga accertata l'assenza di procedure per l'inoltro e la gestione delle segnalazioni ovvero l'adozione di procedure non conformi a quelle di cui al comma 5, l'ANAC applica al responsabile la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 50.000 euro. Qualora venga accertato il mancato svolgimento da parte del responsabile di attività di verifica e analisi delle segnalazioni ricevute, si applica al responsabile la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 50.000 euro. L'ANAC determina l'entità della sanzione tenuto conto delle dimensioni dell'amministrazione o dell'ente cui si riferisce la segnalazione. È a carico dell'amministrazione pubblica o dell'ente di cui al comma 2 dimostrare che le misure discriminatorie o ritorsive, adottate nei confronti del segnalante, sono motivate da ragioni estranee alla segnalazione stessa. Gli atti discriminatori o ritorsivi adottati dall'amministrazione o dall'ente sono nulli. Il segnalante che sia

licenziato a motivo della segnalazione è reintegrato nel posto di lavoro ai sensi dell'articolo 2 del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23. Le tutele di cui al presente articolo non sono garantite nei casi in cui sia accertata, anche con sentenza di primo grado, la responsabilità penale del segnalante per i reati di calunnia o diffamazione o comunque per reati commessi con la denuncia di cui al comma 1 ovvero la sua responsabilità civile, per lo stesso titolo, nei casi di dolo o colpa grave."

Del disposto di tale articolo rileva in particolare quanto stabilito nel penultimo comma, poiché è nello stesso che si rinviene una tutela differenziata in caso di licenziamento illegittimo. Infatti il denunciante che subisce un licenziamento a causa della segnalazione, ha diritto alla reintegrazione nel proprio posto di lavoro, secondo quanto disposto dall'art.2 del d. lgs. 23/2015 per i licenziamenti discriminatori e nulli nel settore privato.

In particolare tale disposizione, inapplicabile alla generalità dei pubblici dipendenti, prevede che il datore di lavoro, oltre alla reintegrazione, debba corrispondere al lavoratore un risarcimento pari alla retribuzione spettante dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegra in misura non inferiore a cinque mensilità. Inoltre in alternativa alla reintegra nel posto di lavoro, il dipendente potrà richiedere una indennità pari a quindici mensilità di retribuzione non assoggettata a contribuzione.

L'inserimento di una norma siffatta, da parte del legislatore del 2017 ha condotto alla configurazione di due modelli di tutela reintegratoria nel settore pubblico, differenziati quanto al risarcimento del danno, che per la generalità dei pubblici dipendenti corrisponde al trattamento economico spettante dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegra, con la fissazione del limite massimo di ventiquattro mensilità, e quanto alla possibilità richiedere l'indennità sostitutiva della reintegrazione pari a quindici mensilità.

5. Gli ultimi interventi del legislatore nel settore privato: una distanza incolmabile con i pubblici dipendenti.

Gli ultimi interventi del legislatore nel settore privato, hanno contribuito a fornire una nuova configurazione alla disciplina del licenziamento illegittimo, che ha generato divergenze ancor più significative con la regolamentazione prevista in materia nel settore pubblico.

Il legislatore del 2015, come accennato, ha introdotto il contratto di lavoro a tutele crescenti, ossia un classico contratto a tempo a indeterminato caratterizzato dalla previsione di una tutela prevalentemente indennitaria in caso di licenziamento illegittimo. È infatti confermata la marginalizzazione della tutela reintegratoria (corrispondente alla tutela reale *ex* art. 18 L. 20 maggio 1970 n. 300)[109], circoscritta ai soli casi di licenziamento nullo, discriminatorio, orale ed illegittimo dal momento che qualifica, erroneamente, la sopravvenuta inidoneità psicofisica del dipendente. Inoltre, in caso di insussistenza del fatto addotto alla base del licenziamento disciplinare è prevista la reintegra nel posto di lavoro con un risarcimento non superiore a dodici mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto.

Nelle ipotesi per le quali non è prevista la reintegra nel posto di lavoro e sia accertato che non ricorrono gli estremi della giusta causa o del giustificato motivo (oggettivo o soggettivo) del licenziamento, è prevista la corresponsione di un'indennità, non assoggettata a contribuzione previdenziale, ma assoggettata ad imposizione fiscale, di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR, per ogni anno di servizio, in misura non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità (oggi 6-36 a seguito dell'intervento di modifica avvenuto con L. 9 agosto 2018 n.96).

Altra fondamentale innovazione, introdotta da tale intervento di riforma, è data dalla offerta di conciliazione, nuovo istituto con cui il datore di lavoro è legittimato ad offrire al lavoratore un importo monetario, mediante la consegna di un assegno circolare, di ammontare pari ad una mensilità di retribuzione per ogni anno di

[109] In tali casi è prevista la reintegrazione nel posto di lavoro, la corresponsione di un'indennità risarcitoria non inferiore a 5 mensilità di retribuzione e la ricostruzione della posizione previdenziale dal momento del licenziamento a quello dell'effettiva reintegra. In tal senso si veda: R. DEL PUNTA, in "*diritto del lavoro*", Giuffrè, Milano,2017, pp.679 e ss.

servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a diciotto mensilità (ad oggi 3-27 a seguito dell'intervento di modifica avvenuto con L. 9 agosto 2018 n.96 cit.).

Il sistema delle c.d. *tutele crescenti*, delineato con il d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23, desta non poche perplessità, soprattutto relativamente alla tutela indennitaria, la cui commisurazione è legata esclusivamente al criterio dell'anzianità di servizio. Tale tipologia di tutela infatti, non solo rovescia il precedente paradigma della tutela in forma specifica, ossia della reintegra, ma non risulta neanche riconducibile alla tutela per equivalente monetario, la quale prevede un integrale risarcimento di chi abbia subito l'inadempimento, che non può ritenersi sussistente a fronte di un'indennità in tal modo commisurata; al punto che neanche il parlamento ne aveva ritenuto congruo l'ammontare ed aveva richiesto un aumento dell'importo minimo e massimo della stessa[110].

Rispetto a questo intervento, che ha determinato una deroga *in peius* dei criteri rimediali, a favore del datore di lavoro, sono intervenuti dapprima il legislatore ed in seguito la Corte costituzionale.

Con il D.L. 12 luglio 2018 n.87, convertito in L. 9 agosto 2018 n.96, il c.d. *Decreto dignità* si è posto l'unico limite di aumentare il limite minimo e massimo entro cui il giudice individua l'ammontare dell'indennità risarcitoria senza tuttavia sovvertire il meccanismo di determinazione della stessa. In particolare, a seguito di tale intervento il margine entro cui determinare la predetta indennità è compreso tra un minimo di sei ed un massimo di trentasei mensilità e per l'offerta di conciliazione tra un minimo di tre ed un massimo di ventisette.

Nonostante il tentativo del legislatore, sul tema è intervenuta la Consulta con la sentenza 8 novembre 2018 n. 194[111], con la quale è stata dichiarata l'illegittimità dell'art.3 del d.lgs. 23/2015 cit., nella parte in cui delinea come unico criterio per la determinazione dell'ammontare dell'indennità di risarcimento, quello dell'anzianità di servizio.

Con Ordinanza del 26 luglio 2017 il Tribunale di Roma, terza sezione lavoro, ha sollevato questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3, 4,

---

[110] In tal senso A. PERULLI, in "*La disciplina del licenziamento illegittimo di cui all'art.3 co 1 d.lgs. 23/2015 alla luce del c.d. Decreto dignità e della sentenza della Corte costituzionale n.194/2018*", LDE, 1, 2019.

[111] Si veda Corte cost. sent. 8 novembre 2018 n. 194 in *Gazzetta Ufficiale*.

comma 1, 35, comma 1, 76 e 117, comma 1, della Costituzione; dell'art.1, comma 7, lett. c), l. 10 dicembre 2014, n. 30 e degli artt. 2, 3, 4, d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23.

In particolare il dubbio di costituzionalità ha riguardato la conformità con l'art. 3 Cost., dell'importo dell'indennità risarcitoria, che non riveste carattere compensativo né dissuasivo e comprime la discrezionalità valutativa del giudice, in virtù del riferimento al solo criterio dell'anzianità di servizio, finendo di fatto per disciplinare in modo uniforme casi fra loro fortemente diversi; in secondo luogo con gli artt. 4 e 35 Cost., in quanto al diritto al lavoro viene attribuito un controvalore monetario irrisorio e fisso ed infine con gli artt. 117 e 76 Cost., poiché la sanzione per il licenziamento appare inadeguata rispetto a quanto previsto dalle fonti sovranazionali quali la Carta di Nizza e la Carta Sociale Europea, con violazione dei criteri di delega che predicavano il rispetto della regolamentazione comunitaria e delle convenzioni internazionali[112].

Secondo il giudice rimettente la prospettiva di un'indennità piuttosto modesta, fissa e crescente solo in ragione dell'anzianità di servizio, oltre a non avere carattere realmente compensativo, violerebbe anche il principio di eguaglianza fra vecchi e nuovi assunti, e non avrebbe natura dissuasiva rispetto a licenziamenti illegittimi, anzi solleciterebbe un comportamento opportunistico del datore di lavoro.

Il giudice delle leggi, con la sentenza n. 194 cit., ha ritenuto che l'art. 3 co. 1 del d.lgs.23/2015[113] cit., violasse gli artt. 3[114],4, comma1, 35, comma1, 76 e 117[115]

---

[112] In tal senso A. PERULLI in "La disciplina del licenziamento illegittimo di cui all'art.3 co 1 d.lgs. 23/2015 alla luce del c.d. Decreto dignità e della sentenza della Corte costituzionale n.194/2018", LDE, 1, 2019

[113] "*Salvo quanto disposto dal comma 2, nei casi in cui risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o giusta causa, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità".* Art. 3 co.1 d. lgs. 4 marzo 2015 n. 23.

[114] *"Il passaggio motivazionale della sentenza più delicato – anche nell'ottica di un intervento legislativo in materia – è quello relativo alla ritenuta violazione dell'art. 3 della Costituzione siccome fondato sulla esigenza di personalizzazione del danno subita dal lavoratore, che il Giudice delle leggi ritiene di assegnare alla discrezionalità valutativa del giudice chiamato a dirimere la controversia "entro i confini tracciati dal legislatore per garantire una calibrata modulazione del risarcimento dovuto, entro una soglia minima e una massima" (pag. 37 della sentenza*)". In tal senso M. CHIODI, LDE, 1, 2019

[115] Questi ultimi in relazione all'art.24 della Carta sociale europea che statuisce "*Tutti i lavoratori hanno diritto ad una tutela in caso di licenziamento".*

Cost., con particolare riferimento alla parte in cui determina l'indennità in un importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR moltiplicate per ogni anno di servizio, ritenendo che tale criterio *" non realizza un equilibrato componimento degli interessi in gioco: la libertà di organizzazione dell'impresa da un lato e la tutela del lavoratore ingiustamente licenziato dall'altro*[116]".

La corte, in sostanza, rimette al giudice la quantificazione dell'indennità, la quale, seppur nel rispetto dei limiti fissati dal legislatore, dovrà essere determinata tenendo conto non solo dell'anzianità di servizio ma anche di altri criteri individuabili, si è ipotizzato, nel numero di dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti[117].

La sentenza in esame, seppur dotata di ampia portata innovativa, rispetto al sistema delle c.d. tutele crescenti, lascia aperte una serie di questioni tra cui la disparità tra i lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015 e quelli assunti successivamente, poiché i lavoratori assunti anteriormente a tale data potranno beneficiare di un'indennità inferiore[118] rispetto a quelli successivamente, che alla luce della modifica apportata

---

[116] In tal senso Corte cost. sent. 8 novembre 2018 n. 194, *Gazzetta Ufficiale*, punto 13 della motivazione.

[117] Si tratta di un riferimento ai criteri di cui all'art.8 L.15 luglio 1966 n. 644, presente nella sentenza in esame. In particolare al punto 11 della motivazione è statuito: "*L'art. 8 della legge n. 604 del 1966 (come sostituito dall'art. 2, comma 3, della legge n. 108 del 1990), ad esempio, lascia al giudice determinare l'obbligazione alternativa indennitaria, sia pure all'interno di un minimo e un massimo di mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, «avuto riguardo al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti». Inoltre, a conferma dell'esigenza di scrutinare in modo accurato l'entità della misura risarcitoria e di calarla nell'organizzazione aziendale, la stessa disposizione dà rilievo all'anzianità di servizio per ampliare ulteriormente la discrezionalità del giudice, relativamente ai datori di lavoro che occupano più di quindici prestatori di lavoro. L'anzianità di servizio superiore a dieci o a venti anni consente, infatti, la maggiorazione dell'indennità fino, rispettivamente, a dieci e a quattordici mensilità. Anche l'art. 18, quinto comma, della legge n. 300 del 1970 (come sostituito dall'art. 1, comma 42, lettera b, della legge n. 92 del 2012) prevede che l'indennità risarcitoria sia determinata dal giudice tra un minimo e un massimo di mensilità, seguendo criteri in larga parte analoghi a quelli indicati in precedenza, avuto riguardo anche alle «dimensioni dell'attività economica». Il legislatore ha dunque, come appare evidente, sempre valorizzato la molteplicità dei fattori che incidono sull'entità del pregiudizio causato dall'ingiustificato licenziamento e conseguentemente sulla misura del risarcimento. Da tale percorso si discosta la disposizione censurata".* In realtà la Corte non prevede espressamente l'applicazione di tali criteri, ma si limita solo a richiamarli come esempio di meccanismo di determinazione, conforme ai principi costituzionali.

[118] Al massimo 24 mensilità di retribuzione, in virtù di quanto previsto dalla L.92/2012 più volte citata.

dal c.d. Decreto dignità, potranno beneficiare di una indennità di importo massimo parti a trentasei mensilità di retribuzione; inoltre supponendo di applicare i richiamati criteri di determinazione dell'ammontare dell'indennità, di cui all'art. 8 L.604 cit., potrebbero sorgere interrogativi afferenti all'eventuale gerarchia sussistente tra tali parametri.
Infine altro problema aperto resta quello fondamentale di adeguatezza del risarcimento, difficilmente rinvenibile nel limite minimo di sei mensilità di retribuzione, che poco si presta ad avere carattere dissuasivo per il datore di lavoro[119].

È evidente come le menzionate riforme abbiano condotto ad una incolmabile disparità di trattamento tra dipendenti pubblici e privati, in materia di licenziamento illegittimo; per i primi infatti, in virtù delle modifiche apportate dal d.lgs. 15 giugno 2017 n. 75, è espressamente prevista l'applicazione della tutela reintegratoria, a prescindere da numero di dipendenti occupati nella pubblica amministrazione di appartenenza, aspetto che si evince, come sottolineato, dall'art.63 co.2 del cit. d.lgs.165/2001. Per i secondi invece, la disciplina si manifesta eterogenea ed in grado di creare disparità o quanto meno divergenze di trattamento tra gli stessi lavoratori privati (basti pensare alle menzionate differenze nel trattamento di dipendenti assunti prima del 7 marzo 2015 rispetto a quelli assunti successivamente a tale data), essendo inoltre ormai molto distante dal regime predisposto dallo Statuto dei Lavoratori.

[119] In tal senso A. PERULLI in "La disciplina del licenziamento illegittimo di cui all'art.3 co 1 d.lgs. 23/2015 alla luce del c.d. Decreto dignità e della sentenza della Corte costituzionale n.194/2018", LDE, 1, 2019.

CONCLUSIONI

Il presente lavoro è stato redatto con l'intento di illustrare la sostanziale divergenza di disciplina che, alla luce degli ultimi interventi normativi, caratterizza la disciplina del licenziamento illegittimo prevista per il settore privato e per quello pubblico.

La decisione di focalizzare su tale argomento il mio lavoro di tesi è nato da una forte curiosità e da un significativo interesse maturato in sede di primo approccio al corso di diritto del lavoro nel pubblico impiego. Solo a seguito di tale opportunità di studio ho avuto modo di apprezzare quella che, ai miei occhi, si è subito palesata come una essenziale disparità di trattamento tra i dipendenti dei due settori, che si realizza in occasione del peggiore dei pregiudizi che possono essere subiti in costanza di un rapporto di lavoro, ovverossia l'indebito licenziamento.

Le ricerche scientifiche preliminari alla stesura della tesi e l'attività di studio ed elaborazione necessaria per la redazione della stessa, hanno confermato la presenza di una disciplina sostanzialmente divergente, voluta dallo stesso legislatore, che a partire dalla riforma attuata con l. 28 giugno 2012 n. 92, ha innovato profondamente la regolazione del licenziamento illegittimo.

La normativa in questione ha provveduto infatti a modificare l'art.18 dello Statuto dei lavoratori, introducendo, per le imprese con più di quindici dipendenti, ben quattro diversi regimi di tutela, a fronte dell'unica tipologia, prevista dalla versione originaria della norma e che è rimasta - dopo aver suscitato forti contrasti in dottrina e giurisprudenza - nel solo lavoro pubblico.

A seguito della c.d. Legge Fornero (92 del 2012 cit.), il disposto dell'art.18 cit. è stato di fatto stravolto, dal momento che alla sola tutela c.d. reale, implicante la reintegrazione del lavoratore, si sono affiancate altre tipologie di tutela, illustrate nella trattazione, alternativamente previste in base al vizio generante l'illegittimità del licenziamento.

Già tale articolazione di tutele ha contribuito a diversificare la posizione dei lavoratori indebitamente licenziati, in virtù delle differenti conseguenze accordate.

Dalla comparazione dei due settori, soprattutto in virtù dell'intervento normativo da ultimo citato, si evince come la regolazione delle tutele del licenziamento illegittimo

appaia decisamente più protettiva nel pubblico impiego. Guardando, infatti, agli anni antecedenti alla riforma del 2012, è già possibile notare come nel settore pubblico non vigesse il limite dimensionale per l'applicazione della tutela c.d. reale prevista dall'art.18, ragion per cui la reintegrazione nel posto di lavoro era prevista a prescindere dai dipendenti occupati nell'amministrazione.

Con la modifica dell'art.18 cit., come accennato, i dipendenti pubblici sono stati esclusi dall'applicazione di una disciplina meno "conveniente" per i lavoratori, dal momento che non ogni vizio, integrante l'illegittimità del licenziamento, conduce alla reintegra nel posto di lavoro.

Ebbene, come visto nel corso della trattazione, ciò non vale nel settore pubblico, dove, in virtù di quanto disposto dai commi 7 e 8 dell'art.1 della c.d. Legge Fornero, continua ad essere applicata la tutela reale, non solo a prescindere dalla soglia dimensionale ma anche dalla ragione posta alla base dell'illegittimità.

Nonostante i dubbi sollevati rispetto a tale "esonero", la corte di Cassazione prima ed il legislatore successivamente, hanno confermato tale regime diversificato, determinando definitivamente una incolmabile distanza tra il settore pubblico e privato in materia di licenziamento illegittimo.

Con l'introduzione del sistema delle c.d. tutele crescenti e delle relative modifiche allo stesso apportate dalla L.9 agosto 2018 n. 96 (c.d. Decreto dignità), si è contribuito ad ampliare maggiormente il divario tra dipendenti di datori di lavoro privati e quelli delle pubbliche amministrazioni, dal momento che tali riforme hanno di fatto circoscritto a limitate ipotesi la tutela reintegratoria nel privato, sempre contemplata nel settore pubblico.

BIBLIOGRAFIA

BALLESTRERO M. V., *Licenziamento individuale*, in Annali V, 2012.

CARINCI F., *Ripensando il nuovo art.18 dello statuto dei lavoratori* in *LPA*, 2,2012.

CHIODI M., *La sentenza della Corte Costituzionale n.194/ 2018: contenuto, natura ed effetti"* in *LDE*, 1, 2019.

CLARICH M., *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2013.

DEL PUNTA R., *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2017.

ESPOSITO M., *Quo usque tandem …?*, in *DLM*, 3,2016.

FIORILLO L., *Il diritto del lavoro nel pubblico impiego*, PICCIN, Padova, 2019.

FIORILLO L., *Il licenziamento nel lavoro pubblico contrattualizzato: la cassazione applica l'art.18 dello Statuto e la giurisprudenza di merito (minoritaria) dissente* in DLM, 1,2016.

GIACALONE G. *Sopravvenuta inidoneità del lavoratore e onere datoriale del repechage*, in *Giust. Civ*., 1998, l,2451.

LUCIANI V., La risoluzione del rapporto, in AMOROSO G., DI CERBO V., FIORILLO L., MARESCA A. (a cura di), Il Lavoro pubblico, Giuffrè, 2019

LUCIANI V., *Il licenziamento illegittimo del dipendente pubblico e la tutela reintegratoria "universale*", in ESPOSITO M., LUCIANI V., ZOPPOLI A, ZOPPOLI L.

(a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni, commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento ai d. lgs. nn. 74 e 75 del 25 maggio 2017 (c.d. riforma Madia).*, Giappichelli, Torino,2018.

LUCIANI V., *L'art.18 dello statuto e il suo doppio: due versioni aspettando l'armonizzazione*, in *DLM*, 3, 2016.

MAINARDI S. *L'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori alla prova della riforma Madia: vorrei ma non posso*, *DLM*, 2016, 3.

MATTARELLA B.G., *I doveri di comportamento dei dipendenti pubblici* in *RGL*, 275, 1996.

NICOLOSI M. *"La tutela reale nel lavoro pubblico tra dottrina, giurisprudenza e riforma Madia",* in *DRI* 4,2018.

PERULLI A., *La disciplina del licenziamento illegittimo di cui all'art.3 co 1 d.lgs. 23/2015 alla luce del c.d. Decreto dignità e della sentenza della Corte costituzionale n.194/2018*, in *LDE*, 1, 2019.

PESSI R., *Lezioni di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2018.

PILEGGI A., *I poteri del giudice ordinario*, in AMOROSO G., DI CERBO V., FIORILLO L., MARESCA A. (a cura di), Il Lavoro pubblico, Giuffrè, 2019

SANTORO PASSARELLI G., *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Giappichelli, Torino, 2017.

SANTORO PASSARELLI G., I*l licenziamento per giustificato motivo oggettivo: dalla ragione economica alla ragione organizzativa*, Quaderni del CSDN Roma n. 2017/1.

SPENA F., *Il licenziamento economico - obbligo di repêchage*, in *LDE*,2,2018.

TAMPIERI A. *Il licenziamento del dipendente pubblico prima e dopo il Jobs act*, Giappichelli, Torino, 2016.

TENORE V., *Le novità apportate al procedimento disciplinare nel pubblico impiego dalla riforma Madia (d.lgs. n.75 del 2017 e n.118 del 2017)"* in *LDE*, 1/2017.

VIDIRI G., *Il licenziamento per motivi economici nel nuovo corso del diritto del lavoro,* in *LDE*, 1,2017.