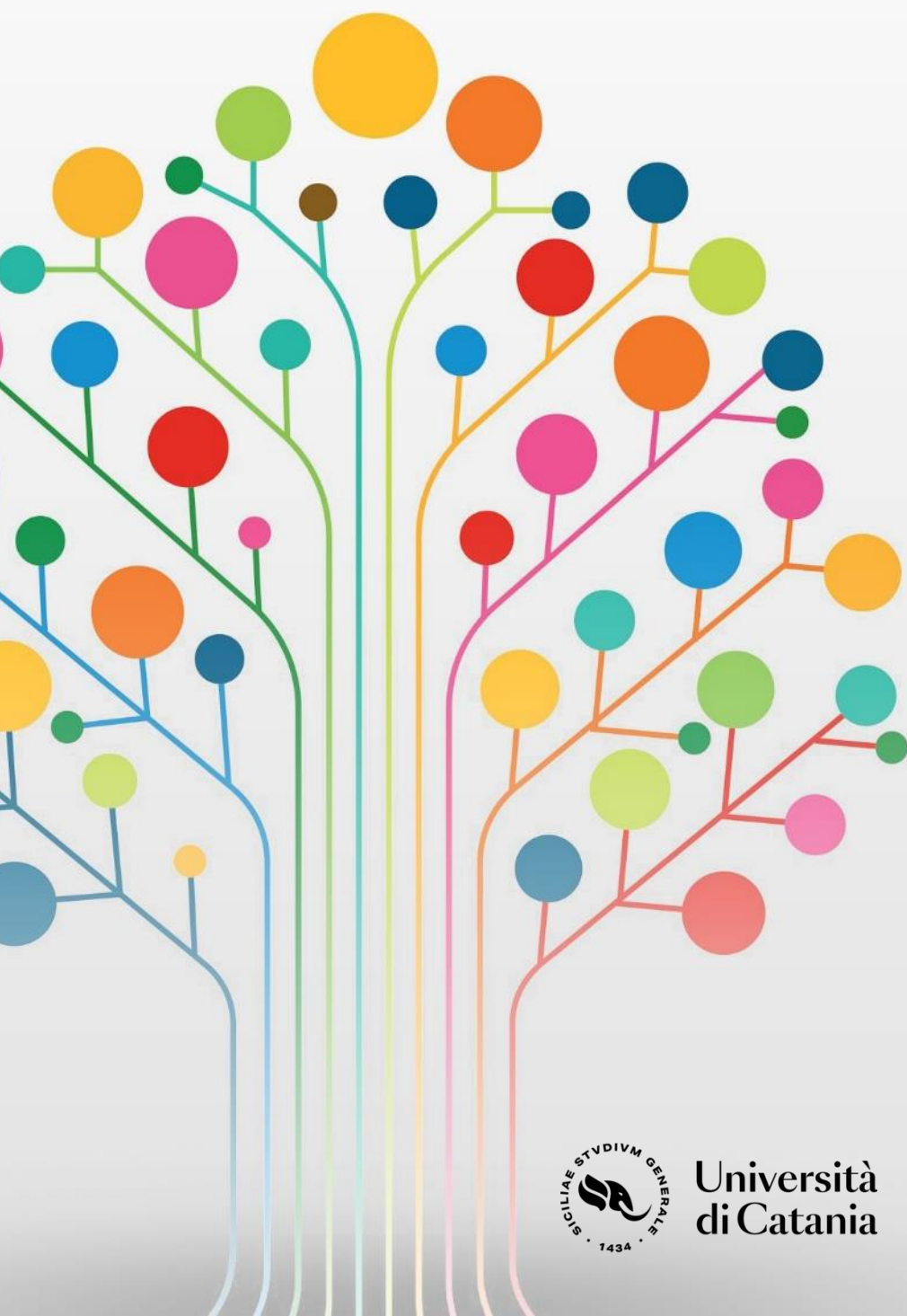


1/2013

20 Venti Maggio

BIBLIOTECA DEL CENTRO STUDI DI
DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO
"Massimo D'Antona"



Università
di Catania



Centre for the Study of
European Labour Law
"MASSIMO D'ANTONA"

Con contributi di

FRANCO LISO, Università di Roma “La Sapienza”

MICHELE DE LUCA, già Presidente della Sezione Lavoro della Corte di Cassazione

LORENZO ZOPPOLI, Università di Napoli “Federico II”

LUIGI CAVALLARO, Tribunale di Palermo – Sezione lavoro

ALESSANDRO BOSCATI, Università di Milano

COSTANTINO CORDELLA, Università di Bologna

LORENZO ZOPPOLI, Università di Napoli “Federico II”

STEFANO GIUBBONI, Università di Perugia

FRANCO CARINCI, Università di Bologna

MARIELLA MAGNANI, Università di Pavia

ROBERTO RIVERSO, Tribunale di Ravenna – Sezione lavoro

SOMMARIO

La Fiom e la rappresentanza in azienda Franco Liso	1
Diritti dei lavoratori: <i>strumentalità</i> del processo <i>versus</i> declino della tutela giurisdizionale effettiva (a quarant'anni dalla <i>fondazione</i> del nuovo processo del lavoro) Michele De Luca	13
Bentornata realtà: il pubblico impiego dopo la fase onirica Lorenzo Zoppoli	34
L'art. 32 l. n. 183/2010 dopo il "Milleproroghe" Luigi Cavallaro	55
La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 e il lavoro pubblico Alessandro Boscati	67
Riforma Fornero e start up innovative, le modifiche targate 2012 in tema di contratto a tempo determinato: tra finalità economico-occupazionali e recepimento del diritto comunitario Costantino Cordella	86
Políticas europeas para la competitividad, salarios mínimos y tutela del poder adquisitivo de las retribuciones en Italia tras el acuerdo de noviembre de 2012 Lorenzo Zoppoli	102
Cittadinanza, lavoro e diritti sociali nella crisi europea Stefano Giubboni	112
Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori Franco Carinci	135
Procedimento specifico in materia di licenziamenti: per una lettura coerente con la strumentalità del processo Michele De Luca	170
Autonomia, subordinazione, coordinazione nel gioco delle presunzioni Mariella Magnani	183
La disciplina dei licenziamenti fra tradizione e innovazione: per una lettura <i>conforme</i> a costituzione Michele De Luca	198

Pubblico impiego e (nuovo) art. 18 St. lav.: “difficile convivenza” o coesistenza pacifica?	212
Luigi Cavallaro	
I licenziamenti disciplinari: irrazionalità normative e rimedi interpretativi	223
Roberto Rivero	
<i>Riforma della tutela reale</i> contro il licenziamento <i>illegittimo</i> e rapporto di lavoro <i>privatizzato</i> alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: problemi e prospettive di coordinamento	238
Michele De Luca	

La Fiom e la rappresentanza in azienda*

Franco Liso

1. La Corte costituzionale che ci sta a fare?	2
2. È vero che il problema può essere risolto solo dal legislatore e che la Corte costituzionale non può dire più nulla su di esso?	4
3. La rottura dell'unità sindacale altera il dna dell'articolo 19 dello statuto dei lavoratori.	7
4. Perché l'articolo 19 dovrebbe essere considerato incostituzionale.	9

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 166/2013

1. La Corte costituzionale che ci sta a fare?

Questa è la domanda che mi sono posto leggendo i decreti¹ che, sulla base di una eterodossa interpretazione dell'articolo 19 dello statuto dei lavoratori², hanno accolto i ricorsi presentati dalla Fiom (sulla base dell'articolo 28 dello statuto dei lavoratori) contro le aziende che hanno negato a quel sindacato il diritto ad avere una rappresentanza nei propri stabilimenti, dichiarando che essa non poteva vantarlo proprio ai sensi di quell'articolo, in quanto organizzazione non firmataria di contratti applicati da esse.

Infatti, cosa ci sta a fare la Corte costituzionale se il giudice ordinario – snobbando il principio, che appartiene alla logica elementare prima ancora che alla grammatica del diritto, secondo il quale non si può attribuire alla legge altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole (art. 12 delle preleggi) – avventurosamente ritiene di avere il potere di fare interpretazioni “adequatrici” manipolando il contenuto letterale della norma di legge per renderlo compatibile con la Carta costituzionale?

L'interpretazione del dato normativo orientata dai valori contenuti nella Costituzione è altra cosa. Essa dovrebbe trovare spazio quando dal dato normativo siano estraibili più letture tra le quali si debba scegliere³, tutte compatibili con il dato letterale della disposizione; non trova spazio, invece, quando la lettura – stando al significato delle parole - è univoca. Insomma, l'attività dell'interprete, per quanto possa avere – come normalmente ha - un carattere creativo, deve comunque rispettare la logica elementare della comunicazione che vuole che a ciascuna parola sia ricollegato un determinato designato⁴. Se il giudice ritiene di poter prescindere da esso e crea una regola che è negata dalla disposizione che sta interpretando, ci troviamo al di fuori del gioco dell'interpretazione e questo, nel nostro ordinamento, al giudice non è consentito.

¹ Per una diffusa illustrazione del contenuto di questi decreti v. Papa, *L'art. 19 Stat. nell'affaire Fiat tra dissensi giurisprudenziali e sospetti di incostituzionalità*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”. IT – 147/2012

² In precedenza la possibilità di una lettura alternativa era stata prospettata in dottrina da G. Ferraro, *Le relazioni industriali dopo Mirafiori*, in www.cgil.it/tematiche/giuridica, febbraio 2011; S. Scarponi, *Un'arancia meccanica: l'accordo separato alla Fiat-Mirafiori e le rappresentanze nei luoghi di lavoro. Quali prospettive?*, LD 2011, 307; M.D. Ferrara, *Condotta antisindacale e diritto a costituire rappresentanze aziendali. Il caso Fiat*, in LG 2012, 85.

³ “I Giudici delle leggi hanno costantemente ribadito, in merito ai rapporti intercorrenti tra la facoltà di sollevare questione di legittimità costituzionale ed i poteri interpretativi propri dei giudici comuni e della Corte costituzionale, la posizione espressa negli ultimi anni, in base alla quale, *di fronte a più possibili interpretazioni*, allorché su nessuna di esse si sia formato un diritto vivente, il giudice rimettente deve fare uso dei propri poteri interpretativi allo scopo di valutare, preventivamente, se esiste la possibilità di superare i dubbi di costituzionalità attraverso un'interpretazione adeguatrice della disposizione denunciata, che la renda conforme ai principi costituzionali” (corsivo mio), in Corte costituzionale, Servizio studi, *Relazione sulla Giurisprudenza della Corte costituzionale del 2009*, in occasione dell'incontro del Presidente Francesco Amirante con la stampa, 25 febbraio 2010, in www.corte costituzionale.it

⁴ Interessante il decreto del tribunale di Bari che cerca di teorizzare il contrario (“Non sussiste un senso immanente alla parola”). Che le parole – meglio, le frasi - acquistino significato compiuto nel contesto nel quale sono pronunciate è fuori discussione (v. Tarello, *Diritto, enunciati, usi* Il Mulino 1974), ma esse costituiscono comunque un punto di partenza dal quale non si può prescindere. In altri termini, non è data la possibilità di costruire il significato di una frase contraddicendo il significato delle parole la compongono. È fuori di dubbio che l'interprete – come si sostiene in quel decreto – non debba “fermarsi alla lettera ed alla grammatica della proposizione legislativa” e debba quindi svolgere “ogni indagine sul profilo teleologico e assiologico”, ma questo non legittima che dalla lettera e dalla grammatica si possa prescindere. Dovrebbe essere fuori discussione che il problema della interpretazione “nasce se e quando” le disposizioni del legislatore “hanno più di un senso, o perché sono ambigue, oppure sono vaghe” (G. U. Rescigno, *Comunicazione, comprensione, interpretazione di disposizioni normative*, DLRI, 2008, 612; sulla stessa linea Speciale, *La giurisprudenza del lavoro e il «diritto vivente» sulle regole interpretative*, ibidem, 647).

Quei giudici, peraltro, hanno compiuto l'operazione ritenendo di potere trarre legittimazione anche da alcune decisioni della Corte costituzionale (la n. 492/1995 e la n. 244/1996) nelle quali sarebbe immanente, a loro dire, il riconoscimento di questo diritto in capo ad un sindacato rappresentativo come la Fiom. Ma queste decisioni della Corte costituzionale vengono impropriamente utilizzate⁵ poiché si fa dire ad esse quello che non dicono. Ad esempio, il tribunale di Bari (20.4.2012) dalla seconda sentenza (la n. 244/1996) estrapola il dato della effettività, che la Corte utilizzava per circoscrivere il "criterio legale di selezione"⁶ previsto dalla norma (l'elemento della sottoscrizione del contratto applicato in azienda), conferendogli un carattere di autosufficienza per affermare - bellamente scavalcando il dato letterale - che quel che conta ai fini dell'applicazione dell'art. 19 è l'effettiva rappresentatività che può sussistere anche in mancanza della firma del contratto collettivo ("se il dato della effettività in concreto rappresenta il criterio di accesso dei diritti di cui al titolo III dello Statuto, detta effettività si manifesta anche nella partecipazione al tavolo delle trattative al fine della stipula del contratto, pur nelle ipotesi in cui una delle associazioni sindacali che siede al tavolo delle trattative ritenga di non sottoscrivere il contratto"); dalla prima sentenza (la n. 492/1995), invece, sembra estrarre l'esistenza di "un principio generale ... secondo cui le rsa presentano un nesso di dipendenza organica con le organizzazioni sindacali più rappresentative" laddove quella sentenza condivisibilmente si limitava ad affermare che se il legislatore vuole operare una selezione tra le organizzazioni sindacali, necessaria per consentire una migliore tutela dei lavoratori, debba operarla rispettando un principio di maggiore rappresentatività.

In breve: si deve dire che quelle decisioni meritano in pieno il caustico ed efficace commento che Vallebona ne ha fatto attraverso il titolo della sua nota a sentenza *Magia per le r.s.a. Fiom_Cgil: "firmatarie" significa "non firmatarie"*⁷.

Una valutazione critica meritano, a mio avviso, anche le decisioni che si sono limitate a rigettare i ricorsi, acriticamente considerando che il rifiuto opposto dalle aziende al riconoscimento della rappresentanza sindacale aziendale Fiom poteva ritenersi pienamente legittimato da una norma la cui validità non poteva essere messa in discussione perché già affermata dalla Corte costituzionale.⁸

⁵ Per analoghe considerazioni v. Persiani, *Ancora sul caso Fiat: eccessiva spericolatezza nel tentativo di soddisfare le aspettative sociali ovvero eccessiva prudenza nella fedeltà alla legge*, Giur.It. 2012, 1375.

⁶ "L'esigenza di oggettività del criterio legale di selezione comporta un'interpretazione rigorosa della fattispecie dell'art. 19, tale da far coincidere il criterio con la capacità del sindacato di imporsi al datore di lavoro, direttamente o attraverso la sua associazione, come controparte contrattuale. Non è perciò sufficiente la mera adesione formale a un contratto negoziato da altri sindacati, ma occorre una partecipazione attiva al processo di formazione del contratto".

⁷ In Mgl 2012, 339, nota a Tribunale Bologna 27.3.2012. In verità il titolo si lascia apprezzare più della nota, dal momento che in essa, con una certa esagerazione, l'a. – in condivisibile polemica con "il fenomeno già conosciuto come uso alternativo del diritto" - coglie l'occasione per affermare che si onora di appartenere ad una Scuola che sarebbe contraddistinta dalla "lealtà dell'interpretazione". Se la lealtà è questa, dubito che possa essere assunta come marchio esclusivo di una Scuola. Sembra piuttosto che egli assuma una concezione datata dell'attività dell'interprete visto come fedele "bouche de la lois".

Pur condividendo lo sforzo interpretativo fatto da queste decisioni ritengono non superabile l'elemento letterale del testo normativo M. Esposito e G. Natullo, *I limiti al dialogo tra ordinamento sindacale e ordinamento statale nel cono delle controversie FIOM vs. FIAT*, in DLM 2012, 147.

⁸ Persiani, op. cit., 1373 valuta negativamente anche questo orientamento perché rispetta "acriticamente" la precedente decisione della Corte costituzionale. G. Ricci, *La querelle tra Fiom e Fiat sul riconoscimento dei diritti sindacali e la parola alla Corte costituzionale*,

Quindi, va salutata come benvenuta l'ordinanza del tribunale di Modena del 4 giugno 2012⁹ che – di fronte ad una situazione di palese irragionevolezza manifestata dall' articolo 19 dello statuto dei lavoratori in una situazione molto particolare ed inedita (la esclusione del sindacato più rappresentativo dal diritto alla rsa) - ha sollevato la questione di costituzionalità di quell'articolo con un percorso argomentativo nella sostanza di tutto rispetto¹⁰.

Giustamente quel giudice - riconoscendo l'impossibilità di addivenire ad un'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione¹¹, e riconoscendo che l'antisindacalità potrebbe sussistere solo se essa fosse costituzionalmente illegittima - ha ritenuto di poter riprospettare la questione di costituzionalità di quell'articolo "alla luce dei mutamenti intercorsi nelle relazioni sindacali degli ultimi anni". Il punto centrale del ragionamento, condivisibile, è che la decisione della Corte costituzionale del 1996 aveva come presupposto l'unitarietà d'azione dei sindacati maggiormente rappresentativi e la unitaria sottoscrizione dei contratti collettivi, sicché ragionevolmente allora quella sottoscrizione poteva essere assunta a criterio misuratore della forza del sindacato e della sua rappresentatività. Invece, "nell'attuale condizione di rottura dell'unità sindacale il criterio selettivo ... imperniato sul dato formale della sottoscrizione del contratto applicato e sganciato da qualsiasi raccordo con la misura del consenso dei rappresentati, mostra tutti i suoi limiti in termini di irragionevolezza e miopia".

2. È vero che il problema può essere risolto solo dal legislatore e che la Corte costituzionale non può dire più nulla su di esso?

In dottrina si sono levate alcune voci che, pur convenendo sul carattere paradossale della situazione che si è venuta a creare (l'esclusione del più importante sindacato della categoria dalle posizioni attive di cui al titolo III dello statuto dei lavoratori), ritengono che essa non giustifichi un nuovo giudizio di costituzionalità poiché la Corte non avrebbe più nulla da dire, avendo compiuto con le sue decisioni sull'articolo 19 un percorso che le precluderebbe la possibilità di riconsiderare

FI 2012, I, 2536 giustamente rileva come i contrastanti filoni giurisprudenziali richiamano la medesima giurisprudenza costituzionale per scopi argomentativi diametralmente opposti.

⁹ Sulla sua scia anche l'ordinanza del tribunale di Vercelli del 25.9.2012 e quella del tribunale di Torino del 12.12.2012.

¹⁰ La questione è stata prospettata da molti in dottrina. Cfr. M. Persiani, *A proposito di Pomigliano: fedeltà alla legge e presupposte aspettative sociali*, Giur. It. 2011, 128; Ferraro, *Le relazioni industriali*, cit.; L. Mariucci, *Back to the future: il caso Fiat tra anticipazione del futuro e ritorno al passato*, LD 2011, 259; R. Del Punta, *Del gioco e delle sue regole. Note «sulla sentenza Fiat»*, Ridl 2011, II, 1433; V. Bavaro, *Rassegna giuridico-sindacale sulla vertenza Fiat e le relazioni industriali in Italia*, Dlri, 2011, 322; F. Liso, *Appunti su alcuni profili giuridici delle recenti vicende Fiat*, ibidem, 336; Natullo, *Le RSA ieri, oggi; e domani?*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT – 116, 2011, 18; M. Esposito e G. Natullo, op. cit.; E. Ghera, *Considerazioni giuridiche sul caso Pomigliano*, in *Liber amicorum. Spunti di diritto del lavoro in dialogo con Bruno Veneziani*, Bari 2012, p. 138; Rusciano, *Brevi note su rappresentanza e rappresentatività sindacale, oggi in crisi*, ibidem, p. 287; F. Carinci, *Il grande assente: l'Art. 19 dello Statuto*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT – 144/2012, M. Persiani, *Ancora sul caso Fiat*, cit., 1378; C. Tripodina, *Nell'era del neo-feudalesimo aziendale, è ancora costituzionalmente legittimo l'articolo 19 dello statuto dei lavoratori?*, Giur. it, 2012, 1463; L. Imarisio, *Rappresentanze sindacali e rappresentatività sindacale: un nodo irrisolto per un diritto costituzionale del lavoro che sappia ascoltare. E farsi ascoltare*, ibidem, 1476; U. Carabelli, *I profili di costituzionalità dell'art. 8 con riferimento all'efficacia erga omnes dei contratti collettivi da esso previsti*, in RGL 2012, II, 558 ss.

¹¹ "L'univocità della disposizione esclude che il giudice comune, attraverso gli strumenti interpretativi di cui dispone, possa forzare il dato letterale della norma, sino ad attribuirle un significato volto ad ancorare la rappresentatività – e dunque la selezione dei soggetti destinatari delle norme di protezione – a criteri diversi dalla partecipazione al processo di contrattazione collettiva, desumibile dalla sottoscrizione del contratto".

la questione. Giustificandola come espressione della fisiologica dimensione conflittuale implicita nella libertà sindacale, ritengono che la questione possa essere risolta solo dal legislatore¹².

Fermo restando che l'intervento del legislatore sarebbe in ogni caso auspicabile¹³, occorre chiedersi se sia proprio vero che la Corte costituzionale non abbia più nulla da dire.

Se la situazione è paradossale, è innegabile che la Corte costituzionale si porrà il problema di correggere l'irrazionalità di una disposizione che non preclude il verificarsi del paradosso. Si ha una visione riduttiva del suo ruolo se si ritiene che essa non possa avere nulla da dire in ragione delle decisioni assunte in precedenza (ammesso – e non concesso – che queste ultime debbano essere contraddette). La sua attività interpretativa, in misura maggiore rispetto a quella svolta degli altri giudici, non si limita a mere operazioni logico deduttive. Essa ha il compito di garantire il rispetto dei principi costituzionali in tutte le situazioni che si possono presentare nei processi evolutivi della società, i quali “non restano estranei ai modi in cui quei principi si inverano”¹⁴.

Orbene, non si può negare che dal 1996 ad oggi si è verificato un significativo mutamento di contesto che può ben giustificare una nuova decisione della Corte.

Con tutta evidenza le sue precedenti decisioni (30/1990; 244/1996) - dalle quali si vorrebbe desumere che non v'è spazio per riproporre la questione di costituzionalità - scontavano il clima di unità di azione delle organizzazioni sindacali più rappresentative che caratterizzava il sistema¹⁵. Per la Corte nel 1996 si trattava di giustificare la permanente validità del criterio selettivo contenuto nell'articolo 19, nonostante la modifica da esso subita in conseguenza del referendum.

¹² Tursi, *L'art. 19 dello Statuto, oggi*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2012, 439 ss.; e sulla sua scia Bollani, *L'articolo 19 dello Statuto dei lavoratori alla prova del caso Fiat: può la Corte costituzionale sostituirsi al legislatore?* (nota a Trib. Modena ordinanza 4 giugno 2012), *Ibidem*, 830 ss.

¹³ Esso peraltro dovrebbe godere di un sufficiente consenso, vista l'esigenza, da tutti avvertita, di un sistema di rapporti collettivi che abbia una efficienza regolativa superiore a quella ora consentita dalla forte anomia del sistema e visti i passi avanti compiuti dalle stesse parti sociali sul problema della rappresentanza.

¹⁴ V. Onida, *La costituzione*, Bologna 2007, 47. La modificazione del contesto può quindi ben giustificare un riesame. La stessa corte si è già dimostrata sensibile a questa prospettiva proprio in questa materia. Si veda la sentenza n. 30/1990, nella quale lanciò un monito al legislatore circa la necessità di un intervento correttivo: “Le ragioni che spinsero il legislatore del 1970 a scoraggiare la proliferazione di microorganizzazioni sindacali ed a favorire, secondo un'ottica solidaristica, la rappresentazione di interessi non confinati nell'ambito delle singole imprese o di gruppi ristretti sono tuttora in larga misura valide. La Corte è tuttavia ben consapevole che, anche a causa delle incisive trasformazioni verificatesi nel sistema produttivo, si è prodotta in anni recenti una forte divaricazione e diversificazione degli interessi, fonte di più accentuata conflittualità; e che anche in ragione di ciò - nonché delle complesse problematiche che il movimento sindacale si è perciò trovato a dover affrontare - è andata progressivamente attenuandosi l'idoneità del modello disegnato nell'art. 19 a rispecchiare l'effettività della rappresentatività.

Prendere atto di ciò non significa, però ritenere che l'idoneo correttivo al logoramento di quel modello consista nell'espansione, attraverso lo strumento negoziale, del potere di accreditamento della controparte imprenditoriale, che per quanto si è detto può non offrire garanzie di espressione della rappresentatività reale. Si tratta, invece, di dettare nuove regole idonee ad inverare, nella mutata situazione, i principi di libertà e di pluralismo sindacale additati dal primo comma dell'art. 39 Cost.; prevedendo, da un lato, strumenti di verifica dell'effettiva rappresentatività delle associazioni, ivi comprese quelle di cui all'art. 19 dello Statuto; dall'altro la possibilità che le misure di sostegno - pur senza obliterare le già evidenziate esigenze solidaristiche - siano attribuite anche ad associazioni estranee a quelle richiamate in tale norma, che attraverso una concreta, genuina ed incisiva azione sindacale pervengano a significativi livelli di reale consenso.

Non spetta a questa Corte individuare gli indici di rappresentatività, i modi di verifica del consenso, l'ambito in cui questa deve essere effettuata, i criteri di proporzionalità della rappresentanza e gli strumenti di salvaguardia degli obiettivi solidaristici ed equalitari propri del sindacato; ma essa non può mancare di segnalare che l'apprestamento di tali nuove regole - ispirate alla valorizzazione dell'effettivo consenso come metro di democrazia anche nell'ambito dei rapporti tra lavoratori e sindacato - è ormai necessario per garantire una più piena attuazione, in materia, dei principi costituzionali. “

¹⁵ Cfr. Carinci, cit.; Persiani, cit.

La prospettiva nella quale allora si poneva continuava ad essere quella inaugurata con la sentenza n. 30/1990, nella quale si accettava la lettura della Corte di Cassazione che affermava l'esistenza di un principio di ordine pubblico ostativo di pattuizioni attraverso le quali il datore di lavoro potesse accreditare nella funzione di rappresentanza in azienda organizzazioni che non avessero le caratteristiche di rappresentatività previste dalla legge. La Corte costituzionale evocava i "pregiudizi che alla libertà ed autonomia della dialettica sindacale, all'eguaglianza tra le varie organizzazioni ed all'autenticità del pluralismo sindacale possono derivare dal potere di accreditamento della controparte imprenditoriale". Rispetto a tali pericoli, aggiungeva la Corte, "l'accesso pattizio alle misure di sostegno non offre alcuna garanzia oggettivamente verificabile, in quanto è strutturalmente legato al solo potere di accreditamento dell'imprenditore. Il patto, infatti, non presuppone di per sé alcuna soglia minima di rappresentatività dell'organizzazione che ne sia beneficiaria".

In sostanza, è la prospettiva che si propone di salvaguardare l'effettività della funzione di rappresentanza in azienda svolta dalle rappresentanze selezionate dal legislatore, precludendo al datore di lavoro – come diceva quella sentenza - la possibilità "di influire sulla libera dialettica sindacale in azienda, favorendo quelle organizzazioni che perseguono una politica rivendicativa a lui meno sgradita".

È per questa ragione che la Corte – affermando la legittimità costituzionale del nuovo testo dell'articolo 19 prodotto dal referendum - ha sentito la necessità di puntualizzare che il dato della firma non poteva considerarsi autosufficiente, dovendo essere qualificato anche dall'essere espressione di un'effettiva capacità rappresentativa dell'organizzazione sindacale firmataria. Così recuperava l'idea che la rappresentatività dovesse comunque essere una qualità già posseduta dal soggetto firmatario. E per far capire che doveva mostrare i caratteri della rappresentatività propria dei soggetti che stipulano il ccnl, ha voluto specificare che il contratto applicato nell'unità produttiva non doveva essere un contratto qualsiasi, bensì "un contratto normativo che regoli in modo organico i rapporti di lavoro, almeno per un settore o un istituto importante della loro disciplina, anche in via integrativa, a livello aziendale, di un contratto nazionale o provinciale già applicato nella stessa unità produttiva"¹⁶.

In breve, quelle decisioni sono state assunte scontando che il problema fosse quello della difesa della funzione di rappresentanza in azienda svolta dalle organizzazioni maggiormente rappresentative rispetto ad eventuali incursioni provenienti – complice il datore di lavoro - da aree esterne e minoritarie rispetto ad esse. Il patto, diceva la Corte (nella sentenza n. 30/1990), "può avvantaggiare sindacati di scarsa consistenza e correlativamente alterare la parità di trattamento rispetto ad organizzazioni dotate di rappresentatività anche maggiore presenti in azienda".

Dopo il referendum, per la Corte si trattava semplicemente di sostenere che quelle organizzazioni ora dovevano essere individuate non più mediante il criterio della rappresentatività presunta

¹⁶ La critica all'utilizzo di questo criterio, se può essere fondata da un punto di vista strettamente tecnico giuridico (v. le critiche di Tursi), dovrebbe apparire fuor di luogo perché non tiene conto che esso era funzionale a far comprendere che la lettera b, nonostante l'eliminazione del riferimento al carattere nazionale o provinciale del contratto, doveva continuare a selezionare nella sostanza soggetti con le caratteristiche di quelli precedenti.

(contenuto nella lettera a), bensì attraverso quello della rappresentatività comprovata dall'applicazione del contratto collettivo (contenuto nella lettera b), elemento che – così come specificato dalla Corte – per esse era certamente fuori discussione, costituendo un dato di esperienza, mentre di certo non era posseduto dai soggetti minoritari che avevano provocato la questione di costituzionalità¹⁷. In altre parole, quelle decisioni avevano una razionalità perché funzionali a ribadire la legittimità della scelta selettiva operata dal legislatore a favore delle organizzazioni maggiormente rappresentative e a sfavore delle organizzazioni minoritarie.

3. La rottura dell'unità sindacale altera il dna dell'articolo 19 dello statuto dei lavoratori.

Se questo è il quadro, non si può sostenere che la rottura dell'unità sindacale, intervenuta successivamente, rappresenti un mero accidente, cioè un elemento irrilevante rispetto alle letture fatte dalla Corte e quindi non tale da giustificare il riesame della questione¹⁸.

La Corte si troverà a decidere da una prospettiva completamente diversa ed inedita. Dovrà dire se può essere ribadita la legittimità di una norma che – operando in un contesto differente, sia da quello in cui essa fu concepita, sia da quello in cui fu improvvidamente modificata – produce il paradossale risultato di negare il diritto alla rsa al sindacato più rappresentativo. Con l'ulteriore assurda conseguenza – alla quale si potrebbe giungere ove si volesse applicare il principio affermato dalla Corte, secondo cui l'accordo che consente l'accesso al diritto alla rsa deve essere normativo – che questo sindacato più rappresentativo neanche potrebbe esprimere il proprio potenziale conflittuale per acquisire per via pattizia il diritto ad avere una propria rappresentanza¹⁹.

È a tutti chiaro che nella vicenda Fiat il passaggio concordato dal sistema delle rsu a quello delle rsa ha avuto la finalità di escludere la Fiom da ogni forma di rappresentanza in azienda²⁰. Questa

¹⁷ Condivisibile l'osservazione di Carinci, *Il grande assente*, cit., il quale mette bene in evidenza come le decisioni della Corte Costituzionale sono state assunte avendo "in mente un sindacato autonomo, deciso ad assicurarsi a tutti i costi un suo primo ingresso ad un titolo III dello statuto che, invece, ad avviso dei giudici costituzionali, va preservato da un eccessivo affollamento". Le stesse considerazioni possono svolgersi con riferimento all'ordinanza (n. 345/1996) con la quale la Corte costituzionale rigettava la pretesa di soggetti minoritari volta a far riesaminare la questione con il nuovo argomento della violazione dell'art. 39 della Costituzione (il far dipendere il diritto alla rappresentanza dalla firma di contratti o accordi collettivi si tradurrebbe in un condizionamento dell'autonomia costituzionalmente garantita poiché non potrebbe "considerarsi libera una organizzazione sindacale che si trovi di fronte alla scelta tra la firma di un contratto ritenuto non rispondente agli interessi dei suoi aderenti, con il vantaggio di acquisire i diritti e le prerogative di cui al titolo III dello statuto dei lavoratori, e il rifiuto di firmare un siffatto contratto, rinunciando però a tali diritti"). La Corte lo dichiarò manifestamente infondato poiché l'effetto legale, esterno al contenuto del regolamento negoziale, collegato dall'art. 19 alla sottoscrizione di un contratto collettivo applicato nell'unità produttiva può "in qualche misura condizionare il sindacato, ma non viziandone la determinazione volitiva, bensì come fattore del calcolo costi-benefici che esso, come ogni contraente, deve compiere per valutare la convenienza di stipulare o no il contratto a quelle condizioni".

¹⁸ Rusciano, op. cit., giustamente ricorda che i guasti del referendum sull'articolo 19 sono stati occultati dalla compattezza che il sistema delle relazioni industriali aveva a quel tempo ("è stata la seria volontà di concertazione del Governo – sfociata nel protocollo Ciampi-Giugni del 1993 – ad offrire un solido sostegno al patto di unità d'azione sindacale ed a creare, così, un paracadute al sistema, tanto da tenerlo indenne da conseguenze gravi per più di un decennio" (286).

¹⁹ Lo rileva Leccese, *Non solo diritti sindacali: il problema di costituzionalità dell'articolo 19, legge n. 300/1970, e l'estromissione del sindacato "scomodo" dai tavoli negoziali previsti dalla legge*, in DRI, 2012, 827. La stessa considerazione è stata svolta da U. Carabelli, op. cit., 560.

²⁰ V. V. Bavaro, op. cit., 322 nonché F. Carinci, op. cit., 22 e V. Leccese, op. cit., 821 ss., i quali, con accenti critici, richiamano anche l'accordo (sottoscritto 1 primo febbraio 2012) che ha regolamentato la rappresentanza sindacale nel gruppo Fiat prevedendo che ciascuna delle organizzazioni firmatarie possa nominare rsa in proporzione al numero dei voti conseguiti in elezioni alle quali solo esse sono abilitate a presentare liste di propri candidati. Carinci ritiene che questa scelta sia discutibile non solo dal punto di vista politico, ma anche da quello giuridico, giungendo ad ipotizzare l'antisindacalità di un rifiuto che l'azienda dovesse opporre alla presentazione

finalità le parti hanno voluto perfino esplicitarla nella clausola del contratto collettivo in cui si è puntualizzato quanto già chiaramente previsto dall'articolo 19, e cioè che il diritto a costituire le rsa veniva riservato ai sindacati firmatari²¹. Pare di trovarsi di fronte ad una situazione molto somigliante a quella evocata dalla decisione della Corte costituzionale (la n. 30/1990) in cui il potere di accreditamento veniva messo fuori gioco perché, "pur al di fuori dell'ipotesi di sostegno al sindacato "di comodo" (art. 17), sarebbe" altrimenti "consentito all'imprenditore di influire sulla libera dialettica sindacale in azienda, favorendo quelle organizzazioni che perseguono una politica rivendicativa a lui meno sgradita".

Ovviamente sarebbe azzardato riferire queste espressioni alla vicenda Fiat, perché non può essere messa in discussione minimamente la forza rappresentativa di Fim e Uilm, così come non può negarsi che quella situazione di esclusione del sindacato più rappresentativo dalla funzione di rappresentanza in azienda costituisce un portato del conflitto tra le stesse maggiori organizzazioni sindacali e quindi si è venuta a creare in virtù del libero esplicarsi proprio di quella dialettica, che ha condotto ad un contratto separato²².

Ciò non toglie, tuttavia, che un problema si ponga. Infatti, si deve riconoscere che l'articolo 19, nel nuovo scenario competitivo, di rottura dell'unità sindacale, si presta a produrre un sostanziale mutamento di paradigma di un tassello importante del sistema regolativo delle relazioni sindacali, sistema peraltro tuttora caratterizzato da un forte grado di anomia.

di una lista non patrocinata da alcuna delle oo.ss. firmatarie, ma presentata da una organizzazione la cui rappresentatività risulti dal numero delle firme di accompagnamento. "Se è vero che la consultazione elettorale riguarda le oo.ss. firmatarie; è anche vero che l'art. 1, sulla costituzione delle rsa, fa corpo con l'6, richiamato dalla contestuale nota a verbale; e che di fatto è la Fiat a lucrare per prima dall'esistenza di una rsa-rsa a consultazione elettorale riservata" (p. 23). Si tratta di un'ipotesi inverosimile, poiché non si può dubitare della liceità dell'accordo con il quale le organizzazioni sindacali firmatarie hanno disciplinato la propria rappresentanza; peraltro lo stesso autore la ritiene un'ipotesi opinabile.

²¹ Art. 1 del contratto Fiat di primo livello "Rappresentanza sindacali aziendali possono essere costituite, ai sensi dell'art. 19, St. lav., dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori firmatarie del presente contratto collettivo".

²² Evidentemente non è di questa opinione il Tribunale di Torino 14.9.2011, che ha ritenuto di poter considerare antisindacale direttamente la *conventio ad excludendum* realizzata con l'accordo, in questo modo obliterando la rilevanza che ha la dimensione del conflitto implicita nella garanzia della libertà sindacale. Le vicende sotto i nostri occhi ci dicono che il conflitto può esprimersi non solo sul versante dei rapporti tra il potere datoriale ed il potere dei sindacati dei lavoratori, ma anche sul versante dei rapporti tra le stesse organizzazioni di rappresentanza. Questo conflitto va comunque rispettato quando si esprima nel rispetto dei limiti esterni posti dalla legge e lo stesso deve dirsi per le conseguenze che esso produce sul piano negoziale. Se è la legge a prevedere che la Fiom non possa vantare il diritto alla rappresentanza sindacale in quanto non è firmataria del contratto, è arduo qualificare come antisindacale il comportamento che l'azienda avrebbe tenuto liberamente sottoscrivendo un accordo con le altre organizzazioni ed ancor più arduo attribuire con decreto il diritto che la legge nega. In questo modo viene avventurosamente del tutto offuscata la distinzione, che invece dovrebbe essere ben chiara, tra comportamenti antagonisti e comportamenti antisindacali (Giugni, 2010, 119).

La decisione è stata giustamente criticata da Ghera, cit., Carinci, cit., Del Punta, cit. Tursi, *Contratti collettivi "separati", rappresentanza sindacale in azienda e condotta antisindacale: il "caso Fiat di Pomigliano*, DRI 2012, 164. È stata duramente criticata anche da Persiani, *A proposito*, cit. 126, 127 il quale ha giustamente rilevato che Fim e Uilm hanno esercitato "quella libertà di concorrenza che è consentita dall'ordinamento intersindacale" e che "il giudice torinese ha finito per violare la legge quando ha preteso di sindacare su quale sarebbe stata l'«apprezzabile ragione» per cui i sindacati stipulanti avrebbero scelto di abbandonare il sistema delle rappresentanze sindacali unitarie ancorché «riconosciute come decisamente più democratiche rispetto al sistema delle rsa». Così argomentando, infatti, il giudice torinese ha finito per violare la legge quando ha preteso di sindacare la ragionevolezza del modo in cui il datore di lavoro, non aderendo a Confindustria, aveva esercitato la sua libertà sindacale, sia la ragionevolezza della mancata previsione nei contratti collettivi "zoppi" delle rappresentanze sindacali unitarie...il controllo di ragionevolezza, infatti, non può avere ad oggetto scelte e comportamenti in materia sindacale perché quel controllo non è consentito dal principio di libertà sancito dal comma 1 dell'art. 39 cost.. Ma anche a voler prescindere dalle pure determinanti considerazioni fin qui svolte, resta che la condotta antisindacale può essere repressa soltanto, e nei limiti, in cui è posta in essere dal datore di lavoro".

Dovrebbe essere chiaro che, nel momento in cui si presta a legittimare l'esclusione del sindacato che ha il maggiore seguito tra i lavoratori, l'articolo 19 rivela una profonda alterazione del proprio dna. Quella norma era stata concepita per potenziare la libertà sindacale di tutte le organizzazioni maggiormente rappresentative, cioè di tutte le organizzazioni che fossero in grado di vantare un rilevante rapporto con l'insieme dei lavoratori, garantendo ad esse una presenza in azienda suscettibile di influenzare i modi di gestione del potere aziendale. Orbene, il caso Fiat ci mette dinanzi a qualcosa di completamente nuovo.

L'articolo 19 - evolvendo in una direzione decisamente contraria alla sua *ratio* e alle finalità di politica legislativa che portarono alla sua formulazione²³ - si presta innaturalmente a svolgere una funzione escludente: quella della creazione di un monopolio della rappresentanza in azienda.

In questo modo il sistema di rappresentanza in azienda subisce una radicale metamorfosi: viene a trovarsi sganciato dal collegamento che esso dovrebbe naturalmente avere con l'insieme dei lavoratori, per essere esclusivamente agganciato al rapporto che una parte di essi sceglie di avere con la controparte datoriale. E non v'è dubbio che, in ragione dell'accordo separato, se viene esaltata la libertà sindacale delle parti firmatarie, nel contempo viene compressa quella dell'organizzazione non firmataria, pur parimenti rappresentativa.²⁴

4. Perché l'articolo 19 dovrebbe essere considerato incostituzionale.

A questo punto si pone allora l'interrogativo se possa ritenersi giustificata la disparità di trattamento che verrebbe a crearsi tra organizzazioni egualmente rappresentative – per giunta a svantaggio di quella comparativamente più rappresentativa – esclusivamente in ragione del fatto della stipula di un accordo separato.

Che il conflitto intersindacale costituisca un dato immanente ad un sistema pluralistico improntato alla libertà sindacale non è in discussione; esso può legittimamente esprimersi sul piano dell'attività negoziale e dare quindi luogo anche al fenomeno dei contratti separati. È in discussione, invece, se sia costituzionalmente legittimo che il piano dell'attività negoziale stampi la sua impronta anche sul sistema di rappresentanza in azienda²⁵, per giunta tagliando fuori il sindacato

²³ Non è il caso di ricordare che lo statuto era stato concepito come legge di sostegno all'unità sindacale. Questa sua vocazione era chiaramente esplicitata nell'articolo 21, in cui si prevedeva che il referendum dovesse essere indetto unitariamente, nonché nell'articolo 29, in cui si cercava di agevolare un processo di fusione delle rappresentanze sindacali aziendali.

²⁴ Che la politica di sostegno nei confronti delle organizzazioni sindacali non sia munita di "necessarietà costituzionale" non è argomento utilizzabile per negare la rilevanza del problema da quella prospettiva, come invece ritiene Bollani, cit. 834.

²⁵ La distinzione è ben rilevata da Del Punta 1432: "...il problema della rappresentanza è diverso, qualitativamente, da quello della contrattazione. Mentre quest'ultima, infatti, concerne il possibile articolarsi di un gioco che è improntato al principio di libertà, la rappresentanza attiene, tra le altre cose, al piano della stessa predisposizione delle regole, a maggior ragione in considerazione delle tendenze ormai debordanti alla valorizzazione della contrattazione di livello aziendale, i cui agenti di base (anche se non esclusivi) sono appunto gli organismi rappresentativi esistenti a tale livello). Se dunque la contrattazione "separata" rientra nella possibile logica del sistema, il fatto che essa possa ripercuotersi, a catena, in una negazione dei diritti di rappresentanza, pare arrecare a quel sistema un *vulnus* sostanziale sotto il profilo degli equilibri democratici, sulla premessa che il diritto di rappresentanza in azienda può essere ritenuto, nell'evoluzione ormai consolidata dell'ordinamento dalla Statuto dei lavoratori in poi, un *diritto sindacale fondamentale* dei lavoratori".

maggiormente rappresentativo da tutte quelle posizioni attive che la legislazione successiva ha attribuito a quel sistema²⁶.

Questa disparità difficilmente può essere giustificata alla luce della Carta costituzionale la quale, se una differenza di posizione contempla tra le diverse organizzazioni sindacali, la fonda sull'elemento della consistenza associativa.

Peraltro la Corte ha già detto con chiarezza che la legge deve assicurare una parità di trattamento tra le varie organizzazioni e che una loro differenziazione può essere giustificata, quando funzionale ad una più efficace tutela dei lavoratori, unicamente sulla base del criterio della maggiore rappresentatività²⁷. Questo si giustifica perché stiamo nel campo di un diritto – quello all'autotutela che la società democratica riconosce ai lavoratori - che per sua natura è strutturato con riferimento ai soggetti il cui interesse è volto a promuovere e non con riferimento alla loro controparte.

Conclusivamente, come può considerarsi razionale un sistema che, in contraddizione con il principio pluralistico inerente alla libertà sindacale, sostiene solo organizzazioni rappresentative che possano vantare la qualità di soggetti firmatari (qualità che comunque si acquisisce con il necessario concorso della controparte datoriale), e sfavorisce, invece, organizzazioni - parimenti rappresentative - che nell'esercizio della propria libertà abbiano mantenuto il dissenso rispetto all'accordo?

A ben vedere, poi, unitamente alla lesione del principio di eguaglianza, vi sarebbe anche la lesione del principio della libertà sindacale²⁸. Non si può negare, infatti, che un sistema che privilegi nello svolgimento della loro funzione di autotutela determinati soggetti a scapito di altri, non in funzione della loro consistenza organizzativa (e quindi della capacità di rappresentare le istanze di larga parte del mondo del lavoro), bensì in ragione del modo in cui essi esercitano la propria

²⁶ Evidenzia particolarmente questo profilo Leccese, *op. cit.*, 824, il quale rileva come l'art. 8 del d.l. 138/2011 "finisce per acuire i ...profili di criticità dell'art. 19 L. n. 300/1970, sino a fornire un ulteriore argomento a sostegno della sua incostituzionalità, nella misura in cui la previsione statutaria finisce per subordinare alla sottoscrizione di un accordo applicato nella unità produttiva non solo il godimento dei diritti sindacali, ma anche la titolarità dei poteri derogatori, con efficacia generale".

²⁷ Nella sentenza 492/1995, si fissava il principio che "qualora una legge preveda il concorso delle associazioni sindacali, essa deve operare cercando di assicurare possibilmente a tutte le organizzazioni il pari trattamento; e, se una selezione si renda necessaria, il criterio è quello della "maggiore rappresentatività", da accertarsi non una volta per tutte, ma in modo da consentire una periodica verifica, tenuto conto del suo mutevole grado di effettività. Fra gli indici di rappresentatività il dato quantitativo, costituito dalla misura di adesione formale al sindacato, ha una grande rilevanza, ma non possono essere trascurati altri indici come quello della maggiore attitudine ad esprimere gli interessi dei lavoratori, specie in relazione all'attività svolta per la composizione dei conflitti". La sentenza aggiungeva che "i predetti elementi, e in particolare quello quantitativo, appaiono chiaramente giustificati in ordine alla scelta di rappresentanti dei lavoratori in organi collegiali o in diverse attività di natura sindacale" e che la "maggiore rappresentatività risponde ad un criterio di meritevolezza e alla ragionevole esigenza, da una parte, di far convergere condizioni più favorevoli o mezzi di sostegno operativo verso quelle organizzazioni che sono maggiormente in grado di tutelare gli interessi dei lavoratori, e dall'altra, di evitare che l'eccessiva estensione dei beneficiari possa vanificare gli scopi promozionali che si intendono perseguire".

²⁸ Rusciano, *cit.*, 288; Leccese, *op. cit.*, 828. Rusciano evidenzia un altro profilo di illegittimità dell'articolo 19 nel fatto che esso, oltendendo il riferimento al carattere nazionale del contratto collettivo – carattere contemplato invece dall'art. 39, quarto comma, Cost. (la cui mancata attuazione non toglie valore al principio in esso contenuto, secondo il quale quel contratto è deputato a fissare i minimi di trattamento dei lavoratori appartenenti alla medesima categoria, in funzione della realizzazione dell'eguaglianza tra i lavoratori e, nel contempo, di argine al *dumping sociale*) – e consentendo al datore di lavoro di *by-passare* quel contratto ove egli decida di stipulare unicamente un contratto aziendale, finisce per attribuirgli un potere di elusione delle norme di sostegno dell'organizzazione sindacale, poiché egli può imporre "condizioni che, ad esempio, *non possono* essere accettate da una determinata rappresentanza sindacale" (287-288).

libertà, configura una forma ingiustificata di interferenza del potere pubblico che dovrebbe essere preclusa dalla garanzia della libertà sindacale²⁹. Da questa prospettiva quello che viene in evidenza, non è il profilo dell'incidenza negativa che un siffatto sistema può avere sulla determinazione volitiva dell'organizzazione sindacale³⁰ bensì direttamente quello, ben più rilevante, dell'indebolimento della sua posizione nel sistema dei rapporti collettivi.

In conclusione, se la razionalità del criterio della sottoscrizione dell'accordo applicato in azienda poteva non essere messa in discussione in un contesto nel quale esso era pur sempre recuperabile ad una funzione che è essenziale all'articolo 19, quella della selezione dei soggetti in funzione della loro rappresentatività, pare difficile non metterla in discussione quando svolga la funzione di escludere un soggetto maggiormente rappresentativo.

È da ritenere improbabile che la Corte dia il suo avallo ad un sistema nel quale per il sindacato la possibilità di essere presente in azienda con le prerogative del titolo III dello Statuto (quindi la possibilità di svolgere le funzioni di contropotere alle quali è stato chiamato dal legislatore) venga a dipendere non dal rapporto che esso ha con i lavoratori bensì dal rapporto che ha con l'azienda.

Ma come si muoverà la Corte? Non è comoda la sua posizione.

Infatti la soluzione più lineare dovrebbe essere quella di una sentenza demolitoria di tutta la lettera b dell'articolo 19³¹. Ma questa soluzione, di carattere traumatico, presenta l'inconveniente di conferire alla disciplina della rsa proprio l'assetto che il referendum del 1995 aveva bocciato.

La Corte potrebbe anche rigettare il ricorso e bilanciare questa decisione, tuttavia, con un nuovo ammonimento al legislatore sulla necessità dell'apprestamento di nuove regole. L'ammonimento avrebbe senza dubbio una forza decisamente maggiore di quello precedente, in ragione della situazione di rottura dell'unità sindacale, nonché delle forti turbolenze dell'attuale contesto che hanno messo a nudo tutti i limiti del carattere anomico del sistema regolativo dei rapporti collettivi. Ma non si può negare che questa soluzione, di sapore pilatesco, non fornirebbe quelle certezze delle quali abbiamo bisogno; la giurisprudenza continuerebbe ad oscillare.

Si potrebbe ipotizzare una sentenza interpretativa che vada nel senso auspicato dai giudici rimettenti? Questa sarebbe una strada più problematica, anche se la capacità di invenzione non le manca. Penso, ad esempio, alla sentenza n. 269/2002. Con questa decisione (peraltro interpretativa di rigetto) si affermò, in contrasto con la lettera della legge (nella quale si escludeva dal diritto al trattamento di disoccupazione il lavoratore dimissionario), che quel diritto dovesse essere riconosciuto nelle "ipotesi in cui le dimissioni non siano riconducibili alla libera scelta del lavoratore, in quanto indotte da comportamenti altrui idonei ad integrare la condizione della improseguibilità del rapporto". In quel caso, tuttavia, la strada della sentenza interpretativa era praticabile perché

²⁹ Giustamente Rusciano, cit., 288, dice che "una situazione del genere comprime, in maniera intollerabile la libertà sindacale: tanto dei singoli, quanto della rappresentanza collettiva".

³⁰ È l'argomento utilizzato da molti Tribunali - e già ritenuto inconsistente da Corte cost. n. 345/1996 -, secondo il quale sarebbe lesivo della libertà sindacale un sistema che subordinasse alla firma dell'accordo i diritti contemplati dal titolo III dello statuto dei lavoratori in ragione del condizionamento che ne discenderebbe nello svolgimento dell'attività negoziale. Particolarmente critici nei confronti di questo argomento Tursi e Bollani.

³¹ In fin dei conti, questa è una prospettiva che essa aveva considerato praticabile quando aveva giudicato ammissibili entrambi i quesiti referendari. Bisogna riconoscere, peraltro, che sarebbe il modo più concreto ed efficace per costringere il legislatore ad intervenire con urgenza.

si trattava solo di espungere dal dato normativo una delle sue possibili applicazioni (:tra le dimissioni che il legislatore ha previsto come fattispecie escludente dal diritto al trattamento di disoccupazione non vanno ricomprese le dimissioni date per giusta causa); in altri termini si sapeva che, a seguito dell'operazione interpretativa di riduzione dell'area dell'esclusione, il diritto al trattamento di disoccupazione sarebbe tornato a riespandersi. Nel nostro caso, invece, questa strada sembrerebbe meno agevolmente percorribile. È proprio la norma oggetto dell'interpretazione a fondare il diritto ed essa dice che questo diritto non può sussistere in mancanza della firma dell'accordo applicato nell'unità produttiva. Orbene, per via interpretativa il dato della firma potrebbe essere ulteriormente specificato rispetto alla sentenza n. 244/1996 (ad esempio, affermando che debba trattarsi di un contratto che abbia ricevuto l'approvazione della maggioranza dei lavoratori ai quali trova applicazione), mentre difficilmente potrebbe essere obliterato, come richiesto dall'esigenza di riconoscere, al sindacato più rappresentativo, il diritto ad avere una propria rsa (la maggiore rappresentatività di quel sindacato indubbiamente rimane - per il largo seguito associativo che può vantare - anche nel caso in cui sia stato approvato a maggioranza il contratto sulla cui sottoscrizione esso abbia manifestato dissenso).

Diritti dei lavoratori: *strumentalità* del processo *versus*
declino della tutela giurisdizionale effettiva
(a quarant'anni dalla *fondazione* del nuovo processo del lavoro)*

Michele De Luca

1. Notazioni preliminari minime: tra <i>storia interna</i> del processo del lavoro e <i>storia personale</i> del narratore.	14
2. <i>Strumentalità</i> del processo: definizione, garanzie e funzionalizzazione, quale parametro di <i>efficienza</i> del processo del lavoro, anche in prospettiva diacronica.	14
3. Crisi della <i>strumentalità</i> del processo: regole processuali, misure ordinamentali ed organizzative al tempo della <i>fondazione</i> del nuovo processo del lavoro, nel periodo successivo ed in prospettiva.	17
4. Opzioni ermeneutiche versus <i>strumentalità</i> del processo: <i>overruling processuale</i> .	21
5. Segue: eccessi di <i>formalismo</i> .	29
6. Note conclusive: per un <i>diritto processuale minimo</i> .	32

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 167/2013

1. Notazioni preliminari minime: tra *storia interna* del processo del lavoro e *storia personale* del narratore.

Ogni legge è figlia della propria *storia interna* e ne porta i segni.

Non fa eccezione la legge istitutiva del *nuovo* processo del lavoro (legge n. 533 del 1973).

Risente, infatti, dello stato dei rapporti di forza tra i portatori degli interessi in contrasto: palesemente *pro labour*, negli anni '70, di segno diverso – se non, addirittura, contrario – successivamente, in particolare nella *stagione della flessibilità* e, da ultimo, al *tempo delle larghe intese*³².

Di rilievo decisamente minore – ma non priva, tuttavia, di qualsiasi significato – pare la *storia personale* parallela del *narratore*: *giudice del lavoro* di primo grado, sin dalla istituzione del ruolo (con la stessa legge n. 533 del 1973), *saltato* – nel decennio successivo – alla sezione lavoro della Corte di cassazione e pervenuto, da alcuni anni, al *vertice* – processuale, beninteso, e non gerarchico – della giustizia del lavoro, senza peraltro trascurare le materie del lavoro e della sicurezza sociale durante la breve esperienza parlamentare, come Senatore della repubblica (nella XII e XIII legislatura).³³

Il coinvolgimento personale del *narratore*, che ne risulta, comporta – per così dire – la configurazione della sua *narrazione* come *testimonianza de visu* e talora, addirittura, come *confessione de veritate*.

Né possono esserne trascurate le implicazioni.

2. *Strumentalità* del processo: definizione, garanzie e funzionalizzazione, quale parametro di *efficienza* del processo del lavoro, anche in prospettiva diacronica.

In principio è la *strumentalità* del processo.

Risulta, invero, lucidamente definita – “*come principio così generale, che non ha d'uopo d'esser formulato in alcun luogo*” – da Giuseppe Chiovenda³⁴, secondo cui “*il processo deve dare, per quanto è possibile praticamente, a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire*”.

³²Vedi, per tutti, A. PROTO PISANI, *I processi a cognizione piena in Italia dal 1940 al 2012*, capitolo 4, in Foro it. 2012, V, 321 ss., spec. 326.

Sul *nuovo* processo del lavoro, vedi, per tutti, D. DALFINO (a cura di), *La nuova giustizia del lavoro*, Bari, Cacucci, 2011, *passim*, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

Vedi, altresì, M. DE LUCA, Diritti dei lavoratori: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie, Foro it., 2011, V, 216; ID., Nuovo assetto del sistema di contrattazione collettiva: contesto, profili problematici, prospettive del contratto di prossimità, relazione conclusiva al Convegno nazionale su Il diritto del lavoro anno zero? La contrattazione collettiva dopo l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e le novità della manovra finanziaria, organizzato dall'AGI – Avvocati giuslavoristi italiani (Napoli 28-29 ottobre 2011), in Atti del convegno, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2012, 143 ss. ID., Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario, in corso di pubblicazione su Riv. It. Dir. lavoro, n. 1/2013.

³³Presentatore di numerosi disegni di legge nelle stesse materie – come primo firmatario – capogruppo presso la Commissione lavoro del Senato, Presidente della Commissione bicamerale per la previdenza ed estensore di relazioni al Parlamento – in tema di sicurezza sociale – raccolte in un compendio (pubblicato dallo stesso parlamento) ed ospitate, in larga parte, su riviste giuridiche autorevoli (quale il Foro italiano): vedi *scheda dell'attività parlamentare* del Sen. Michele De Luca nella XII e XIII legislatura, www.senato.it.

³⁴Vedi G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, ristampa anastatica, II edizione, Napoli, Jovene, 1960, I, 39; ID. *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, in Rivista di diritto commerciale del 1911.

Lungi dal restare principio implicito (“*che non ha d’uopo d’esser formulato in alcun luogo*”) – come prospettato dal Chiovenda – la *strumentalità* del processo risulta coperta, nel nostro ordinamento, dalla garanzia, che – al diritto di azione e difesa – viene assicurata dal patrimonio costituzionale comune³⁵: la nostra costituzione (articolo 24, primo comma) si coniuga, in tale prospettiva, con la carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (articolo 47, primo comma).³⁶

2.1. È ben vero che la *garanzia costituzionale* del diritto di azione e difesa non si estende al *diritto sostanziale*, che ne sia fatto valere³⁷.

Resta, tuttavia, l’autonoma *garanzia*, che – al medesimo diritto – risulti assicurata, parimenti a livello costituzionale.

È proprio questo il caso dei diritti dei lavoratori, che, nel nostro ordinamento, risultano – in larga parte – garantiti dal *patrimonio costituzionale comune*.³⁸

Coerentemente, la *strumentalità* risulta, all’evidenza, funzionale – nel processo del lavoro – alla tutela giurisdizionale *effettiva* di diritti sostanziali dei lavoratori, parimenti garantiti dal *patrimonio costituzionale comune*.³⁹

³⁵ Si tratta del *patrimonio costituzionale comune* – per dirla con l’espressione usata dalla nostra Corte costituzionale nelle sentenze n.104 del 2006 (Foro it. 2006, I, 1267) e n. 182 del 2008 (ID., 2009, I, 2010) – che è “*desumibile dagli obblighi internazionali, dall’ordinamento comunitario e dalla legislazione nazionale*” –.

In dottrina, vedi M. DE LUCA, *Diritti dei lavoratori: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, Foro it., 2011, V, 216, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori. Adde: E.DI STEFANO, *Verso un patrimonio costituzionale comune. Riflessioni a margine della sentenza n.102 del 2008*, in *consulta on line*.

³⁶ Vedi, da ultimo, A. PROTO PISANI, *introduzione sulla atipicità dell’azione e la strumentalità del processo*, in Foro it. 2012, V, 1 ss.

³⁷ *Sulla non estensione della garanzia costituzionale (art. 24 cost.) – del diritto di azione e del diritto di difesa – al diritto sostanziale, che ne sia fatto valere*, V., per tutte: Corte cost. 5 dicembre 2008, n. 401, spec. § 3.3.; 28 marzo 2003, n. 101 (Giur. cost., 2003, 815); 3 giugno 1999, n. 206 (Foro it., 1999, I, 2149); 23 dicembre 1998, n. 420 (Foro it., 1999, I, 3135, con nota di S. LIEBMAN, in Resp. Civ., 1999, 643); 24 luglio 1998, n. 327 (Giust. Civ., 1998, I, 3012); 22 luglio 1996, n. 293 (Foro it., 1996, I, 2963, con nota di DE MARZO; annotata da PONZANELLI, in Danno e resp., 1996, 769).

³⁸ Vedi riferimenti a nota 2.

³⁹ La garanzia del *diritto al lavoro* – nella nostra costituzione (art. 4) e nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (art. 15) – si coniuga, in tale prospettiva, con la tutela del lavoro, *in tutte le sue forme*, e con la *tutela differenziata* del lavoro subordinato.

La *tutela differenziata* si articola, poi, in una pluralità di diritti, che parimenti risultano garantiti – oltre che dalla costituzione (articoli 1, 2, 3 cpv., 4, 34, 35, 36 e 38 cost.) – da fonti degli ordinamenti sopranazionali (eurounitario ed internazionale): norme di trattati e direttive in materie sociali e, segnatamente, di lavoro (quali: *parità di trattamento* e *divieto di discriminazioni* tra lavoratori – per ragioni di sesso e per altre ragioni – *garanzia per i lavoratori in caso di trasferimento d’azienda* e di *insolvenza del datore di lavoro* e *sicurezza sociale*) si coniugano, infatti, con le rispettive Carte (Carta sociale europea del Consiglio d’Europa, adottata a Strasburgo il 3 maggio 1996, e *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, cit.).

Peraltro la *economia sociale di mercato* (di cui all’articolo 41 cost.) si coniuga con la “*economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale*” (di cui all’articolo 3, comma 3, TUE).

Concorrono, poi, i principi (quali, ad esempio, il principio di *effettività* e quello di *indisponibilità del tipo contrattuale di lavoro subordinato*) enunciati dalla giurisprudenza eurounitaria, che ha gli stessi effetti delle fonti, da essa interpretate: vedi M. DE LUCA, *Diritti dei lavoratori: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, Foro it., 2011, V, 216, cit.

Né può essere trascurato che le norme di ordinamenti sopranazionali possono essere, di regola, derogate – soltanto *in melius*, a favore dei lavoratori – da norme degli ordinamenti nazionali.

2.2. Né possono essere trascurate, in tale prospettiva, le potenzialità della giurisdizione e della giurisprudenza.

Invero *“l’adeguamento del diritto al mutamento della realtà non può essere rimesso solo ad uno strumento rigido, quale la legge; richiede anche uno strumento flessibile, quale è la giurisprudenza, idoneo ad evolversi giorno per giorno in sintonia con l’evoluzione della realtà”*.⁴⁰

E la *strumentalità* del processo del lavoro, all’evidenza, non può prescindere – in funzione, appunto, della tutela giurisdizionale *effettiva* di diritti dei lavoratori – dal prospettato *“adeguamento del diritto al mutamento della realtà”*.

2.3. Coerentemente, la *strumentalità* costituisce obiettivo e, nel contempo, parametro di *efficienza* – per il processo del lavoro – (anche) in prospettiva diacronica.

Né può essere, a tal fine, trascurato che *“non vi è modello di processo tanto buono da non fallire nella pratica, se non è sorretto da adeguate misure ordinamentali e organizzative”*.⁴¹

2.4. Con le regole processuali, le misure ordinamentali ed organizzative concorrono – allo stesso fine – quelle *opzioni ermeneutiche*, che – nella interpretazione, *a fini applicativi*⁴², di regole processuali – possono risultare di ostacolo alla *strumentalità* del processo e, con essa, alla *tutela giurisdizionale* effettiva di diritti (anche) dei lavoratori.

La pratica dell’*overruling processuale*⁴³ si coniuga, in tale prospettiva, con palesi eccessi di *formalismo*.⁴⁴

⁴⁰ Vedi SABINO CASSESE, *Il mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo*, Bologna, Il Mulino, 2008, 17 ss.

⁴¹ Così, testualmente, A. PROTO PISANI, *I processi a cognizione piena in Italia dal 1940 al 2012*, cit.

⁴² Vedi P. FEMIA (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane (ESI), 2006, *passim*, in AA. VV., *Cinquanta anni della Corte costituzionale della Repubblica italiana*, volume VII.

⁴³ Vedi M. DE LUCA, *Overruling processuale versus strumentalità del processo civile*, relazione al PRIMO RAPPORTO SULLA GIUSTIZIA CIVILE IN ITALIA – “Il giusto processo civile: alla ricerca della ragionevole durata e della ragionevole qualità”, organizzato dalla Unione nazionale delle camere civili e dal Centro studi dell’avvocatura civile, in collaborazione con il Consiglio nazionale forense (Roma, Corte di cassazione – Aula magna, 2 – 3 marzo 2012), in Atti del convegno, Roma, 2012, 213 ss., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

Adde: Corte cost. n. del 2012, che ritiene di non poter dichiarare la *inammissibilità* – rilevata contestualmente – in base al rilievo che *“si deve (...) tener conto, nel caso di specie, della lunga prassi di questa Corte, la quale in numerose pronunce (....) non ha rilevato l’inammissibilità del ricorso sotto questo (stesso) profilo (e) siffatta prassi ha determinato, anche per l’obiettivo incertezza interpretativa delle norme processuali in materia, un errore scusabile tale da ingenerare (....) l’affidamento circa la non perentorietà del suddetto termine di deposito”*.

In dottrina, vedi: A. RUGGERI, *Una inammissibilità accertatama non dichiarata, ovvero l’errore processuale scusabile della parte, in quanto indotto dallo stesso giudice (a prima lettura di Corte cost. n. 142 del 2012)*, nella Rubrica Studi e commenti, sezione studi, di *consulta on line*, 2012; G. SORRENTI, *La tutela dell’affidamento leso da un overruling processuale corre sul filo della distinzione tra natura creativa e natura dichiarativa della giurisprudenza*, in Rivista telematica giuridica dell’Associazione italiana dei costituzionalisti (AIC), n. 1/2012, del 31 gennaio 2012.

⁴⁴ Vedi, da ultimo, M. DE LUCA, *Procedimento specifico per i licenziamenti nella recente riforma del mercato del lavoro (legge n. 92 del 2012): note minime*, in Foro it., 2012, V, 145, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

3. Crisi della *strumentalità* del processo: regole processuali, misure ordinamentali ed organizzative al tempo della *fondazione* del nuovo processo del lavoro, nel periodo successivo ed in prospettiva.

Ispirato agli ideali chiovendiani di *concentrazione immediatezza e oralità* – negletti dal codice di rito del 1940-1942 (ed, ancor più, dalla *novella* del '50) – il nuovo processo del lavoro (di cui alla legge n. 533 del 1973) ne affida, essenzialmente, la realizzazione:

- alla competenza per materia di un giudice monocratico di primo grado su di una serie molto ampia di controversie (del lavoro, di previdenza ed assistenza obbligatorie);
- a *preclusioni e decadenze forti*;
- alla *rivitalizzazione* della prima udienza di trattazione – nella quale può concludersi il giudizio di primo grado – in stretta collaborazione tra giudice, parti e difensori;
- alla provvisoria esecutività *ex lege* della sentenza di primo grado;
- alla riduzione di nuove prove ed eccezioni in appello.⁴⁵

3.1. Con la *strumentalità* del processo, tuttavia, il prospettato *modello* coniuga – parimenti in funzione della tutela giurisdizionale *effettiva* per i diritti dei lavoratori – deroghe ai principi generali di riparto dell'onere probatorio ed alle regole processuali di istruzione probatoria – in una parola, al *diritto delle prove* di generale applicazione.⁴⁶

Si tratta di deroghe, che trovano fondamento giuridico (*ratio*) – e, ad un tempo, *giustificazione* sul piano costituzionale⁴⁷ – nella garanzia costituzionale (di cui, essenzialmente, agli articoli 1, 3 cpv., 4, 34, 35, 36 e 38 cost.) dei diritti fatti valere: la tutela del lavoro, *in tutte le sue forme*, e la *tutela differenziata* del lavoro subordinato – a sua volta articolata in una pluralità di diritti si coniuga, in tale prospettiva, con la garanzia – parimenti costituzionale – del *diritto all'assistenza* e del *diritto alla previdenza*.⁴⁸

⁴⁵ Vedi, per tutti, D. DALFINO (a cura di), *op. cit.*, spec. 3 ss. e *passim*; A. Proto Pisani, *op. cit.*

⁴⁶ Vedi M. DE LUCA, *Diritto delle prove e processo del lavoro nel nuovo corso della giurisprudenza*, in *Lavoro giur.*, 2009, 977.

⁴⁷ V., per tutte, Corte cost., ord. 8 giugno 1983, n. 155 (Foro it. 1983, I, 2054) ed, ivi richiamate le sentenze 13 luglio 1975, n. 171 e 19 febbraio 1976, n. 33, nonché 13 marzo 1974, n. 62 (inedite, a quanto consta); Corte cost., ord. 26 gennaio 1988, n. 99 (*Dir. prat. lav.*, 1988, 709) ed, ivi richiamata, sent. 19 febbraio 1976, n. 33 (ined., a quanto consta).

⁴⁸ Per tutti, da ultimi: COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2004, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori; AA. VV., *Le prove nel processo civile*, Atti del XXV Convegno dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile (Cagliari, 7-8 ottobre 2005), Milano, 2007; A. VALLEBONA, *Allegazioni e prove nel processo del lavoro*, Padova, 2006, al quale pure si rinvia per riferimenti ulteriori.

Su un piano affatto diverso – rispetto al quale, peraltro, non sembrano sussistere *peculiarità*, con riferimento al processo del lavoro ed ai rapporti che ne formano oggetto – si collocano, tuttavia, sia la configurazione – all'esito dell'*analisi funzionale* (sulla quale v., per tutti, V. FERRARI, *Funzioni del diritto*.) – del *diritto delle prove* quale *condizione* indefettibile della tutela giurisdizionale effettiva di diritti soggettivi sostanziali come di altre posizioni giuridiche soggettive (Vedi: B. CAVALLONE, *Forme del procedimento e funzione della prova (ottant'anni dopo Chiovenda)*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, n. 2, 417 ss.; M. TARUFFO, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in AA. VV., *Le prove nel processo civile*, 53 ss.; P. BIAVATI, *Il diritto delle prove nel quadro normativo dell'Unione europea*, *ibidem*, 91 ss., spec. 101 ss, ed, ivi riferimenti a nota20) e la valutazione delle prove – all'interno delle diverse culture giuridiche, di *common law* e di *civil law* – sulla quale v. M.R. DAMASKA, *il diritto delle prove alla deriva*, Il Mulino, Bologna, 2003.

3.2. Né può essere trascurata la centralità, che la *mediazione giudiziaria* assume – nel *nuovo* processo del lavoro, come nel *sistema statutario* delle garanzie – e l'emarginazione, che ne consegue, dell'arbitrato, come di altre sedi alternative.⁴⁹

3.3. Il *nuovo* processo del lavoro (di cui alla legge n. 533 del 1973) – nonostante qualche manchevolezza tecnica del modello – si rivelò, nella prassi, un vero e proprio successo, almeno nei primi dieci-quindici anni.

Oltre che dalla *bontà tecnica* del modello, ciò è dipeso – anche e soprattutto – dal fatto che il legislatore del 1973 accompagnò la riforma di norme processuali con l'introduzione di importanti misure ordinamentali e organizzative, quali:

- l'istituzione di *sezioni lavoro* delle preture (dei tribunali, quali giudici d'appello, e della Corte di cassazione);
- l'assegnazione alle stesse sezioni di *giudici specializzati*;
- l'aumento dell'organico dei giudici (oltre che di cancellieri ed altro personale amministrativo), onde imporre a ciascun giudice un *peso sostenibile* (di circa cinquecento cause e di non più di duecentocinquanta sentenze ogni anno);
- l'affidamento, a *sezioni stralcio*, dello smaltimento dell'arretrato.⁵⁰

3.4. Pertanto il *nuovo* processo del lavoro (di cui alla legge n. 533 del 1973) ha avuto una buona riuscita fino a quando è stato sorretto dalle misure ordinamentali e organizzative prospettate.

Coerentemente, è entrato in crisi – con dilatazione conseguente dei termini del processo (a cominciare da quello intercorrente tra deposito del ricorso e prima udienza) – quando, all'incremento del contenzioso (anche per l'attribuzione di nuove competenze ai giudici del lavoro, quali, ad esempio, le controversie relative al pubblico impiego privatizzato), non è corrisposto l'adeguamento dell'organico dei giudici del lavoro.

3.5. Né può essere trascurato il rilievo, che – soprattutto in funzione della tutela giurisdizionale *effettiva* dei diritti dei lavoratori – pare destinata ad assumere la prospettiva di ridimensionamento della mediazione giudiziaria.

⁴⁹ Vedi D. Dalfino (a cura di), *op. cit.*, *passim*, spec. contributo di S. IZZO, *L'arbitrato*, 393 ss.

⁵⁰ Vedi A. Proto Pisani, *I processi a cognizione piena in Italia dal 1940 al 2012*, cit.

In tale prospettiva, il *Libro bianco sul mercato del lavoro* del 2001⁵¹ propone un “solido intervento sulla giustizia del lavoro”, che – in dichiarata *funzione servente*⁵², rispetto alla prospettata regolamentazione sostanziale del rapporto di lavoro – “deve ispirarsi a criteri di equità ed efficienza, ciò che senza dubbio non risponde alla situazione attuale”⁵³.

Ne risultano auspicati, infatti, “interventi di collegi arbitrali (...) in grado di dirimere la controversia in tempi sufficientemente rapidi” che – sia pure “nel rispetto dei limiti di natura costituzionale che impediscono di dichiarare il lodo non impugnabile” – rendano la propria “decisione (...) su base equitativa”, con “impugnabilità solo per vizi di procedura”.

Risulta, quindi, palese – anche con riferimento alla giustizia del lavoro – l’ispirazione a quella stessa *idea di sussidiarietà dimidiata*, sulla quale si fonda anche il sistema delle fonti di regolazione del rapporto di lavoro, disegnato contestualmente.⁵⁴

*Infatti il criterio di prossimità – nella individuazione, in questo caso, del giudice – all’evidenza risulta coerente con il principio di sussidiarietà.*⁵⁵

Risulta, invece, parimenti trascurata – in palese contrasto con lo stesso principio – qualsiasi verifica circa la idoneità del *giudice prossimo* ad assolvere la funzione – propria del *giudice del lavoro* – di dare attuazione effettiva, in sede giurisdizionale, alla *tutela differenziata del contraente debole*.⁵⁶

*Coerente con le prospettate indicazioni del Libro bianco – sia pure con qualche scostamento – pare, appunto, il collegato lavoro*⁵⁷, *al pari di ogni altro provvedimento – parimenti – deputato a darne attuazione.*

⁵¹ *Libro bianco sul mercato del lavoro in Italia, proposte per una società attiva e per un lavoro di qualità*, ROMA, ottobre 2001.

⁵² Ben al di là della *funzione strumentale* del processo, quale risulta dalla nota affermazione chiovendiana: *il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire*.

⁵³ “La crisi della giustizia del lavoro è, infatti, tale, sia per i tempi con cui vengono celebrati i processi, sia per la qualità professionale con cui sono rese le pronunce, da risolversi in un diniego della medesima, con un danno complessivo per entrambe le parti titolari del rapporto di lavoro: così, testualmente, lo stesso libro bianco”: così, testualmente, lo stesso *Libro bianco*.

⁵⁴ Vedi M. DE LUCA, *Nuovo assetto del sistema di contrattazione collettiva: contesto, profili problematici, prospettive del contratto di prossimità*, sintesi – con il corredo di note essenziali – della relazione conclusiva al Convegno nazionale su *Il diritto del lavoro anno zero? La contrattazione collettiva dopo l'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e le novità della manovra finanziaria*, organizzato dall'AGI – Avvocati giuslavoristi italiani (Napoli 28-29 ottobre 2011), in *Atti del convegno*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2012, 143 ss., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

⁵⁵ In tale prospettiva, al *giudice comune* si preferisce il *giudice privato* (arbitro).

⁵⁶ *Funzione* che, lungi dall'essere superata, risulta ora estesa (a livello nazionale e sopranazionale) anche a soggetti diversi dal lavoratore subordinato (quali, ad esempio, i *consumatori*): vedi, per tutti, S.LIEBMAN, *Prestazione di attività produttiva e protezione del contraente debole fra sistema giuridico e suggestioni dell'economia*, relazione alle giornate di studio AILASS su *Il diritto del lavoro nel sistema privatistico* (Parma, 4-5 giugno 2010), in *Atti delle giornate di studio*, Milano, Giuffrè, 2011, 105 ss., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

⁵⁷ Vedi S. IZZO, *op. cit.*, spec. 400 ss., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori. Adde: L.DE ANGELIS, *Collegato lavoro 2010 e diritto processuale*, Lavoro giur. 2011, 157.

La *preferenza* accordata alla contrattazione collettiva (e, talora, anche individuale) rispetto alla legge – non solo quale fonte di regolazione sostanziale del rapporto di lavoro⁵⁸ – si coniuga, infatti, con la previsione di *alternative funzionali* – rispetto al giudizio dinanzi al giudice – per il *contenzioso del lavoro*.

In tale prospettiva si collocano, da un lato, *misure di prevenzione del contenzioso* (quale il tentativo di conciliazione, ancorché di regola facoltativo, e, perfino, la certificazione) e, dall'altro, la devoluzione di controversie del lavoro ad arbitri irrituali (anche) di equità.⁵⁹

Né può essere trascurato – nella stessa prospettiva – il tentativo di ridimensionare il ruolo del giudice – non so quanto destinato al successo – che risulta affidato, da un lato, alla previsione di *criteri legali* per l'interpretazione delle *clausole generali*⁶⁰ e, dall'altro, alla efficacia vincolante della certificazione.⁶¹

3.6. Il problema della *ragionevole durata* del processo – anche – del lavoro “*non è un problema (solo) tecnico normativo ma un problema soprattutto ordinamentale e organizzativo*”.

“Fino a che un magistrato avrà sul ruolo 1000-1500 processi a cognizione piena, quali che siano le norme procedurali, non sarà in grado di gestire ragionevolmente tali processi, ed inevitabilmente essi sono destinati ad allungarsi”.⁶²

Non pare, infatti, sufficiente – ancorché possa risultare efficace – il *filtro* in cassazione ed, ora, anche in appello.⁶³

Peraltro il numero dei giudici togati non é suscettibile di significativo incremento – senza la dequalificazione professionale, all'evidenza inaccettabile, della magistratura professionale – mentre il coinvolgimento della magistratura onoraria (giudici di pace, giudici onorari di tribunale) non pare auspicabile – per le controversie di competenza dei giudici del lavoro – e la devoluzione ad

⁵⁸ Si pensi, ad esempio, al ruolo assegnato alla contrattazione (anche individuale) – al fine della *interpretazione delle clausole generali* – oppure alla contrattazione collettiva, al fine della devoluzione di controversie di lavoro ad arbitri irrituali.

Sul punto, vedi: F. ROSELLI, *Clausole generali. Iura novit curia. Contraddittorio*, giur. It., 2011, 1701 ss., spec. 1702; R. COSIO, *Il controllo giudiziale sulle clausole generali nel diritto del lavoro: a proposito del comma 1 dell'articolo 39 del “collegato lavoro”*, Mass. Giur. Lav., 2010, 217.

⁵⁹ Limiti all'arbitrato di equità e motivi di impugnazione del lodo rappresentano, tuttavia, alcuni degli scostamenti dal progetto disegnato nel *Libro bianco*.

⁶⁰ Sembrano, infatti, niente altro che la *legificazione* di criteri elaborati dalla giurisprudenza – per l'interpretazione, appunto, delle *clausole generali* – e, comunque, non possono incidere sulla *funzione giurisdizionale* – quale si esprime nella interpretazione della legge – che risulta garantita dalla costituzione.

⁶¹ Efficacia vincolante che incontra il limite invalicabile nel principio di *indisponibilità del tipo contrattuale* – di lavoro subordinato – previsto dall'ordinamento interno e da quello dell'unione europea: vedi M. DE LUCA, *Nuovo assetto del sistema di contrattazione collettiva: contesto, profili problematici, prospettive del contratto di prossimità*, cit., spec. § 9.

Vedi, altresì, riferimenti in M. DE LUCA, *Rapporto di lavoro di fatto alle dipendenze di amministrazioni pubbliche*, in Foro it., 2007, V, 57, spec. § 2 e ss.

ID., *Privato e pubblico nei rapporti di lavoro privatizzati alle dipendenze di regioni ed enti locali*, in Foro it., 2007, V, 149, spec. § 6,

⁶² Vedi A. Proto Pisani, *I processi a cognizione piena in Italia dal 1940 al 2012*, cit.

⁶³ Vedi, per tutti, AA. VV., *L'appello e il ricorso per cassazione nella riforma del 2012 (d.l. 83/12, convertito, con modificazioni, in legge 134/12)*, in Foro it., 2012, V, 281, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

arbitri od altre sedi – parimenti alternative alla giurisdizione pubblica – incontra i superiori rilievi critici (vedi *retro*).

3.7. Non resta che auspicare, da un lato, la ottimizzazione nel governo della magistratura – affidata, tra l'altro, a criteri adeguati per la selezione dei capi degli uffici e per il controllo sulla *efficienza* dei magistrati – e la promozione, dall'altro, di *pratiche virtuose* nella gestione degli uffici.⁶⁴

Tuttavia concorre – parimenti sul piano organizzativo – il completamento dell'informatizzazione degli uffici e, soprattutto, dell'introduzione dell'*ufficio del giudice*.

3.8. Né può mancare – sul piano ordinamentale – la verifica circa la *importabilità* e la *efficacia*, nel nostro ordinamento, di istituti rivenienti dal panorama comparatistico: la figura del *Rechtspfleger*, delle esperienze tedesca ed austriaca – cioè una figura intermedia tra il segretario e il giudice, cui devolvere funzioni di *giustizia minore* – si coniuga, in tale prospettiva, con l'istituto del *référé provision* –della esperienza francese – secondo cui il giudice del *référé* può emanare ordinanza immediatamente esecutiva a favore del creditore ove l'obbligazione “*non sia seriamente contestabile*”.⁶⁵

Risponde, infine, ad esigenze di *flessibilità-adattabilità* – e risulta funzionale, nel contempo, alla *strumentalità* del processo – l'idea di *differenziare il rito* – alla prima udienza – in relazione alla *complessità* che la controversia presenta nel caso concreto.⁶⁶

Resta da domandarsi, tuttavia, se i modelli del panorama comparatistica e l'idea – che sono stati prospettati – possano trovare applicazione al processo del lavoro.

4. Opzioni ermeneutiche versus strumentalità del processo: *overruling processuale*.

Come è stato anticipato, assumono rilievo – ai fini di che trattasi – quelle *opzioni ermeneutiche*, che – nella interpretazione, *a fini applicativi*, di regole processuali – risultano di ostacolo alla *strumentalità* del processo e, con essa, alla *tutela giurisdizionale* effettiva di diritti dei lavoratori.

La pratica dell'*overruling processuale* si coniuga, in tale prospettiva, con palesi eccessi di *formalismo*.⁶⁷

⁶⁴ Vedi, sul punto, i contributi di M: BARBUTO ed altri nella seconda sessione – dedicata a “*L'organizzazione degli uffici giudiziari quale strumento dell'efficace funzionamento de processo civile – le prassi virtuose*” – del PRIMO RAPPORTO SULLA GIUSTIZIA CIVILE IN ITALIA – “*Il giusto processo civile: alla ricerca della ragionevole durata e della ragionevole qualità*”, cit., in Atti del convegno, Roma, 2012, 87 ss.

Vedi, altresì, E. LUPO, *Provvedimento sulla motivazione semplificata di sentenze e di ordinanze decisorie civili*, in *Giustizia insieme*, 2011, fasc. 1, 217 e <http://www.ambientediritto.it/home/dottrina/provvedimento-sulla-motivazione-semplificata-di-sentenze-e-di-ordinanze-decisorie-civili>.

⁶⁵ Vedi A. Proto Pisani, *I processi a cognizione piena in Italia dal 1940 al 2012*, cit.

⁶⁶ Vedi A. Proto Pisani, *I processi a cognizione piena in Italia dal 1940 al 2012*, cit.

⁶⁷ Vedi riferimenti alle note 12 e 13.

4.1. Di palese ostacolo – alla *strumentalità* del processo – può risultare, talora, quella *riforma silenziosa* del processo civile⁶⁸ – guidata dalla giurisprudenza della Corte di cassazione, anche a sezioni unite⁶⁹ – che popone una serie di *riletture costituzionalmente orientate*⁷⁰ di norme processuali (*overruling processuale*) – in sostituzione di altre, talora consolidate (ed, in ogni caso, più

⁶⁸ Così, testualmente, G. VERDE, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, Riv.dir. proc., 2011, 513, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

⁶⁹ Vedi M. DE LUCA, *L'interpretazione costituzionalmente orientata*, in Foro it., 20, V, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori. Adde: G. SORRENTI, *La tutela dell'affidamento leso da un overruling processuale corre sul filo della distinzione tra natura creativa e natura dichiarativa della giurisprudenza*, in Rivista telematica giuridica dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, n1/2012, 31 gennaio 2012, al quale si rinvia (anche) per l'aggiornamento dei riferimenti.

⁷⁰ Vedi, per tutte: Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2002 n. 761 (Foro it., 2002, I, 2019, con nota di C.M. CEA e 2003, I, 604, con nota di A. PROTO-PISANI; annotata da M. FABIANI, in Corriere giur., 2003, 1335), sull'onere della contestazione tempestiva – nel processo del lavoro – dei dati fattuali allegati, specificamente, dalla controparte; Cass. 17 giugno 2004 n. 11353 (Foro it., 2005, I, 1635, con nota di FABIANI), sulla nullità del ricorso introduttivo del processo del lavoro (di cui all'art. 414 c.p.c.), per difetto di elementi essenziali (di cui al numero 4 dello stesso art. 414 c.p.c.), sulla sua *sanabilità* per raggiungimento dello scopo dell'atto e sulla *circolarità tra oneri di allegazione, oneri di contestazione ed oneri probatori*; Cass., Sez. Un., 20 aprile 2005 n. 8202 (Foro it., 2005, I, 1690, con note di D. DALFINO, C.M. BARONE, A. PROTO-PISANI e 2719, con nota di C.M. CEA; annotata da CAVALLONE, in Riv. Dir. proc. civ., 2005, 1051), riguardante il rito del lavoro, e Cass., Sez. Un., 20 aprile 2005 n. 2005 n. 8203 (Foro it., *loc. ult. cit.*; annotata da GIACALONE, CACCAVALLO e GIORDANO, in Giust. Civ., 2005, I, 2019), riguardante il rito ordinario, sull'assoggettamento delle prove costituite (quale quella documentale) e di quelle costituende (quale la prova testimoniale) alle stesse regole per quanto attiene al rispetto dei termini decadenziali ed alle prescrizioni relative alla loro ammissibilità in appello; Cass., Sez. Un., 28 febbraio 2007 n. 4636 (Foro it., Rep. 2007, voce Giurisdizione civile, n. 165; annotata da Masone, in Responsabilità e risarcimento, 2007, fasc. 11, 15), sul *principio di concentrazione delle tutele* (insito nell'art. 111 Cost.), che impone di ritenere che il giudice amministrativo, avente giurisdizione sulla domanda principale, possa e debba conoscere di tutte le *"pretese originarie dalla situazione lavorativa dedotta"*; Cass. Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726 (in Foro it., 2008, I, 1514, con note di R. CAPONI, A. PALMIERI, R. PARDOLES; annotata da R. GOZZI, in Riv. dir. proc., 2008, 1435), secondo cui il creditore non può agire in giudizio, per ottenere l'adempimento frazionato di un credito unitario, in quanto il *frazionamento del credito* – oltre ad integrare violazione del dovere di buona fede ed *abuso del processo* – ne dilata i tempi, ingiustificatamente, in violazione del principio della *ragionevole durata*; Cass. Sez. Un., 30 luglio 2008, n. 20604 (in Foro it., 2009, I, 1130, con nota di A.D. De Sanctis), che – in funzione della declaratoria di *improcedibilità* dell'appello e della opposizione a decreto ingiuntivo, nel rito del lavoro, in caso di ricorso introduttivo depositato in termini, ma non notificato – ritiene che *"la chiara formulazione degli artt. 153 e 154 c.p.c. e una "interpretazione "costituzionalmente orientata" anche di tali norme, nel rispetto della "ragionevole durata" del processo, portano a condividere l'assunto che la differenza tra termini "ordinatori" e termini "perentori" risieda nella "prorogabilità o meno"*; Cass. Sez. Un., 9 ottobre 2008, n. 24883 (in Foro it., 2009, I, 806, con nota di G.G. POLI, *Le sezioni unite e l'articolo 37 c.p.c.*; annotata da: R.CAPONI, *Quando un principio limita una regola*, in Corriere giuridico, 2009, 380; R.VACCARELLA, in www.iudicium.it), che – muovendo dal presupposto, secondo cui qualsiasi decisione di merito implica la verifica preliminare della *potestas iudicandi* – perviene alla conclusione che il difetto di giurisdizione può essere eccepito dalle parti o rilevato d'ufficio dal giudice – fino a quando sia decisa in primo grado, anche soltanto nel merito – e può formare oggetto soltanto di motivo d'appello, in difetto del quale si forma il giudicato – quantomeno implicito – sulla giurisdizione del giudice adito; Cass., sez. un., 3 novembre 2008, n. 24883 (in Riv. Dir. Proc., 2009, 1686, con nota di COMOGLIO, *Abuso di diritti di difesa e durata ragionevole del processo: un nuovo parametro per i poteri direttivi del giudice?*), secondo cui, nelle ipotesi di cause inscindibili a contraddittorio non integro, il giudice non è tenuto ad assegnare alla parte impugnante un termine per l'integrazione del contraddittorio, se da una analisi preliminare l'impugnazione deve ritenersi inammissibile; Cass. Sez. un. 23 febbraio 2010, n. 4309 (in Foro it., 2010, I, 1794, con nota di R. CAPONI, D. DALFINO, A. PROTO PISANI, G. SCARSELLI, in *difesa delle norme processuali*), che – per ragioni di economia processuale e per motivi di ragionevole durata del processo, appunto – ritiene che il giudice possa, discrezionalmente, rifiutare la fissazione di una nuova prima udienza per la citazione del terzo, supponendo l'autorizzazione del giudice nell'ipotesi di chiamata ad istanza del convenuto.

Per una rassegna della stessa giurisprudenza, vedi, altresì, Relazione dell'Ufficio del massimario e del ruolo della Corte di cassazione (n. 35 del del 13 marzo 2009), *La presenza dello ius constitutionis nella giurisprudenza della Corte di cassazione: gli approdi alla luce dell'articolo 111 della costituzione; qualche profilo di criticità*, in www.italgiure.giustizia.it.

Vedi, altresì, D. DALFINO, *Ragionevole durata, competitività del processo del lavoro, ed effettività della tutela giurisdizionale*, in Foro it., 2009, V, 180, pec. § 3. Ad entrambi si rinvia per riferimenti ulteriori.

Di particolare rilievo, (anche) nella economia di queste riflessioni – sebbene non ne risulti evocato, almeno esplicitamente, il principio della *ragionevole durata del processo*, a sostegno del proposto *overruling processuale* – pare, poi, Cass., sez. un., 9 settembre 2010, n. 19246 (in: Foro it., 2010, I, 3014, con osservazioni di A.D. DE SANTIS e nota di C.M. BARONE, R. CAPONI, C. COSTANTINO, D. DALFINO, A. PROTO PISANI, G. SCARSELLI, *Le Sezioni unite e i termini di costituzione dell'opponente nei giudizi di opposizione a decreto ingiuntivo*, e requisitoria del Procuratore generale presso la Corte di cassazione; e ID, 2011, I, 117 (m), con nota di A. PROTO PISANI,

o meno solide), repute meno idonee a garantire la rapida celebrazione dei processi – muovendo dall'assunto che il principio della *ragionevole durata* (art. 111, comma 2, cost.) – pure affidando al legislatore la realizzazione dell'obiettivo perseguito (la *ragionevole durata del processo*, appunto) – pone, tuttavia, la “regola per un'interpretazione delle singole norme di rito finalizzata alla celerità del giudizio”.⁷¹

Ne risulta, quindi, enfatizzata la deprecata *prevalenza* del principio della *ragionevole durata* – quale canone ermeneutico, appunto, per l'interpretazione di norme processuali – con la frustrazione, che è stata prospettata, della stessa *strumentalità* del processo.

La conclusione proposta si impone, vieppiù, quando la *interpretazione costituzionalmente orientata* – in ossequio al principio della *ragionevole durata*, appunto – si discosta dal tenore letterale delle disposizioni interpretate.

4.2. La commendevole scelta valoriale – sottesa alla interpretazione costituzionalmente orientata, come ad ogni altra interpretazione conforme a costituzione⁷² – non giustifica, infatti, interpretazioni che non risultino, comunque, coerenti con il testo della disposizione interpretata.

In altri termini, la *opzione ermeneutica* va ricercata – per qualsiasi interpretazione, ancorché conforme a costituzione – nell'ambito delle *interpretazioni plausibili* della disposizione, che ne risulta interpretata.⁷³

Un nuovo principio generale del processo; Riv. dir. proc., 2011, 210, n. RUGGERI; Nuova giur. civ., 2011, I, 253, n. COMOGLIO; Giusto processo civ., 2010, 1151 (m), n. TRISORIO LIUZZI, BRIGUGLIO; Giust. civ., 2011, I, 399 (m), n. D'ANGELO; Corriere merito, 2010, 1190 (m), n. TRAVAGLINO, secondo cui, nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, la riduzione alla metà del termine di costituzione dell'opponente (ai sensi dell'art. 645, 2° comma, c.p.c.) è un effetto automatico conseguente al solo fatto che l'opposizione sia stata proposta – indipendentemente, cioè, dall'assegnazione all'opposto di un termine a -comparire inferiore a quello ordinario – con la conseguenza che si verifica anche qualora l'opponente assegni un termine di comparizione pari o superiore a quello legale.

La sentenza ha reso, infatti, necessario l'intervento del legislatore (legge 29 dicembre 2011, n. 218), che, per il futuro, ha *soppresso* (nel secondo comma dell'articolo 645 c.p.c.) il periodo posto a fondamento del proposto *overruling* («ma i termini di comparizione sono ridotti a metà»), mentre, per il passato, ha ribadito – con disposizione transitoria – l'orientamento giurisprudenziale – travolto dallo stesso *overruling* – secondo cui la riduzione del termine di costituzione dell'attore si applica, nel caso di opposizione a decreto ingiuntivo, solo se l'opponente abbia assegnato all'opposto un termine di comparizione inferiore a quello legale.

All'evidenza, non è stato ritenuto sufficiente l'intervento delle stesse sezioni unite (sentenza 11 luglio 2011, n. 15144 (in Foro it., 2011, I, 2254, con note di G. COSTANTINO e G. MAZZULLO, e *ibidem*, 3343, con nota di R. CAPONI, *Retroattività del mutamento di giurisprudenza: limiti*; Corriere giuridico, 2011, 1392, con nota di F. CAVALLA, C. CONSOLO, M. DE CRISTOFARO, *Le S.U. aprono (ma non troppo) all'errore scusabile: funzioni dichiarativa della giurisprudenza, tutela dell'affidamento, tipi di overruling*; Guida al diritto, 2011, fasc. 32, 38, con nota di E. SACCHETTINI, *Le buone intenzioni del collegio di legittimità mettono a rischio cardini dell'ordinamento*), che – per ridurre il danno da *overruling processuale* – ha ritenuto ammissibile l'impugnazione – ancorché proposta dopo la scadenza del termine individuato dalla corte, in relazione al *dies a quo*, con decisione successiva alla sua proposizione – essenzialmente, in base a rilievo che sussiste affidamento incolpevole nella giurisprudenza, allorché un orientamento consolidato sia modificato repentinamente e imprevedibilmente con effetti preclusivi del diritto di azione e di difesa.

⁷¹ Così, testualmente, Cass. 7 gennaio 2009, n. 55, Foro it., Repertorio 2009, voce Cassazione civile, n. 246.

⁷² Vedi G. SORRENTI, *op. cit.*, *passim*.

⁷³ Vedi M. DE LUCA, *Diritto delle prove e processo del lavoro: argomenti interpretativi e dintorni nel nuovo corso della giurisprudenza*, cit., spec. §4.

Coerentemente – se nessuna delle *interpretazioni plausibili* risulta conforme a costituzione – non resta che la rimessione della questione di costituzionalità alla Corte costituzionale.⁷⁴

Parimenti, non può essere trascurato – nella stessa prospettiva – che “*sussistono spazi nell’ordinamento, rispetto ai quali la Costituzione può essere semplicemente indifferente*”⁷⁵

Soltanto il rispetto del limite prospettato pare idoneo ad evitare, infatti, il *paradosso* – per così dire – della “*giurisdizione senza legislazione*” e, con esso, una sorta di “*anarchia delle fonti*”⁷⁶, peraltro di dubbia compatibilità con il principio costituzionale (art. 101, 2° comma) di *soggezione del giudice alla legge*.

Dal rispetto dello stesso limite sembra dipendere, altresì, la coerenza – con il nostro *modello accentrato di giustizia costituzionale*⁷⁷ – della *interpretazione costituzionalmente orientata*, appunto – come di qualsiasi altra *interpretazione conforme a costituzione* – da parte dei giudici comuni.

Ne resta affidata alla Corte costituzionale, infatti, la pronuncia sulla *costituzionalità* delle disposizioni di legge ordinaria, ove risulti, appunto, “*impossibile darne interpretazioni costituzionali*”⁷⁸.

4.3. La giurisprudenza in esame, tuttavia, risulta connotata, talora, dalla “*tendenza a svalorizzare i precetti processuali, e, in ossequio al principio di ragionevole durata del processo, a interpretare con una certa libertà le regole del processo*”.⁷⁹

Per limitarsi solo a qualche esempio⁸⁰, basterà ricordare che – in ossequio al principio della *ragionevole durata del processo* – si è statuito (Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883, cit.) che il difetto di giurisdizione può essere eccepito dalle parti o rilevato d’ufficio dal giudice solo fino a quando la causa non sia decisa nel merito in primo grado, anziché “*in ogni fase e grado del giudizio*” (siccome previsto, testualmente, dall’articolo 37 c.p.c.).

Peraltro “*la chiara formulazione degli artt. 153 e 154 c.p.c. e una “interpretazione “costituzionalmente orientata” anche di tali norme, nel rispetto della “ragionevole durata” del processo, portano a condividere l’assunto che la differenza tra termini “ordinatori” e termini “perentori” risieda nella “prorogabilità o meno” (secondo Cass. Sez. Un., 30 luglio 2008, n. 20604, cit.), in funzione della declaratoria di improcedibilità dell’appello e della opposizione a decreto ingiuntivo, nel rito del lavoro, in caso di ricorso introduttivo depositato in termini, ma non notificato*

⁷⁴ Vedi G. AMOROSO, *seguiti delle interpretazioni adeguatrice della Corte costituzionale nella giurisprudenza di legittimità della Corte di cassazione*, cit., spec. § 8.1.

⁷⁵ Così, testualmente, M. BIGNAMI, *Il doppio volto dell’interpretazione adeguatrice*, in www.forumcostituzionale.it

⁷⁶ Così, testualmente, A. GIULIANI, *le disposizioni sulla legge in generale: gli articoli da 1 a 15*, in AA.VV., *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, I, *Premesse e disposizioni preliminari*, Torino, 1982, 208 e 226 ss. Vedi, altresì, G. SORRENTI, *op. cit.*, 162 ss.

⁷⁷ Vedi G. SORRENTI, *op. cit.*, *passim*.

⁷⁸ Così, testualmente, Corte cost. n. 356 del 22 ottobre 1996, cit.

⁷⁹ Così, testualmente, R. CAPONI, D. DALFINO, A. PROTO PISANI, G. SCARSELLI, *in difesa delle norme processuali*, cit., al quale si rinvia per le esemplificazioni.

⁸⁰ Rinviamo, per il resto, alle esemplificazioni di cui alla nota che precede.

Oltrech  la *lettera* della legge – che esplicitamente impone (art. 269 c.p.c.) l'autorizzazione del giudice soltanto per la chiamata del terzo ad istanza dell'attore – pare disattesa, poi, anche la sentenza della Corte costituzionale ⁸¹ – che motiva sulle *ragioni* per le quali il convenuto non deve chiedere l'autorizzazione al giudice, riconducendo questa *libert * alla garanzia costituzionale (art. 24 cost.) del diritto di azione e difesa – laddove (Cass., sez. un., 23 febbraio 2010, n. 4309, cit.) si statuisce – per ragioni di economia processuale e per motivi di ragionevole durata del processo, appunto – che il giudice possa, discrezionalmente, rifiutare la fissazione di una nuova prima udienza per la citazione del terzo, supponendo l'autorizzazione del giudice nell'ipotesi di chiamata ad istanza del convenuto.

In questo – come in ogni altro caso – in cui si discosta dal tenore letterale della legge, l'interpretazione – ancorch  *costituzionalmente orientata* – finisce col determinare, di volta in volta, le regole del processo, in sostituzione delle *disposizioni* processuali, quali risultano, appunto, dal loro tenere letterale.

4.4. La palese invasione delle *competenze* della Corte costituzionale – che ne risulta – pu  coniungersi, talora, con la negazione delle garanzie – assicurate, in ipotesi, dalla *disposizione* processuale interpretata – ed, in ogni caso, con la palese violazione del principio di legalit  e di quello della *soggezione del giudice alla legge* (art.102 cost.). ⁸²

4.5. Per quel che qui particolarmente interessa, il rispetto delle disposizioni processuali – quali risultano dalla loro formulazione letterale – pare indispensabile per evitare, da un lato, la negazione delle garanzie – che ne siano previste – e, dall'altro, la *libera interpretazione* del giudice.

Ne potrebbe risultare, addirittura, quella *tendenza* – gi  denunciata, sia pure in termini problematici, da Pietro Calamandrei ⁸³ – alla *“abolizione del diritto stesso, almeno in quanto l'idea del diritto si riconnette alla ... garanzia di certezza e di eguaglianza, conquista insopprimibile della civilt ”*.

In altri termini, il principio di *ragionevole durata del processo* pu , talora, *legittimare*, da un lato, la perdita per il cittadino della *“pre-conoscenza delle regole processuali”* – con le garanzie, che ne risultino testualmente previste – e, dall'altro, l'acquisizione per il giudice di un *“potere assoluto di determinazione delle modalit  di svolgimento del rito, in deroga ad ogni criterio di legalit ”*.⁸⁴

⁸⁵

⁸¹ Vedi Corte cost. 3 aprile 1997, n.80, in Giust. Civ., 1997, I, 1467, laddove di legge: *“non   priva di ragionevolezza la previsione della insindacabile facolt  per il convenuto, all'atto della sua prima difesa, di estendere l'ambito soggettivo del processo, ove si consideri che l'attore per primo ha facolt  di convenire in giudizio qualunque soggetto, senza limitazioni di sorta e senza necessit , ovviamente, di autorizzazione alcuna”*.

⁸² Vedi R. CAPONI, D. DALFINO, A. PROTO PISANI, G. SCARSELLI, in *difesa delle norme processuali*, cit.

⁸³ Vedi P. CALAMANDREI, *Abolizione del processo civile?*, in Riv. Dir. Proc., 1939, I, 386.

⁸⁴ (Cos , testualmente, R. CAPONI, D. DALFINO, A. PROTO PISANI, G. SCARSELLI, in *difesa delle norme processuali*, cit.

⁸⁵ Suscita, invece, perplessit  il rilievo che *“la ragionevole durata del processo non possa che considerarsi quale norma programmatica, ovvero quale norma costituzionale che impone al legislatore di rendere leggi volte ad assicurare che la durata del processo non ecceda*

4.6. La compatibilità con il tenore letterale delle disposizioni – che formano oggetto della *interpretazione costituzionalmente orientata*, di cui si discute – non ne esclude, tuttavia, profili diversi di *criticità*.

Intanto ne risulta talora affermata la *prevalenza* del principio della *ragionevole durata del processo* rispetto ad altre garanzie del *giusto processo*.

Infatti – solo per fare qualche esempio – pare sacrificato il *principio del contraddittorio* quando si statuisce (Cass., sez. un., 3 novembre 2008, n. 24883, cit.) – in ossequio, appunto, al principio della *ragionevole durata del processo* – che, nelle ipotesi di cause inscindibili a contraddittorio non integro, il giudice non è tenuto ad assegnare alla parte impugnante un termine per l'integrazione del contraddittorio, se da una analisi preliminare l'impugnazione deve ritenersi inammissibile.

La esemplificazione potrebbe, tuttavia, continuare.

4.7. Peraltro qualsiasi *overruling processuale* – che ribalti orientamenti consolidati (o, comunque, adeguatamente stabili) della giurisprudenza – pare lesivo dei principi generali della *certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento* – che fanno parte del *patrimonio costituzionale comune* (la nostra costituzione si coniuga, in tale prospettiva, con l'ordinamento eurounitario), quale *elemento fondamentale dello Stato di diritto* – e, come tale, pone problemi di salvaguardia dell'affidamento delle parti.⁸⁶

Basta ricordare, a tale proposito, la sentenza (Cass., sez. un., 9 settembre 2010, n. 19246, cit.), che – ribaltando l'orientamento consolidato, in senso costantemente contrario – ha stabilito che, nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, la riduzione alla metà del termine di costituzione dell'opponente (ai sensi dell'art. 645, 2° comma, c.p.c.) è un effetto automatico conseguente al solo fatto che l'opposizione sia stata proposta – indipendentemente, cioè, dall'assegnazione all'opposto di un termine a comparire inferiore a quello ordinario – con la conseguenza che si verifica anche qualora l'opponente assegni un termine di comparizione pari o superiore a quello legale.

un tempo ragionevole (e, come tale, non possa) avere valore precettivo di norma processuale, e consentire al giudice, a prescindere dalla legge processuale, o in contrasto con la legge processuale, di determinare di volta in volta, e caso per caso, le regole del processo, e/o di leggere e/o interpretare le norme in modo difforme dal loro tenore letterale” (così, testualmente, R. CAPONI, D. DALFINO, A. PROTO PISANI, G. SCARSELLI, in *difesa delle norme processuali*, cit.).

Infatti, come è stato ricordato, la stessa Corte costituzionale ha stabilito – fin dalla sua prima sentenza (n. 1 del 5/14 giugno 1956, cit.) – che “la nota distinzione fra norme precettive e norme programmatiche può essere, bensì, determinante per decidere della abrogazione o meno di una legge, ma non è decisiva nei giudizi di legittimità costituzionale, potendo la illegittimità costituzionale di una legge derivare, in determinati casi, anche dalla sua non conciliabilità con norme che si dicono programmatiche”.

Coerentemente, le stesse norme costituzionali – ancorché *programmatiche* – non possono non ripercuotersi sulla interpretazione della legge ordinaria, ispirandone sia la *interpretazione adeguatrice* – quale alternativa alla declaratoria di illegittimità costituzionale – sia l'interpretazione *costituzionalmente orientata*, che – tra più interpretazioni, in ipotesi tutte conformi a costituzione – sceglie quella ritenuta, appunto, maggiormente conforme.

⁸⁶ Vedi, da ultimo, Corte cost. 21 ottobre 2011, n. 271, che ritiene lesiva dell'affidamento nella *sicurezza giuridica*, addirittura, una legge regionale.

Vedi altresì, Corte giust. 10 settembre 2009, causa C-201/08; 21 febbraio 2008, causa C-271/06; 26 aprile 2005, causa C-376/02; 3 dicembre 1998, causa C-381/97.

Né può trascurata la denuncia di palese arbitrarietà della creazione – che ne risulta – di un *nuovo principio generale del processo*.⁸⁷

4.8. Le conseguenze pregiudizievoli per i cittadini – che derivano dalle prospettate *criticità* della *interpretazione costituzionalmente orientata* in esame – non sembrano integralmente rimosse, come è stato anticipato, né dal virtuoso ripensamento della stessa giurisprudenza, né dall'intervento – parimenti successivo – che il legislatore ha ritenuto, talora, di dovere adottare.

È ben vero, infatti, che – per *ridurre il danno da overruling processuale* – le stesse sezioni unite della Corte di cassazione (sentenza 11 luglio 2011, n. 15144, cit.) hanno ritenuto ammissibile l'impugnazione – ancorché proposta dopo la scadenza del termine individuato dalla corte, in relazione al *dies a quo*, con decisione successiva alla sua proposizione – essenzialmente, in base a rilievo che sussiste affidamento incolpevole nella giurisprudenza, allorché un orientamento consolidato sia modificato repentinamente e imprevedibilmente con effetti preclusivi del diritto di azione e di difesa.

Evidenti risultano, tuttavia, i limiti della soluzione prospettata.

Intanto può trovare applicazione soltanto nelle ipotesi – nelle quali sia configurabile una rimesione in termine – che non esauriscono le denunciate *criticità* delle *interpretazioni costituzionalmente orientate* in esame.

Peraltro non può essere trascurato il rilievo critico – che investe la limitazione esplicita della stessa soluzione alle innovazioni giurisprudenziali *correttive*, con esclusione di quelle *evolutive* – sotto il duplice profilo che, da un lato, risulta problematica la distinzione fra le tipologie di *reinterpretazione* prospettate (*correttiva*, appunto, ed *evolutiva*) e, dall'altro, che la salvaguardia dell'affidamento incolpevole sembra porsi, parimenti, per qualsiasi *reinterpretazione*.⁸⁸

4.9. Parimenti limitato – alla ipotesi di overruling processuale considerata (concernente, appunto, la riduzione alla metà del termine di costituzione dell'opponente, nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo: Cass., sez. un., 9 settembre 2010, n. 19246, cit.) – risulta l'intervento del legislatore (legge 29 dicembre 2011, n. 218), che, per il futuro, ha *soppresso* (nel secondo comma dell'articolo 645 c.p.c.) il periodo posto a fondamento del proposto *overruling* («ma i termini di comparizione sono ridotti a metà»), mentre, per il passato, ha ribadito – con disposizione transitoria – l'orientamento giurisprudenziale – travolto dallo stesso *overruling* – secondo cui la riduzione del termine di costituzione dell'attore si applica, nel caso di opposizione a decreto ingiuntivo, solo se l'opponente abbia assegnato all'opposto un termine di comparizione inferiore a quello legale.

⁸⁷ Vedi PROTO PISANI, *Un nuovo principio generale del processo*, cit.

⁸⁸ Vedi G. SORRENTI, *La tutela dell'affidamento leso da un overruling processuale corre sul filo della distinzione tra natura creativa e natura dichiarativa della giurisprudenza*.

Potrebbe rappresentare, forse, il modello di rimozione – per legge – delle prospettate conseguenze pregiudizievoli di qualsiasi *overruling processuale*.

Leggi di *interpretazione autentica*, tuttavia, hanno carattere eccezionale e – quando interferiscono sull'esercizio della giurisdizione – pongono problemi di compatibilità con la convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU).⁸⁹

Risulta preferibile, quindi, la scelta della Corte costituzionale⁹⁰ di non dichiarare una inammissibilità rilevata contestualmente – perché in contrasto con la *lunga prassi* della Corte – in base al rilievo che la stessa *prassi* ha determinato un “*errore scusabile tale da ingenerare affidamento*”.

Resta, tuttavia, il pregiudizio per l'affidamento – nell'orientamento giurisprudenziale, che risulti travolto dall'*overruling processuale* – di quanti non abbiano partecipato al giudizio, nel quale l'*overruling* sia stato, bensì, rilevato, ma non dichiarato.

4.10. Brevi conclusioni, sul punto, a mo' di morale della storia.

L'interpretazione costituzionalmente orientata, fin qui esaminata, si discosta, talora, dal tenore letterale delle disposizioni interpretate, stabilisce, talaltra, una indebita prevalenza della *ragionevole durata* – rispetto ad altre garanzie del *giusto processo* – e ribalta, in ogni caso, orientamenti consolidati (o, comunque, adeguatamente stabili) della giurisprudenza.

Ne possono risultare frustrate garanzie processuali, talora, la stessa tutela dei diritti sostanziali⁹¹ – che esige, per quanto possibile, una decisione nel merito⁹² – e, con essa, la stessa *strumentalità* del processo civile.

Palese risulta la necessità di rimuoverne le conseguenze pregiudizievoli per i cittadini.⁹³

I tentativi generosi di giurisprudenza e legge – in tale direzione – hanno mostrato, per quanto si è detto, la propria inadeguatezza.

Non resta, quindi, che evitare – quantomeno in via tendenziale – qualsiasi *overruling processuale* che – sebbene riposi sul *interpretazione conforme a costituzione* – ove non sia imposto dall'ordinamento o risulti, comunque, necessario.

⁸⁹ Vedi, da ultima, Corte europea dei diritti dell'uomo 14 febbraio 2012, ARRAS c. Italia.

⁹⁰ Vedi Corte cost. n. del 2012, cit.

In dottrina, vedi: A. RUGGERI, *Una inammissibilità accertatama non dichiarata, ovvero sia l'errore processuale scusabile della parte, in quanto indotto dallo stesso giudice (a prima lettura di Corte cost. n. 142 del 2012)*, cit.; G. SORRENTI, *La tutela dell'affidamento leso da un overruling processuale corre sul filo della distinzione tra natura creativa e natura dichiarativa della giurisprudenza*.

⁹¹ Come nel caso della riduzione alla metà del termine di costituzione dell'opponente, nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo: Cass., sez. un., 9 settembre 2010, n. 19246, cit.

⁹² Vedi G. SORRENTI, *op. ult.*

⁹³ Bisogna, in altri termini, evitare qualsiasi *abuso* (per così dire) del principio della *ragionevole durata del processo* – quale *canone ermeneutico* – per evitare che ne risulti frustrato il “*valore della giusta composizione della controversia*” (così, testualmente, A: PROTO PISANI, *Nuove prove in appello e funzione del processo*, Foro it. 2005, I, 1699).

La giurisprudenza in esame pare, talora, consapevole del rischio prospettato, laddove sottolinea che le proprie opzioni ermeneutiche – in materia processuale, appunto, ed in coerenza con il principio costituzionale della *ragionevole durata del processo* – non possano, in nessun caso, ledere “*il diritto di difesa delle parti e la ricerca della verità materiale*” (Così, testualmente, Cass., sez. un., 20 aprile 2005, n. 8202, cit., spec. § 14).

La verifica in concreto, tuttavia, non sempre conferma – per quanto si è detto – la realizzazione effettiva di tale proposito virtuoso.

Si tratta di niente altro che del ritorno al passato meno recente: quello che ha preceduto la più recente stagione degli *overruling processuali*, fin qui esaminati (stagione che, sia detto per inciso, pare ormai definitivamente conclusa).

In tale prospettiva, assume rilievo evidente la prospettata distinzione tra *interpretazione adeguatrice* – quale alternativa doverosa alla proposizione della questione di legittimità costituzionale (come alla declaratoria della sua fondatezza) – ed *interpretazione costituzionalmente orientata*, che risulta affidata alla *discrezionalità*, per così dire, del giudice e riposa su un ragionevole bilanciamento tra principi e valori.

Resta, tuttavia, la configurabilità di altre ipotesi di *overruling* necessario – che deve costituire, in ogni caso, una eccezione – e, comunque, la evoluzione graduale della giurisprudenza.

Comprensibili esigenze di *prevedibilità della giurisprudenza di legittimità* – coerenti con la *funzione nomofilattica* della Corte di cassazione – sembrano sconsigliarne, infatti, radicali inversioni – rispetto ad orientamenti largamente prevalenti (se non, addirittura, consolidati) – specie con riferimento alla interpretazione di *disposizioni processuali*.

In altri termini, la *correttezza* non può essere disgiunta – nell'esercizio, appunto, della *funzione nomofilattica* – dalla *uniformità* della interpretazione.

5. Segue: eccessi di formalismo.

Il *procedimento specifico* per i licenziamenti – istituito dalla recente *riforma del mercato del lavoro* (legge n. 92 del 2012)⁹⁴ – offre l'occasione per esemplificare – e tentare, nel contempo, di esorcizzare – il rischio che eccessi di formalismo possano risultare di ostacolo alla *strumentalità* del processo e, con essa, alla tutela giurisdizionale *effettiva* per diritti dei lavoratori.⁹⁵

⁹⁴ Vedi, per tutti M. DE LUCA, *Procedimento specifico per i licenziamenti nella recente riforma del mercato del lavoro (legge n. 92 del 2012): note minime*, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

Vedi, altresì: C. Consolo, D. Rizzardo, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, in Corr. Giur., 2012, 730; L. De Angelis, *Art. 18 dello Statuto dei lavoratori e processo*, WP CSDLE "Massimo D'Antona", 152/2012, in corso di pubblicazione in Diritto del lavoro e relazioni industriali; P. Curzio, *Il nuovo rito per i licenziamenti*, destinato a P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, in corso di pubblicazione, Bari, Cacucci, 2013; I. PAGNI, *I correttivi alla durata del processo nella L. 28 giugno 2012, n. 92: brevi note sul nuovo rito in materia di licenziamenti*, in corso di pubblicazione; D. DALFINO, *Il nuovo procedimento in materia del licenziamento (nella legge 28 giugno 2012, n. 92)*, in Giusto proc. Civ., 2012, 759 ss.; R. CAPONI, *La corsia preferenziale per alcune cause di lavoro rallenta le altre in assenza di adeguate risorse*, in Guida al diritto, 2012, n.18, 729 ss.; FRANCESCO P. LUISO, *La disciplina processuale speciale della legge n. 92 del 2012 nell'ambito del processo civile: modelli di riferimento ed inquadramento sistematico*, in *Judicium*; G. VERDE, *Note sul processo nelle controversie in seguito a licenziamenti regolati dall'articolo 18 Statuto lavoratori*, testo provvisorio dattiloscritto della relazione al Convegno *La nuova disciplina dei licenziamenti - Incontro di studio in memoria di Pasquale Picone* (Roma, Corte di cassazione, Aula magna, 11 dicembre 2012).

In giurisprudenza, vedi: Trib. Taranto, ord. 30 novembre 2012; Trib. Milano, ord. 25 ottobre 2012; Trib. Bari, ord. 17 ottobre 2012; Trib. Bologna, ord. 25 settembre 2012, in Foro it., 2013, I, 673, con nota di richiami ed osservazioni di S. CALVIGIONE, alle quali si rinvia.

⁹⁵ Di ritorno al formalismo si è parlato, tuttavia, con riferimento alla giurisprudenza sul processo del lavoro: vedi D. DALFINO (a cura di), *La nuova giustizia del lavoro*, cit., spec. 16 ss., al quale si rinvia, precisando che la giurisprudenza – ivi richiamata – corrisponde, almeno in parte, a quella che ha dato luogo ad *overruling processuale* (vedi retro).

5.1. La *ratio legis*” risulta enunciata in forma esplicita (art. 1, comma 1, lettera c, ultimo periodo, della legge di riforma n. 92 del 2012): “*previsione di un procedimento giudiziario specifico per accelerare la definizione delle (...) controversie*” relative al licenziamento, contestualmente investito da riforma.⁹⁶

In coerenza con la *ratio*, poi, è stato istituito il *procedimento specifico* (di cui ai commi 47 e seguenti dello stesso art. 1) per le “*controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro*”.

Si tratta di procedimento, che – in primo grado – si articola in due fasi: una di cognizione sommaria e l'altra –eventuale – di cognizione piena.

Disposizioni sul processo del lavoro (art. 409 ss. c.p.c.) – parimenti funzionali, tra l'altro, alla *celerità* del giudizio (anche) in tema di licenziamenti – sembrano destinate a colmare – per analogia (*ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*) – le *lacune* della scarsa disciplina del *procedimento specifico* (di cui ai commi 47 e seguenti dell'articolo 1, cit.).⁹⁷

Né l'interpretazione di tale disciplina può prescindere dalla *ratio legis* (di “*accelerare la definizione delle (...) controversie*”, appunto), che – per quanto si è detto – risulta ad essa sottesa.

5.2. Intanto la *obbligatorietà* del rito – condivisa dall'orientamento largamente prevalente⁹⁸ – pare imposta dal tenore letterale della legge (“*la domanda... si propone con ricorso...*: comma 48 dell'articolo 1, cit.) – per il *procedimento specifico*, di che trattasi – e risulta, all'evidenza, coerente con la *ratio* di “*accelerare la definizione delle (...) controversie*”.

Di segno contrario, tuttavia, è la posizione espressa – oltre che da alcuni giudici⁹⁹ – anche da autorevole dottrina minoritaria, con argomentazioni che potrebbero risultare convincenti.¹⁰⁰

L'interesse della parte convenuta – “*per la cui precipua tutela sarebbe stata disposta la fase sommaria del nuovo rito*” – si coniuga, in tale prospettiva, con il rilievo che il tenore letterale della legge (“*la domanda.....si propone con ricorso....*: comma 48 dell'articolo 1, cit.) – in quanto volto a regolare il il procedimento (di cui è menzione nel comma precedente) – “*più che prescrivere intende descrivere le scadenze del procedimento*” medesimo, rendendo superflua, di conseguenza, qualsiasi “*disposizione sul mutamento del rito giacché lo stesso è e resta nel potere dispositivo delle parti*”.

⁹⁶ E risulta, peraltro, dal *documento di intenti* approvato dal Governo Monti il 23 marzo 2012, nel passo relativo all'introduzione del rito speciale: “*nel quadro di tale rito, una volta dettati i termini della fase introduttiva, è rimessa al giudice la scansione dei tempi del procedimento, nel rispetto del principio del contraddittorio e della parità delle armi nel processo.*

Si tratta di un rito con caratteristiche di celerità e snellezza, ma che, in ossequio alla specificità del processo del lavoro, rivolto tradizionalmente all'accertamento della verità materiale, prevede un'istruzione vera e propria, sia pure con l'eliminazione delle formalità non essenziali all'instaurazione di un pieno contraddittorio”.

⁹⁷ Vedi M. DE LUCA, *op.ult.cit.*; G. VERDE, *op. ult. cit.*

⁹⁸ Vedi M. DE LUCA, *op.ult.cit.*, al quale si rinvia per riferimenti di dottrina e giurisprudenza conforme.

⁹⁹ La *facoltatività* pare sostenuta, infatti, dai giudici della sezione lavoro del Tribunale di Firenze.

¹⁰⁰ Vedi G. VERDE, *op. ult. Cit.*

Se la tesi della *facoltatività del rito* dovesse prevalere, ne risulterebbero rimosse – almeno in larga parte – le questioni pregiudiziali, che possono dar luogo ad *eccesso di formalismo*.

5.3. Tali questioni pregiudiziali, infatti, dipendono – essenzialmente – dalla obbligatorietà del rito.

Le soluzioni relative, poi, vanno affidate – per evitare, appunto, *eccessi di formalismo* – all'applicazione analogica di norme sul processo del lavoro (art. 409 ss. c.p.c., cit.) – nel silenzio della disciplina del *procedimento specifico* (di cui ai commi 47 e seguenti dell'articolo 1, cit.) – e, comunque, alla *ratio legis* – sottesa alla stessa disciplina – e, talora, (anche) a *principi generali* del processo civile: *economia processuale*, appunto, e *strumentalità del processo*.

5.4. Intanto il giudice sembra doversi attenere alla *prospettazione* dell'attore – a prescindere, cioè, dalla sua fondatezza (*si vera sunt exposita*) – per verificare se l'oggetto della domanda corrisponda all'oggetto del *procedimento specifico* e sia, perciò, soggetto alla disciplina relativa.

L'esito negativo della verifica – sulla base della *prospettazione* dell'attore, appunto – sembra dover comportare, poi, soltanto il mutamento del rito.

Le conclusioni proposte riposano, da un lato, sulla applicazione analogica di regole del processo del lavoro (art. 427 c.p.c.) – come interpretate dalla giurisprudenza – e risultano, dall'altro, coerenti con la *ratio* – del *procedimento specifico*, appunto – di “*accelerare la definizione delle (...) controversie*”.

Diversamente opinando, infatti, la soluzione delle stesse questioni pregiudiziali postulerebbe lo svolgimento dell'istruzione probatoria – quantomeno sullo specifico punto – con evidente ritardo nella definizione della controversia.

Ne risulterebbero disattesi, altresì, i principi generali della *economia processuale* – in dipendenza del palese spreco di attività – e della *strumentalità del processo*, in dipendenza del difetto di una pronuncia sul merito.

Peraltro una decisione sul rito – in ipotesi, di *inammissibilità del ricorso*¹⁰¹ – non pare, nella specie, compatibile con il nostro ordinamento.¹⁰²

Il paventato rischio di abusi del *procedimento specifico*, poi, risulta quantomeno ridimensionato – dal principio di *corrispondenza tra chiesto e pronunciato* – e, comunque, non giustifica, da solo, la creazione di una ipotesi di inammissibilità, che pare inedita.

5.5. Le medesime soluzioni sembrano imporsi, altresì, nel caso di *cumulo* della domanda – che rientri nell'oggetto del *procedimento specifico* – con altre domande, che ne esulino.

¹⁰¹ In tal senso, pare Trib. Milano, ordinanza 25 ottobre 2012.

¹⁰² Ancorché non sia comminata in ipotesi tassative, la inammissibilità si verifica, tuttavia, soltanto quando – essendo l'atto inidoneo al raggiungimento del suo scopo – non operi un meccanismo di sanatoria (vedi, per tutte, Cass., sez. un. civ., 29 gennaio 2000, n. 16, in Foro it., 2000, I, 1606, n. BALENA, BARONE C. M. e giurisprudenza conforme).

Anche in tal caso, infatti, il giudice – parimenti sulla base della *prospettazione* dell'attore – deve limitarsi a disporre il mutamento del rito.

A sostegno delle conclusioni proposte (*rectius*: riproposte) militano, infatti, le medesime ragioni addotte per il caso di unica domanda, che esuli dall'oggetto del *procedimento specifico*: l'applicazione analogica di norme sul processo del lavoro si coniuga, in tale prospettiva, con la *ratio* del *procedimento specifico* e, talora, con principi generali del processo civile (*economia processuale*, appunto, e *strumentalità del processo*).

Coerentemente, non può infatti disporsi – nel caso di cumulo – neanche la separazione delle domande – che esulino dall'oggetto del *procedimento specifico* – tanto più ove si consideri che la separazione risulta, bensì, esplicitamente prevista – dalla disciplina di tale *procedimento* (comma 56 dell'art. 1, cit.) – ma soltanto con riguardo, tuttavia, alla “domanda riconvenzionale non (...) fondata su fatti costitutivi identici a quelli posti a base della domanda principale” (*ubi lex voluit dixit.....*).

Del pari coerentemente, il lavoratore – nello stesso caso di cumulo – può proporre congiuntamente, col rito ordinario del lavoro, tutte le domande.

Infatti non osta la *obbligatorietà* del *procedimento specifico*, che riguarda, per quanto si è detto, le controversie aventi ad oggetto – soltanto – “l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro”.

Anche a voler prescindere dalle superiori argomentazioni giuridiche – peraltro assorbenti – resta da domandarsi, in conclusione, se l'interpretazione, a fini applicativi, della disciplina di *procedimento specifico* – volto, per quanto si è detto, ad “accelerare la definizione delle controversie”, che ne formano oggetto – possa comportare il ritardo della definizione e, addirittura, la negazione di una decisione sul merito.

All'evidenza, si tratta, tuttavia, di domanda retorica.

6. Note conclusive: per un diritto processuale minimo.

Riforme processuali, ordinamentali ed organizzative possono risultare funzionali – per quanto si è detto – alla *strumentalità* del processo e, con essa, alla tutela giurisdizionale *effettiva* per i diritti dei lavoratori.

C'è da domandarsi, tuttavia, se e quando ridiventi *pro labour*, nel nostro paese, lo stato dei rapporti di forza tra i portatori degli interessi in contrasto.

Agli stessi fini, soccorrono, altresì, *pratiche organizzative virtuose*.¹⁰³

C'è da domandarsi, tuttavia, se si tratti della mera ottimizzazione di modelli organizzativi tradizionali – come pare – oppure se ne risulti avviata la realizzazione dei nuovi modelli, che vengono proposti, per le istituzioni pubbliche, dalla moderna *scienza dell'organizzazione*.¹⁰⁴

¹⁰³ Vedi riferimenti a nota 33.

¹⁰⁴ Vedi, per tutti, E. BORGONOVÌ, G. FATTORE, F. LONGO (a cura di), *Management delle istituzioni pubbliche*, Milano, EGEA, 2009, *passim*.

Restano, comunque, quelle *opzioni ermeneutiche virtuose* (vedi *retro*), che – nella interpretazione, *a fini applicativi*, di norme processuali – risultano funzionali, per quanto si è detto, alla *strumentalità* del processo e, con essa, alla tutela giurisdizionale *effettiva* per i diritti dei lavoratori.

Ne risulta perseguita, in ogni caso, una sorta di *diritto processuale minimo* – per così dire – che, lungi dal rappresentare un ostacolo – all’attuazione *effettiva* del diritto sostanziale nel caso concreto – garantisca un processo *capace* – in coerenza con la *strumentalità chiovendiana* – di “*dare, per quanto é possibile praticamente, a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire*”.

E – per quel che qui interessa – garantisca tutela giurisdizionale *effettiva*, appunto, ai diritti dei lavoratori.

In altri termini – non saprei dirlo meglio del *messaggio evangelico*¹⁰⁵ – “*il sabato è stato fatto per l'uomo...!*”.

¹⁰⁵ Vangelo di Marco 2, 27-28.

Bentornata realtà: il pubblico impiego dopo la fase onirica*

Lorenzo Zoppoli

1. Riflessioni generali intorno a un fallimento annunciato e alla corretta metodologia per tracciare bilanci delle riforme	35
2. La privatizzazione come radicale mutamento di paradigma	38
3. Continuità e discontinuità nella riforma Brunetta	40
4. Eredità discutibili della riforma Brunetta nella cultura giuridica	43
5. Il superamento nelle politiche del diritto e sindacali della riforma Brunetta: bentornata realtà	45
6. I rischi di nuovi sogni irrealizzabili	47
7. Per un sano crepuscolarismo amministrativo (raccolgendo anche le eredità positive della riforma Brunetta)	48
Bibliografia	51

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 168/2013

1. Riflessioni generali intorno a un fallimento annunciato e alla corretta metodologia per tracciare bilanci delle riforme

Questa ennesima riflessione sulle riforme del lavoro pubblico trae origine da una (ri)lettura di uno dei commentari più attenti e puntuali al d.lgs. 150/09, quello curato da Alessandro Garilli e Mario Napoli¹⁰⁶. Questa volta ho preso le mosse dal saggio di Garilli, efficacemente intitolato “Dove va il pubblico impiego?”. Oggi sono molti a chiederselo, specie dopo un periodo piuttosto lungo di *impasse* in cui inevitabilmente le speranze (o illusioni) alimentate dalla “riforma Brunetta” hanno ceduto il passo ad una diffusa situazione di malcontento, che accomuna tutti i soggetti interessati (cittadini *in primis*, ma anche politici, amministratori, lavoratori e sindacati), sebbene da punti di vista diversi e, talora, diametralmente opposti¹⁰⁷. Garilli fa una diagnosi del punto in cui è arrivata la privatizzazione del pubblico impiego, una diagnosi articolata e per tanti versi condivisibile, ma da essa si ricava più che altro dove non sta andando il pubblico impiego. Del resto dopo il suo commento ai principi generali della riforma del 2009, scritto ormai un paio d’anni fa, varie cose sono accadute di cui occorre tener conto¹⁰⁸. Tuttavia mi pare innanzitutto da indicare un primo punto di convergenza con Garilli, laddove si ritiene più dannosa che proficua l’eziologia fannullologica della *maladministration* con la quale Ichino ha aperto la strada alla forse inutile riforma che porta il nome di Brunetta¹⁰⁹. Concordo abbastanza anche sulle conclusioni di Garilli (e con Bellavista, che è sulla stessa lunghezza d’onda) nella parte in cui si individua il principale colpevole delle delusioni della riforma nel soggetto politico, pur addossando molte responsabilità anche al sindacato: a suo parere infatti i punti di vera sofferenza del sistema vanno rinvenuti in “un eccesso di contrattualizzazione della seconda riforma” e “nell’incapacità di stabilire delle sanzioni per l’organo di indirizzo politico-amministrativo”¹¹⁰. In definitiva Garilli ritiene che il pubblico impiego, con opportune correzioni, possa essere ricondotto sulla retta via, dalla quale è stato sostanzialmente sviato dalla riforma Brunetta che, a suo parere, a quasi due anni dalla sua approvazione, era in fondo “ferma ai blocchi di partenza”. E, possiamo oggi aggiungere, lì è rimasta, non senza però provocare alcuni guasti di cui è necessario discutere.

Il panorama delle analisi e dei bilanci della riforma del pubblico impiego si è andato infatti assai arricchendo nell’ultimo anno giungendo a conclusioni articolate e/o drastiche, spesso formulate sulla base di parametri tra loro assai diversi. Può essere utile passare in rassegna alcune di tali analisi. Mi limiterò a sei esempi, equamente tratti dalle due culture giuridiche che hanno contribuito alla riforma degli anni ’90, quella giuspubblicistica e quella giuslavoristica.

¹⁰⁶ Pubblicato nel n. 5 delle *Nuove leggi civili commentate* del 2011.

¹⁰⁷ Basta”. leggere i giornali, ascoltare “la gente”, partecipare a dibattiti pubblici o a corsi di formazione del settore per rendersi conto che, da un lato, i cittadini lamentano servizi sempre più scadenti e, per converso, i dipendenti pubblici stipendi magri, scarsissime prospettive di carriera e stato di crescente abbandono delle strutture amministrative. I dati poi segnalano che gli aumenti retributivi per i pubblici impiegati derivanti dai contratti nazionali sono ormai bloccati dal 2011 (v. i rapporti sull’andamento delle retribuzioni in www.aranagenzia.org), anche se la dinamica salariale globale ha avuto un andamento più favorevole nel pubblico nel periodo 2000/2007 grazie ad una contrattazione integrativa di generale diffusione (v., anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, Talamo 2012, p. 436 ss.). Mai come in questo caso, per dirla con Paolo Sorrentino, probabilmente “hanno tutti ragione”.

¹⁰⁸ Mi riferisco soprattutto ai tanti provvedimenti legislativi intervenuti (o non intervenuti) tra la fine del 2011 e gli inizi del 2013 (in seguito richiamati) nonché all’evoluzione delle relazioni sindacali anche nel settore privato (dove si sono avuti almeno due importantissimi accordi interconfederali come quello del giugno/settembre 2011 e del novembre 2012).

¹⁰⁹ V. Ichino 2006.

¹¹⁰ V. Garilli 2011, p. 1083.

Partiamo da un saggio di ampio respiro comparso poco più di un anno fa, scritto da Carlo D'Orta, uno dei protagonisti di alcune importanti fasi della riforma del lavoro pubblico (ma non dell'ultima). Egli dice che la riforma è "fallita, pesantemente fallita" nel suo obiettivo di introdurre nelle amministrazioni la privatizzazione intesa come "regole e metodi manageriali"¹¹¹ e giunge a questa conclusione segnalando specificamente la necessità di tener conto, più che dell'estensione della contrattazione collettiva, "in concreto del contenuto della disciplina" legislativa¹¹². Nel saggio si può leggere un'analisi approfondita (e per molti versi condivisibile) dei limiti della recente legislazione (e contrattazione), condotta peraltro con il consueto rigore ma anche con particolare puntiglio esegetico. Riguardando però il ragionamento nelle sue linee essenziali, appare evidente che, da un lato, D'Orta parla soprattutto della "fase Brunetta" e, dall'altro lato, che utilizza essenzialmente un parametro di valutazione che è di tipo non giuridico, ma sostanziale/gestionale¹¹³. Non si può valutare a mio parere l'efficacia di una trasformazione di regime giuridico con riferimento a tali parametri. I contenuti di una normativa, qualunque essa sia, rispecchiano sempre convenienze e culture storicamente determinate; immergersi nella loro interpretazione – se può essere utile e anzi indispensabile in un approccio di tipo giudiziario – non conduce però lontano nelle ricostruzioni di tipo sistematico. La distinzione pubblico/privato invece attiene ad altro e cioè alla strumentazione giuridica negoziale/paritaria o autoritativo/provvedimentale. Quel che occorre fare costantemente è un controllo di coerenza interna agli istituti giuridici su cui è incentrato l'assetto normativo, che poi può essere più o meno efficace per raggiungere l'obiettivo desiderato. Il regime giuridico attiene essenzialmente ai mezzi non ai fini dell'azione delle pubbliche amministrazioni.

Di recente¹¹⁴ pure Sabino Cassese ha riproposto una tagliente diagnosi della riforma del pubblico impiego sostanzialmente rilevandone il fallimento e chiedendosi se il fallimento fosse inevitabile o se sia dovuto al fatto che le trasformazioni sono state realizzate in modo artatamente blando, sì da determinare il fallimento stesso (anche se per vero non si può tralasciare di dire che la fase più "blanda" della riforma è stata la prima, in parte completata mentre proprio Sabino Cassese rivestiva da par suo il ruolo di Ministro della Funzione pubblica). In particolare Cassese insiste nel rilevare come il principale difetto stia nel manico: la politica. E segnala la problematicità dello snodo politica/dirigenza, specie come asservimento della seconda alla prima. Quest'ultimo punto è assai delicato e, forse, la stessa Corte Costituzionale, di cui come è noto Cassese è autorevole membro, ha molto contribuito a delineare uno *spoils system* che, in fin dei conti, sul piano normativo qualche tutela in più la riconosce alla dirigenza pubblica¹¹⁵. Comunque, a parte questo

¹¹¹ D'Orta 2011, p. 393.

¹¹² V. D'Orta 2011, p. 465.

¹¹³ V. ancora D'Orta 2011, p. 465.

¹¹⁴ Il saggio potrà essere letto nel volume, in corso di pubblicazione, "Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del Diritto del lavoro".

¹¹⁵ La giurisprudenza sullo *spoils system* si presenta oramai particolarmente cospicua. Tra le principali sentenze della Consulta maturate in questi anni si ricordano Corte Cost. 28 gennaio 2006 n. 233, Corte Cost. 23 marzo 2007 n. 103, Corte Cost. 23 marzo 2007 n. 104, Corte Cost. 24 ottobre 2008, n. 351, Corte Cost. 5 febbraio 2010 n. 34, Corte Cost. 22 luglio 2011, n. 228, Corte Cost. 11 aprile 2011 n. 124. Su questa giurisprudenza v., per tutti, Zoppoli A 2012. Un discorso a parte meriterebbe la legislazione regionale in materia, su cui, da ultimo, D'Alessio 2012b.

aspetto, sul quale occorrerà tornare, mi pare che anche Cassese, nell'insistere sul bilancio fallimentare della riforma, incorra nell'errore di Carlo D'Orta, sovrapponendo troppo facilmente la modifica degli strumenti giuridici con i mancati interventi sui risultati dell'azione amministrativa.

Altri¹¹⁶ puntano da tempo l'indice sulla contrattazione collettiva, ritenuta la principale responsabile di una considerazione regressiva dell'interesse pubblico nell'attuazione della riforma, da cui deriverebbe la necessità di normare e presidiare "un modello parzialmente capovolto rispetto a quello operante nel settore privato ... che pare una conseguenza della particolare incidenza del fine pubblico normalmente rilevante ed onnicomprensivo in quanto permea di sé tutta l'attività delle pubbliche amministrazioni"¹¹⁷. In questi termini analisi e proposta si colorano di un imperdonabile *deja vu*. E poi, di questi tempi, è legittimo chiedersi: ridotta la contrattazione ad una condizione comatosa (specie in virtù del blocco disposto dall'art. 9, co., 17 del d.lgs. 78/10, conv. con l. 122/10), si è risolto qualcosa sul piano della rilevanza dell'interesse pubblico nella gestione delle pubbliche amministrazioni? A me pare proprio di no. E comunque la contrattazione non può essere mai eliminata perché se non esiste di per sé, ritorna come cripto-componente di una politica bisognosa di consenso sociale (in fondo il post-Brunetta gestito dal più sofisticato Patroni Griffi questo ci ha insegnato)¹¹⁸. Infine, mi pare che tali orientamenti pensino ad una contrattazione iper-funzionalizzata: e non si parla allora dello strumento giuridico giusto. Tanto varrebbe prendere il coraggio a due mani, eliminando del tutto la contrattazione e tornando a quarant'anni fa.

E il dubbio che proprio questa sia la più recente direzione di marcia del lavoro pubblico potrebbe anche venire, alla luce degli sviluppi impressi alla materia dall'ultimo Governo tecnico. A dirla tutta, quegli sviluppi sono disarmanti prima ancora che allarmanti: se si esclude la continuità con le politiche di congelamento della contrattazione nazionale, non si riesce neanche a capire se il Governo Monti voleva aggiungere il "bastone" del licenziamento più facile, previsto con le note tortuosità dalla l. 92/12, anche per il pubblico dipendente e non ci è riuscito o, addirittura, se il lavoro pubblico era rimasto del tutto fuori dalla riforma Fornero e nessuno ha poi saputo recuperarlo in modo intelligibile¹¹⁹. Alla fine per la verità si è tornati a considerare il lavoro pubblico, ma solo negli ultimi mesi dell'anno quando già si profilava lo scioglimento anticipato delle Camere, all'interno della c.d. *spending review* (l. 135/12), cioè all'insegna di drastici tagli organici e di misure volte a combattere la corruzione attraverso una maggiore trasparenza (cui sono connesse misure non sicuramente volte a migliorare l'efficacia dell'azione amministrativa, come la rotazione dei dirigenti, o confuse, come la rivalorizzazione dei codici etici con finalità disciplinari: v. art. 1, e spec. co. 44, della l. 190/12, che novella l'art. 54 del d.lgs. 165/01)¹²⁰. Insomma, con buona pace del Ministro Patroni Griffi, che ha parlato¹²¹ di "valorizzazione del settore pubblico

¹¹⁶ Da ultimo Talamo 2012.

¹¹⁷ V. Talamo 2012, p. 435.

¹¹⁸ Del resto già nel corso della "fase Brunetta" si è avvertita la necessità di pervenire alla stipula di un'intesa con il sindacato. Il riferimento è all'intesa del 4 febbraio 2011 su cui *infra*.

¹¹⁹ V. Tampieri 2012 *versus* Carinci F. 2012; anche Luciani 2012.

¹²⁰ V. Barrera 2013 e la Relazione 2012 sul costo del lavoro pubblico della Corte dei Conti; nonché Gargiulo 2012.

¹²¹ Il riferimento è a due belle prolusioni, a quanto consta inedite, del novembre 2012, alla Sapienza di Bologna e all'Alma Mater di Bologna.

attraverso un impegno coordinato di *policies*", sembra proprio che il lavoro pubblico venga considerato un ambito pieno di insidie sul quale non si può contare per soddisfare gli interessi della collettività. Ma forse è solo l'ombra lunga della cattiva politica, che sarà sconfitta dal prossimo "buon Governo".

Per riprendere ancora alcuni bilanci generali, voglio ora ricordare tre recenti interventi di giuslavoristi¹²². Il primo è quello di Mario Rusciano, che da qualche anno afferma che i problemi principali su cui si è incagliata la riforma del lavoro pubblico sono il rapporto politica/dirigenza e, soprattutto, la contrattualizzazione della seconda. Io, com'è noto, non sono granchè d'accordo con questa diagnosi, specie sulla contrattualizzazione¹²³. Tuttavia quel che mi interessa ora ricordare è che in un recente intervento specifico Rusciano ha nettamente preso le distanze dalla riforma Brunetta, sostenendo che "quella del 2009 non è mai stata una vera riforma della pubblica amministrazione" e rilevando che con essa "all'aumentare della stratificazione normativa ... diminuiscono fino quasi ad azzerarsi le opportunità di migliorare l'efficienza complessiva delle pubbliche amministrazioni sia mediante la modernizzazione degli apparati e delle strutture sia mediante la motivazione e l'incentivazione dei pubblici dipendenti"¹²⁴.

Umberto Romagnoli ha poi sostenuto (nello stesso libro citato in nota 9) che troppo ci si è illusi sul ruolo riformatore che poteva svolgere il sindacato nel lavoro pubblico; mentre Luigi Montuschi (sempre nello stesso volume), rilevando grandi difficoltà nell'incedere della riforma, aggiunge, giustamente, che occorre liberarsi dalle mitologie nelle riforme del lavoro pubblico e soprattutto della mitologia della sua monoliticità.

Mi pare che, nel complesso, i giuslavoristi, anche se non immuni dal contaminare analisi del quadro legislativo ed effetti sull'azione amministrativa, facciano analisi più equilibrate e condivisibili. Tornando al commentario di cui oggi discutiamo, molto ad esempio mi convince l'osservazione di Mario Napoli, secondo cui non si è creduto abbastanza nelle dorsali vere della riforma: la contrattazione collettiva e la dirigenza pubblica¹²⁵.

2. La privatizzazione come radicale mutamento di paradigma

Proprio seguendo la traccia di Mario Napoli, si possono approfondire le ragioni per cui la c.d. terza riforma sembra essere approdata ad uno stallo. In un bilancio equilibrato della privatizzazione la mia crescente convinzione è per la verità che sia necessario sposare una prospettiva storica di ampio respiro. In fondo per costruire l'edificio giuridico-istituzionale del vecchio pubblico impiego ci son voluti più di cinquant'anni. Possibile che dopo vent'anni il nuovo lavoro pubblico sia già da buttar via? Forse dobbiamo preliminarmente capire meglio cosa sia la privatizzazione e cosa è successo dal 1993 ad oggi. Non sembri allora stucchevole ricondurre ancora la riflessione sul significato che diamo al *nomen* con cui la riforma è passata alla storia. Anche perché non di una parola si tratta, ma di qualcosa di più.

¹²² Naturalmente si potrebbe far riferimento a molti altri scritti, essendo la letteratura in argomento notevolmente vasta. Tuttavia ho scelto di far riferimento essenzialmente a quegli scritti che si sono posti in una prospettiva di bilancio complessivo della riforma, formulando giudizi in un lasso di tempo (2011-2013) in cui è ragionevole che si sia tenuto conto delle medesime variabili giuridico-istituzionali.

¹²³ V., *funditus*, Zoppoli A. 2000 e, da ultimo, Spinelli 2012.

¹²⁴ V. Rusciano 2011, p. 198; in senso analogo anche Viscomi 2013.

¹²⁵ Napoli 2011, p. 1074 e 1076.

In un volume che ho curato nel 2009 (a cui è seguita una edizione 2011 con appendice di aggiornamento) ho considerato per la verità la privatizzazione un'ideologia, nel senso utilizzato da Karl Mannheim. Anche come ideologia la privatizzazione contiene le sue brave ambiguità. Comunque, intesa come ideologia, essa "copre" solo una fase e una parte del processo di riforma del lavoro pubblico che abbiamo conosciuto tra il 1993 e il 2009. Come parola/ideologia essa va usata in combinazione con altre: delegificazione/*deregulation*; contrattualizzazione; unificazione normativa; decentramento/*devolution*; meritocrazia. Resto dell'idea che la sequenza/dialettica tra queste ideologie sia fondamentale per capire non solo continuità e discontinuità della riforma del lavoro pubblico ma anche il grado di coerenza tra ideologie e tecniche utilizzate, nonché il giusto dosaggio tra ideologie e tecniche.

Riflettendo sull'incontro di oggi, e rileggendo il commentario Garilli/Napoli, è però affiorato alla mia mente un altro approccio. Il riferimento a ideologie e tecniche può servire ad analizzare la riforma dall'interno, per così dire. Invece rischia di farci perdere di vista le dinamiche di fondo, cioè le grandi macro-direzioni di una riforma che ha segnato una svolta profonda e che resta un punto di riferimento a vent'anni dal suo avvio. E vent'anni, se sono pochi in una prospettiva storica, per una riforma legislativa dei nostri tempi sono molti. Forse non dobbiamo farci abbacinare dai problemi di dettaglio sorti lungo il percorso, ma guardare alla direzione di marcia. E capire cosa dobbiamo correttamente intendere per "privatizzazione" può anche essere importante per capire dove siamo e dove stiamo andando con il percorso di riforma iniziato vent'anni or sono.

Del tutto inutile mi pare far riferimento ai risultati pratici della privatizzazione. Non perché non siano importanti (anzi), ma perché, se per risultati pratici intendiamo efficienza/efficacia dell'azione amministrativa, la privatizzazione è solo uno degli elementi da considerare per valutare i risultati. Ce ne sono tanti altri e molto più importanti che condizionano i medesimi risultati, a cominciare dalle risorse finanziarie, umane e tecnologiche; dal funzionamento dei sistemi politici centrali e locali; dai processi socio/economici generali e particolari. Perciò valutare la riforma del lavoro pubblico avviata nel 1993 alla luce di un generico bilancio dei risultati concreti raggiunti mi è parso sempre molto difficile e poco rigoroso dal punto di vista scientifico e in fondo funzionale essenzialmente a bilanci di tipo altamente politico. Questo non è un piano che oggi mi appassioni molto. E comunque non è un piano sul quale mi sento, sempre oggi, di dare un contributo di riflessione utile.

Comincia, invece, a sembrarmi opportuno ed utile far riferimento alla categoria di rivoluzione scientifica, così come l'ha intesa nella sua opera più celebre il filosofo della scienza Thomas Kuhn¹²⁶. Se ho ben capito, con quella categoria Kuhn suggerisce che periodicamente conoscenza e linguaggio che danno corpo ad una scienza vanno incontro ad un mutamento di paradigma¹²⁷ che è in grado di modificare profondamente la realtà di riferimento e i problemi che essa pone, con ovvie ripercussioni sulle soluzioni prospettate o prospettabili ai diversi problemi che emer-

¹²⁶Kuhn 2009.

¹²⁷ Il riferimento al paradigma e al suo mutamento non è infrequente nell'analisi della riforma del lavoro pubblico: v., di recente, Viscomi 2013; Colapietro 2012. Occorre però a mio parere intendersi sul suo significato di "rivoluzione scientifica" e sul tipo di mutamento che quella rivoluzione comporta. Pur trovandola interessante, oltre a non convincermi del tutto, non mi pare ad esempio così "rivoluzionaria" la scoperta delle "persona" come finalità ultima dell'azione amministrativa, di cui parla Colapietro sulla scorta dell'interessante libro di Nicosia 2011. Al riguardo basti pensare proprio agli studi di Umberto Pototschnig, ampiamente tratti nel numero monografico 3 del 2001 della rivista Amministrare.

gono dalla realtà. I paradigmi non sono regole rigide, ma devono avere due caratteristiche: devono essere abbastanza nuovi da attrarre un gruppo stabile e sufficientemente ampio di seguaci, distogliendoli da forme di attività scientifiche che contrastino con esso; e devono essere abbastanza aperti da consentire di risolvere altri problemi. Il mutamento di paradigma non riguarda solo singoli settori, ma comporta una trasformazione dell'intera struttura concettuale con la quale gli scienziati guardano il mondo. Questa transizione non è istantanea, in analogia con le rivoluzioni politiche; tra i paradigmi si ingaggia una lotta e la scelta di uno di essi non è mai risolvibile facendo soltanto ricorso alle argomentazioni logiche e all'esperimento. Essa comporta, infatti, una decisione su quali problemi sia più importante risolvere e questo implica un riferimento a valori. La vittoria di un paradigma dipenderà allora dalla sua forza persuasiva nell'ottenere il consenso della comunità scientifica.

A mio avviso, la privatizzazione del pubblico impiego costituisce un mutamento di paradigma nel senso più stretto del termine quanto meno nell'ambito delle scienze giuridiche. E nemmeno tanto per il passaggio dal diritto pubblico al diritto privato¹²⁸, quanto per la centralità che assumono nel nuovo paradigma la dimensione micro-organizzativa e quella contrattuale: a tutto discapito della centralità della legge, o per meglio dire, della regolazione/gestione dei rapporti di lavoro pubblico per decreto (un po', per riprendere ancora Kuhn, come il passaggio dal sistema tolemaico al sistema copernicano).

3. Continuità e discontinuità nella riforma Brunetta

La privatizzazione è dunque un mutamento di paradigma. Netto, anche se realizzato con gradualità: prima timidamente, con il 1992/1993, e poi più marcatamente, nel 1997/1998. Tra queste due fasi ci sono grandi continuità ma anche rilevanti discontinuità. Comunque nel passaggio dalla prima alla seconda privatizzazione il paradigma non viene scalfito: anzi viene approfondito.

Più complesso è valutare cosa è successo dal 2009 in poi. Aumentano le discontinuità e si arriva a dubitare che si rimanga nell'ambito della privatizzazione, e questo soprattutto perché riprende spazio la legge e la gestione del lavoro per decreto (disegno agevolato da una ripresa della politica avvenuta a partire dai primi anni del 2000). Forse però c'è un grande equivoco: più che tornare al paradigma della iperregolazione centralizzata si vuole rafforzare una gestione unilaterale dei rapporti di lavoro¹²⁹.

Ma tutto questo avviene con un nuovo mutamento di paradigma? Direi di no. In questo ha ragione Mario Rusciano: la riforma del 2009 non è paragonabile a quella del '92-'98. Anche se si tratta di un tentativo corposo di intervenire sui rapporti di forza instaurati sulla scia della riforma del 1993. Al riguardo ribadisco la mia opinione: si tratta di una consistente, seppur maldestra, modificazione del quadro legislativo maturato fino al 2001, quindi di una riforma della riforma¹³⁰.

¹²⁸ V. D'Orta 2011.

¹²⁹ E per la verità pare fonte di equivoco l'idea che da una rilegificazione possa scaturire una ripubblicizzazione del rapporto portatrice di maggiori tutele del lavoro pubblico: in tal senso Carabelli 2010, su cui Ferrante 2011, p. 1111.

¹³⁰ V. Zoppi L. 2011c.

Per quanto riguarda il lavoro pubblico, tutto però avviene all'interno del medesimo paradigma, quello della privatizzazione. Rimane infatti intatta, e anzi si accresce, la centralità della dimensione micro-organizzativa, come prova la straordinaria rilevanza assunta dalla prospettiva della scienza dell'organizzazione, molto ben indagata negli scritti di Domenico Bodega e Barbara Imperatori nel commentario che stiamo rileggendo oggi. Cambia, invece, la concettualizzazione della dimensione contrattuale, che gravita sempre più intorno al concetto di "contrattualismo" piuttosto che a quello di "contrattualizzazione"¹³¹. Mentre impallidisce ancor più l'uso della nozione tecnica di contratto, inteso come atto negoziale caratterizzato dalla parità formale e sostanziale dei contraenti.

A ben guardare però, non si tratta di una scelta maturata solo nell'ambito del lavoro pubblico. Anzi, nonostante si debba riscontrare una distanza sempre più marcata tra concreta disciplina del lavoro pubblico e disciplina del lavoro privato, mi pare sostenibile che la concettualizzazione dello strumento del contratto – anche qui si potrebbe dire il paradigma scientifico in uso come fondamento del diritto del lavoro nel settore privato, cioè quello relativo al contratto – venga mutuata dalle trasformazioni che nello scorso decennio si tenta di realizzare nel settore privato¹³². Infatti, in tutto il diritto del lavoro la contrattualizzazione viene sempre più fagocitata da un paradigma contrattualista, dove il contratto non è strumento di parità bensì essenzialmente veicolo di una nuova supremazia interindividuale.

Ma la domanda da farsi è: può il lavoro pubblico sopportare un così rapido viaggio di andata e ritorno dal mondo dell'unilateralità/sovraordinazione? Per di più connotato dal fatto che il ritorno all'unilateralità sarebbe attorniato da marcati tratti di autoritarismo privo di garanzie e tendenzialmente espropriativo di diritti individuali e collettivi?

A mio parere, rafforzato dalla lettura del commentario di cui oggi discutiamo, la risposta è nettamente negativa. E la ragione sta nel fatto che il passaggio dall'unilateralità alla contrattualizzazione non solo ha richiesto molti decenni, ma affonda le sue radici in una profonda trasformazione strutturale riguardante culture, assetti istituzionali, sistemi politici, funzioni amministrative, tecnologie, mondi relazionali. L'esito di questo processo è che lavoro e lavoratori nelle pubbliche amministrazioni sono irrimediabilmente assimilati a quelli del settore privato, nonostante permangano profondissime differenze sia nelle *mission* istituzionali sia nei canali di finanziamento.

La dimostrazione di questa impossibilità sul piano giuridico è che per tornare all'unilateralità non servono le medesime regole e tecniche del lavoro privato – dove si invocherebbe a gran voce un abbattimento dei vincoli legislativi per le imprese e degli interventi giudiziari di controllo sulle scelte gestionali (pur essi invero difficili da praticare) – bensì regole e tecniche opposte, fatte di una moltiplicazione di divieti e direttive di origine legale¹³³. La cui effettività resta appunto affidata

¹³¹ Per la terminologia, in buona parte mutuata da Supiot 2006, v. Zoppoli L. 2011a. Volendo riproporre una breve sintesi con il termine/concetto contrattualismo, si intende essenzialmente una vera e propria filosofia economico-giuridica secondo la quale *il legame contrattuale rappresenta la manifestazione più compiuta del legame sociale ed è destinata a sostituirsi ovunque agli imperativi unilaterali della legge*. Con il termine contrattualizzazione, invece, si intende *l'estensione oggettiva del ricorso alle tecniche contrattuali*.

¹³² Dello stesso avviso Viscomi 2013, p. 62.

¹³³ Segnala molto efficacemente questi aspetti Caruso 2010, p. 249 ss.

all'obbedienza della legge, che nessuno può con certezza garantire nei singoli contesti in cui continuano ad operare essenzialmente soggetti che, per ragioni magari diverse, sono tutti portatori di culture e tecniche lontane dall'unilateralismo autoritario e assai più inclini a cercare il consenso, magari sotto una pluralità di forme¹³⁴. Ed è esattamente quello che nella realtà si è continuato a fare anche nella gestione della fase Brunetta, come dimostra l'intesa della primavera 2009 (che, come molti rilevano nel commentario Garilli-Napoli, contraddice lo stesso d.lgs. 150/09) e successivamente l'intesa del 4 febbraio 2011 alla quale ha poi fatto seguito il chiarificatore d.lgs. 141/11.

Dunque nel lavoro pubblico l'unilateralismo oggi rischia di creare più problemi di quanti non ne risolva in quanto si muove in uno scenario quasi onirico, dove il sogno del buon amministratore, che si materializza d'incanto tra le crescenti prescrizioni legislative, trasmuta nell'incubo di un paralizzante impegno a metter d'accordo tutti nel rispetto formale degli obblighi previsti dalla legge. Paradossalmente il ritorno all'unilateralismo rischia di rendere solo meno visibili e più contorti i percorsi per realizzare gli ampi consensi tra attori diversi necessari anche solo alla sopravvivenza del settore pubblico¹³⁵. Con la solita vittima designata del cittadino frustrato nell'attesa di un miglioramento dei servizi.

Per capire ancora meglio cosa è successo nell'ultima fase, può essere utile far ricorso ad altri concetti mutuati dalla filosofia della scienza. Mi riferisco a due categorie tratte dalla teoria dei linguaggi/mondo di John Searle, che, com'è noto, è uno dei principali studiosi di "teorie della costruzione della realtà sociale" (o ontologia sociale): le "funzioni di *status*" e "i poteri deontici". Gli uni e gli altri sono comuni agli atti linguistici appartenenti alla quinta classe e, in ispecie, ai c.d. "enunciati performativi di Austin", che sono dichiarazioni mediante i quali il semplice enunciato determina il verificarsi di un fatto (esempio tipico: il presidente che dichiara sospesa una seduta). Attraverso tali enunciati si dà vita alle c.d. funzioni di *status*, cioè a posizioni di potere che esistono solo in quanto "create da rappresentazioni aventi forma di dichiarazioni"¹³⁶. Da tali funzioni scaturiscono i c.d. poteri deontici, cioè quei poteri nei quali si radicano ontologicamente doveri, diritti e responsabilità.

Il punto a mio parere è che con il mutamento di paradigma avvenuto nel 1993 occorre utilizzare adeguati enunciati performativi per dar vita a funzioni di *status* dotate di effettività, cioè riconosciute e rispettate dalla comunità culturale di riferimento. Nel 2009 si è avvertito il problema derivante dalla carenza di enunciati performativi coerenti con i problemi da affrontare, soprattutto perché è parso che la dirigenza pubblica non fosse dotata dei necessari poteri per far funzionare un corretto statuto di diritti e doveri del dipendente pubblico. Così si è cercato di delineare nuove funzioni di *status* legificando i poteri datoriali e difendendoli dall'invasione del sindacato. Ma per rendere reali, cioè davvero funzionanti, le posizioni di potere della dirigenza non

¹³⁴ Uno spunto interessante al riguardo anche in un osservatore di processi reali come Paolo Matteini 2012, p. 3: "se comunque il disegno brunettiano non ha raggiunto gli obiettivi previsti non lo si deve ad un'opposizione sindacale frontale e convinta. I fattori sono stati altri: uno scetticismo diffuso su una gestione "muscolare" dei rapporti sindacali, un'abitudine alle interrelazioni tra direzioni degli enti e sindacato interno, un dissenso, magari dissimulato ma ben presente, di Regioni e Anci sulle scelte governative".

¹³⁵ Per le questioni sorte sul calcolo della rappresentanza e sul nuovo baricentro delle relazioni sindacali nelle p.a. subito dopo la riforma del 2009 v. Zoppoli L. 2011c.

¹³⁶ Searle 2012, p. 184.

basta ribadire la “rappresentazione” all’interno di “dichiarazioni” dotate del crisma legislativo. I “poteri deontici” del dirigente pubblico, nel nuovo paradigma in uso, non nascono dalla legge ma da ciascun contesto organizzativo specifico e dalla sua capacità di farli valere nel negoziato con tutti i soggetti che su quell’organizzazione premono, che non sono assolutamente riducibili al solo sindacato. Anzi a dirla tutta il sindacato non è solo un ostacolo al prendere corpo dei “poteri deontici” della dirigenza pubblica; piuttosto il sindacato, in quanto elemento di costruzione della realtà organizzativa, può essere una fonte ben solida perché nella realtà prenda corpo e sostanza un dirigente autorevole e rispettato. Figura che oggi non può nascere dalla mente del legislatore non paragonabile lontanamente a quella di un Giove onnipotente¹³⁷.

4. Eredità discutibili della riforma Brunetta nella cultura giuridica

L’aspetto più serio di quanto accaduto intorno alla riforma Brunetta è però che quella che potremmo chiamare la “fase onirica della privatizzazione” ha aperto più di una breccia anche in dottrina e giurisprudenza. E ciò non tanto e non solo a sostegno di un recupero della regolamentazione incentrata sulla legge, quanto a sostegno di interpretazioni del quadro normativo favorevoli ad una revisione di faticosi equilibri riguardanti fondamentali garanzie delle persone e dei soggetti collettivi. Queste brecce rendono concreti i rischi di assestamento normativo di una privatizzazione erosiva di diritti collettivi e/o individuali, cioè subordinati “ideologicamente” al rigido rispetto di coerenze economiche o astratte razionalità organizzative. Anche a tal riguardo si può nutrire più di un dubbio sul fatto che la configurazione legislativa dei diritti - e il loro astratto bilanciamento con valori economici - garantisca l’effettività di norme prive di un sufficiente consenso sociale, salvo apprestare poderosi e costosi apparati repressivi.

Solo per uscire dal generico, citerò due esempi di quelle che mi paiono brecce nel tessuto delle garanzie fondamentali.

La prima la rilevo proprio dal commentario in discussione, da un saggio che tra l’altro mi è particolarmente piaciuto, quello di Vincenzo Ferrante intitolato “i poteri datoriali rivisitati”. Qui, nella piena consapevolezza che “la privatizzazione ... sembra risolversi in un arretramento delle tutele del lavoratore”¹³⁸, Ferrante, rilevando la carenza di sanzioni efficaci per il caso in cui venga violata la norma che riserva alla competenza unilaterale del datore di lavoro pubblico talune materie, propone un’interpretazione integrativa della nuova versione dell’art. 5 del d.lgs. 165/01 volta a rafforzarne il profilo sanzionatorio. Secondo Ferrante si può ritenere che “sia stato introdotto, invero in maniera implicita, nel nostro ordinamento un divieto di sciopero con finalità di coazione alle decisioni del datore pubblico, limitatamente alle sole materie nelle quali il decreto stabilisce che questi debba agire in via esclusiva”¹³⁹. La proposta, ad un attento esame, mi pare un po’ fantasiosa: sia perché lo sciopero immaginato avrebbe ad oggetto probabilmente un determinato risultato piuttosto che le modalità per realizzarlo¹⁴⁰ sia perché la norma di legge in questione non tocca in alcun modo né il diritto di sciopero né le modalità di esercizio. Mi pare però emblematica di come si possa pensare di raggiungere con una prescrizione legale interpretata estensivamente

¹³⁷ In tal senso v. già gli studi di Pioggia 2001.

¹³⁸ Ferrante 2011, p. 1115.

¹³⁹ Ferrante 2011, p. 1114.

¹⁴⁰ Analogo rilievo in Spinelli 2012, p. 201.

un risultato che solo il dirigente può perseguire: la capacità di assumere una decisione senza subire il condizionamento del sindacato. La presunta incapacità del dirigente di avvalersi delle sue prerogative induce ad immaginare la possibilità di porre fuori legge l'esercizio di uno sciopero contro l'azione dirigenziale unilaterale pienamente legittima. Il diritto costituzionale di sciopero dei dipendenti pubblici viene così drasticamente e indefinitamente limitato, reintroducendo in sostanza il reato di coazione alla pubblica autorità di cui all'art. 504 c.p., dichiarato illegittimo dalla Corte Costituzionale con sent. 165/83. E questo, secondo Ferrante, perché il dirigente pubblico non potrebbe essere ritenuto responsabile della propria decisione se questa può subire il condizionamento di uno sciopero. Pure salvando le buone intenzioni dell'A., è qui evidente come in questa ricostruzione si faccia strada una concezione secondo cui il buon andamento non sia conciliabile con il libero esplicarsi del conflitto sindacale. Non sono gli equilibri della nostra Carta Costituzionale, ma quelli appunto del codice Rocco. Nella nostra Costituzione il buon dirigente realizza il buon andamento con il consenso sindacale o nonostante il conflitto sindacale. Esattamente come il datore di lavoro privato: e questo non è frutto della prima o seconda privatizzazione, ma di una giurisprudenza costituzionale assai risalente e fondata su valori costituzionali indiscutibili. Possibile che, vigente la l. 146/90, tra i diritti da bilanciare con il diritto di sciopero dobbiamo ora anche annoverare quello del dirigente ad ottenere una buona valutazione senza preoccuparsi di avere il più largo consenso possibile da parte dei propri dipendenti?¹⁴¹

La seconda breccia nel tessuto delle garanzie fondamentali, più preoccupante, la colgo per la verità nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, sent. 120/12, che, a proposito delle decurtazioni salariali nel caso dei primi dieci giorni di assenza per malattia previste per i dipendenti pubblici dall'art. 71 del d.l. 112/08 conv. con modif. dalla l. 133/08, argomenta il sacrificio del diritto alla salute con il rilievo del "buon andamento della pubblica amministrazione, che la norma censurata si propone a ragion veduta di perseguire disincentivando l'assenteismo"¹⁴². Ora, fermo restando che si possono condividere le altre argomentazioni poste a base della sentenza di rigetto della questione di costituzionalità, proprio questa argomentazione pare svalutare per i dipendenti pubblici una norma come l'art. 32 Cost. – tanto valorizzata sia nella legislazione sia nella giurisprudenza costituzionale – sulla base di una considerazione, oltre che imperdonabilmente generica (l'assenteismo è uguale in tutte le amministrazioni?), sostanzialmente inesatta: perché decurtando il salario di chi effettivamente è malato non si scoraggia l'assenteismo, ma si lede appunto il diritto alla cura del cittadino/lavoratore, accollandogli una perdita non evitabile (e la misura della perdita non può valutarsi in astratto, come sembra fare la Corte). E, se quella norma non ha l'unico effetto di scoraggiare l'assenteismo, questa interpretazione deprezza la malattia del dipendente pubblico senza troppo curarsi né delle specifiche situazioni organizzative (esistono amministrazioni dove l'assenteismo non è affatto patologico) né delle coerenze esegetico-sistematiche (art. 2087 c.c.) né di quelle interne alle recenti innovazioni legislative, che impongono ai dirigenti di perseguire il benessere organizzativo (v. art. 7, co. 1, d.lgs. 165/01, modif. con l. 183/10)¹⁴³ e non solo la lotta all'assenteismo (v. art. 55-septies, co. 6, del d.lgs. 165/01)¹⁴⁴.

¹⁴¹ Diverso è sostenere, ad esempio, che la condotta antisindacale delle pubbliche amministrazioni deve essere valutata in ragione degli specifici interessi pubblici coinvolti dall'azione amministrativa: sul tema v. Esposito 2008 e 2010.

¹⁴² Sulla questione v. Casale 2012; Casillo 2011; Mezzacapo 2012.

¹⁴³ Quanto alla disposizione citata v. Nicosia 2011 che la valorizza molto, forse troppo.

¹⁴⁴ Sul punto v. Malzani 2011.

Si tratta di passi significativi della cultura giuridica verso una nuova versione della privatizzazione, in cui gli interessi collettivi e individuali del dipendente pubblico vengono strutturalmente resi recessivi rispetto al buon andamento, con una revisione delle tutele ad essi accordati dall'ordinamento. Mi pare un neo-autoritarismo che un po' inclina verso la vulgata fannullologica e un po' coltiva, inconsapevolmente, i germi di una rivolta sociale più o meno esplicita o quelli di una più accentuata compressione di diritti e libertà. Consiglierei prudenza, in un paese con etica pubblica in declino non ci vuole molto ad innescare pericolosi circoli viziosi in cui la rivolta alimenta la repressione e viceversa, fino ad esiti difficilmente prevedibili.

5. Il superamento nelle politiche del diritto e sindacali della riforma Brunetta: bentornata realtà

Registrate le pericolose brecce aperte nella cultura giuridica dal clima culturale in cui è nata e fallita la riforma Brunetta, bisogna però anche dire che nella legislazione, nelle politiche del diritto e anche in altri insospettabili luoghi di formazione della cultura giuridica del lavoro pubblico nell'ultimo anno sembra essere tornato un sano realismo, cioè, per quanto ci riguarda, sembra di nuovo di essere sulla strada di una privatizzazione contestualizzata e più attenta ai valori costituzionali¹⁴⁵.

Ne sono eloquente riprova i provvedimenti del 2011 (specie il d.lgs. 141/11) e un importante parere del Consiglio di Stato, sempre del 2011.

Cominciamo da quest'ultimo, che riguarda la singolare vicenda del rinnovo delle RSU dopo la riforma del 2009. Com'è noto, la disciplina della rappresentanza sindacale non è stata toccata direttamente dalla riforma Brunetta. Però un'intenzione "cristallizzatrice" viene ben presto manifestata dal legislatore con disposizioni transitorie (art. 65, co. 3, del d.lgs. 150/09) o marginali (art. 1, co. 20-bis, della l. 30 dicembre 2009 n. 194, c.d. milleproroghe 2009), che prorogano al 30 novembre 2010 le RSU esistenti all'entrata in vigore della riforma Brunetta, anche se con elezioni già indette, e "congelano" i dati per il calcolo della rappresentatività sindacale al biennio 2008-2009. Si trattava di due disposizioni davvero imbarazzanti sotto il profilo del rispetto effettivo della libertà sindacale, che avrebbero potuto trovare una qualche minima giustificazione solo se correlate ad una immediata attuazione di tutti gli adempimenti volti a rendere pienamente operativa la riforma del sistema di relazioni contrattuali: dal nuovo Aran fino all'avvio delle procedure per il rinnovo dei nuovi contratti di comparto. Per quanto prima si è detto, nell'agosto 2010 è

¹⁴⁵ La difficile implementazione del d.lgs. 150/09 è dimostrata dai risultati non propri incoraggianti che emergono dal monitoraggio svolto dalla CiviT sul ciclo di gestione delle *performance* del 2012. Con riferimento all'anno 2012, le amministrazioni pubbliche centrali tenute a dare avvio al ciclo di gestione della *performance* erano ottanta e di esse, rileva la CiviT: "le amministrazioni totalmente inadempienti – che non hanno adottato nessuno degli strumenti previsti nel 2012 – sono state undici (circa il 14%)"; "Il 30% delle amministrazioni (24 su 80) è inadempiente rispetto al piano della *performance*" ed il dato è in crescita se solo si considera che "nel 2011, le amministrazioni inadempienti erano il 13,6% del totale e tra essi non compariva nessun ministero"; "Il 27,5% delle amministrazioni (22 su 80) è inadempiente rispetto al sistema di misurazione e valutazione delle *performance*"; "Il 40% delle amministrazioni (32 su 80) è inadempiente rispetto al programma triennale per la trasparenza e l'integrità"; "circa il 54% delle amministrazioni (43 su 80) è inadempiente rispetto all'obbligo di trasmissione alla Commissione degli standard di qualità", sebbene tale dato registri un lieve miglioramento rispetto al passato considerato che "nel 2011, gli enti inadempienti erano il 67% del totale e tra essi comparivano quattro ministeri". In base all'analisi svolta la Commissione rileva come alla base delle difficoltà sussista, tra l'altro, un "problema di complessità della materia che si traduce in adempimenti onerosi da attuare da parte delle amministrazioni, con una conseguente difficoltà in termini di gestione del cambiamento" tanto che a "parere della Commissione è necessario un intervento di semplificazione e razionalizzazione degli strumenti del ciclo di gestione delle *performance*".

parso chiaro che tale attuazione sarebbe stata tutt'altro che tempestiva: basti dire che l'Aran è stato commissariato fino all'estate del 2011¹⁴⁶. Ciononostante, in prossimità del 30 novembre 2010, l'Aran ha ritenuto che le RSU non decadessero con lo spirare di quella data, ma che esse proseguissero "nello svolgimento delle loro funzioni fino al prossimo rinnovo elettorale, mantenendo, altresì, invariate, tutte le prerogative alle stesse riconosciute dalle disposizioni legislative e contrattuali vigenti"; e ciò nella precipua considerazione della necessità di attendere l'attuazione della riforma Brunetta e, segnatamente, il CCNQ per i comparti e le aree che "rappresenta uno strumento essenziale per l'individuazione dei nuovi ambiti di riferimento per la prossima competizione elettorale", ancora in fase di negoziazione al novembre 2010¹⁴⁷. Per apprezzare fino in fondo questa sottile argomentazione, è forse utile ricordare che la procedura negoziale per la definizione dei nuovi comparti è stata aperta il 19 aprile 2010, che una prima ipotesi è stata formulata il 7 settembre 2010 e che la l. 122/10, con cui sono state bloccate le procedure contrattuali e negoziali relative al triennio 2010-2012 (forse in via di proroga fino al 2014 e oltre: dipende dagli orientamenti di un Governo post-elettorale che all'ultimo momento ha espunto tale proroga dalla legge di stabilità 2013), non sembra affatto bloccare totalmente la contrattazione collettiva avente ad oggetto materie non economiche¹⁴⁸.

Certo è che in un contesto così dinamico, qual è il mondo delle relazioni sindacali, la pretesa del legislatore o dell'Aran di congelare tutto per un tempo imprecisato è foriera di innumerevoli problemi giuridici. Deve essersene resa conto anche la Funzione pubblica, che riguardo al "congelamento" delle RSU è tornata ad interpellare il Consiglio di Stato. Il parere, reso il 12 gennaio 2011¹⁴⁹, appare pienamente rispettoso del quadro giuridico-istituzionale in cui vanno inserite le delicate regole sui circuiti rappresentativi sindacali. Il massimo organo di giustizia amministrativa ha infatti ritenuto in palese contrasto con i principi costituzionali il congelamento *sine die* delle RSU, sostenendo con forza e decisione il diritto dei lavoratori ad avere rappresentanze effettive ed attuali. Ha quindi ritenuto che tale diritto, temporaneamente e ragionevolmente compresso in vista di una rapida applicazione della riforma, si riespande a prescindere dalla definizione dei nuovi comparti di contrattazione e ferma restando la necessità di rinnovare le elezioni nel momento in cui dovessero essere definiti i nuovi ambiti dei contratti di comparto. Di tutto rilievo è che il Consiglio di Stato individua una serie di principi di primaria rilevanza costituzionale dai quali il legislatore non può deviare: a) esistenza di un "naturale ... dinamismo della rappresentanza sindacale" che è "costituzionalmente protetto" e "richiede verifiche periodiche e non ammette cristallizzazioni"; b) incomprimibilità del diritto dei lavoratori ad esprimere periodicamente la propria rappresentanza secondo cadenze liberamente stabilite dalla contrattazione collettiva. Particolarmente apprezzabile è la rassegna dei "punti di emersione specifica di tali principi", che sarebbero: a) l'assetto delle relazioni sindacali, solo ove accompagnato da elezioni periodiche, può dirsi ispirato ad una logica ascendente e non discendente del potere"; b) la legittimità delle prerogative sindacali può assumersi proprio in quanto essa è vincolata a dati oggettivi che vanno periodicamente misurati; c) il sistema sindacale è legittimo in quanto è basato su un consenso sindacale, soggetto a verifiche; d) la protezione del naturale dinamismo del principio di rappre-

¹⁴⁶ Sulla riforma dell'Aran v. specificamente da ultimi Zoppoli L., Delfino 2012.

¹⁴⁷ V. circolare Aran 10700/10 del 26 novembre 2010.

¹⁴⁸ Alaimo 2010, p. 554.

¹⁴⁹ Consiglio di Stato, sez. I, n. 551/11, depositato il 3 febbraio 2011.

sentanza consente la maturazione del più ampio pluralismo sindacale; e) le elezioni sono comunque lo strumento, per i lavoratori, per esercitare una funzione di indirizzo sulle organizzazioni sindacali; f) le elezioni possono servire a cogliere il peso specifico dei sindacati nel corso delle trattative; g) le elezioni assicurano una rappresentanza di sede pienamente legittimata. A seguito di questo parere le RSU sono state rinnovate, sebbene con un eclatante ritardo (marzo 2012).

Quanto poi alle politiche del diritto in materia sindacale, è vero che, come prima si è detto, il d.lgs. 141/11 ha alla fine previsto l'immediata applicazione delle norme legali che prevedevano un drastico ridimensionamento dei diritti e delle modalità di coinvolgimento dei sindacati a livello delle singole amministrazioni. Ma è pur vero che: a) l'entrata in vigore di quel decreto interpretativo/correttivo è stata frutto di una negoziazione con i sindacati che ha avuto come evidente contropartita il rinvio dell'applicazione della norma-simbolo dell'ossessione meritocratica su cui è incentrata la riforma Brunetta; b) dal d.lgs. 141/11 non son passati che pochi mesi e il nuovo Governo ha siglato prima un'intesa (maggio 2012) e poi approvato una legge in cui vengono di nuovo ampliati i diritti di coinvolgimento dei sindacati a livello periferico (anche se non si va oltre l'esame congiunto: v. art. 2, co., 17 della l. 135/12). Se a questo si aggiunge che le iniziative legislative avviate dal Ministro Patroni Griffi non sembrano prefigurare un'estensione della l. 92/12 al lavoro pubblico e nemmeno una riattivazione degli aspetti più duri della riforma Brunetta, ce n'è abbastanza per dedurre che è in atto un profondo ripensamento su quegli aspetti della fase onirica che più avevano destato perplessità. Ad ulteriore riprova si può ricordare anche l'analisi del Ministro Patroni Griffi nelle succitate prolusioni: "è viva l'esigenza di una politica pubblica riformista, che determini un processo graduale ma irreversibile verso il cambiamento. È importante combattere le resistenze conservatrici – che in genere proteggono privilegi e prerogative – ma anche i propositi (talvolta per la verità più dichiarati che realizzati, o anche solo tentati) di cambiamenti radicali, che inevitabilmente rivelano un approccio demagogico ai problemi e si traducono in comportamenti velleitari". Dinanzi a queste ultime vicende e affermazioni si potrebbe esclamare (sempre cogliendo le suggestioni di un attuale dibattito filosofico¹⁵⁰): bentornata realtà!

6. I rischi di nuovi sogni irrealizzabili

Comunque il fatto che la fase onirica consacrata dalla gestione Brunetta volga al termine, non fuga completamente i rischi di ulteriori approcci ai problemi del lavoro pubblico poco realistici. Secondo taluni opinionisti¹⁵¹ tali rischi sarebbero ad esempio rinvenibili nel recente piano del lavoro presentato alla conferenza programmatica della Cgil dello scorso fine gennaio, nel quale si leggono proposte dirette a promuovere una stagione di svecchiamento e nuove assunzioni nelle pubbliche amministrazioni poco compatibili con lo stato delle finanze e dell'efficienza del settore. I più benevoli giungono a sostenere che se ne potrebbe fare qualcosa solo se le nuove assunzioni fossero parte di uno scambio per ottenere un impegno del sindacato sul fronte del buon andamento delle amministrazioni¹⁵².

A ben guardare il piano della Cgil pare assai prudente nel prospettare un ampliamento del settore pubblico; laddove viene prospettato si pone in stretta correlazione con l'emergenza precariato e

¹⁵⁰ De Caro, Ferraris 2012.

¹⁵¹ Ferrera 2013, Ichino 2013, D'Antonio 2013.

¹⁵² D'Antonio 2013.

proprio con la necessità di potenziare l'efficacia dell'azione amministrativa in settori ritenuti strategici per lo sviluppo complessivo del sistema. Certo anche proposte di questo genere possono apparire irrealistiche se si coltivano prospettive di drastico *downsizing* del settore pubblico, specie in settori come istruzione e sanità. Ma qui non parliamo di riforme del lavoro pubblico, bensì di scelte complessive di sistema che toccano alla politica in quanto tale e che legittimamente rispecchiano diverse visioni ideologiche. Resterebbe in ogni caso da capire come far funzionare al meglio quel che resta pubblico sul piano delle politiche del lavoro e delle tecniche gestionali.

A questo specifico riguardo mi sembra, invece, assolutamente da escludere che un approccio realistico al lavoro pubblico possa prospettare scambi sindacali tra nuove assunzioni ed efficienza/efficacia dei servizi resi ai cittadini. Nelle amministrazioni non ci può né ci deve essere un *trade-off* del genere, meno che mai come scala cronologica delle priorità. Efficienza ed efficacia vanno perseguite comunque, con o senza accordo sindacale, con o senza nuove assunzioni. Ovviamente nei limiti delle risorse concretamente disponibili.

Un approccio egualmente astratto sarebbe quello di immaginare uno scambio contrattuale generalizzato diretto a garantire incrementi salariali a fronte di risparmi dovuti a riorganizzazioni. Idee di questo tipo sono state avanzate con riferimento all'art. 16 del d.l. 98/11 che prevede che tutte le amministrazioni possano adottare piani di razionalizzazione triennali di cui il 50% dei risparmi di spesa, aggiuntivi rispetto a quelli già previsti a legislazione vigente, possano finanziare per il 50% la contrattazione integrativa e per l'altro 50% il sistema premiante del decreto Brunetta¹⁵³. Ma anche questo non è uno scambio da dare per scontato o generalizzare. Prima più assunzioni stabili e poi maggiore efficienza, sarebbe un modo sbagliato di far ripartire la contrattazione. Altrettanto sbagliato sarebbe sostenere una rigida equazione "nuove riorganizzazioni = + salario accessorio"¹⁵⁴. L'efficienza è un problema che va risolto a prescindere dalla contrattazione. Per questo ci vuole una dirigenza più attrezzata e grintosa; e ove possibile un sindacato migliore. Su entrambi occorre investire molto, ma non in modo generico, bensì nei singoli contesti organizzativi.

7. Per un sano crepuscolarismo amministrativo (raccolgendo anche le eredità positive della riforma Brunetta)

La riforma, al contrario di quello che pensa Sabino Cassese, ha irreversibilmente distrutto il mito dell'unicità, specialità, politicità del lavoro pubblico, enfatizzandone l'assimilabilità al lavoro privato. Un pregio e un difetto insieme. Ma dal pregio occorre ripartire anche per correggere i difetti, senza ritorni al passato. Il quadro legislativo è utile, ma non determinante per valutare lo stato di salute economico-organizzativo delle singole amministrazioni. Esso deve, come sempre, bilanciare esigenze organizzative e tutele dei lavoratori, ma è più vocato per la seconda funzione che per la prima. Non è il legislatore che può far valere le concrete esigenze organizzative di ciascuna amministrazione, nemmeno attraverso la standardizzazione dei poteri datoriali o delle procedure

¹⁵³ V. Russo 2012, p. 312. Sul punto, tra l'altro, si deve tener presente come l'incremento della retribuzione accessoria, introdotta con l'art. 5, co. 11-*quinquies*, l. 135/12, debba essere erogato entro soglie predeterminate dal legislatore e nel rispetto dei "limiti delle risorse disponibili ai sensi dell'articolo 6, comma 1, del decreto legislativo 19 agosto 2011, n. 141". Tale norma, a sua volta, rinvia alle risorse conseguite mediante i piani di razionalizzazione e riqualificazione della spesa su cui già incidono le limitazioni indicate nel testo. Ne consegue, così, una moltiplicazione dei vincoli e delle aspettative gravanti sui predetti piani, che induce a sollevare non poche perplessità proprio sulle concrete ed effettive potenzialità insite in tali strumenti.

¹⁵⁴ È questa la ricetta Cisl su cui v. anche Garilli 2011.

gestionali (come le assunzioni per i concorsi o il ciclo delle *performance* generalizzato). In questo è preferibile che il legislatore si ispiri al paradigma privatistico, più idoneo a lasciare spazio agli attori periferici istituzionalmente tenuti a far valere le esigenze amministrative, con le opportune cautele volte a responsabilizzare chi davvero ha il potere di decidere politiche e indirizzi.

Si deve ridurre lo spazio contrattuale rispetto alla seconda privatizzazione? Forse sì, ma non al punto di saltabeccare dalla contrattualizzazione all'unilateralità (nemmeno celata sotto l'ombrello del neo-contrattualismo privatistico), come ha fatto la riforma Brunetta¹⁵⁵. Occorre mantenere un solido ancoraggio pragmatico. Se è ormai fin troppo chiaro che l'attribuzione al sindacato di una funzione salvifica rispetto alle amministrazioni pubbliche è un retaggio delle utopie del secolo scorso¹⁵⁶, questo non significa né che la contrattazione può mutare natura e funzione ad opera della legge né che il sindacato, non essendo per natura portatore di istanze efficientistiche, possa agevolmente e legittimamente essere messo fuori dalle pubbliche amministrazioni. Le libertà e i diritti sindacali sono ormai un patrimonio costituzionale e culturale generalizzato che nessuna legge può ignorare o sospendere, neppure in zone limitate del pubblico impiego. La storia sociale e politica, quando si innerva nella vita quotidiana individuale e collettiva, lascia tracce profonde che non si cancellano con norme anacronistiche confezionate con la stessa disinvoltura con cui si manovrano a ritroso le lancette dell'orologio. A mio parere è invece possibile riprendere un percorso in cui si attrezza meglio la dirigenza amministrativa a reggere un serio ruolo di controparte al tavolo contrattuale. Nel senso che i contratti collettivi non si concludono se il punto di convergenza non è sufficientemente vantaggioso per l'interesse dell'amministrazione e degli utenti. Per questo, però, non mi sembra indispensabile alterare la fisionomia dell'istituto contrattuale, rendendolo ancillare ad un inedito potere unilaterale dell'amministrazione. Probabilmente potrebbe essere sufficiente far valere anche solo in via negoziale la funzionalizzazione dell'agente pubblico alla cura di valori costituzionali¹⁵⁷ prevedendo, soprattutto a livello periferico, qualche forma di composizione del conflitto di interessi quando si protragga oltre certi termini. Si potrebbe, ad esempio, pensare ad una negoziazione di seconda istanza, affidata ad una rappresentanza delle due parti che non sia necessariamente interna alla singola amministrazione, sfruttando anche la possibilità, prevista dalla vigente normativa (art. 46, co. 2, d.lgs. 165/01), di costituire "anche per periodi determinati, delegazioni dell'Aran su base regionale o pluriregionale"¹⁵⁸.

Come ho già detto, sono poi del tutto d'accordo con Garilli per quanto riguarda il versante della politica: occorre punire severamente la cattiva politica che genera *maladministration* in termini sia di efficienza sia di efficacia. Non solo commissariamenti per *maladministration* (che, più o meno mascherati, si fanno quando sono in ballo i conti pubblici: v. il caso del Comune di Napoli), ma anche interventi preventivi quando non si raggiungono i risultati. La CiViT, se ben costituita e resa autonoma dal Governo, può servire, dotandola di un corpo di dirigenti da imporre alle am-

¹⁵⁵ V. l'art. 40, co. 3-ter, del d.lgs. 165/11, confusamente novellato dal d.lgs. 150/09 e sospetto anche di incostituzionalità. Nel commentario da cui ho preso le mosse concorda con me Bellavista, mi pare.

¹⁵⁶ Sia consentito rinviare, per un'analisi in tempi non sospetti, a Zoppoli L. 1990.

¹⁵⁷ Il riferimento è al principio di buon andamento e imparzialità su cui da ultimo v. Santucci 2013.

¹⁵⁸ Sempreché l'Aran stessa sia costituita in modo da garantirne il massimo di autorevolezza e indipendenza, al di là del rispetto più o meno formale delle prescrizioni legislative sulle incompatibilità varie.

ministrazioni che non rispettino i piani delle *performance* anche contro la volontà dei vertici politici¹⁵⁹. Qui si interrompe il discorso prima che Brunetta e Monti semplificassero tutto in modo inutile e persino scandaloso. Da qui occorre ripartire: dotare le amministrazioni di una classe dirigente seria e competente. Può anche essere una leva di giovani eccellenti, come dice il recente piano del lavoro della Cgil. Ma io punterei sugli snodi che contano: una dirigenza di qualità, da imporre alla politica se non usa bene il potere di scelta che comunque, a tanti livelli (indirizzi, incarichi, organismi di controllo interno), ancora le è accordato.

All'interno di questo quadro può anche recuperarsi qualcosa dall'esperienza degli ultimi cinque anni, durante i quali indubbiamente nelle pubbliche amministrazioni molto si è familiarizzato con la cultura della *performance* come con la filosofia della trasparenza. Rispetto alla prima molto ancora c'è da fare per calare il ciclo della valutazione dai rigidi scenari disegnati dal d.lgs. 150/09 nella vita concreta e pulsante delle amministrazioni, migliorando tecniche e competenze in possesso della dirigenza politica e, soprattutto, amministrativa e ridimensionando l'ambito dei valutati¹⁶⁰. A mio parere però, in una troppo radicale rivisitazione della riforma Brunetta, non bisognerebbe perdere i vantaggi di una misurata valutazione anche delle *performance* individuali oltre che di quelle organizzative, non incorrendo nell'errore di estendere la valutazione a tutti i dipendenti ma limitandola ai dirigenti e, al più, al personale dotato di elevata professionalità. A proposito della trasparenza, invece, mi pare molto interessante l'accezione endorganizzativa che intelligentemente propone Antonella Occhino nel commentario di cui oggi parliamo, grazie alla quale essa può essere intesa come un importante veicolo di comunicazione innanzitutto tra tutti i soggetti che influiscono sull'amministrazione, i c.d. *stakeholders*¹⁶¹. Ad una corretta comunicazione come ad una efficace valutazione i sindacati possono essere senz'altro interessati in modo non distorto o contorto. E se non lo sono in modo utile, tutti unitariamente, occorrerà che nelle amministrazioni dove non lo sono si possa ricorrere ad una strumentazione giuridica adeguata ad assicurare efficacia dell'azione amministrativa anche senza il sindacato, affrontando a viso aperto il conflitto sociale e collettivo che potrà scaturirne. Il conflitto non è infatti un *optional*: ma la manifestazione di una profonda divergenza di interessi, punti di vista e di culture. Esso, in una società democratica, non può essere represso (al massimo regolato, incanalato, mitigato: ma per questo ci sono già regole sufficienti nei servizi essenziali); e nemmeno camuffato o nascosto, perché comunque riemerge sotto altre forme, non necessariamente più gestibili o armonizzabili con gli interessi degli utenti dei servizi pubblici. Meglio dunque "stanare" il sindacato che ostacoli il

¹⁵⁹ V. per qualche spunto Zoppoli L. 2007. In quella sede si ebbe modo di osservare come qualora un'amministrazione non raggiunga gli standard di qualità, dovrebbe essere obbligata ad affidarsi ad uno o più dirigenti specializzati in (rior)organizzazione facenti parte di una *taskforce* costituita a tal fine. Tale *taskforce* potrebbe essere costituita attingendo dall'esterno o, anche, selezionando i migliori dirigenti in servizio nelle pubbliche amministrazioni, purché siano assicurate la qualità professionale (molto alta, anche con esperienze pratiche ed extranazionali) e l'età (il più possibile bassa); ed applicata o inviata presso le Amministrazioni non "autosufficienti" sul piano dell'*output*, con un incarico ed una missione a termine e con forti garanzie di autonomia dalla politica così come dal sindacato.

¹⁶⁰ V. Santucci, Monda 2011.

¹⁶¹ Le potenzialità insite nella trasparenza rischiano di essere compromesse da un approccio eccessivamente burocratico delle amministrazioni. Come rileva la stessa CiViT nella delibera n. 2/12, "il monitoraggio svolto ... sui Programmi triennali per la trasparenza e l'integrità, adottati dalle amministrazioni centrali (Ministeri ed enti pubblici nazionali) fino ad ottobre 2011, ha evidenziato alcune aree di miglioramento su cui concentrare l'attenzione" tra cui si annovera "la redazione degli aggiornamenti del Programma triennale" superando la "logica dell'adempimento normativo a favore dell'autonoma iniziativa delle amministrazioni".

raggiungimento del livello ottimale del servizio, anche a costo di mettere in conto qualche ora di sciopero.

Insomma, la strada da imboccare per migliorare il nuovo lavoro pubblico mi pare quella che lo conduca alla ricerca degli ostacoli specifici alla buona amministrazione. Il lavoro pubblico conosce ormai un polimorfismo diffuso sotto la crosta omologante e ha necessità di abbracciare con decisione una prospettiva micro-organizzativa. Qualcuno in questi giorni, invitando il prossimo inquilino di Palazzo Vidoni a non promuovere nuove riforme epocali, ha scritto che alle amministrazioni italiane non si addice più il bicromatico bianco/nero, occorre una tavolozza con tanti colori, perché le situazioni sono tante e diverse e la strumentazione per regolare e gestire bene deve essere diversificata¹⁶². Sono d'accordo, fermo restando che occorre affrontare con decisione un problema mai davvero scalfito (e anzi aggravato dalla riforma Brunetta), cioè liberare l'obiettivo di una buona, ovvero efficace, amministrazione dal dominio della cattiva politica. Questo non vuol dire che la buona politica debba disinteressarsi degli apparati amministrativi; anzi deve fare le scelte di fondo, anche difficili e dolorose, ma poi interferire il meno possibile nelle dinamiche organizzative. Una politica oggi minimamente responsabile e consapevole dei propri limiti non prenderebbe in carico un problema così urgente come la riqualificazione delle pubbliche amministrazioni, dove si richiede un pragmatico ventennio tecnocratico accompagnato da una sordina ideologica e da una corretta dialettica sindacale. Perciò parlerei di un sano crepuscolarismo, nel duplice senso in cui le amministrazioni non hanno bisogno della luce accecante dei palcoscenici ma di una più soffusa illuminazione, che le renda sì visibili (trasparenti) ai cittadini ma anche inclini a curare nel dettaglio di ognuna la migliore disposizione dei propri "arredi", riaccendendo l'amore per le piccole (e grandi) cose ben fatte (forse proprio "le cose buone di pessimo gusto" che il Gozzano di inizio secolo contrapponeva al dannunzianesimo declamatorio).

Bibliografia

AA.VV. (2001), *Amministrare*, n. 3.

Alaimo (2010), *La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e "blocchi": dalla "riforma brunetta" alla "manovra finanziaria"*, in LPA, p. 287 ss.

Barrera (2013), *Un lavoro pubblico migliore per un'amministrazione utile all'Italia. Quattro proposte per il piano del lavoro Cgil*, paper.

Bodega (2011), *Premessa di scienza dell'organizzazione*, in Garilli, Napoli (2011), p. 1171 ss.

Carabelli (2010), *La 'riforma Brunetta': un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 101.

Carinci F. (2012), *Art. 18 St.lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in LPA, p. 247 ss.

Caruso (2010), *Gli esiti regolativi della "riforma Brunetta" (come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni)*, in LPA, p. 235 ss.

Casale (2012), *La rinnovata disciplina della malattia del dipendente pubblico*, in LPA, p. 503 ss.

¹⁶² Mochi Sismondi 2013.

Casillo (2011), *Trattamento economico di malattia dei dipendenti pubblici e principi costituzionali*, in *DLM*, p. 561 ss.

Cassese (2013), *Dall'impiego pubblico al lavoro con le pubbliche amministrazioni: la grande illusione*, in *"Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del Diritto del lavoro"* (in corso di pubblicazione).

Colapietro (2012), *Una rilettura costituzionale in chiave personalistica delle amministrazioni e delle dirigenze pubbliche. Spunti di riflessione*, in *LPA*, p. 471 ss.

D'Alessio (2010), *Le fonti del rapporto di lavoro pubblico*, in Pizzetti, Rughetti (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico*, EDK editore.

D'Alessio (2012a), *La disciplina del lavoro nelle pubbliche amministrazioni tra pubblico e privato*, in *LPA*, p. 1 ss.

D'Alessio (2012b), *La legislazione regionale sulla dirigenza dopo la "riforma Brunetta"*, in Randelli (a cura di), *Il governo delle Regioni: sistemi politici, amministrazioni, autonomie speciali*, il Mulino, p. 223 ss.

D'Antonio (2013), *L'impiego pubblico non ci porta lontano*, la Repubblica, Napoli, 8 febbraio.

D'Orta (2011), *L'organizzazione delle P.A. dal diritto pubblico al diritto privato: il fallimento di una riforma*, in *LPA*, p. 391 ss.

De Caro, Ferraris (a cura di) (2012), *Bentornata realtà. Il nuovo realismo in discussione*, Einaudi.

Esposito (2008), *La condotta antisindacale nelle pubbliche amministrazioni*, Jovene.

Esposito (2010), *Relazioni industriali e repressione della condotta antisindacale: attualità e prospettive del modello statuario*, in *DLM*, p. 857 ss.

Ferrante (2011), *I poteri datoriali rivisitati*, in Garilli, Napoli (2011), p. 1106 ss.

Ferrera (2013), *Editoriale*, ne *il Corriere della sera* del 26 gennaio.

Gargiulo (2012), *Il codice di comportamento dei dipendenti pubblici: atto terzo*, in *LPA* (in corso di pubblicazione).

Garilli (2011), *Dove va il pubblico impiego?*, in Garilli, Napoli (2011), p. 1078 ss.

Garilli, Napoli (a cura di) (2011), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni tra innovazioni e nostalgia del passato*, in *NLCC*, p. 1033 ss.

Ichino (2006), *I nullafacenti. Perché e come reagire alla più grave ingiustizia della nostra amministrazione pubblica*, Mondatori.

Ichino (2013), *Interventi sul piano del lavoro CGIL*, in www.pietroichino.it, interviste e risposta ad una lettera di Antonio Padoa-Schioppa.

Imperatori (2011), *Performance, pratiche di valutazione e trasparenza: la prospettiva organizzativa*, in Garilli, Napoli (2011), p. 1172 ss.

Kuhn (2009), *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Einaudi.

Luciani (2012), *Il licenziamento del dipendente pubblico: le ragioni di una separazione tra ambiguità normativa e inerzia applicativa*, in MGL e in "Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del Diritto del lavoro" (in corso di pubblicazione).

Malzani (2011), *I controlli sulla malattia tra tutela della salute e lotta all'assenteismo*, in NLCC, p. 1374 ss.

Matteini (2012), *Lo stato delle relazioni sindacali nel settore pubblico*, in LPA, p. 700 ss.

Mezzacapo (2012), *La decurtazione stipendiale per i primi 10 giorni di assenza per malattia del pubblico dipendente è costituzionalmente legittima ... ma qualche dubbio resta*, in ADL, p. 928 ss.

Mochi Sismondi (2013), *Dirigenza pubblica: le tentazioni del nuovo Ministro*, in Forumpa.it, newsletter del 13 febbraio.

Montuschi (2013), *A proposito di mitologie nel riformismo del lavoro pubblico*, in "Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del Diritto del lavoro" (in corso di pubblicazione).

Napoli (2011), *Note introduttive. La riforma del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni tra mortificazione della contrattazione collettiva e valutazione della performance*, in Napoli, Garilli (2011), p. 1073 ss.

Nicosia (2011), *Dirigenze responsabili e responsabilità dirigenziali pubbliche*, Giappichelli.

Occhino (2011), *Misurazione e valutazione della performance nel sistema delle responsabilità*, in Napoli, Garilli (2011), p. 1188 ss.

Pellacani (a cura di) (2012), *Riforma del lavoro*, Giuffrè.

Pioggia (2001), *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Giappichelli.

Romagnoli (2013), *"Caro amico ti scrivo ..."*, in "Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del Diritto del lavoro" (in corso di pubblicazione).

Rusciano (2011), *A due anni dalla c.d. riforma Brunetta*, in DLM, p. 187 ss.

Russo C. (2012), *Un possibile ruolo per le relazioni sindacali dopo il blocco della contrattazione*, in Liguori, Zoppoli A. (a cura di), *La sanità flessibile*, Editoriale Scientifica, p. 311 ss.

Santucci (2013), *Le posizioni organizzative nelle amministrazioni pubbliche tra "prerogative manageriali" e vincoli della contrattazione collettiva e della partecipazione sindacale*, in DLM (in corso di pubblicazione).

Santucci, Monda (2011), *Valorizzazione del merito e metodi di incentivazione della produttività e della qualità della prestazione lavorativa*, in Zoppoli L. (2011b), p. 275 ss.

Searle (2012), *Prospettive per un nuovo realismo*, in De Caro, Ferraris (2012).

Supiot (2006), *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Bruno Mondadori.

Spinelli (2012), *Il datore di lavoro pubblico. Autonomia organizzativa e poteri del dirigente*, Cacucci.

Talamo (2012), *La contrattazione integrativa dopo il d.lgs. n. 150/2009. Le prime applicazioni giurisprudenziali*, in GDA, p. 435 ss.

Tampieri (2012), *La legge n. 92/2012 e il rapporto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in Pellacani, (2012), p. 27 ss.

Viscomi (2013), *Il pubblico impiego: evoluzione normativa e orientamenti giurisprudenziali*, in DLRI (in corso di pubblicazione).

Zoppoli A. (2000), *Dirigenza, contratto di lavoro e organizzazione*, Esi.

Zoppoli A (2012), *Dirigente (privato e pubblico)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali, Giuffrè, V, p. 535 ss.

Zoppoli L. (1990), *Autonomia collettiva e pubbliche amministrazioni*, in D'Antona (a cura di), *Lecture di diritto sindacale*, Jovene e in Id., *Contrattazione e delegificazione nel pubblico impiego. Dalla legge quadro alle politiche di «Privatizzazione»*, Jovene, II ediz.

Zoppoli L. (2007), *Qualità dei servizi e del lavoro nell'eterna riforma delle pubbliche amministrazioni*, in LPA, p. 575 ss.

Zoppoli L. (2011a), *Contratto, contrattualizzazione, contrattualismo: la marcia indietro del diritto del lavoro*, in RIDL, p 175 ss.

Zoppoli L. (a cura di) (2011b), *Ideologie e tecniche nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica.

Zoppoli L. (2011c), *La "riforma Brunetta" due anni dopo: relazioni sindacali, dirigenza e valutazione*, in Zoppoli L. (2011b), p. 449 ss.

Zoppoli L., Delfino (2013), *La rappresentanza delle pubbliche amministrazioni*, in Proia (a cura di), *Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva*, in Persiani, Carinci F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, II, Cedam (in corso di pubblicazione).ty678954

L'art. 32 l. n. 183/2010 dopo il "Milleproroghe"*

Luigi Cavallaro

1. Sull'efficacia "orizzontale" del "Milleproroghe", ovvero: a quali fattispecie?	56
2. Sull'efficacia "verticale", ovvero: a partire da quando?	59
3. Meno ovvio di quel che pare, ovvero: i licenziamenti.	62
4. Nota bene.	66

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 169/2013

1. Sull'efficacia "orizzontale" del "Milleproroghe", ovvero: a quali fattispecie?

Com'è noto, l'entrata in vigore dell'art. 32 l. n. 183/2010 (c.d. "Collegato lavoro") ha drasticamente innovato in due diverse direzioni rispetto al quadro normativo precedente in tema di decadenze e impugnazioni dei licenziamenti e delle risoluzioni dei rapporti di lavoro c.d. flessibili. Sotto la rubrica "Decadenze e disposizioni in materia di contratti di lavoro a tempo determinato", la norma ha infatti per un verso riformulato la disciplina dell'impugnazione dei licenziamenti già dettata dall'art. 6 l. n. 604/1966 (comma 1), per altro verso esteso l'istituto della decadenza dall'impugnazione sia a fattispecie di invalidità del licenziamento che prima pacificamente ne esulavano (comma 2), sia a fattispecie estranee al licenziamento, come il recesso dai contratti di collaborazione coordinata e continuativa, il trasferimento del lavoratore e, soprattutto, l'azione di nullità del termine apposto al contratto di lavoro e quella volta a chiedere "la costituzione o l'accertamento di un rapporto di lavoro in capo ad un soggetto diverso dal titolare del contratto" (commi 3 e 4).

L'art. 2, comma 54, del d.l. n. 225/2010, conv. con l. n. 10/2011 (c.d. "Decreto Milleproroghe", in vigore *in parte qua* dal giorno successivo alla sua pubblicazione in G.U.R.I. n. 47 del 26 febbraio 2011), è intervenuto precisamente sulla novella dell'art. 6 l. n. 604/1966. Dispone infatti la norma cit. che "All'articolo 32 della legge 4 novembre 2010, n. 183, dopo il comma 1 è aggiunto il seguente: '1-bis. In sede di prima applicazione, le disposizioni di cui all'articolo 6, primo comma, della legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificato dal comma 1 del presente articolo, relative al termine di sessanta giorni per l'impugnazione del licenziamento, acquistano efficacia a decorrere dal 31 dicembre 2011'".

Può essere opportuno tralasciare per un momento le contrastanti e non sempre perspicue dichiarazioni di esponenti parlamentari che hanno accompagnato l'approvazione del testo e di provare a ragionare – come impone l'art. 12 prel. c.c. – solo sul senso "fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore": la quale ultima, dice da sempre la Cassazione, rileva in quanto "volontà oggettiva della norma" e non come volontà dei singoli partecipanti al processo formativo di essa¹⁶³.

Anzitutto, possiamo escludere che la portata oggettiva della norma possa essere identificata in una sorta di moratoria generale per l'impugnazione dei licenziamenti, quasi cioè che per tutto l'anno 2011 nessuno fosse stato più tenuto a impugnare il recesso intimatogli dal proprio datore di lavoro: il testo normativo, infatti, non incide direttamente sui *termini* per l'impugnazione dei licenziamenti, ma stabilisce che le *modifiche* apportate dall'art. 32 l. n. 183/2010 al primo comma dell'art. 6 l. n. 604/1966 acquistino efficacia a decorrere dal 31 dicembre 2011. Ma se l'efficacia della novella del primo comma è stata rinviata al 31 dicembre 2011, bisogna concludere che *nessuna delle modifiche* dettate per l'art. 6 l. n. 604/1966 può essersi prodotta fino a tale data: com'è stato rilevato dagli interpreti più attenti, l'art. 32 non ha solo modificato il vecchio art. 6 l. n. 604/1966, ma ha creato una nuova fattispecie decadenziale affatto indivisibile, imperniata com'è su una serie successiva di oneri d'impugnazione strutturalmente concatenati fra loro¹⁶⁴. Il che a

¹⁶³ Cfr., *ex multis*, Cass., 21 maggio 1988, n. 3550, in *Mass. Giust. civ.*, 1988.

¹⁶⁴ Si veda sul punto la ricostruzione di M. CASOLA, *La decadenza nel diritto del lavoro dopo la l. n. 92 del 2012*, in *Giur. mer.*, 2012, spec. p. 1854 ss. Nello stesso senso, L. PERINA, S. VISONÀ, *Il nuovo regime delle decadenze dell'impugnazione degli atti datoriali (art. 32 l. n. 183/2010)*, in A. PERULLI, L. FIORILLO (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, Torino, 2012, in corso di stampa.

sua volta non può che implicare che per tutto l'anno 2011 (anzi, fino al 30 dicembre) non possono ritenersi entrate in vigore nemmeno quelle norme che estendevano il regime decadenziale a fattispecie che non vi erano soggette alla stregua del regime previgente: un'elementare applicazione del principio di transitività ci dice che se *a* dipende da *b* e *b* dipende da *c*, allora anche *a* dipende da *c*.

Sta qui il motivo di fondo che a suo tempo¹⁶⁵ mi portò (e mi porta ancora) a ritenere che il licenziamento nullo a causa di matrimonio o per violazione delle norme a tutela della maternità, quello intimato per motivi discriminatori o per rappresaglia o ancora quello per superamento del periodo di comporto abbiano continuato per tutto il 2011 a non essere soggetti a nessun termine d'impugnazione. Ma lo stesso, a mio avviso, deve dirsi anche per le altre fattispecie a cui l'art. 32 aveva esteso l'onere dell'impugnazione, inclusa l'azione di nullità del termine finale di durata del contratto di lavoro. Sebbene il "Milleproroghe" stabilisca che ad acquistare efficacia a decorrere dal 31 dicembre 2011 siano "le disposizioni [...] relative al termine di sessanta giorni per l'impugnazione del licenziamento", non è meno vero che i commi 2, 3 e 4 dell'art. 32 l. n. 183/2010 dispongono l'estensione del regime decadenziale mediante un espresso riferimento "alle disposizioni di cui all'articolo 6 della legge 15 luglio 1966, n. 604, *come modificato dal comma 1 del presente articolo*". Di conseguenza, essendo stata differita l'efficacia diretta di quest'ultimo, bisogna ritenere che altrettanto valga per la sua efficacia riflessa: in caso contrario, si arriverebbe al paradosso di estendere la *vecchia* formulazione dell'art. 6 l. n. 604/1966 alle *nuove* ipotesi di cui ai commi 2, 3 e 4 dell'art. 32, il che mi pare un effetto che non può dirsi voluto né dal "Collegato lavoro" né tampoco dal "Milleproroghe".

È questa la principale obiezione che mi sentirei di fare a quella parte della dottrina e della giurisprudenza che, scindendo la complessa fattispecie prevista dall'art. 32 in funzione del tenore letterale del "Milleproroghe", è giunta all'opposto a sostenere che il differimento del termine riguardasse esclusivamente l'impugnazione dei licenziamenti e non anche le nuove fattispecie per le quali l'art. 32 l. n. 183/2010 ha imposto il regime decadenziale, a cominciare dai contratti a termine. Senza necessità di scomodare – come pure è stato fatto¹⁶⁶ – Pietro Verri e Piero Calamandrei per suggerire che così si finirebbe con l'andare *ultra verba*, è proprio l'interpretazione letterale del "Milleproroghe" a suggerire la soluzione che ho poc'anzi prospettato.

Si pensi ad uno dei *leading case* in materia, che ha portato a due pronunce contrastanti del Tribunale di Milano a distanza di meno di due mesi l'una dall'altra¹⁶⁷. Dopo l'entrata in vigore del "Milleproroghe", Tizio impugna di nullità un contratto a termine scaduto prima dell'entrata in vigore del "Collegato lavoro". Astraiamo per un momento dal fatto che il "Milleproroghe" ha creato quel problema aggiuntivo (di cui parleremo *infra*, sub § 2) della *vacatio* tra il 24 novembre 2010 e il 27 febbraio 2011: in questa vicenda non rileva, perché la parte convenuta si costituisce ed eccepisce la decadenza deducendo l'estraneità del "Milleproroghe" alla *subiecta materia*, che troverebbe invece la sua fonte esclusiva nella lett. *b*) del comma 4 dell'art. 32 l. n. 183/2010, il

¹⁶⁵ Cfr. L. CAVALLARO, *Aspettando Godot? I licenziamenti e i contratti a termine tra il "Collegato lavoro", il "Milleproroghe" e il giudizio di costituzionalità*, atti del convegno "Giustizia del lavoro e legge n. 183 del 2010", Napoli, Ufficio del Referente per la Formazione decentrata, 4 marzo 2011.

¹⁶⁶ Cfr. F. BONFRATE, *Contrasti giurisprudenziali in ordine al differimento del termine decadenziale introdotto dalla l. n. 10/2011 in materia di impugnazione dei contratti flessibili*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, spec. p. 21 e p. 27.

¹⁶⁷ Alludiamo a Trib. Milano, 4 agosto 2011, est. Colosimo, e Trib. Milano, 29 settembre 2011, est. Mariani, entrambe in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, p. 3 ss.

quale – com'è noto – estende l'onere dell'impugnativa ai contratti scaduti prima della sua entrata in vigore.

Ora, che quest'ultima fosse una norma retroattiva non penso che si possa dubitare, ma il problema è un altro: in che modo l'art. 32 l. n. 183/2010 ha perseguito l'obiettivo di estendere l'onere dell'impugnazione ai contratti scaduti? La risposta è semplice: stabilendo che "Le disposizioni di cui all'articolo 6 della legge 15 luglio 1966, n. 604, *come modificato dal comma 1 del presente articolo*, si applicano anche [...] ai contratti di lavoro a termine [...] già conclusi alla data di entrata in vigore della presente legge". Il presupposto per l'operatività della norma che obbliga all'impugnazione del termine e commina, in caso contrario, la decadenza è costituito, dunque, solo ed esclusivamente dall'entrata in vigore delle modifiche apportate all'art. 6 l. n. 604/1966 da parte dell'art. 32 l. n. 183/2010. Ma è proprio l'efficacia di queste modifiche ad essere stata differita al 31 dicembre 2011 da parte del "Milleproroghe". E se l'efficacia delle modifiche è stata differita, su quale base normativa possiamo noi estendere un onere d'impugnazione – stragiudiziale o giudiziale che vogliate – che al tempo in cui il rapporto è cessato per l'apparente operatività del termine illegittimamente apposto non esisteva nemmeno? Se è vero che la decadenza ex art. 6 l. n. 604/1966 ha natura sostanziale, implicando una preclusione definitiva rispetto alla possibilità di far valere in via d'azione qualunque conseguenza giuridica possa scaturire dall'illegittimità del licenziamento o comunque dell'atto da impugnare, non ne verrebbe a essere violato il principio secondo cui *tempus regit actum*?

Si pensi, per capirci ancora meglio, ad un altro caso, recentemente vagliato dal Tribunale di Roma¹⁶⁸. Tizio impugna di nullità il suo contratto a termine, scaduto *ante* "Collegato lavoro", con una lettera del 20 maggio 2011, poi deposita il ricorso giurisdizionale nell'agosto di quest'anno. Anche qui non rileva la questione della *vacatio* tra il 24 novembre 2010 e il 27 febbraio 2011: il datore di lavoro, infatti, si costituisce in giudizio ed eccepisce la decadenza in quanto l'impugnazione giudiziale ha avuto luogo ben oltre i 270 giorni previsti dall'art. 6 l. n. 604/1966. Sennonché, l'unico modo per argomentare che il lavoratore fosse tenuto a far seguire l'impugnativa giurisdizionale entro 270 giorni da quella stragiudiziale è di supporre che egli fosse tenuto a proporre stragiudizialmente la *querela nullitatis* nel termine previsto dall'art. 6, comma primo, l. n. 604/1966 "per come modificato" dall'art. 32, comma 1, l. n. 183/2010: che è giusto quello la cui efficacia era stata differita al 31 dicembre 2011. E di nuovo, allora: se il lavoratore, *ratione temporis*, non aveva alcun *onere* di impugnare stragiudizialmente di nullità il termine apposto al suo contratto di lavoro, perché dovremmo attribuire al *fatto* che l'abbia eventualmente impugnato una qualsiasi rilevanza giuridica che non sia eventualmente quella di impedire che il datore di lavoro potesse riporre un qualche affidamento sul suo silenzio¹⁶⁹? Non è stata la stessa Cassazione

¹⁶⁸ Trib. Roma, 13 novembre 2012, est. Cosentino. Ma nello stesso si era già espresso Trib. Genova, 25 maggio 2012 e 20 luglio 2012, est. Scotto.

¹⁶⁹ Naturalmente, si presuppone qui che, in epoca anteriore all'entrata in vigore del "Collegato lavoro", il significativo protrarsi dell'inerzia del lavoratore potesse di per sé costituire un fatto giuridicamente rilevante e suscitare nel datore di lavoro un affidamento meritevole di tutela, al punto da rendere inammissibile (siccome contraria al divieto di *venire contra factum proprium*) una successiva impugnativa: cfr. sul punto Cass., 28 aprile 2009, n. 9924, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, p. 593, con nota di L. RATTI, *Profili di rilevanza della Verwirkung nel rapporto di lavoro: l'inerzia del lavoratore alla luce dei principi di correttezza e buona fede*, *ivi*, p. 595 ss. Si tratta di una costruzione affatto differente dal c.d. mutuo dissenso (o risoluzione consensuale tacita), giacché disancora il comportamento contraddittorio del lavoratore da ogni finzione negoziale e permette così di superare l'ormai cronica divaricazione della giurisprudenza

ad ammonirci ancora di recente sul fatto che, in mancanza di una disciplina transitoria *ad hoc*, una nuova fattispecie decadenziale non può che ricollegarsi ad atti *successivi* alla sua entrata in vigore e mai ai *facta praeterita*, ancorché questi ultimi, su un piano formale, siano corrispondenti agli elementi della nuova fattispecie¹⁷⁰?

Certo, sappiamo bene che esiste quel famoso ordine del giorno approvato dalla Camera dei Deputati per iniziativa dell'on. Cazzola, nel quale si legge espressamente che "l'effetto del comma 1-bis [...] è quello di differire, al 31 dicembre 2011, l'efficacia delle disposizioni limitatamente alle fattispecie di cui all'art. 6, primo comma, l. n. 604/1966", di talché rimarrebbero in vigore "le norme in materia di impugnazione non richiamate da tale ultima disposizione" e in specie quelle "previste ai successivi commi 3 e 4"¹⁷¹. Ma è proprio qui che può cogliersi l'importanza della distinzione tra la volontà obiettiva della legge e quella dei singoli partecipanti al procedimento della sua formazione. Nessuno dubita che la maggioranza degli onorevoli parlamentari potesse volere un differimento dell'efficacia del solo primo comma dell'art. 6 l. n. 604/1966, che cioè lasciasse immutato tutto il resto delle disposizioni dell'art. 32 l. n. 183/2010. Il problema è che *tutto* l'art. 32 l. n. 183/2010 è costruito *per relationem* rispetto a quella modifica, e dunque non è logicamente possibile immaginare che una qualche sua parte, che quella modifica indefettibilmente presuppone, potesse entrare in vigore prima del 31 dicembre 2011, ossia prima che acquisisse efficacia la modifica stessa: sarebbe come dire che si possono avere dei figli prima ancora di essere nati. E per quanto i nostri parlamentari, chiamati a esprimersi in punto di parentele (in specie tra uno zio egiziano e una sua nipote che si trovava in una questura milanese), ci abbiano abituato a mirabilie di non poco momento, l'art. 12 prel. c.c. ci dice che l'intenzione del legislatore vale in quanto sia supportata dalla semantica del testo normativo: se no, non vale nulla.

2. Sull'efficacia "verticale", ovvero: a partire da quando?

La seconda questione relativa al "Milleproroghe" concerne la sua efficacia: retroattiva o no? Per quanto, a suo tempo, mi fossi espresso in senso univoco, perorando la soluzione della retroattività ed escludendo di conseguenza che potessero essersi verificate decadenze legate alla fase di temporanea efficacia delle modifiche apportate dall'art. 32 l. n. 183/2010 alla disciplina dei licenzia-

di legittimità sulla rilevanza negoziale del silenzio seguito alla scadenza di un termine illegittimamente apposto (vedila ripercorsa in L. DI PAOLA, I. FEDELE, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, Milano, 2011, p. 473 ss., e assai sapidamente in S. BRUN, L' "impossibile" applicazione della risoluzione per mutuo dissenso al contratto di lavoro a tempo indeterminato in cui si sia convertito il contratto di lavoro a termine illegittimo, nota a Cass., 5 agosto 2008, n. 21141, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, p. 268 ss.). In generale, sul divieto di *venire contra factum proprium* si rinvia alla trattazione di F. ASTONE, *Venire contra factum proprium*, Napoli, 2006; sulla possibilità che il silenzio possa essere fonte di autoresponsabilità v. A. LA TORRE, voce *Silenzio (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, spec. p. 554 ss., e il classico S. PUGLIATTI, voce *Autoresponsabilità*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 455 ss.

¹⁷⁰ Cass., 20 aprile 2011, n. 9038, in *Giust. civ.*, 2012, I, p. 2153. Per motivi speculari, dovrebbe escludersi sia che possano avere effetto impeditivo della decadenza impugnazioni stragiudiziali o giudiziali effettuate anteriormente alla definitiva entrata in vigore del nuovo regime (come invece ritenuto da Trib. Catania, ord. 6 febbraio 2013, est. Fiorentino), sia che l'introduzione dell'onere di impugnazione relativo ai contratti già scaduti possa avere come conseguenza una sorta di rimessione in termini che precluda la proposizione alla parte datoriale dell'eccezione c.d. di "risoluzione consensuale" (ma sulla sua esatta qualificazione v. *supra*, nota prec.): quest'ultima, infatti, attiene ad un fatto (e cioè l'inerzia del lavoratore) che ha già prodotto i suoi effetti in epoca precedente all'entrata in vigore del "Collegato lavoro".

¹⁷¹ Si tratta dell'ordine del giorno n. 9/4086/12, deliberato dalla Camera dei Deputati e promosso dall'on. Cazzola nella seduta dell'assemblea del Senato del 25 febbraio 2011.

menti, sia che riguardassero azioni di nullità del termine sia che concernessero altre ipotesi comunque disciplinate *per relationem* dalla norma ult. cit.¹⁷², debbo prendere atto di essere stato smentito dall'elaborazione giurisprudenziale successiva, che – almeno in linea tendenziale – sembra favorire in maggioranza l'ipotesi opposta: ossia, per intenderci, che eventuali decadenze verificatesi tra la data di entrata in vigore del "Collegato lavoro" (24 ottobre 2010) e la data di pubblicazione del "Milleproroghe" (27 febbraio 2011) dovrebbero reputarsi ormai intangibili¹⁷³.

La soluzione, intendiamoci, ha robusti argomenti dalla sua parte (anche se non quello dell'ordine del giorno dell'on. Cazzola, sul quale per carità di patria non torno a esprimermi): anzitutto, la normale irretroattività della legge, che non dispone che per l'avvenire (art. 11 prel. c.c.); in secondo luogo, il fatto che è arduo ipotizzare il differimento dei termini di una decadenza che si è già maturata, tanto più che – a parte quell'ambiguo "in sede di prima applicazione" – nulla nel "Milleproroghe" lascia trasparire un intento così dirompente.

Sennonché, la questione della retroattività può solo in parte essere distinta da quella dell'area di applicazione del "Milleproroghe". Non è insomma un caso che molte e molti di coloro che ritengono che il "Milleproroghe" si applichi solo ai licenziamenti arrivino a dire che esso non è retroattivo (salvo forse che per i licenziamenti che – giusta la legge previgente – non erano gravati di un obbligo d'impugnazione)¹⁷⁴: è semmai un'ulteriore conferma che la soluzione dell'una e dell'altra questione dipende dal modo in cui si costruisce, nell'ambito del nuovo testo dell'art. 6 l. n. 604/1966, il rapporto tra il primo e il secondo comma. Detto altrimenti, il duplice problema della latitudine d'efficacia e della retroattività del "Milleproroghe" dipende logicamente dalla ricostruzione della fattispecie dell'art. 6 l. n. 604/1966: se si sposa la logica secondo cui *simul stabunt, simul cadent*, si sarà indotti a ritenere che il differimento dell'efficacia del primo comma abbia inciso a cascata sugli oneri previsti dal comma successivo e, ulteriormente, sui commi 2, 3 e 4 dell'art. 32 l. n. 183/2010, che tutti la presuppongono¹⁷⁵. Se invece si reputa che fra il primo e il secondo comma dell'art. 6 l. n. 604/1966 non vi sia alcun rapporto di transitività (che naturalmente è altra cosa dal dire che c'è un rapporto di intransitività), le soluzioni possono essere le più disparate.

Ho già detto i motivi per cui penso che questo rapporto debba essere concepito in termini di transitività, dunque non ci tornerò. Qui vorrei aggiungere che, lette in quest'ottica, le obiezioni che sono state avanzate contro l'ipotesi di retroattività del "Milleproroghe" – a cominciare da quelle che hanno ispirato l'ordinanza con cui, lo scorso 19 ottobre, il Tribunale di Roma ha rimesso alla Consulta la questione di costituzionalità dell'art. 32 comma 4 lett. b) l. n. 183/2010¹⁷⁶ – non mi paiono affatto risolutive.

¹⁷² Il rinvio deve intendersi ancora a L. CAVALLARO, *Aspettando Godot? I licenziamenti e i contratti a termine tra il "Collegato lavoro", il "Milleproroghe" e il giudizio di costituzionalità*, cit.

¹⁷³ Per una rassegna della giurisprudenza di merito sul punto v. M. RIZZO, *Il regime della decadenza nella legge 183/2010 e nella legge n. 92/2012*, atti dell'incontro di studi "Questioni controverse in tema di processo e diritto del lavoro", Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 6 novembre 2012. Tra le più recenti, si schierano per la non retroattività Trib. Roma, 19 giugno 2012, est. Mimmo, e Trib. Roma, 13 novembre 2012, cit.; per la retroattività cfr. invece Trib. Perugia, 27 giugno 2012, est. Medoro; Trib. Catanzaro, 13 novembre 2012, est. Murgida; Trib. Bergamo, 15 novembre 2012, est. Finazzi.

¹⁷⁴ Così ad es. M. RIZZO, *Il regime della decadenza nella legge 183/2010 e nella legge n. 92/2012*, cit.

¹⁷⁵ V. infatti M. CASOLA, *La decadenza nel diritto del lavoro dopo la l. n. 92 del 2012*, cit.; L. PERINA, S. VISONÀ, *Il nuovo regime delle decadenze dell'impugnazione degli atti datoriali (art. 32 l. n. 183/2010)*, cit.

¹⁷⁶ Cfr. Trib. Roma, ord. 19 ottobre 2012, est. Forziati.

Non lo è l'argomento dell'art. 11 prel. c.c., perché un'evidente indicazione per la retroattività della disposizione l'interprete può coglierla nell'*incipit* "In sede di prima applicazione": può essere ambiguo quanto si vuole (perché, non dimentichiamolo, l'approvazione della norma è frutto di un compromesso malriuscito, in cui nessuno dei contendenti voleva ammettere di essersi piegato all'altro: di questo appunto testimonia il famoso ordine del giorno della Camera), ma qualcosa deve pur voler dire. E mentre nulla letteralmente vieta che possa leggersi nel senso che, essendo stata differita "in sede di prima applicazione" l'efficacia della modifica dell'art. 6 l. n. 604/1966, l'interprete resta vincolato a non tener conto di quanto potrebbe essere accaduto dal 23 gennaio 2011 (data in cui scadevano i sessanta giorni computati dall'entrata in vigore del "Collegato lavoro") fino al 26 febbraio 2011, del tutto superfluo si rivelerebbe l'*incipit* in questione qualora si volesse ridurne l'efficacia precettiva alla possibilità che i termini di decadenza relativi alle fattispecie di cui alla vecchia formulazione dell'art. 6 l. n. 604/1966 abbiano continuato *medio tempore* a decorrere: un effetto del genere, come s'è detto *supra*, *sub* § 1, discende *ex se* dal rinvio dell'entrata in vigore della norma modificatrice, ed è noto che, tra due o più interpretazioni possibili del testo normativo, l'interprete deve scegliere quella che gli assicura una qualche efficacia piuttosto che quella che non gliene conserva alcuna.

Del resto, le limitazioni che alla retroattività di una norma si sogliono postulare in ossequio al principio secondo cui *factum infectum fieri nequit* si ricollegano per lo più alle ipotesi in cui la norma incida negativamente su una situazione giuridica soggettiva, determinandone la perdita o comunque la compressione, non già ad ipotesi come questa, in cui ne verrebbe semmai un ampliamento della possibilità di ricorrere al giudice¹⁷⁷. Per di più, in questo caso, non si tratterebbe nemmeno di "prorogare" in senso tecnico termini già scaduti, perché – lo ripetiamo ancora una volta – il "Milleproroghe" non ha inciso direttamente sui termini per l'impugnazione: si tratterebbe piuttosto di prendere atto del differimento al 31 dicembre 2011 dell'efficacia delle modifiche apportate dall'art. 32 l. n. 183/2010 al primo comma dell'art. 6 l. n. 604/1966. La sanatoria delle decadenze, insomma, non sarebbe che una conseguenza del fatto che, essendo stata differita la "prima applicazione" della norma da cui tutto dipende (la "disposizione madre", per dirla con l'efficace figurazione di Maria Casola)¹⁷⁸, nulla del complesso sistema che essa presuppone potrebbe essere a sua volta suscettibile di essere applicato.

Se quanto detto fin qui fosse plausibile¹⁷⁹, ne discenderebbe logicamente la conclusione che fino al 30 dicembre 2011 sarebbe rimasta bloccata la possibilità di estendere il doppio termine di decadenza previsto dal nuovo art. 6 l. n. 604/1966 a tutte le fattispecie alle quali l'art. 32 l. n. 183/2010 aveva preteso di applicarlo *ex novo*, ivi compresi i contratti a termine già conclusi¹⁸⁰. Questi ultimi, avendo la norma acquistato efficacia a far data dal 31 dicembre 2011, avrebbero

¹⁷⁷ Cfr. in tal senso Cass., 11 luglio 2011, n. 15144, in *Foro it.*, 2011, I, c. 2254.

¹⁷⁸ M. CASOLA, *La decadenza nel diritto del lavoro dopo la l. n. 92 del 2012*, cit., p. 1867.

¹⁷⁹ Come ha ritenuto Trib. Bologna, 15 settembre 2011, est. Benassi.

¹⁸⁰ Che poi una conseguenza del genere possa comportare l'"effetto fisarmonica" di far decorrere dal 31 dicembre 2011 il *dies a quo* per l'impugnativa vuoi dei contratti a termine scaduti prima dell'entrata in vigore dell'art. 32 l. n. 183/2010, vuoi di quelli in corso alla data di originaria entrata in vigore della legge cit., vuoi di quelli cessati entro il 31 dicembre 2011, non mi pare affatto illogico (come invece ritenuto da C. A. NICOLINI, *Le decadenze a carico del lavoratore dal "collegato lavoro" alla riforma del 2012*, atti dell'incontro di studi "Questioni controverse in tema di processo e diritto del lavoro", Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 11 dicembre 2012): o almeno, non è più "illogico" di quanto non fosse l'analogo "effetto fisarmonica" già previsto nella formulazione originaria dalle lett. a) e b) dell'art. 32 comma 4 l. n. 183/2010...

dovuto essere impugnati entro il 29 febbraio scorso: come dire che a complicare i calcoli ci si mette pure l'anno bisestile...

3. Meno ovvio di quel che pare, ovvero: i licenziamenti.

Per paradossale che possa sembrare, è proprio in relazione ai licenziamenti che l'entrata in vigore del "Milleproroghe" può dar luogo qualche problema di non facile soluzione. Ovviamente, non parliamo qui dei licenziamenti per i quali l'orientamento consolidato *ante* art. 32 l. n. 183/2010 escludeva ogni onere d'impugnazione: per questi ultimi dovrebbero valere le considerazioni che abbiamo fin qui sviluppato. I problemi concernono piuttosto i licenziamenti che *già prima* del "Collegato lavoro" andavano impugnati nel termine di 60 giorni dalla comunicazione.

Come abbiamo detto, il "Milleproroghe" ha stabilito che ad essere differite al 31 dicembre 2011 fossero le *modifiche* che l'art. 32 l. n. 183/2010 ha apportato al *primo comma* dell'art. 6 l. n. 604/1966: quelle, dice la norma, "relative al termine di sessanta giorni per l'impugnazione del licenziamento". Ora, facciamo finta di non accorgerci che chi ha redatto la norma probabilmente non sapeva che anche *prima* del "Collegato lavoro" quasi tutti i licenziamenti s'impugnavano entro 60 giorni. La domanda è: *quid* per il *nuovo secondo comma* dell'art. 6 l. n. 604/1966, che introduce la sanzione d'inefficacia per l'impugnazione stragiudiziale del licenziamento qualora non venga seguita, "entro il successivo termine di duecentosettanta giorni" (adesso ridotto a 180 dalla l. n. 92/2012), dal deposito del ricorso giudiziario ovvero "dalla comunicazione alla controparte della richiesta di tentativo di conciliazione o di arbitrato"? E *quid* qualora la conciliazione o l'arbitrato "siano rifiutati o non si raggiunga l'accordo necessario al relativo espletamento"? Vale o no la previsione del secondo periodo del nuovo secondo comma dell'art. 6 l. n. 604/1966, che obbliga il lavoratore a depositare il ricorso giudiziario "a pena di decadenza entro sessanta giorni dal rifiuto o dal mancato accordo"?

Abbiamo prima rilevato che il presupposto per l'operatività del secondo comma dell'art. 6 l. n. 604/1966 è l'esistenza di un onere d'impugnazione stragiudiziale del licenziamento. Ma la disciplina dell'impugnazione stragiudiziale del licenziamento formava oggetto anche del *vecchio* comma primo dell'art. 6 l. n. 604/1966, la cui efficacia un'applicazione simmetrica del "Milleproroghe" impone di riconoscere prorogata fino al 30 dicembre 2011. Se così è, un'interpretazione squisitamente letterale del comma 1-*bis* aggiunto dal "Milleproroghe" potrebbe portare al seguente paradossale risultato: *a)* che ad essere differita al 31 dicembre 2011 è stata semplicemente l'efficacia (cioè l'entrata in vigore) della modifica del *primo comma* dell'art. 6 l. n. 604/1966, secondo cui "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"; *b)* che in virtù del differimento dell'efficacia della disposizione modificatrice, fino al 30 dicembre 2011 ha mantenuto la sua efficacia normativa la *vecchia* formulazione del primo comma dell'art. 6 l. n. 604/1966, secondo cui "Il licenziamento deve essere impugnato a pena di decadenza entro 60 giorni dalla ricezione della sua comunicazione, 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"; *c)* che, non ostandovi motivi di ordine letterale, logico o sistematico, la *nuova* disciplina relativa alla sopravvenuta inefficacia dell'impugnazione

stragiudiziale che non sia stata seguita entro 270 giorni da quella giudiziale o dalla proposta di arbitrato o conciliazione ha continuato ad applicarsi anche nel corso del 2011, ancorché limitatamente ai *licenziamenti*. Con l'ulteriore implicazione che, qualora l'impugnazione successiva fosse avvenuta con una proposta di conciliazione o arbitrato e questi fossero stati "rifiutati" o non si fosse raggiunto "l'accordo necessario al relativo espletamento", si dovrebbe applicare la previsione del secondo periodo del nuovo secondo comma dell'art. 6 l. n. 604/1966, che obbliga il lavoratore a depositare il ricorso giudiziario "a pena di decadenza entro sessanta giorni dal rifiuto o dal mancato accordo".

A un primo sguardo, può sembrare una conclusione in contrasto con la premessa ermeneutica dalla quale abbiamo preso le mosse, vale a dire l'esistenza di un rapporto di transitività fra i due commi dell'6 l. n. 604/1966, per come riscritti dall'art. 32 comma 1 l. n. 183/2010, e le rimanenti disposizioni dell'art. 32, commi 2, 3 e 4: e infatti, i suoi sostenitori più coerenti ne hanno respinto la plausibilità¹⁸¹.

In contrario, tuttavia, potrebbe osservarsi che, se è vero che l'estensione della fattispecie della decadenza alle ipotesi di licenziamenti, contratti a termine e altri atti che prima ne erano esenti postula certamente l'efficacia del primo comma (la "disposizione madre", come s'è detto), non è meno vero che tutti i commenti seguiti all'approvazione del "Collegato lavoro" hanno evidenziato che la *norma* del primo comma dell'art. 6 l. n. 604/1966 è rimasta tale e quale, benché ne sia stato riscritto il *testo*: esattamente come prima, infatti, l'impugnazione stragiudiziale deve essere effettuata con qualsiasi atto scritto idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore, anche a mezzo dell'organizzazione sindacale di appartenenza¹⁸². Di conseguenza, mentre sussistono ragioni di ordine letterale, logico e sistematico per poter sostenere che, riguardo a fattispecie che *non* erano soggette a impugnazioni di sorta, nessuna disposizione dell'art. 6 l. n. 604/1966 possa essere entrata in vigore anteriormente alla "prima applicazione" delle disposizioni "relative al termine di sessanta giorni per l'impugnazione del licenziamento", lo stesso potrebbe non valere per i licenziamenti intimati dopo l'entrata in vigore del "Collegato lavoro": questi ultimi, infatti, erano e restano soggetti all'impugnazione stragiudiziale, vale a dire a quell'atto che funge da presupposto operativo anche per l'impugnazione giudiziale o paragiudiziale prevista dal secondo comma dell'art. 6 l. n. 604/1966.

Si potrebbe obiettare – ed è obiezione fine, su un piano dogmatico – che la vecchia impugnazione stragiudiziale così si definiva in modo affatto atecnico¹⁸³, essendo in sostanza un atto negoziale recettizio, in tutto e per tutto assoggettabile alla disciplina degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale: così almeno diceva la Cassazione, fin dalla storica sentenza a sezioni unite n. 2179 del 1987, che – risolvendo il contrasto insorto in seno alla sezione lavoro – aveva recisamente escluso che l'atto in questione potesse essere assimilabile ai c.d. atti giuridici in senso stretto (con

¹⁸¹ M. CASOLA, *op. cit.*, p. 1877 s.

¹⁸² Di semplice *restyling* della norma parlano tra gli altri L. PERINA, S. VISONÀ, *Il nuovo regime delle decadenze dell'impugnazione degli atti datoriali* (art. 32 l. n. 183/2010), cit.

¹⁸³ Cfr. in tal senso M. CASOLA, *op. loc. ult. cit.*, secondo la quale l'impugnazione stragiudiziale prevista dal nuovo art. 6 l. n. 604/1966 costituirebbe invece una "impugnazione in senso tecnico".

quanto ne conseguiva per il caso che l'impugnazione fosse stata effettuata da un legale non munito di procura ovvero non fosse pervenuta nella sfera di conoscenza del datore di lavoro nel termine di legge)¹⁸⁴.

Non si può tuttavia non rilevare che la stessa Cassazione, con la nota sentenza (anch'essa a sezioni unite) n. 8830 del 2010, pur prestando formalmente ossequio all'insegnamento ormai tralatizio secondo cui l'impugnazione ex art. 6 l. n. 604/1966 costituirebbe atto negoziale recettizio, ha di fatto sterzato decisamente verso una nozione ben diversa di esso, giacché attribuendo rilevanza al momento in cui l'atto è compiuto (e dunque a prescindere dal momento, se non proprio dalla circostanza, che sia giunto a conoscenza del destinatario, come invece prescrive l'art. 1334 c.c. per gli atti unilaterali aventi valore negoziale) lascia intendere che l'effetto impeditivo della decadenza è attribuito dall'ordinamento all'*atto in sé*. La proclamata "scissione" tra il momento in cui il lavoratore esterna la sua dichiarazione di impugnare e quello della sua ricezione da parte del datore di lavoro, in uno con la negazione della "irrilevanza del comportamento del dichiarante e degli effetti che eventualmente vi si riconnettono con riferimento al periodo anteriore alla *receptio*"¹⁸⁵, vale infatti a porre l'impugnazione del licenziamento *al di fuori* del novero degli atti assoggettati al regime dell'art. 1334 c.c. e – se ne potrebbe ulteriormente dedurre – dal novero degli atti negoziali *tout court*¹⁸⁶. E in che termini, allora, potremmo tornare a distinguere l'impugnazione stragiudiziale del vecchio art. 6 l. n. 604/1966 da quella prevista nel nuovo art. 6?

Lascio in sospeso la questione, sebbene sia chiaro dove si orientino le mie preferenze. Quel che mi pare certo, invece, è che – indipendentemente dall'incidenza del "Milleproroghe" – non può ammettersi alcuna efficacia del secondo comma dell'art. 6 l. n. 604/1966 (ossia, per intenderci, alcuna necessità di impugnativa giudiziale o paragiudiziale successiva a quella stragiudiziale) per i licenziamenti intimati nel periodo precedente all'entrata in vigore del "Collegato lavoro", ossia precedenti al 24 novembre 2010.

La precisazione mi pare necessaria perché, diversamente dai contratti a termine, per i quali è stata prevista la disciplina transitoria della lett. b) del comma 4, nulla prevede l'art. 32 l. n. 183/2010 per i licenziamenti intimati prima della sua entrata in vigore. E nel silenzio della norma, si è proposto di distinguere fra il caso in cui, alla fatidica data del 24 novembre 2010, il termine per l'impugnativa del licenziamento fosse già spirato e quello in cui stesse ancora pendendo: la prima ipotesi, infatti, andrebbe regolata interamente alla stregua della vecchia formulazione dell'art. 6 l. n. 604/1966, mentre la seconda, in cui l'eventuale impugnativa interverrebbe nel vigore della nuova legge, andrebbe assoggettata all'imperio del *ius novum*, con la conseguente necessità che l'impugnativa giudiziale segua nei successivi 270 giorni¹⁸⁷.

¹⁸⁴ Cfr. Cass., sez. un., 2 marzo 1987, n. 2179, in *Foro it.*, 1987, I, c. 2425.

¹⁸⁵ Sono parole di Cass., sez. un., 14 aprile 2010, n. 8830, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, p. 899, con nota di D. BUONCRISTIANI, *Tempestiva l'impugnazione se è avviato nei termini il procedimento di comunicazione*, ivi, p. 919 ss.

¹⁸⁶ La contraria opinione di D. BUONCRISTIANI, *op. cit.*, p. 920, nt. 1, non tiene a mio avviso adeguatamente conto del fatto che solo per gli atti giuridici in senso stretto può aver senso parlare di dichiarazioni "la cui *esistenza* dipende dalla *destinazione alla conoscenza* di altri", per dirla con l'antico Maestro (F. SANTORO-PASSARELLI, voce *Atto giuridico*, *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 213): i negozi, se recettizi, o sono conosciuti o non sono affatto. Sulla questione della natura giuridica dell'impugnazione del licenziamento v. in generale V. A. POSO, *sub* articolo 6, in O. MAZZOTTA (a cura di), *I licenziamenti. Commentario*, Milano, 1990, p. 406 ss.

¹⁸⁷ M. GAMBACCIANI, *L'onere di impugnazione (anche giudiziale) del licenziamento*, in G. PROIA, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma dei rapporti e delle controversie di lavoro. Commentario alla legge 4 novembre 2010, n. 183 (c.d. Collegato lavoro)*, Milano, 2010, p. 186.

Fermo restando che difficilmente la questione potrà porsi in concreto (un avvocato che, a scanso d'equivoci, non facesse proprio così sarebbe un pazzo), la soluzione mi lascia perplesso in relazione proprio all'argomento che viene portato a suo sostegno, secondo cui la nuova formulazione dell'art. 6 l. n. 604/1966 recherebbe una norma processuale. A ben vedere, infatti, la nuova norma non concerne il processo: la sanzione d'inefficacia è riferita ad un atto extraprocessuale, qual è indubbiamente l'impugnazione stragiudiziale del licenziamento, e la conseguente decadenza determina l'estinzione del diritto all'impugnazione del licenziamento (più esattamente: delle situazioni giuridiche attive che l'ordinamento accorda a chi sia stato illegittimamente licenziato). Un processo ancora non c'è, anzi l'effetto della decadenza è di impedire che possa mai esserci; e se è così, è evidente che applicare il nuovo regime ai licenziamenti intimati prima della sua entrata in vigore equivarrebbe a dare applicazione retroattiva ad una norma che tale non è, e per principio generale non può essere (art. 11 prel. c.c.).

Eguale dovrebbe dirsi dell'ulteriore decadenza prevista dalla nuova formulazione dell'art. 6 l. n. 604/1966 per il caso in cui, dopo l'impugnazione stragiudiziale, il licenziamento sia stato impugnato con la richiesta di conciliazione o di arbitrato: l'inutile decorso del termine di 60 giorni dal rifiuto della conciliazione o dal mancato accordo sull'arbitrato incide ancora una volta sul diritto all'impugnazione, dunque quella che lo istituisce non può essere una norma processuale di cui dare applicazione anche ai licenziamenti intimati prima della sua entrata in vigore.

Nessun dubbio, invece, dovrebbe sussistere sul fatto che quelle fin qui discusse sono decadenze non rilevabili d'ufficio. In termini generali, infatti, una decadenza è rilevabile d'ufficio solo quando è posta a presidio di situazioni d'interesse pubblico; nel caso di controversia fra soggetti privati, e in difetto di un vincolo d'indisponibilità delle situazioni giuridiche che ne formano oggetto, la decadenza dev'essere sempre eccepita dalla parte interessata e potrà esserlo solo nei termini di cui all'art. 416 c.p.c. Mentre, sotto un profilo di teoria generale, dovrebbe recisamente escludersi che dall'estensione dell'onere dell'impugnazione a pena di decadenza a fattispecie che, da un punto di vista dogmatico, ricadono nell'area della nullità (alludiamo anzitutto ai licenziamenti intimati a causa di matrimonio o in violazione delle norme a tutela della maternità o per motivi discriminatori o per rappresaglia, ma naturalmente anche alle impugnative di nullità del termine, dei trasferimenti e in genere delle interposizioni di manodopera non consentite) possa ricavarsi una modifica del loro regime giuridico, come se cioè esse venissero ad essere attratte nell'ambito delle fattispecie di annullabilità: la decadenza, come s'è detto, determina semplicemente l'estinzione dell'azione, ma non incide in alcun modo sulla qualificazione giuridica dell'atto non più impugnabile, che resterà quella che è. Ciò che la dottrina meno recente talora definiva come "convalida" dell'atto¹⁸⁸ non è che il riflesso dell'impossibilità di farne valere i vizi in via d'azione. Salvo che, per principio generale, *quae temporalia ad agendum perpetua ad excipiendum* (art. 1442 ult. co. c.c.): e dunque, per limitarci ad un solo esempio, la nullità del trasferimento per difetto di comprovate ragioni tecniche, organizzative o produttive, una volta decorso il termine di 60 giorni dalla sua comunicazione in forma scritta, non potrà più esser fatta valere in via d'azione, ma – se

¹⁸⁸ Cfr. ad es. V. TEDESCHI, voce *Decadenza (dir. e proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 781. Peraltro in specie non potrebbe mai parlarsi di "convalida", non essendo quest'ultima ammissibile per gli atti nulli.

non erriamo – potrebbe pur sempre essere opposta in via d'eccezione dal lavoratore, che potrebbe così rifiutare la destinazione illegittimamente assegnatagli e conseguentemente impugnare per difetto di giusta causa un eventuale successivo licenziamento intimatogli per assenza ingiustificata o pretesa insubordinazione¹⁸⁹.

4. Nota bene.

Non vorrei essere frainteso. Ad onta del tono assertivo con cui mi son permesso di avanzare le mie riserve critiche sull'interpretazione del "Milleproroghe" che appare allo stato maggioritaria, resto consapevole che le mie sono conclusioni azzardate.

L'assertività, per me, ha piuttosto un valore metodologico. Mi sono formato, come molti di noi, sull'idea che la verità possa emergere solo come risultante di un confronto che procede per tesi e antitesi. Quel che chiamiamo "sintesi", a ben vedere, non è altro che il portato – sempre provvisorio e sempre reversibile – di un conflitto ermeneutico che procede di pari passo con l'evoluzione (sarei tentato di dire: la *dialettica*) dell'ordinamento. Ma proprio per ciò è a mio avviso necessario spingere il lavoro critico fino all'estremo, fino alla delucidazione delle sue implicazioni ultime: come insegnano gli epistemologi, la verità può nascere solo dall'errore, mai dalla confusione.

È con questo spirito che ho cercato di interpretare il compito che mi era stato assegnato, e con lo stesso spirito confido che il dibattito che seguirà potrà evidenziare i miei errori. Se però non dovessi esser riuscito nel mio intento, e non fossi stato capace di altro che di annoiarvi, credete – anche in questo caso – che non s'è fatto apposta.

¹⁸⁹ Si veda sul punto L. CAVALLARO, *L'autotutela negata, ovvero: quale disciplina per il demansionamento illegittimo?*, nota a Cass., 5 dicembre 2007, n. 25313, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, p. 470 ss.

La difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 e il lavoro pubblico*

Alessandro Boscati

1. Premessa. Centralità dell'art. 18 nel dibattito post legge Fornero.	68
2. Articolo 18 e lavoro pubblico: tra immediata applicabilità del nuovo articolo e conservazione del precedente.	70
2.1. Tesi dell'immediata applicabilità al lavoro pubblico del nuovo articolo 18.	70
2.2. Tesi della permanente applicabilità al lavoro pubblico del vecchio articolo 18.	71
3. Una nuova ipotesi ricostruttiva: nullità del licenziamento ed applicabilità della c.d. tutela reintegratoria forte.	72
4. Segue. Ragioni della non condivisione delle tesi volte alla conservazione del vecchio art. 18 e alla automatica applicazione del nuovo art. 18.	73
5. Segue. Specialità del lavoro pubblico e articolo 18 riformato: la difficoltà della coabitazione.	75
6. Segue. Nullità del licenziamento privo di giusta causa e di giustificato motivo soggettivo ed applicabilità della c.d. tutela reintegratoria forte e del c.d. Rito Fornero.	79
7. La peculiarità della categoria dirigenziale nella specialità del lavoro pubblico.	82

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 170/2013

1. Premessa. Centralità dell'art. 18 nel dibattito post legge Fornero.

Tra i molteplici interrogativi posti dalla legge n. 92/2012 (c.d. Legge Fornero)¹⁹⁰ quelli connessi alla nuova disciplina del licenziamento hanno fin dall'inizio goduto della più vasta eco. Il dibattito si è in prevalenza incentrato sull'interpretazione della nuova formulazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, nonché sull'ambito e sui limiti di applicabilità della speciale procedura giudiziale prevista per far valere l'illegittimità del licenziamento (c.d. Rito Fornero).

Come noto, il novellato art. 18 ha introdotto in luogo della precedente ed unitaria sanzione reintegratoria prevista per il caso di licenziamento inefficace, discriminatorio, nullo e annullabile quattro diverse tutele, diversamente modulate in ragione del vizio addotto¹⁹¹. Una proliferazione delle forme di tutele – di cui è sintomatico anche il mutamento della rubrica dell'art. 18, non più “Reintegrazione nel posto di lavoro”, bensì “Tutela del lavoratore nel caso di licenziamento illegittimo” – che ha impegnato la dottrina e la giurisprudenza nel tentativo di una loro coerente composizione. In particolar modo l'interesse si è focalizzato sul significato delle locuzioni “insussistenza del fatto”¹⁹² e “ric conducibilità del fatto tra le condotte punibili con sanzioni conservative sulla

¹⁹⁰ Sulla riforma Fornero si vedano tra i commentari, F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge 134/2012): licenziamenti e rito speciale, contratti, ammortizzatori e politiche attive*, Milano, 2012; M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, Milano, 2012; G. PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro*, Milano, 2012; M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Torino, 2012; P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Bari, 2013; e tra gli altri ex multis A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, Torino, 2012; T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 155/2012; P. TOSI, *L’improbabile equilibrio tra rigidità “in entrata” e flessibilità “in uscita” nella legge n. 92/2012 di riforma del mercato del lavoro*, in *Arg.dir.lav.*, 2012, 813 ss.; M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity “all’italiana” a confronto*, in *Giorn.dir.rel.ind.*, 2012, 527 ss.; M. MARAZZA, *L’art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg.dir.lav.*, 2012, 612 ss.; C. CESTER, *La disciplina dei licenziamenti dopo la riforma Fornero: metamorfosi della tutela reale*, in *Lav.giur.*, 2012, 861 ss.; L. MARIUCCI, *È proprio un very bad text? Note critiche sulla riforma Monti-Fornero*, in *Lav.dir.*, 2012, 415 ss.; A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell’art. 18 St. lav. ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *Arg.dir.lav.*, 2012, 785 ss.; M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, di prossima pubblicazione in *Riv.it.dir.lav.* 2013, n. 1.

¹⁹¹ Si è così previsto: a) tutela reintegratoria forte (assistita dalla reintegrazione nel posto di lavoro e da una tutela risarcitoria piena per il caso di licenziamento discriminatorio, dettato da motivo illecito, nullo ed inefficace perché intimato in forma orale) (primo comma); b) tutela reintegratoria debole (assistita dalla reintegrazione nel posto di lavoro e da tutela risarcitoria attenuata nel caso di licenziamento illegittimo in ragione dell’insussistenza del fatto contestato o perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa) (quarto comma e prima parte del settimo comma); c) tutela indennitaria forte (assistita da tutela risarcitoria “piena” nel caso di illegittimità del licenziamento non rientranti tra le ipotesi della precedente lettera b) (quinto comma e seconda parte del settimo); d) tutela indennitaria debole (assistita da tutela risarcitoria “ridotta” nel caso di licenziamento viziato da errori procedurali) (sesto comma). Come rileva C. COLOSIMO, *Prime riflessioni sul sindacato giurisdizionale nel nuovo sistema di tutele in caso di licenziamento illegittimo: l’opportunità di un approccio sostanzialista*, in *Dir.rel.ind.*, 2012, 1029 il legislatore nel riscrivere la previsione dell’art. 18 “ha di fatto circoscritto quattro macro-aree di riferimento nelle quali risultano disciplinati, rispettivamente i casi di nullità, le conseguenze del licenziamento illegittimo sorretto da una causale soggettiva, le conseguenze del licenziamento illegittimo giustificato da motivi oggettivi, e le violazioni delle regole formali e procedurali”, mentre sotto il profilo prettamente sanzionatorio si individuano quattro regimi: “due ipotesi di tutela reale (una “forte”, sostanzialmente identica al passato, e una “debole”, poiché accompagnata da un risarcimento ridotto) e due ipotesi di tutela obbligatoria (una “forte”, da dodici a ventiquattro mensilità, e una debole, da sei a dodici mensilità)”.

¹⁹² Nell’ambito dell’ampio dibattito che si è sviluppato possono essere individuati due filoni interpretativi prevalenti: da un lato coloro che leggono la formulazione “Fatto non sussiste” come fatto insussistente nella sua materialità (c.d. teoria del fatto materiale), sì da ritenere sufficiente l’esistenza dell’accadimento (così A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell’art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2012, I, 437; P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori (Relazione al Convegno del Centro Nazionale Studi di Diritto del Lavoro “Domenico Napoletano” – Pescara, 11 maggio 2012)* in <http://www.pietroichino.it>, 12; M. TREMOLADA, *Il licenziamento disciplinare nell’art. 18 St.lav.*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di),

base delle previsioni dei contratti collettivi, ovvero dei codici disciplinari applicabili¹⁹³, idonee a giustificare la c.d. tutela reintegratoria debole¹⁹⁴.

Sul piano processuale il tema è stato di delimitare l'ambito di applicazione del nuovo rito, sia con riferimento alla sua esclusività o meno (e la questione riguarda il rapporto tra il "nuovo" procedimento ed il "già esistente" procedimento ex art. 700 cod.proc.civ.¹⁹⁵), sia con riferimento al "tipo"

Commentario alla Riforma Fornero (Legge n. 92/2012 e Legge 134/2012), cit., 54; C. PISANI, L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: fattispecie e oneri probatori, in Mass.giur.lav., 2012, 744; M. MARAZZA, L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori, in Arg.dir.lav., 2012, 622; R. DE LUCA TAMAJO, Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura, in Riv.it.dir.lav., 2012, II, 1067; G. VIDIRI, La riforma Fornero: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo, in Riv.it.dir.lav., 2012, I, 637 ss.; M. PERSIANI, Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato, in Arg.dir.lav., 2013, sp. 6 ss.); diversamente si pongono coloro che interpretano l'espressione "fatto contestato" come fatto in relazione al quale occorrerebbe valutare anche l'elemento soggettivo (c.d. teoria del fatto giuridico) (ancorché con argomentazioni tra loro diverse, cfr. F. CARINCI, Il legislatore e il giudice: l'imprevedibile innovatore e il prudente conservatore (in occasione di Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012), in Arg.dir.lav., 2012, in particolare 775 e ss. e Id., Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare, in Arg.dir.lav., 2012, 1112 e ss.; O. MAZZOTTA, I nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 159/2012, 16; A. PERULLI, Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St.Lav.: ratio ed aporie dei concetti normativi, in Arg.dir.lav., 2012, sp. 794 ss.; V. SPEZIALE, La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia, in Riv.it.dir.lav., 2012, I, 553; A. PALLADINI, La nuova disciplina in tema di licenziamenti, in Riv.it.dir.lav., 2012, I, 674; A. TURSÌ, Il nuovo articolo 18 post-riforma Fornero alla prima prova giudiziaria: una norma di applicazione impossibile?, in Dir.rel.ind., 2012, 1141; R. RIVERSO, Alla ricerca del fatto nel licenziamento disciplinare, in http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up_463149437.pdf; C. COLOSIMO, Prime riflessioni sul sindacato giurisdizionale nel nuovo sistema di tutele in caso di licenziamento illegittimo: l'opportunità di un approccio sostanzialista, cit., 1035; M.T. CARINCI, Il licenziamento non sorretto da giusta causa e giustificato motivo soggettivo: i presupposti applicativi delle tutele previste dall'art. 18 St.lav. alla luce dei vincoli imposti dal sistema, in Riv.it.dir.lav., 2012, II, 1058). Peraltro secondo quest'ultima A., Il rapporto di lavoro al tempo della crisi, relazione AIDLASS, Pisa 7-9 giugno 2012, spec. 23 ss. la nozione di licenziamento discriminatorio avrebbe carattere meramente esemplificativo e non tassativo, potendo essere estesa sino al punto di ricomprendere qualsiasi ipotesi di licenziamento avente finalità diverse da quelle ammesse dall'ordinamento, con conseguente identificazione tra licenziamento discriminatorio e licenziamento ingiustificato.

Secondo A. VALLEBONA, Sulla tutela reale contro il licenziamento per fatto insussistente, in Mass.giur.lav., 2012, 956 nell'ipotesi di fatto lecito o di fatto illecito di manifesta minima gravità, il fatto esiste, ma il licenziamento per tale fatto deve essere considerato in frode alla legge ex art. 1344 cod.civ.

¹⁹³ Altrettanto dibattuta è la problematica relativa alla riconduzione dell'inadempimento contrattuale ad una delle sanzioni conservative previste dal codice disciplinare. Il problema in questi casi concerne la definizione del potere del giudice in assenza di una precisa coincidenza tra fatto contestato e riconducibilità tra una delle sanzioni conservative. In merito v., tra i molti, F. CARINCI, Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare, cit., 1117 ss.; A. PALLADINI, La nuova disciplina in tema di licenziamenti, cit., 669; G. VIDIRI, La riforma Fornero: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo, cit., 639; C. COLOSIMO, Prime riflessioni sul sindacato giurisdizionale nel nuovo sistema di tutele in caso di licenziamento illegittimo: l'opportunità di un approccio sostanzialista, cit., 1037; V. SPEZIALE, La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia, cit., 555; R. DE LUCA TAMAJO, Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura, cit., 555; M. PERSIANI, Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato, cit., 13 ss.

¹⁹⁴ Chi scrive ritiene che l'insussistenza del fatto deve essere interpretata come assenza di rilevanza disciplinare del fatto, mentre la valutazione del giudice circa l'insussistenza di idonee sanzioni disciplinari (una volta accertato l'inadempimento del dipendente) non comporta l'attribuzione allo stesso del potere di integrare i contenuti delle disposizioni del codice disciplinare stabilendo se le condotte contestate siano meritevoli di una sanzione solo conservativa e, conseguentemente, per questa via giustificare l'applicazione della tutela reintegratoria debole.

¹⁹⁵ L'evidente 'sovrapposizione processuale' che si registra tra procedimento cautelare ex art. 700 cod.proc.civ. e rito specifico per il licenziamento previsto dalla Riforma Fornero dà luogo ad aporie sistemiche che incidono sulla efficienza dei processi e sulla loro gestione da parte dei giudici. Si veda nello specifico il caso dell'ordinanza di Piacenza, 12 novembre 2012, di prossima pubblicazione su Arg.dir.lav., 2013, n. 2, commentata da D. COMANDÈ, Il procedimento giudiziario specifico per il licenziamento nella riforma Fornero: un ginepraio da casa di cura; ma anche le linee guida di alcuni Tribunali dove i rispettivi Presidenti hanno tentato di adottare, con difficoltà, parametri comuni anche in relazione al profilo della coesistenza dei due procedimenti, Trib. Monza, Firenze, Venezia, in Riv.it.dir.lav., 2012, II, 1110 ss. In merito v. anche R. RIVERSO, Indicazioni operative su rito Fornero (con una divagazione minima finale), cit., 19 ss.; D. DE FEO, La prima fase del rito speciale in materia di licenziamenti, in Arg.dir.lav., 2013, spec. 106 ss.

di pronuncia che deve essere adottata dal giudice nel caso in cui siano poste (anche) questioni diverse da quelle ammesse¹⁹⁶.

2. Articolo 18 e lavoro pubblico: tra immediata applicabilità del nuovo articolo e conservazione del precedente.

Nell'ambito del dibattito sinteticamente delineato in premessa ha assunto una propria specificità il licenziamento nel lavoro pubblico e la prima questione ha riguardato la stessa applicabilità del novellato art. 18 e l'esperibilità del rito Fornero. Ne sono emersi due orientamenti contrapposti: l'uno favorevole all'immediata applicabilità dell'art. 18, l'altro teso a conservare per il solo lavoro pubblico il vecchio art. 18¹⁹⁷.

2.1. Tesi dell'immediata applicabilità al lavoro pubblico del nuovo articolo 18.

Un primo orientamento, quantitativamente maggioritario, propende per l'applicabilità del novellato art. 18 anche al lavoro pubblico. Tale conclusione viene desunta dal rinvio operato dall'art. 51, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001 "alla legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni ed integrazioni" e "quindi al nuovo articolo 18, che andrebbe applicato anche alla pubblica amministrazione nella sua interezza, in mancanza di espresse deroghe"¹⁹⁸. Una conclusione che sarebbe rafforzata dal rinvio operato dall'art. 2, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001 alle "disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile" e alle "leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa"¹⁹⁹. La tesi volta sostenere la sopravvivenza per rinvio materiale del vecchio articolo 18 è ritenuta carente di "un aggancio normativo testuale e coerente".

A tale tesi si conformano le due pronunce in commento, rese nell'ambito di un procedimento instaurato ex art. 700 cod.proc.civ. ritenuto ammissibile nonostante l'eccezione di parte convenuta²⁰⁰.

Il Giudice monocratico, con l'ordinanza del 9 novembre 2012, dopo aver richiamato il complessivo disegno del riformatore e dopo aver dato atto dell'esistenza in dottrina di posizioni differenti in

¹⁹⁶ Fin dall'inizio la disciplina processuale è stata oggetto di puntuale attenzione (preoccupata) soprattutto da parte di chi è chiamato alla sua applicazione: in merito v. L. DE ANGELIS, *Art. 18 dello Statuto dei lavoratori e processo: prime considerazioni*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 152/2012; P. CURZIO, *Il nuovo rito per i licenziamenti*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 158/2012; D. DALFINO, *Il nuovo procedimento in materia di impugnativa del licenziamento (nella l. 28 giugno 2012, n. 92)*, in *Il Giusto processo civile*, 2012, 759 ss.

¹⁹⁷ In altri casi il problema viene segnalato, senza assumere una specifica posizione: così, L. ZOPPOLI, *Bentornata realtà: il pubblico impiego dopo la fase onirica*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 168/2013, 4 (lo stesso A. in un proprio precedente scritto, *La riforma del mercato del lavoro vista dal Mezzogiorno: profili giuridico-istituzionali*, in http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up_423809797.pdf, 11, non ravvisava ostacoli all'estensione della riforma dei licenziamenti al lavoro pubblico); C. M. CAMMALLERI, *Sul nuovo rito dei licenziamenti e una proposta di modifica*, in *temilavoro.it*, vol. 4, n. 1 del 2012, 4, ritiene che il legislatore "sebbene con una tecnica normativa di assai dubbia efficacia, abbia voluto (rectius: aveva l'intenzione di) mantenere in vita il vecchio art. 18 dello statuto per il lavoro pubblico privatizzato", dubbioso, però, del fatto che questa potrà essere l'interpretazione definitivamente accolta.

¹⁹⁸ Così R. RIVERSO, *Indicazioni operative su rito Fornero (con una divagazione minima finale)*, in *Lav.giur.*, 2013, 22.

¹⁹⁹ Prosegue sempre R. RIVERSO: "Sarebbe quindi da applicare la normativa generale sui licenziamenti come prevista dal codice civile, nella legge n. 602/1966 e nella legge n. 300/1970". Anche A. TAMPIERI, *La legge n. 92/2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in G. PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro, cit.*, considera possibile la diretta applicabilità del nuovo art. 18 al lavoro pubblico.

²⁰⁰ Come evidenziato da C. ROMEO, *La legge "Fornero" e il rapporto di impiego pubblico*, in *questa rivista*, 2012, 722 si tratta di un vero e proprio *obiter dictum*, atteso che l'espresso principio dell'applicabilità affermato nel provvedimento, rappresenta un corpo estraneo al *decisum*, limitato alla reiezione della domanda ex art. 700 cod.proc.civ.

merito all'applicabilità della riforma al lavoro pubblico ha ritenuto che "allo stato non possa negarsi l'applicazione ai rapporti di lavoro pubblico della disciplina attualmente vigente in materia di licenziamenti dal punto di vista sia sostanziale che processuale". In tal senso deporrebbe il rinvio operato dall'art. 51 del D.Lgs. n. 165/2001 allo Statuto dei lavoratori che in quanto "rinvio mobile" "recepisce il contenuto di norme collocate in altre fonti adeguandosi automaticamente all'evoluzione delle medesime, dal che consegue l'applicazione del nuovo art. 18 dello statuto (e del rito speciale che il predetto articolo richiama) anche al pubblico impiego privatizzato". Sempre secondo il Giudice di *prime cure* la tesi dottrinale che propende per la permanente applicabilità del vecchio articolo 18, pur poggiando sull'assunto, ritenuto non secondario, dell'intenzione del legislatore di dettare per il lavoro pubblico norme speciali in materia, contrasta con quella che è la chiara lettera della norma. Ritiene, infatti, che tale ricostruzione "non spiega come sia possibile, a fronte di una lettera così chiara che la riforma non ha corretto né intaccato, dettando disposizioni transitorie, considerare il rinvio di tipo recettizio e, per l'effetto, porre a base delle decisioni sui licenziamenti pubblici il vecchio art. 18 abrogato dalla legge 92/2012, determinandone una sopravvivenza a tempo indeterminato che la norma sopra riportata e la carenza di una espressa salvezza delle disposizioni precedenti paiono inequivocabilmente escludere".

Sulla stessa scia si pone il Tribunale in sede di reclamo ove, riproponendo le ragioni che stanno alla base del problema interpretativo, si afferma che "accedendo alla tesi che vuole il nuovo articolo 18 non applicabile al pubblico impiego, si violerebbe l'art. 51, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001, secondo il quale tale settore è disciplinato dalla legge 300/1970 come via via modificata". Per superare tale ostacolo – prosegue il Collegio – si dovrebbe postulare un'abrogazione tacita parziale del comma 2 dell'art. 51 "con espunzione dalla norma del richiamo alle modifiche del solo art. 18, fermo restando il rinvio mobile alle altre parti dello Statuto dei lavoratori". Un'abrogazione che non ha appigli testuali e che non può farsi derivare da ragioni sostanziali o sistematiche "poiché nessun argomento depone per la sussistenza di apprezzabili motivi per sottrarre la disciplina del pubblico impiego (sin qui comune a quella dell'impiego privato) alla modifica dell'art. 18 almeno con riferimento ai licenziamenti disciplinari, settore che esula da profili riguardanti finalità di mobilità o di politica del mercato del lavoro".

2.2. Tesi della permanente applicabilità al lavoro pubblico del vecchio articolo 18.

All'opposto vi è chi propende per la permanente applicabilità al settore pubblico dell'art. 18 pre-riforma Fornero. Una prima prospettazione basa la permanente vigenza sull'interpretazione della locuzione "e sue successive modificazioni" contenuta nel secondo comma dell'art. 51 che è stato ritenuta riferita alle modifiche intervenute tra il 1970 e il 2001. Si è così affermato che tale formulazione non "possa riguardare anche le recenti e radicali modifiche come quelle di cui alla legge n. 92/2012, attesa l'impossibilità di una valenza *ex post* contenuta in una norma – per l'appunto quella dell'art. 51 - in vigore nel lontano 2001". Secondo tale ricostruzione "non è ipotizzabile una lettura dell'art. 51 volta a ipotecare, anche per il futuro, l'applicazione di ogni modifica

alle norme dello Statuto al pubblico impiego”²⁰¹.

Una diversa e più articolata ricostruzione si basa su una interpretazione storico-teleologica della norma e giunge alla conclusione sistematica della coesistenza nel sistema di due articoli 18, uno, il nuovo testo risultante dalla modificazione della legge n. 92/2012, applicabile al settore privato, un altro, il vecchio testo, applicabile al settore pubblico²⁰². Secondo tale ricostruzione, di cui si sintetizza al massimo l’articolato ragionamento, i commi 7 ed 8 dell’art. 1 della legge n. 92/2012 rivelano l’intenzione di varare un corpo di norme specifiche per il settore pubblico che dovrà avvenire, nel rispetto dei principi cardine della riforma, tramite un confronto con le organizzazioni sindacali. Nelle more resta vigente il testo dell’art. 18 nella formulazione antecedente alla legge Fornero. La circostanza per cui la cristallizzazione per il settore pubblico del vecchio art. 18 rappresenti l’intenzione del legislatore troverebbe una chiara conferma nelle finalità della legge “a misura del lavoro privato”, sì da apparire “logico e coerente che l’art. 1, comma 7 restringa l’area di applicabilità della legge con esclusione dell’impiego pubblico, costruendo di conserva la nuova tipologia e disciplina contrattuale”. Nondimeno l’esclusione dell’applicabilità dell’art. 18 riformato deriverebbe dalla continuità esistente tra la riforma Biagi e la riforma Fornero che si esprimerebbe sia nel voler “diversificare una disciplina che la c.d. privatizzazione avrebbe voluto rendere sempre più comune fra lavoro privato e impiego pubblico” sia “nel far credere che trattasi di un’inversione di marcia solo temporanea”²⁰³.

3. Una nuova ipotesi ricostruttiva: nullità del licenziamento ed applicabilità della c.d. tutela reintegratoria forte.

A parere di chi scrive nessuna delle due impostazioni è del tutto condivisibile. Nell’affermare questo si manifesta l’esigenza di ricercare una nuova soluzione interpretativa che, partendo da quanto fino ad ora elaborato in dottrina ed in giurisprudenza, fornisca una rilettura delle norme alla luce della specialità del lavoro pubblico e dei principi espressi dalla Corte Costituzionale.

Tutto ciò non senza esprimere preliminarmente una considerazione di “contesto”. All’attento studioso non può sfuggire un’ambiguità di fondo nel panorama interpretativo oggi maggioritario: da un lato nel settore privato sembra primeggiare – ed in giurisprudenza è quasi un plebiscito – un orientamento fortemente conservatore del passato, tutto teso ad interpretare il novellato articolo 18 in continuità con il precedente testo della norma, per giungere ad applicare in via pressochè prevalente quella che è stata definita la tutela reintegratoria (ancorchè nella sua forma debole); dall’altro lato nel settore pubblico si apre “senza freno” al nuovo articolo 18, non ponendosi una particolare attenzione al problema della sua compatibilità con i profili di specialità del lavoro

²⁰¹ Così C. ROMEO, *La legge “Fornero” e il rapporto di impiego pubblico*, cit., 720. L’A. giunge anche ad escludere l’applicabilità del Rito Fornero alle controversie relative al licenziamento dei dipendenti pubblici. Nello stesso senso della coesistenza A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, Torino, 2012, 55 il quale ritiene “sopravvissuto per rinvio materiale il vecchio testo dell’art. 18 fino alla prevista “armonizzazione””.

²⁰² Così F. CARINCI, *Pubblico impiego privatizzato e art. 18*, in *Lav.giur.*, 2013, 27 ss. il quale nella propria rielaborazione di un articolo già pubblicato (*Art. 18 St. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in questa *Rivista*, 2012, 247 ss.) considera espressamente anche la sentenza monocratica del Giudice di Perugia.

²⁰³ Così sempre F. CARINCI, *Pubblico impiego privatizzato e art. 18*, cit., 31 il quale ritiene che causa di tale divaricazione sia la crescente diversità nella problematica occupazionale, data, nel lavoro privato, da una forte inoccupazione giovanile, da affrontare con una politica di incentivazione normativa e finanziaria della domanda di lavoro delle imprese; costituita nell’impiego pubblico da una notevole esuberanza di personale da gestire con una politica di riduzione della consistenza di organico delle pubbliche amministrazioni.

pubblico. Se infatti si può dubitare della tenuta della tesi della permanente applicabilità del vecchio art. 18 argomentata sulle finalità delle legge di riforma, sulla *ratio* dei commi 7 e 8 dell'art. 1 della stessa legge, nonché sull'autosufficienza del sistema disciplinare del settore pubblico, non si può tantomeno sottovalutare l'ontologica specialità del lavoro pubblico e così giustificare un'immediata trasposizione del nuovo articolo 18 nel settore pubblico sulla base di una norma di rinvio pensata e nata in un contesto normativo del tutto differente.

4. Segue. Ragioni della non condivisione delle tesi volte alla conservazione del vecchio art. 18 e alla automatica applicazione del nuovo art. 18.

È indubbio che il comma 2 dell'art. 51 operi un espresso richiamo allo Statuto dei lavoratori. Un rinvio che, per come è formulato, ovvero alla legge 20 maggio 1970, n. 300 e "successive modificazioni ed integrazioni", non può considerarsi un rinvio materiale al testo dello Statuto – e per quanto qui interessa al suo articolo 18 – vigente al momento dell'approvazione del D.Lgs. n. 165/2001. Nondimeno la permanente vigenza del vecchio articolo 18 pare in contrasto con la scelta operata dalla legge n. 92/2012 che utilizzando la tecnica della novellazione ha abrogato, e non semplicemente disapplicato, la formulazione previgente (su cui v. anche *infra*).

È tuttavia del pari indubbio che dai commi 7 e 8 dell'art. 1 della legge n. 92/2012 derivi una regola impeditiva dell'applicabilità "automatica" della disciplina sostanziale della legge Fornero al lavoro pubblico²⁰⁴. Il comma 7 prevede 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.... in coerenza con quanto disposto dall'art. 2, comma 2 (del D.Lgs. n. 165/2001)"; il successivo comma 8 assegna "al Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche" la competenza a individuare e definire "anche mediante iniziative normative, gli ambiti, le modalità e i tempi di armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche". Dunque, se si leggono in maniera coordinata le due disposizioni, emerge come quella che potrebbe, in ipotesi, essere considerata l'apertura del comma 7, è immediatamente bloccata dal successivo comma 8 che richiede un esplicito intervento normativo.

Si tratta certamente di disposizioni criptiche, volutamente tali, frutto di un compromesso evidente e da leggere in continuità con l'accordo sottoscritto il precedente 11 maggio²⁰⁵. In presenza di una chiara volontà del legislatore di varare una riforma per il solo settore privato occorreva tuttavia mantenere un legame con il lavoro pubblico privatizzato per non vanificare il principio della tendenziale uniformità di disciplina che è alla base dell'intero processo di riforma.

²⁰⁴ V. C. ROMEO, *La legge "Fornero" e il rapporto di impiego pubblico*, cit., 714, il quale dopo aver affermato che i due commi esprimerebbero "in ragione delle evidenti e per certi versi plateali antinomie, insanabili contraddizioni, peraltro insite nei loro stessi contenuti letterali che non sono certo consequenziali, anzi presentano delle vistose illogicità" (pag....) la previsione del comma 8 "finisce per vanificare ogni possibile tentativo rivolto a costruire un'interpretazione, diretta ad un'applicazione immediata della legge Fornero al pubblico impiego, nel segno della tanto agognata, ma disattesa, omogeneizzazione tra le due aree del lavoro subordinato" (pag.....).

²⁰⁵ Si può leggere il testo dell'accordo in http://www.funzionepubblica.gov.it/media/974771/testo_accordo.pdf.

Per cercare di dipanare l'intricata matassa occorre partire proprio da quanto disposto dai commi 7 e 8 citati, con peculiare riguardo al primo²⁰⁶.

In merito, molto si è dibattuto con riguardo all'inciso del comma 7 "per quanto da esse non espressamente previsto" inserito tra le parole "disposizioni della presente legge" e "costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni". Si è in particolare affermato che esso "sembrerebbe dire che le disposizioni della legge costituiscono principi e criteri non per quanto previsto, ma per quanto ...non previsto, col che si è ben oltre il limitare dell'assurdo"²⁰⁷. Certamente il comma non eccelle per tecnica normativa, ma sembrerebbe voler dire che le disposizioni costituiscano principi e criteri in quanto non vi sia una espressa previsione di applicabilità al lavoro pubblico da parte di una norma della stessa legge n. 92/2012. In questo secondo caso, e solo in questo, si avrebbe una immediata applicabilità delle nuove disposizioni. Il che può apparire tautologico, ma non è assurdo. Non convince, invece, una prospettiva che intendesse la non applicabilità limitata alle sole norme che non sono già in vigore per il pubblico impiego per le quali non sarebbe necessario alcun processo di adeguamento e che sarebbero, dunque, immediatamente applicabili. Tale conclusione non considera l'esigenza espressa di operare comunque una valutazione di compatibilità delle nuove norme con il "sistema" lavoro pubblico.

In considerazione di quanto appena esposto si condivide l'affermazione per cui il legislatore esplicitando la valenza delle disposizioni come principi e criteri ha inteso escluderne una puntuale applicazione²⁰⁸. Ciò in conformità alla finalità della legge dettata "a misura del lavoro privato"²⁰⁹. Ed è altrettanto condivisibile l'osservazione formulata dalla stessa dottrina per cui è difficile capire come singole norme possano costituire principi e criteri "a meno di non ritenere che tutte, proprio tutte, debbano essere assunte come tali"²¹⁰.

Tuttavia, proprio con riguardo al novellato art. 18 il riferimento ai principi e ai criteri assume un rilievo particolare in ragione della centralità della norma nel sistema di tutele. Occorre, infatti, interrogarsi se ai sensi del novellato articolo 18 la reintegrazione rappresenti ancora un principio. Si ritiene che il quesito non possa avere risposta positiva. L'introduzione di forme di tutela meramente risarcitoria, ferma la reintegrazione (forte e debole) porta a ritenere che la ricostituzione *ex tunc* del rapporto di lavoro non rappresenti più la regola. Come osservato anche dal Tribunale di Perugia nel giudizio di *prime cure* vi è uno spazio tendenzialmente residuale della tutela in

²⁰⁶ Vedi F. CARINCI, *Art. 18 St. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in questa Rivista, 2012, 248 il quale ha affermato che "commentare i commi 7 e 8 dell'art. 1, l. n. 92/2012 equivale a "sparare sulla croce rossa".

²⁰⁷ F. CARINCI, *Pubblico impiego privatizzato e art. 18, cit.*, 30.

²⁰⁸ Sempre F. CARINCI, *Pubblico impiego privatizzato e art. 18, cit.*, 30.

²⁰⁹ F. CARINCI, *Pubblico impiego privatizzato e art. 18, cit.*, 30 il quale afferma che "Se, dunque, le finalità sono a misura del lavoro privato appare logico e coerente che l'art. 1, comma 7 restringa l'area di applicabilità della legge con l'esclusione dell'impiego pubblico, costruendo di conseguenza la nuova tipologia e disciplina contrattuale.

²¹⁰ Ancora F. CARINCI, *Pubblico impiego privatizzato e art. 18, cit.*, 30.

forma specifica costituita dalla reintegra nel posto di lavoro²¹¹. Del che è conferma anche il mutamento della rubrica dell'art. 18, non più "Reintegrazione nel posto di lavoro", ma ribattezzata "Tutela del lavoratore nel caso di licenziamento illegittimo"²¹².

Importante è anche il richiamo contenuto sempre nel comma 7 dell'art. 1 della legge n. 92/2012 alla coerenza con quanto disposto dall'art. 2, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001. Un richiamo che suona come un'esplicita esigenza di considerare e preservare i profili di specialità del lavoro pubblico prima di valutare l'estensione ad esso delle nuove norme. Una richiesta di coerenza che riecheggia nella mente la c.d. clausola di specialità contenuta nella primissima formulazione del decreto 29.

Alla luce di tali riflessioni e dell'esplicita richiesta di intervento dettata dal comma 8 occorre chiedersi se sia effettivamente sufficiente il rinvio operato dal comma 2 dell'art. 51 allo Statuto dei lavoratori per sostenere l'immediata applicabilità del nuovo articolo 18. Una questione che se risolta positivamente deve portare coerentemente a ritenere che si applichino immediatamente al settore pubblico non solo l'art. 18 riformato, ma anche tutte le nuove disposizioni normative che sono intervenute a novellare leggi applicabili al settore pubblico per richiamo espresso operato dal D.Lgs. n. 165/2001 (così prima fra tutte le disposizioni in materia di contratto a termine in ragione dell'espresso richiamo operato al D.Lgs. n. 368/2001 da parte dell'art. 36, comma 2, e di congedo per maternità e paternità²¹³).

5. Segue. Specialità del lavoro pubblico e articolo 18 riformato: la difficoltà della coabitazione.

Fin qui si è svolta la parte *destruens* del discorso, con l'indicazione delle ragioni per le quali non convincono né la tesi della permanente vigente del vecchio articolo 18, né quella dell'incondizionata applicabilità del nuovo articolo 18. Occorre ora passare alla parte *construens* del ragionamento.

Come anticipato, il rinvio operato dal comma 2 dell'art. 51 allo Statuto dei lavoratori deve essere letto alla luce di quanto previsto dal primo comma dello stesso articolo 51 ed in stretta connes-

²¹¹ Così anche A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2012, I, 437. La circostanza che la reintegrazione assuma una valenza residuale induce a ripensare l'orientamento espresso dalle Sezioni Unite della Cassazione (Cass. S.U. 10 gennaio 2006, n. 141) che hanno qualificato come fatto impeditivo del diritto alla reintegra l'assenza del requisito dimensionale, gravando sul datore di lavoro il relativo onere. Una conclusione che è stata raggiunta all'esito di un'analisi del rapporto tra tutela reale e tutela obbligatoria e sulla qualificazione della prima come regola. Secondo M. DE CRISTOFARO e G. GIOIA, *Il nuovo rito dei licenziamenti: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata* (23.10.2012), in www.judicium.it, 33 l'assenza del requisito dimensionale deve essere ancora qualificato come fatto impeditivo in quanto "gli stessi valori costituzionali, invocati dalle Sezioni Unite per giustificare la ordinarietà del diritto alla reintegra, giustificano appieno una presunzione a vantaggio del regime rafforzato di tutele". In merito v. anche V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2012, I, 538 s. il quale osserva che "la tesi della indennità risarcitoria come "regola", oltre a costituire un notevole cambiamento dell'intero sistema, incrementerebbe il "dualismo" tra le grandi imprese e quelle medio piccole".

²¹² Secondo C. CESTER, *La disciplina dei licenziamenti dopo la riforma Fornero: metamorfosi della tutela reale*, cit., 862, la maggiore ampiezza si riferisce agli ambiti e non certo allo spessore della tutela.

²¹³ Per la non applicabilità al lavoro pubblico della legge n. 92/2012 v. il parere della Funzione Pubblica 20 febbraio 2013 (in materia di congedo obbligatorio e facoltativo del padre lavoratore, voucher alla madre lavoratrice), in http://www.funzionepubblica.gov.it/media/1056192/art4_comma24_l_92_2012_congedo_obbligatorio_padre_voucher_madre.pdf,

sione con la speciale disciplina del lavoro pubblico. Un'analisi che funge da premessa alla valutazione dei contenuti del nuovo articolo 18 e della loro piena compatibilità con il lavoro pubblico anche con riferimento ai principi affermati dalla Corte costituzionale.

Si deve innanzitutto leggere il secondo comma dell'art. 51 in connessione con il primo ove si afferma che "il rapporto di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche è disciplinato secondo le disposizioni degli articoli 2, commi 2 e 3, e 3, comma 1". Il secondo comma definisce l'ambito di applicazione dello Statuto dei lavoratori riferendosi non ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni, ma alle pubbliche amministrazioni, dovendosi intendere come tali, nonostante manchi detta precisazione nella norma, le amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2²¹⁴.

Dal combinato disposto dei commi 1 e 2 dell'art. 51 deriva che l'applicabilità delle disposizioni statutarie è possibile solo per gli istituti e per i profili che non risultino diversamente disciplinati da altre previsioni del D.Lgs. n. 165/2001. L'art. 2, comma 2, primo periodo del decreto 165, richiamato espressamente dal comma 1 dell'art. 51, nell'operare un esplicito rinvio alle disposizioni del settore privato fa salve le specifiche disposizioni legislative contenute nel decreto 165 che – per espressa precisazione introdotta dalla riforma del 2009 – "costituiscono disposizioni a carattere imperativo"²¹⁵. Dalla lettura coordinata delle norme consegue l'inapplicabilità alle pubbliche amministrazioni e ai loro dipendenti delle disposizioni statutarie che risultano derogate dalle disposizioni del decreto 165/2001. Così è certamente in parte per l'art. 19 dello Statuto relativo alle r.s.a.; ed è così anche per quanto concerne il procedimento disciplinare regolamentato nel privato dall'art. 7 dello Statuto e nel pubblico dalla speciale disciplina dettata dall'art. 55-*bis*.

Tra le speciali disposizioni del D.Lgs. n. 165/2001 deve essere annoverata anche la disciplina sostanziale del licenziamento dettata dall'art. 55-*quater* ove si afferma: "ferma la disciplina in tema di licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo e salve ulteriori ipotesi previste dal contratto collettivo, si applica comunque la sanzione disciplinare del licenziamento nei seguenti casi", elencati dalla stessa norma. Dunque, l'articolo nell'individuare una serie di ipotesi che comportano il licenziamento ²¹⁶opera un espresso richiamo alle nozioni di giusta causa e di giustificato motivo, nonché al ruolo del contratto collettivo "legittimato" ad individuare ulteriori ipotesi di licenziamento nel rispetto, comunque, del principio di proporzionalità di cui all'art. 2106 cod.civ.²¹⁷

Nel vigente D.Lgs. n. 165/2001 è, dunque, presente, a differenza di quanto avveniva prima dell'intervento di riforma del 2009, una disciplina sostanziale (art. 55-*quater*) e procedimentale (art. 55-*bis*) del licenziamento disciplinare in sé autosufficiente ed espressamente qualificata di natura

²¹⁴ L'esplicito autonomo riferimento al rapporto di lavoro dei dipendenti ed alle pubbliche amministrazioni riecheggia quanto previsto dall'art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 276/2003 ove si afferma che "Il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale".

²¹⁵ Con riguardo alla natura imperativa delle speciali disposizioni del D.Lgs. n. 165/2001 v. S. MAINARDI, *Il sistema delle fonti di disciplina del lavoro pubblico*, in F. CARINCI, S. MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico*, Milano, 2011, sp. 9 ss. Secondo V. FERRANTE, *I poteri datoriali rivisitati (Commento agli articoli 32-36 del D.Lgs. n. 150/2000)*, in *Nuove leggi civ.comm.*, 2001, 1106 ritiene del tutto inutile l'esplicita affermazione della natura imperativa delle speciali disposizioni in quanto ciò appariva evidente già dal precedente testo normativo.

²¹⁶ In realtà è più corretto affermare che possono comportare, configurandosi diversamente una sanzione estintiva sostanzialmente automatica in contrasto con il consolidato orientamento della Corte Costituzionale che esclude la legittimità di sanzioni estintive automatiche del rapporto di lavoro.

²¹⁷ Cfr. art. 55, comma 2, primo periodo del D.Lgs. n. 165/2001.

imperativa (cfr. anche oltre con riferimento all'art. 1, comma 2, ed all'art. 55, comma 1 del D.Lgs. n. 165/2001).

Il legislatore definisce chiaramente quale sia la sanzione connessa alla violazione dei termini del procedimento: la decadenza dall'azione disciplinare per l'amministrazione e dall'esercizio del diritto di difesa per il dipendente. Nulla dice, invece, esplicitamente per quanto concerne la tutela connessa alla mancanza di giusta causa o di giustificato motivo. Vi è "unicamente" il rinvio operato all'art. 18 in quanto incluso nel più ampio rinvio alle disposizioni dello Statuto.

Senonché si ritiene che il rinvio non possa riguardare il "vecchio" articolo 18. È vero, il sistema disciplinare nel lavoro pubblico è dotato di una propria autosufficienza normativa per quanto concerne il fondamento e le modalità di esercizio del potere di recesso; è altresì vero che nelle intenzioni del legislatore del 2012 vi era la volontà di escludere il lavoro pubblico dall'ambito di applicazione della riforma; è però indubbio che il legislatore non ha previsto alcuna esplicita salvezza del vecchio testo dell'art. 18. Sicché se è indubbio che nell'interpretazione della legge occorre avere riguardo anche all'intenzione del legislatore, è tuttavia incontestato che l'intenzione del legislatore deve essere ricercata sulla base del testo del documento legislativo da interpretare, considerato nella sua interezza e in relazione ad altri documenti rilevanti. E se si analizza il testo della legge n. 92/2012 emerge l'abrogazione e non la mera disapplicazione del previgente art. 18. Il legislatore (cfr. art. 1, comma 42 della legge n. 92/2012) utilizza il termine sostituzione, di per sé inequivoco della volontà di abrogare la precedente disciplina²¹⁸.

Tuttavia affermare l'inapplicabilità del vecchio articolo 18 non può condurre a contrario (ed acriticamente) all'applicabilità "incondizionata" del nuovo articolo 18 in ragione del rinvio contenuto nell'art. 51, comma 2 allo Statuto dei lavoratori. Un nuovo art. 18 che – come già detto – non individua più la reintegrazione come principio, prevedendo ampie ipotesi di tutela risarcitoria difficilmente compatibile con l'illegittimità del licenziamento nel settore pubblico.

Già dal punto di vista dell'interpretazione letterale vi è un primo chiaro indice che esclude l'applicabilità al lavoro pubblico della tutela risarcitoria debole. Il nuovo comma 6 dell'art. 18 richiama tra le violazioni procedurali che danno diritto alla corresponsione di una indennità risarcitoria tra le sei e le dodici mensilità la violazione della procedura di cui all'art. 7 dello statuto, mentre nel pubblico la procedura è dettata dall'art. 55-*bis*. Una violazione della procedura che nel settore pubblico "non produce una semplice inefficacia monetizzabile, ma una nullità radicale ed insanabile"²¹⁹. Né in senso contrario può assumere rilievo la teoria della c.d. parallelismo delle tutele e per questa via sostenere che il vizio procedimentale non comporta necessariamente la sanzione della nullità, ma può condurre ad una tutela "solo" risarcitoria. In merito occorre considerare quella teoria alla luce delle motivazioni della sua elaborazione. La Cassazione con le sentenze a Sezioni Unite del 1994²²⁰ volle impedire che nell'ambito della tutela obbligatoria il vizio procedurale fosse sanzionato più gravemente del vizio sostanziale; di qui la previsione dell'applicazione della medesima tutela ai due vizi. In questo caso il contesto è del tutto diverso ed anzi, opposto:

²¹⁸ Diversamente F. CARINCI, *Art. 18 St. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in questa Rivista, 2012, 256.

²¹⁹ Così F. CARINCI, *Pubblico impiego privatizzato e art. 18*, cit., 33.

²²⁰ La Cassazione a Sezioni Unite con le sentenze 26 aprile 1994, n. 3966 (in *Foro it.*, 1994, I, c. 1708) e 18 maggio 1994, nn. 4844 (in *Orient.giur.lav.*, 1994, p. 586 ss.) ha affermato il principio che il licenziamento per motivi disciplinari comminato dal datore di lavoro senza rispettare le garanzie procedurali previste dall'art. 7 dello Statuto dei lavoratori non è nullo, ma semplicemente ingiustificato; in seguito v. tra le molte Cass. 12 aprile 2003, n. 5855; Cass. 6 agosto 1999, n. 8493; Cass. 27 giugno 1998, n. 6396.

si tratta non di omologare le tutele per vizi diversi, ma sostenere la congruità di tutele diverse in ragione del diverso vizio. Tutto ciò nell'ambito di un chiaro dettato normativo che indica nel caso di violazione procedimentale il tipo di sanzione, la nullità.

Ma ancor più rilevante è il dato sistematico, ovvero l'impossibilità di configurare in capo al lavoratore pubblico illegittimamente licenziato una tutela meramente risarcitoria. La Corte Costituzionale con la sentenza n. 351/2008 ha affermato che "sul piano degli strumenti di tutela" "forme di riparazione economica, quali, ad esempio, il risarcimento del danno o le indennità riconosciute dalla disciplina privatistica in favore del lavoratore ingiustificatamente licenziato, non possono rappresentare, nel settore pubblico, strumenti efficaci di tutela degli interessi collettivi lesi da atti illegittimi di rimozione di dirigenti amministrativi"²²¹.

La Corte Costituzionale enuncia il principio con esplicito riferimento alla categoria dirigenziale. Tuttavia non si può ritenere di confinare detto principio alla categoria di personale. La considerazione limitata alla sola dirigenza deve essere contestualizzata con riferimento alle censure avanzate e riportata al momento in cui fu pronunciata: un momento in cui era indubbia l'applicabilità dell'art. 18 al personale non dirigenziale ed in cui la giurisprudenza di Cassazione, non senza critiche in dottrina, aveva sancito l'applicabilità dell'art. 18 anche alla dirigenza²²². Un'affermazione della Corte Costituzionale che deve essere, quindi, letta come espressione della volontà di puntellare quando deciso dai giudici di legittimità in relazione ad una generale applicabilità dell'art. 18 e, dunque, della reintegrazione, al settore pubblico.

Con il mutare del quadro normativo di riferimento non si può neppure in ipotesi sostenere l'ammissibilità di una tutela meramente risarcitoria per il personale non dirigenziale circoscrivendo il principio espresso dalla Corte alla sola dirigenza. Tale soluzione oltre ad essere di per sé palesemente incongrua, contrasta anche con la motivazione di fondo contenuta nella citata sentenza n. 351/2008. In questa sentenza la Corte afferma che a differenza di quanto accade nel settore privato ove "il potere di licenziamento del datore di lavoro è limitato allo scopo di tutelare il dipendente", il settore pubblico "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; dunque, a tutela dei principi costituzionali di imparzialità (e del correlato principio dell'accesso per pubblico concorso) e di buon andamento dettati dall'art. 97 della Costituzione, nonché del principio dettato dal successivo art. 98 il quale al comma 1 prevede che "i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione".

Il che porta a ritenere indefettibile nel settore pubblico non solo la regola della necessaria giustificazione del recesso, ma anche la previsione di una tutela ripristinatoria. E ciò, a differenza del settore privato ove è costituzionalizzata la garanzia del lavoratore ad essere licenziato solo in

²²¹ Corte Cost. 24 ottobre 2008, n. 351.

²²² Su cui v. *infra* nel prossimo paragrafo.

presenza di una giustificazione causale, mentre è rimessa alla discrezionalità del legislatore la valutazione in ordine alle conseguenze sanzionatorie applicabili nel caso di illegittimità del licenziamento²²³.

6. Segue. Nullità del licenziamento privo di giusta causa e di giustificato motivo soggettivo ed applicabilità della c.d. tutela reintegratoria forte e del c.d. Rito Fornero.

Evidenziate le ragioni per le quali si ritiene che non sia possibile applicare al settore pubblico l'intero nuovo art. 18, occorre chiedersi quale sia la tutela di cui gode il dipendente illegittimamente licenziato. La risposta al quesito impone di qualificare preliminarmente il tipo di invalidità conseguente all'illegittimo atto di recesso datoriale (in quanto privo di giustificazione o viziato nella procedura). Quanto al vizio procedimentale si è già detto che si propende per la tesi favorevole a ravvisare una radicale nullità dell'atto di recesso. Alla stessa conclusione si ritiene di dover giungere per quanto riguarda l'assenza di giusta causa o di giustificato motivo. L'art. 2, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001 qualifica espressamente come norme imperative tutte le speciali disposizioni contenute nel D.Lgs. n. 165/2001²²⁴. Un'imperatività che è espressamente ribadita per il *corpus* norme disciplinari dall'art. 55, comma 1, del D.Lgs. n. 165/2001 secondo cui "Le disposizioni del presente articolo e di quelli seguenti, fino all'articolo 55-*octies*, costituiscono norme imperative, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile".

Dall'imperatività delle norme deriva che il licenziamento irrogato in contrasto con il precetto legislativo, ovvero con la norma imperativa che prevede che debba essere assistito da giusta causa o da giustificato motivo, deve essere qualificato come atto nullo (e, dunque, come licenziamento nullo)²²⁵ e non "solamente" ingiustificato. La sanzione della nullità deriva dal fatto che nel settore

²²³ Cfr. A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in *Riv.it.dir.lav.*, 2012, I, 423. In merito v. Corte Costituzionale 7 febbraio 2000, n. 46 che nel sostenere che l'art. 18 dello Statuto costituisce un'indubbia manifestazione di quell'indirizzo di progressiva garanzia del diritto al lavoro previsto dagli articoli 4 e 35 della Costituzione "che ha portato, nel tempo, ad introdurre temperamenti al potere di recesso del datore di lavoro, secondo garanzie affidate alla discrezionalità del legislatore, non solo quanto alla scelta dei tempi, ma anche dei modi di attuazione" nel contempo afferma la tutela reale "per quanto espressiva di esigenze ricollegabili ai menzionati principi costituzionali, concreti l'unico possibile paradigma attuativo dei principi medesimi" con la conseguenza che l'eventuale abrogazione di tale forma di tutela "avrebbe il solo effetto di espungere uno dei modi per realizzare la garanzia del diritto al lavoro, che risulta ricondotta, nelle discipline che attualmente vigono sia per la tutela reale che per quella obbligatoria, al criterio della necessaria giustificazione del licenziamento". Cfr. anche Corte Cost. 28 dicembre 1970, n. 194; Corte Cost. 14 luglio 1976, n. 129; Corte Cost. 22 dicembre 1980, n. 189. In dottrina per un'analisi compiuta della giurisprudenza costituzionale v. L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, in *Giorn.dir.lav.rel.ind.*, 2007, sp. 671 ss.

²²⁴ In generale sulla qualificazione di una norma come imperativa v., da ultimo, M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Milano, 2009, s. 11 ss., oltre al fondamentale R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976.

²²⁵ Una nullità del licenziamento che comporta, comunque, l'applicabilità dei termini decadenziali previsti dall'art. 6 della legge n. 604/1966. Cfr. in merito, ancorché con riferimento alla disciplina antecedente al c.d. Collegato lavoro, Cass. 27 febbraio 2003, n. 3022, in *Orient.giur.lav.*, 2004, I, 215 secondo cui il termine di sessanta giorni per l'impugnazione del licenziamento previsto dall'art. 6 legge n. 604 del 1966 deroga al principio generale - desumibile dagli art. 1421 e 1422 c.c. - secondo il quale, salvo diverse disposizioni di legge, la nullità può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse e l'azione per farla dichiarare non è soggetta a prescrizione. Nella stessa pronuncia, peraltro, si afferma che la disposizione dell'art. 6 della legge n. 604 del 1966 è da considerarsi di carattere eccezionale e non è perciò applicabile, neanche in via analogica, ad ipotesi di nullità del licenziamento che non rientrino nella previsione della citata legge n. 604 del 1966.

pubblico la necessaria giustificazione causale del licenziamento assume una valenza peculiare, non limitata alla sola tutela del prestatore di lavoro²²⁶.

A questo punto si aprono due possibili vie interpretative. Ravvisare una nullità di diritto comune, facendone derivare tutte le connesse conseguenze in termini strettamente civilistici²²⁷, oppure valutare la possibile applicazione dei soli primi tre commi dell'art. 18. Quest'ultima ipotesi deriva dalla riconduzione nell'ambito di applicazione della c.d. tutela reintegratoria forte anche degli "altri casi di nullità previsti dalla legge" (cfr. nuovo art. 18, comma 1). Una formulazione interpretata in dottrina come volontà di riferirsi ad altre violazioni diverse da quelle tipizzate, ma di gravità tale da giustificare la qualificazione come nullo del licenziamento²²⁸. Si è così ritenuto di applicare la tutela forte quando il licenziamento sia stato adottato in violazione di norma imperativa, oppure in frode alla legge²²⁹.

È del tutto evidente come l'accoglimento dell'una o dell'altra soluzione abbia una diretta incidenza sull'applicabilità del c.d. Rito Fornero. Laddove si opti per una nullità di diritto comune estranea al corpo dell'art. 18 non si potrà coerentemente applicare lo speciale rito dettato dalla legge n. 92/2012. Come già evidenziato, il comma 47 dell'art. 1 della legge 92 prevede l'applicabilità del rito speciale "alle controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni". Nel caso in cui, invece, si opti per la ritenuta applicabilità della c.d. tutela reintegratoria forte ne deriva l'applicabilità anche del Rito Fornero in ragione dell' "appiglio" testuale alla regolazione ai sensi dell'art. 18, anche se limitato al suo primo comma.

Sulla base delle premesse poste, dopo aver lungamente ponderato quale delle due soluzioni privilegiare, l'iniziale pensiero favorevole a ravvisare una nullità di diritto comune estranea all'ambito di applicazione dell'art. 18 si è progressivamente evoluto a favore della riconduzione della nullità del licenziamento nell'ambito dell'ipotesi prevista dal comma 1 del nuovo art. 1 in quanto "altri casi di nullità previsti dalla legge".

Non si nasconde che alla base vi sia anche una precisa opzione di pensiero tesa a valorizzare (e per quanto possibile conservare) i profili di comunanza tra lavoro pubblico e lavoro privato rispetto a quelli di divaricazione. Se sul piano del diritto sostanziale le differenze tra l'accoglimento dell'una o dell'altra impostazione possono apparire non così marcate, certamente sul piano processuale l'accoglimento avrebbe comportato una necessaria divaricazione di riti. Un'opzione di

²²⁶ Come rileva R. CAPONI, *Azione di nullità (profili di teoria generale)*, in *Riv.dir.civ.*, 2008, in caso di contestazioni circa la legittimità delle modalità di esercizio del potere, il diritto positivo può adottare come modello di disciplina sia quello della nullità che quello dell'annullabilità (pag. 78), evidenziando tuttavia che l'atto è nullo "in quanto difforme dal paradigma normativo in un suo aspetto fondamentale" (pag. 92-93). Ora nel caso in esame il diritto positivo ha espressamente preso posizione a favore della nullità del tutto coerentemente con le peculiarità che nel lavoro pubblico assume l'esercizio del potere di recesso.

²²⁷ Sulle tecniche civilistiche di invalidazione dell'atto di recesso v. E. GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *Giorn.dir.lav.rel.ind.*, 1979, n. 3, sp. 324 ss.; P. TULLINI, *La c.d. tutela reale di diritto comune*, in *Quad.dir.lav.rel.ind.*, n. 8/1990, 103 ss.; L. MONTUSCHI, *Rimedi e tutele nel rapporto di lavoro*, in *Dir.rel.ind.*, 1997, n. 1, 3 ss.

²²⁸ Così E. PASQUALETTO, *I licenziamenti nulli secondo la l. n. 92/2012*, in *Lav.giur.*, 2012, 894 s.

²²⁹ Sempre E. PASQUALETTO, *I licenziamenti nulli secondo la l. n. 92/2012*, cit., 900. In merito v. anche C. COLOSIMO, *Prime riflessioni sul sindacato giurisdizionale nel nuovo sistema di tutele in caso di licenziamento illegittimo: l'opportunità di un approccio sostanzialista*, cit., 1030 ss.

peniero che risulta però puntellata dall'esplicita riconduzione tra le nullità richiamate dal comma 1 dell'art. 18 di tutta una serie di ipotesi, prima fra tutte quella del licenziamento determinato da motivo illecito, assoggettate prima dell'entrata in vigore della legge n. 92/2012 al regime della nullità di diritto comune²³⁰. A questo primo dato se ne unisce un secondo: la tutela reintegratoria forte si applica "quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro" (art. 18, comma 1). Una previsione che riecheggia la generale applicabilità dello Statuto dei lavoratori prevista dal secondo comma dell'art. 51 del D.Lgs. n. 165/2001.

Peraltro l'applicazione della sanzione reintegratoria forte per com'è stata prefigurata dal legislatore del 2012 presenta almeno due aspetti di tensione con la specialità di disciplina del settore pubblico (peraltro già presenti anche nella vigenza del precedente articolo 18).

Il primo concerne la deduzione dall'indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione di "quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative"²³¹. Come noto l'orientamento elaborato nel settore privato ha affermato che il dovere di fedeltà del lavoratore illegittimamente licenziato non viene meno con l'interruzione del rapporto. Ne consegue che qualora nelle more della reintegra il lavoratore svolga attività in concorrenza con quella del datore di lavoro può essere destinatario di un altro addebito disciplinare e, quindi, di un nuovo licenziamento²³². Una regola che nel settore pubblico sembra ancora più rigida, dato il vincolo di esclusività del dipendente pubblico impeditivo non solo dello svolgimento di attività in concorrenza, ma di attività tout court²³³.

Il secondo, di rilievo maggiore, concerne la facoltà riconosciuta al lavoratore di optare per l'indennità sostitutiva della reintegrazione. Si tratta di una facoltà che era prevista anche dalla precedente formulazione dell'art. 18, ma che pare porsi in contrasto con la speciale disciplina del settore pubblico. Si è detto in precedenza, sulla scorta di quanto affermato dalla Corte costituzionale, dell'incompatibilità con il sistema del riconoscimento di una tutela meramente risarcitoria a favore del dipendente illegittimamente licenziato. Ciò in ragione del peculiare assetto di interessi presente nel settore pubblico. Ma proprio questo particolare assetto pare impedire di poter

²³⁰ Cfr. con riguardo all'ipotesi di licenziamento determinato da motivo illecito, Cass. 9 luglio 1979, n. 3930, in *Foro it.*, 1979, I, 2333; Trib. Roma 19 ottobre 1995, in *Riv.it.dir.lav.*, 1996, II, 876. Con riguardo al licenziamento intimato in concomitanza con il matrimonio v. l'art. 35 del D.Lgs. n. 198/2006 che nel definire nullo il licenziamento che va dalla data del matrimonio sino ad un anno dopo le nozze prevede che alla dichiarazione giudiziale di nullità consegua il diritto tornare in servizio oltre alla corresponsione della retribuzione globale di fatto sino al momento dell'avvenuta riammissione (in giurisprudenza v. già, per la nullità di diritto comune Cass. 10 maggio 2003, n. 7176). Con riguardo al licenziamento della lavoratrice madre v. Cass. 15 settembre 2004, n. 18537.

²³¹ In dottrina si evidenzia che l'espresso riferimento al solo *aliunde perceptum* esclude la possibilità di detrarre anche l'*aliunde percipiendum*; possibilità, invece, prevista con riferimento alla c.d. tutela reintegratoria debole ove si prevede anche la deduzione di "quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione". In dottrina v. C. CESTER, *La disciplina dei licenziamenti dopo la riforma Fornero: metamorfosi della tutela reale*, cit., 864 s.; G. VIDIRI, *La riforma Fornero: la (in)certeza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, cit., 633 s.

²³² V., in questi termini, Cass. 28 aprile 2009, n. 9925, nonché Cass. 4 giugno 2004, n. 10663, in *Riv.it.dir.lav.*, 2005, II, 212 secondo cui dal divieto si sottraggono solo le attività volte a reperire fonti di sostentamento alternative alla retribuzione di fatto non più percepita; Cass. 4 aprile 1997, n. 2949, in *Lav.giur.*, 1998, 211.

²³³ In merito all'obbligo di esclusività v., da ultimo, criticamente A. DI STASI, *La crisi del principio di esclusività nel rapporto di lavoro pubblico e privato*, in *Arg.dir.lav.*, 2012, 1181 ss.

riconoscere al lavoratore pubblico la facoltà di rinunciare alla reintegrazione, optando per la tutela risarcitoria. In questo caso verrebbe, infatti, meno quel delicato bilanciamento di interessi che sta alla base del disconoscimento della legittimità di una tutela meramente risarcitoria.

L'applicabilità dell'art. 18, ancorché "ritagliato" a misura del lavoro pubblico, comporta l'esperimento del Rito Fornero. In merito non si condivide la tesi dottrinale che ha comunque escluso l'applicabilità di detto rito al lavoro pubblico, ricavando detta conclusione dai commi 7 ed 8 dell'art. 1²³⁴. Innanzitutto il comma 47 dell'art. 1 della legge n. 92/2012 fa riferimento alle controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni. Il presupposto per l'applicazione del nuovo rito è la richiesta da parte del dipendente dell'applicabilità di una delle forme di tutela contemplate dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori. Non vi è differenza tra vecchio e nuovo articolo 18: ciò che rileva è che si applichi un articolo 18. Infatti, il comma 67 dell'art. 1 della legge n. 92/2012 prevede che lo speciale rito si applichi alle controversie instaurate successivamente all'entrata in vigore della legge (18 luglio 2012) anche se la disciplina sostanziale di riferimento è quella antecedente alla legge n. 92/2012²³⁵. A questo primo elemento se ne aggiungono altri due. Innanzitutto dal punto di vista testuale è importante sottolineare che il comma 7 si riferisce ai principi e criteri per "la regolazione dei rapporti di lavoro" e non alla disciplina processuale. Inoltre dal punto di vista sistematico non sembra possibile ravvisare uno spazio per un intervento di armonizzazione da parte del Ministro per la Funzione Pubblica in materia processuale. Si è così condivisibilmente ritenuto che non solo la necessità di armonizzazione per le norme processuali non si ponga, ma che le stesse devono essere applicate in modo uniforme al lavoro privato e a quello pubblico, non essendovi ragioni che possano giustificare un trattamento processuale differenziato delle due categorie di dipendenti. A conferma di tale conclusione si evidenzia che in presenza sul piano della disciplina sostanziale di norme specifiche e differenziate per taluni aspetti del rapporto, sul piano della disciplina processuale si è sempre avuta una rigorosa uniformità di regolamentazione per le controversie inerenti lo svolgimento del rapporto di lavoro²³⁶.

7. La peculiarità della categoria dirigenziale nella specialità del lavoro pubblico.

Se per il personale non dirigenziale le questioni interpretative sono molteplici ed intricate, ancora una volta la dirigenza presenta una propria peculiarità. Si è già posto in luce come la Corte di Cassazione avesse sancito l'applicabilità dell'art. 18 alla dirigenza pubblica. Una tesi che è stata varata per la prima volta dalla sentenza della Cassazione n. 2233 del 1° febbraio 2007 e che non è stata successivamente più abbandonata²³⁷. Chi scrive, all'indomani del deposito della citata sentenza del febbraio del 2007 si era espresso criticamente per la soluzione offerta dalla giurisprudenza di legittimità²³⁸. Una critica che non si fondava su un'ostinata volontà di equiparazione della

²³⁴ Cfr. C. ROMEO, *La legge "Fornero" e il rapporto di impiego pubblico*, cit., 719.

²³⁵ Sul principio generale per cui ogni atto processuale è regolato dalla legge applicabile al momento in cui viene in essere, v. Cass., sez. VI, 24 settembre 2012, n. 16203.

²³⁶ Così, v. P. SORDI, *L'ambito di applicazione del nuovo rito per l'impugnazione dei licenziamenti e disciplina della fase di tutela urgente*, dattiloscritto, ottobre 2012, 10.

²³⁷ Cass. 31 luglio 2012, n. 13710; e così, da ultimo, Cass. 18 dicembre 2012, n. 23330.

²³⁸ Sia consentito rinviare per chi fosse interessato ad una lettura di dettaglio delle critiche mosse a A. BOSCATI, *Disciplina speciale del rapporto di lavoro del dirigente pubblico e tutela applicabile nel caso di illegittimo recesso dell'amministrazione*, in *Arg.dir.lav.*, 2007, 703.

dirigenza pubblica a quella privata, quanto sull'interpretazione del dettato normativo e delle disposizioni contrattuali al tempo vigenti la cui coerente lettura avrebbe dovuto condurre a diverse conclusioni. Una critica che nelle more dell'emanazione del D.Lgs. n. 150/2009 era diventata una richiesta di intervento chiarificatore da parte del legislatore. Un intervento che, come noto, non c'è stato. All'inerzia del legislatore è tuttavia seguito l'intervento della contrattazione collettiva d'area dirigenziale post Brunetta. Tutti i contratti collettivi, con formulazione coincidente (c.d. effetto fotocopia), hanno previsto a favore dei dirigenti illegittimamente o ingiustificatamente licenziati una tutela reintegratoria che presenta significativi profili di specialità sia rispetto alla tutela reale legale al momento vigente sia rispetto alla tutela reintegratoria prevista dal novellato art. 18²³⁹.

Mentre ai sensi dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori (vecchio e nuovo testo) l'ordine di reintegrazione è vincolante per il datore di lavoro il quale deve invitare il lavoratore a riprendere servizio (ed il lavoratore a seguito dell'invito ha trenta giorni per presentarsi), le disposizioni negoziali, invece, presuppongono che la reintegrazione del dirigente avvenga a seguito di una sua domanda. I contratti collettivi nell'articolo rubricato "Reintegrazione del dirigente illegittimamente licenziato" prevedono, infatti, che "L'amministrazione, *a domanda*, reintegra in servizio il dirigente" (corsivo di chi scrive). Le previsioni negoziali riconoscono al dirigente il diritto a percepire "il trattamento economico che sarebbe stato corrisposto nel periodo di licenziamento, anche con riferimento alla retribuzione di posizione in godimento all'atto del licenziamento".

L'articolo che dispone il diritto del dirigente alla reintegrazione deve essere altresì letto congiuntamente con l'articolo – che in ogni contratto è immediatamente successivo – in cui si disciplina l' "Indennità sostitutiva della reintegrazione"²⁴⁰. La fonte collettiva prevede che "L'amministrazione o il dirigente *possono proporre all'altra parte, in sostituzione della reintegrazione* ... il pagamento di un'indennità supplementare determinata, in relazione alla valutazione dei fatti e delle circostanze emerse, tra un minimo pari al corrispettivo del preavviso maturato, maggiorato dell'importo equivalente a due mensilità, ed un massimo pari al corrispettivo di ventiquattro mensilità" (corsivo di scrive). L'indennità concordemente determinata è automaticamente aumentata, ove l'età del dirigente sia compresa fra i quarantasei e i cinquantasei anni, secondo misure predeterminate dal contratto collettivo e variabili a seconda dell'età²⁴¹. Ogni mensilità, sia quelle rientranti nell'indennità supplementare concordata, sia quelle automaticamente aggiunte, devono ricomprendere anche la retribuzione di posizione già in godimento al momento del licenziamento, con esclusione di quella di risultato.

²³⁹ Cfr. art. 13 CCNL Area I; art. 11 CCNL Area II; art. 14 CCNL Area III; art. 14 CCNL Area IV; art. 20 CCNL Area V; art. 11 CCNL Area VI; art. 13 CCNL Area VII.

²⁴⁰ Cfr. art. 14 CCNL Area I; art. 12 CCNL Area II; art. 15 CCNL Area III; art. 15 CCNL Area IV; art. 21 CCNL Area V; art. 12 CCNL Area VI; art. 14 CCNL Area VII.

²⁴¹ Più precisamente: 7 mensilità in corrispondenza del 51esimo anno compiuto; 6 mensilità in corrispondenza del 50esimo e 52esimo anno compiuto; 5 mensilità in corrispondenza del 49esimo e 53esimo anno compiuto; 4 mensilità in corrispondenza del 48esimo e 54esimo anno compiuto; 3 mensilità in corrispondenza del 47esimo e 55esimo anno compiuto; 2 mensilità in corrispondenza del 46esimo e 56esimo anno compiuto.

Il problema che si pone all'interprete è, dunque, quello di individuare il tipo di tutela applicabile al dirigente illegittimamente licenziato e, più precisamente, se si possa applicare la tutela reintegratoria forte di cui ai commi da 1 a 3 del nuovo articolo 18, oppure se sopravvivano le disposizioni negoziali appena richiamate.

È indubbio che il licenziamento del dirigente non assistito da giusta causa o da giustificato motivo soggettivo sia al pari di quello irrogato al personale non dirigente nullo. L'art. 55-*quater* nel definire il proprio ambito di applicazione comprende tutti i dipendenti pubblici, dirigenti compresi²⁴². Ne dovrebbe derivare quale logica conseguenza l'applicazione della stessa tutela reintegratoria forte che si è ritenuta applicabile al personale non dirigenziale. Ciò a differenza di quanto avviene nel settore privato ove la dirigenza, ex art. 10 della legge n. 604/1966, è soggetta ad un regime legale di libera recedibilità²⁴³ che ha portato la contrattazione collettiva a svolgere un ruolo "suppletivo"²⁴⁴.

A questo punto occorre interrogarsi circa la permanente applicabilità delle clausole negoziali.

Una prima ed imprescindibile chiave di lettura è data dal fatto che la tutela reintegratoria convenzionale è stata introdotta dalla contrattazione collettiva in un periodo in cui la giurisprudenza aveva già affermato l'applicabilità anche alla dirigenza dell'art. 18. Dunque, un periodo in cui un articolo 18 cui riferirsi c'era. La circostanza sul piano interpretativo non è certamente senza rilievo ed induce ad approfondire ulteriormente il problema.

Sulla scorta di questa prima considerazione occorre, infatti, chiedersi se vi sia una disposizione che per la dirigenza deroghi a quanto previsto dall'art. 51, comma 2, aprendo alla contrattazione collettiva. Al quesito pare doversi fornire una risposta positiva.

Ancora una volta la soluzione deve essere ricercata partendo dall'interno del D.Lgs. n. 165/2001. Occorre procedere all'interpretazione combinata e sistematica degli articoli 2, 21 e 51 del D.Lgs. n. 165/2001. Come visto l'art. 51 è composto da due commi, il primo che prevede che il rapporto di lavoro dei dipendenti contrattualizzati delle amministrazioni pubbliche è disciplinato dalle disposizioni dall'art. 2; il secondo che, invece, prevede l'applicabilità dello Statuto dei lavoratori a tutte le pubbliche amministrazioni (e non al personale delle pubbliche amministrazioni) a prescindere dal numero dei dipendenti. L'articolo 2 a propria volta, profilo anche questo già richiamato, rinvia alle disposizioni del settore privato fatte salve le speciali disposizioni contenute nel D.Lgs. n. 165/2001. E tra le speciali disposizioni del D.Lgs. n. 165 non vi è solo (o tanto) l'art. 51, ma soprattutto l'art. 21. Tale articolo nel disciplinare la responsabilità dirigenziale contiene un inciso di fondamentale importanza: "e ferma restando l'eventuale responsabilità disciplinare secondo

²⁴² L'art. 55 del D.Lgs. n. 165/2001 afferma, infatti, che "le disposizioni del presente articolo e di quelli seguenti, fino all'articolo 55-*octies*, costituiscono norme imperative e si applicano ai rapporti di lavoro di cui all'art. 2, comma 2, alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2". E tra i rapporti di lavoro di cui all'art. 2, comma 2, rientra senza dubbio anche il rapporto di lavoro dirigenziale.

²⁴³ Nel settore pubblico l'applicabilità dell'art. 10 della legge n. 604/1966, in ipotesi invocabile in ragione del rinvio operato dall'art. 2, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001 alle disposizioni del settore privato, è tuttavia inapplicabile in quanto in contrasto con la già vista disposizione dell'art. 55-*quater*.

²⁴⁴ Come noto la contrattazione collettiva è intervenuta riconoscendo e prevedendo che nel caso di ingiustificatezza del recesso datoriale (nozione contrattuale diversa da quelle legali di giusta causa e di giustificato motivo) il dirigente abbia diritto a percepire un'indennità risarcitoria. Con specifico riguardo alla nozione di giustificatazza v., per tutti, E. GRAGNOLI, *La riduzione del personale. Fra licenziamenti individuali e collettivi*, in *Trattato di Diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. GALGANO, vol. XL, Padova, 2006, 223 ss.

la disciplina contenuta nel contratto collettivo”. Un esplicito rinvio alla contrattazione collettiva che è ulteriore e diverso rispetto al doppio rinvio operato dagli articoli 55, comma 2 (“salvo quanto previsto dalle disposizioni del presente Capo, la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni è definita dai contratti collettivi”) e 55-*quater*, comma 1 (“Ferma la disciplina in tema di licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo e salve ulteriori ipotesi previste dal contratto collettivo”); un rinvio che nei due casi appena riportati è espressamente circoscritto all’individuazione della correlazione tra infrazioni e sanzioni. La formulazione “secondo la disciplina contenuta nel contratto collettivo” apre invece ad una più ampia regolamentazione da parte della fonte collettiva, estesa anche alla definizione delle conseguenze connesse ad un illegittimo licenziamento. Pare, dunque, che il rinvio alla contrattazione collettiva si giustifichi sul presupposto della ritenuta inapplicabilità dell’art. 18 dello Statuto. Anche perché, diversamente, sarebbe difficile comprendere le ragioni per le quali le organizzazioni sindacali si sarebbero “accontentate” di una disciplina negoziale meno rigorosa di quella legale.

Peraltro, dal punto di vista dei contenuti sostanziali appare evidente che i contratti collettivi prevedano a favore del dirigente una tutela del tutto omologabile a quello che sarebbe il rimedio di diritto comune. Al dirigente è, infatti, riconosciuta la “sola” corresponsione della retribuzione. Il riconoscimento dell’indennità risarcitoria è alternativo alla reintegrazione e può essere corrisposta su accordo delle parti, sì da dover essere assimilato ad un accordo transattivo “governato” dalle disposizioni negoziali²⁴⁵.

Tuttavia l’applicazione della “tutela contrattuale” e non dell’art. 18 (ancorché nei soli suoi primi tre commi) comporta l’inevitabile esclusione dall’applicabilità del Rito Fornero, non ravvisandosi allo stato argomenti per supportare un’interpretazione estensiva del comma 47 dell’art. 1 della legge n. 92/2012.

²⁴⁵ Si ritiene, infatti, che i contratti pongano in alternativa la reintegrazione e la corresponsione di un’indennità supplementare. Ancorché la rubrica dell’articolo utilizzi la formulazione “indennità sostitutiva della reintegrazione” nel corpo dell’articolo si fa riferimento ad un’indennità supplementare e, dunque, si utilizza una formula che riecheggia quella utilizzata dai contratti collettivi dirigenziali del settore privato (e dai precedenti contratti collettivi dirigenziali del settore pubblico) per riconoscere al dirigente una tutela risarcitoria per il caso di ingiustificatezza del licenziamento. Ma vi è un altro dato letterale ancor più rilevante. Si prevede esplicitamente che “Il dirigente che accetti l’indennità supplementare in luogo della reintegrazione non può successivamente adire l’autorità giudiziaria per ottenere la reintegrazione”. Appare, dunque, chiara la natura risarcitorie dell’indennità supplementare e la sua alternatività rispetto alla reintegrazione. Tra indennità contrattuale in esame e l’indennità sostitutiva della reintegrazione prevista dall’art. 18 vi sono altre due altre importanti differenze. La prima è che nel caso dell’art. 18 è solo il lavoratore che può chiedere al datore la corresponsione di un’indennità sostitutiva della reintegrazione, mentre le disposizioni negoziali presuppongono un accordo tra amministrazione e dirigente. La seconda è che l’indennità supplementare è determinata “in relazione alla valutazione dei fatti e delle circostanze emerse”, mentre nel caso dell’art. 18 vi è un’indicazione rigida di quindici mensilità di retribuzione globale di fatto.

Riforma Fornero e start up innovative, le modifiche targate 2012
in tema di contratto a tempo determinato: tra finalità
economico-occupazionali e recepimento del diritto comunitario*

Costantino Cordella

1. Le finalità occupazionali quale <i>leit motiv</i> degli interventi sul contratto a tempo determinato	87
2. (<i>segue</i>): le più recenti cause dell'incentivazione nell'utilizzo dell'istituto	88
3. La riforma Fornero: l'apposizione del termine anche in assenza di ragioni o quasi	89
4. (<i>segue</i>): il recepimento degli orientamenti della giurisprudenza comunitaria	91
5. (<i>segue</i>): la prosecuzione del rapporto oltre la scadenza	92
6. (<i>segue</i>): intervalli minimi e durata massima dell'impiego a termine	93
7. (<i>segue</i>): termini di impugnazione e indennità risarcitoria	94
8. (<i>segue</i>): l'inasprimento contributivo come monetizzazione dell'instabilità del rapporto	96
9. La disciplina applicabile alle start up innovative	97

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 171/2013

1. Le finalità occupazionali quale *leit motiv* degli interventi sul contratto a tempo determinato

A guardare i mutamenti degli ultimi anni in tema di contratto di lavoro a tempo determinato ci si accorge che l'interesse legislativo sull'istituto sia andato di pari passo con i mutamenti economici occupazionali vissuti dal nostro paese. La necessità di favorire l'occupazione e l'ingresso nel mondo del lavoro di nuova manodopera avevano già giustificato diversi interventi integrativi della precedente normativa di cui alla l. n. 230/1962, che ammetteva quali causali per l'apposizione del termine solo le ipotesi tassativamente indicate nel testo di legge: l'art. 23 l. 28 febbraio 1987 n. 56, aveva aperto anche alla contrattazione collettiva la possibilità di prevedere ipotesi di legittimazione per l'apposizione del termine, al fine di consentire lo sviluppo di un meccanismo concertato e virtuoso di maggiore occupazione²⁴⁶. Nello stesso senso, le necessità occupazionali, in particolare delle fasce più deboli, avevano indotto il legislatore ad ammettere l'assunzione a termine delle categorie che maggiormente trovavano difficoltà di impiego²⁴⁷.

La tendenza all'allargamento delle ipotesi di apposizione del termine si era manifestata anche in ragione delle posizioni assunte dai datori di lavoro, che con l'utilizzo di tale tipologia contrattuale si trovavano agevolmente a bypassare le rigidità connesse al rigido sistema di licenziamento previsto per i lavoratori a tempo indeterminato, in un contesto normativo nel quale, ancora, non erano presenti o, comunque, avevano avuto diffusione, sistemi alternativi di assunzione flessibile della manodopera²⁴⁸. Le rivendicazioni che, perciò, furono avanzate dall'imprenditoria italiana mossero dall'obiettivo di consentire un utilizzo più «spregiudicato» dell'istituto, in particolare, per lo svolgimento delle prestazioni in settori produttivi specifici e/o durante i periodi di punta delle attività²⁴⁹.

A tutela del lavoratore rimanevano le garanzie già fatte valere nella l. n. 230/1962, con la previsione della conversione del rapporto come a tempo indeterminato, nei casi in cui fossero accertate violazioni delle disposizioni imperative di legge o della contrattazione collettiva, secondo l'orientamento maggioritario assunto dalla giurisprudenza in applicazione dell'art. 1419, comma 2 c. c.²⁵⁰.

²⁴⁶ Cfr. M. D'Antona, *I contratti a termine* in (a cura di M. D'Antona), *Occupazione flessibile e nuove tipologie del rapporto di lavoro*, 1988, Ed. Scientifica, Napoli, 112; altre ipotesi di «apertura» per la stipula dei contratti a tempo determinato furono previste per «le punte stagionali di attività», ex art. 8, comma 2 bis, l. 25 marzo 1983, n. 79, cfr. C. Cordella, *Introduzione allo studio sistematico del contratto a termine*, 2012, Aracne Editrice, 20.

²⁴⁷ Furono previste specifiche ipotesi di favore per l'assunzione a termine dei lavoratori in mobilità (v. art. 8, l. n. 223/1991), per i lavoratori disabili (v. art. 11, l. n. 68/1999), per i pensionati (v. art. 75, comma 2, lett. b), 23 dicembre 2000, n. 388.

²⁴⁸ cfr. F. Berton, M. Richiardi, S. Sacchi, *Flex-insecurity. Perché in Italia la flessibilità diventa precarietà*, 2009, Il Mulino, Studi e ricerche, 2; S. Mastrovita (a cura di), *Alcuni indicatori del mercato del lavoro dal Panel europeo sulle famiglie, Italia 1994 – 2000*, in *Istituto nazionale di statistica. Informazioni*, 2003, n. 26, 53.

²⁴⁹ Oltre all'art. 8, comma 2 bis, l. 25 marzo 1983, n. 79, con riferimento alle punte stagionali di attività, la «liberalizzazione» dell'istituto è stata prevista per le aziende di trasporto aereo o esercenti i servizi aeroportuali, con l'art. 1 l. n. 84/1986 che, immettendo la lettera f), all'elenco dell'art. 1, comma 2, l. n. 230/1962, ha consentito una legittimazione *ex lege* per tali assunzioni effettuate a termine, nei limiti direttamente fissati dalla legge, circa le mansioni, le modalità temporali e il numero di personale (poi riproposta ex art. 2, l. n. 368/2001); nello stesso senso, per il settore postale con l'art. 1, comma 558, l. 23 dicembre 2005, n. 266 che ha introdotto il comma 1 bis, all'art. 2, d.lgs. n. 368/2001, con il quale è stata consentita l'assunzione a termine per le imprese concessionarie di servizi nei settori delle poste; cfr. *amplius* M. Di Vincenzo, *Contratto a termine e precariato*, Ipsoa, 2009, 201; C. Cordella, *Introduzione allo studio sistematico del contratto a termine*, cit., 81.

²⁵⁰ cfr. Cass. sez. III, sentenza 21 agosto 1997, n. 7822; Cass. sez. III, sentenza 22 Maggio 2001, n. 6956; Cass. sentenza 5 dicembre 2003, n. 18654; *contra* Cass. sez. II, sentenza 28 giugno 2000, n. 8794; Cass. sez. III, sentenza 22 marzo 2005, n. 6170; cfr. V. Speciale,

2. (segue): le più recenti cause dell'incentivazione nell'utilizzo dell'istituto

Anche durante l'ultimo decennio, i cambiamenti legislativi sull'utilizzo dell'istituto hanno avuto come causa scatenante, esigenze a sfondo economico-occupazionale. Sebbene con oscillazioni variabili a seconda del colore politico della maggioranza governativa, le modifiche introdotte hanno inteso ottenere, con il riconoscimento di una maggiore flessibilità, un maggiore incentivo per l'occupazione e, in particolare, per la prima occupazione.

Il sistema di legittimazione alla stipula del lavoro temporaneo di cui al d.lgs. n. 368/2001, sulla strada della piena liberalizzazione dell'istituto, ha ammesso che l'apposizione del termine al contratto fosse disposta per ragioni «a carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo», abrogando i limiti connessi alla tassatività delle ipotesi di cui alla l. n. 230/1962 e sostituendo, così, anche le ipotesi di legittimazione integrative che, sino ad allora, era state consentite, per diretta previsione della legge, ovvero disposte dalla contrattazione collettiva²⁵¹.

Sebbene, infatti, la nuova disciplina fosse nata dalle esigenze di recepimento delle disposizioni della direttiva europea 99/70/CE, ove il contratto a tempo indeterminato è definito «forma comune del rapporto di lavoro» (v. considerando n.6, direttiva 99/70/CE), l'attuazione nel nostro paese è avvenuta con l'adozione di un sistema di più ampia flessibilità, che ha avvantaggiato la diffusione dell'istituto, e che, nelle sue intenzioni, è stato supportato dalle disposizioni approvate con il successivo d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n. 133), con il quale le ragioni giustificatrici di cui al comma 1, art. 1, d.lgs. n. 368/2001, sono state considerate come validamente poste, anche quando riferite alla «ordinaria attività del datore di lavoro»²⁵².

Sebbene in altri interventi sia stato sottolineato, e al contrario, come il contratto di lavoro subordinato debba essere stipulato «di regola» a tempo indeterminato (v. comma 39, art. 1, l. n. 247/2007, raccordando la disciplina interna alle indicazioni contenute nel Preambolo della direttiva europea), secondo il principio confermato dalla l. n. 92/2012, che lo ha definito «forma comune di rapporto di lavoro», l'interesse legislativo per il maggiore utilizzo del contratto a termine, può dirsi, comunque, intensificato, sia per la volontà di permettere, anche se per periodi determinati, la maggiore occupazione di categorie di lavoratori altrimenti escluse dal mercato del lavoro, sia per rendere concorrenziale l'utilizzo di questo strumento, rispetto alle altre forme alternative di utilizzo flessibile della manodopera, che, nel frattempo, si sono affermate nel nostro ordinamento. Rilevato, infatti, come quasi il 70% dei lavoratori a tempo determinato sia impiegato con tale tipologia contrattuale, a causa della impossibilità di ritrovare un impiego a carattere

La nuova legge sul lavoro a termine in GDLRI, 2001, n.91, *passim*; V. Speciale, *La riforma del contratto a termine dopo la legge n. 247 del 2007* in UDA DSG Working Papers, n. 6, *passim*; S. Ciucciavino, *Il contratto a tempo determinato: la prima stagione applicativa del d.lgs. n. 368 del 2001*, in DLRI, 2007, 480; L. Menghini, *Precarietà del lavoro e riforma del contratto a termine dopo le sentenze della Corte di Giustizia* in RGL, 2006, n.1, 707; *contra* A. Vallebona, *La nullità dei contratti di lavoro «atipici»*, in ADL, 2005, 532.

²⁵¹ cfr. l'art. 11, comma 1, d.lgs. n. 368/2001 che ha abrogato l'art. 23, l. 28 febbraio 1987, n. 56.

²⁵² Sebbene la maggior parte della dottrina abbia ritenuto, anche a seguito delle modifiche del 2008, la riferibilità del carattere «ordinario» delle attività, come inclusivo del parametro anche della temporaneità delle ragioni, già considerato dalla giurisprudenza come necessario per ritenere legittime le ragioni indicate nel contratto di lavoro, cfr. Cass. sez. lav., sentenza 27 aprile 2010, n. 10033; G. Ferraro, *Tipologie di lavoro flessibile*, Giappichelli, Torino, 79; C. Cordella, *Introduzione allo studio sistematico del contratto a termine*, cit., 55.

permanente²⁵³, l'apertura verso i contratti flessibili consentita, prima con il c.d. pacchetto Treu, l. 24 giugno 1997, n. 196, e venuta ad intensificarsi poi, con la riforma di cui al d.lgs. n. 276/2003, ha fatto sì che il contratto a tempo determinato non fosse più considerato come unica alternativa al contratto di lavoro a tempo pieno e indeterminato, e che anche tipologie contrattuali alternative potessero essere d'ausilio ai datori di lavoro per rendere più dinamico e corrispondente alle loro esigenze l'utilizzo della manodopera; l'apertura verso la flessibilità del lavoro, è stata, in molti casi, interpretata in modo «opportunista» dalla classe imprenditoriale, che, nell'utilizzo di alcune di queste nuove tipologie contrattuali, non ha troppo dato attenzione alla reale qualificazione del rapporto instaurando, giovandosi delle forme di impiego a sé più convenienti, in relazione al minor costo da cuneo fiscale, e alla inapplicabilità per alcune di esse delle garanzie previste per il lavoro subordinato; è straripato, così, l'utilizzo della somministrazione a tempo determinato, di cui al d.lgs. art. 20 e ss., d.lgs. n. 276/2003, per la quale al lavoratore, tra lo svolgimento di una missione e l'altra non è concessa alcuna forma di indennità²⁵⁴; l'utilizzo di forme di impiego parasubordinato, come il lavoro a progetto, anche laddove la prestazione fosse svolta sotto la direzione e il controllo del datore di lavoro, senza che, pertanto, in tali casi fossero riconosciute le tutele generali connesse al carattere subordinato del rapporto (malattia, ferie, ecc.)²⁵⁵; e da ultimo, lo svolgimento di prestazioni lavorative rese da persone titolari di posizione fiscale ai fini dell'imposta sul valore aggiunto²⁵⁶, con le quali il lavoratore è ritenuto soggetto esterno alla compagine aziendale, e, pertanto, percettore dei soli compensi connessi al lavoro prestato, senza, perciò, alcuna garanzia a carattere previdenziale, né sindacale²⁵⁷.

3. La riforma Fornero: l'apposizione del termine anche in assenza di ragioni o quasi

L'intenzione legislativa di favorire la diffusione del contratto a tempo determinato è dovuta, perciò, anche alla necessità di ovviare ai problemi derivanti dall'uso distorto delle altre forme di lavoro flessibili, causa di maggiore precarietà della manodopera. La «acausalità» del rapporto di lavoro a tempo determinato, ammessa per la prima volta, in via generale, con l'art. 1, comma 9, lett. b), della legge 28 giugno 2012, n. 92, si inquadra, infatti, come meccanismo per incentivare l'utilizzo della fattispecie nelle assunzioni di nuova manodopera.

Per espressa previsione della legge, il lavoro a termine «acausale» è consentito per «qualunque tipo di mansioni» senza necessità di alcuna giustificazione, se si tratta di «primo rapporto a tempo

²⁵³ cfr. Eurostat, estrazione al 9 dicembre 2010, anno 2009 cfr. I. D'Attoma e G. Tassinari, *Il lavoro a tempo determinato in Europa: alcune tendenze statistiche*, in (a cura di) S. Brusanti e A. Pizzoferrato, *Il contratto di lavoro a termine*, UTET Giuridica, 2012.

²⁵⁴ P. Ichino, *Inchiesta sul lavoro. Perché non dobbiamo avere paura di una grande riforma*, Mondadori Editrice, 2011, Milano, 57.

²⁵⁵ Sebbene la cui disciplina sia stata da ultimo modificata in senso antifraudolento con i commi da 23 a 25 art. 1, l. n. 92/2012 che hanno modificato gli artt. 61 e ss. d.lgs. n. 276/2003; cfr. F. Santoro Passarelli, *Lavoro a progetto e partita iva nella riforma del lavoro 2012*, in *LG*, 2012, n.10, 942; H. Bisonni, *Lavoro a progetto: evoluzione legislativa*, in *DPL*, n.45, 2012, 2843.

²⁵⁶ Il cui svolgimento è stato, però, assoggettato ad una normativa più restrittiva che introduce un rigido meccanismo di presunzioni, a seguito dell'intervento riformatore di cui all'art. 69 bis e ss., d.lgs. n. 276/2003, come modificate dal comma 24-26, art. 1, l. n. 92/2012, con il quale tali soggetti vengono intesi come titolari di rapporti di collaborazione continuativa e coordinata ovvero come lavoratori subordinati; cfr. F. Santoro Passarelli, *Lavoro a progetto e partita iva nella riforma del lavoro 2012*, cit., 944; P. Polliani, *Rapporto di lavoro autonomo: la riforma "Fornero" contro l'abuso delle partite iva*, in *Enti non profit*, 2012, n.11, 20.

²⁵⁷ cfr. P. Ichino, *Inchiesta sul lavoro. Perché non dobbiamo avere paura di una grande riforma*, cit., 58; G. De Summa e U. Cipollone, *Il lavoro autonomo a "partita iva"* in (a cura di) P. Stern, *I nuovi contratti di lavoro*, Maggioli Editore, 2012, 97.

determinato» tra le stesse parti, con durata «non superiore a dodici mesi» (v. art. 1, comma 9, lett. b), che introduce un comma 1 bis nell'art. 1 d.lgs. n. 368/2001).

Rispetto alla formulazione della norma, i dubbi più rilevanti sono emersi con riferimento all'inciso di «primo rapporto a tempo determinato», che è stato inteso dalla maggioranza degli interpreti, in senso ampio, come primo rapporto di lavoro al servizio dello stesso datore di lavoro²⁵⁸. L'intenzione di introdurre un primo contratto a tempo determinato «acausale», ripercorrendo la teleologia dell'intervento, è finalizzata ad incentivare l'utilizzo di tale strumento quando vi sia necessità da parte del datore di lavoro, prima della assunzione, di «una miglior verifica delle attitudini e capacità professionali del lavoratore», in relazione all'inserimento nello specifico contesto lavorativo, così da far rimanere escluso che tale tipologia di assunzione possa utilizzarsi anche quando il lavoratore abbia già svolto prestazioni presso la stessa azienda a carattere subordinato ovvero anche come lavoratore autonomo²⁵⁹.

Il riferimento all'applicazione dello strumento per «qualunque tipo di mansione» ha inteso ammetterne l'utilizzo per tutti i livelli professionali²⁶⁰; le finalità formative e di verifica del lavoratore, che potrebbero annoverarsi come giustificative di una eventuale riassunzione in mansioni diverse da quelle iniziali sono da ritenersi soccombenti rispetto all'interesse all'utilizzo della «acausalità» quale metodo esclusivo per la prima assunzione del lavoratore a termine nella stessa azienda²⁶¹; il limite temporale massimo di 12 mesi per l'utilizzo dello strumento, è confermato, inoltre, nella sua veste di limite «incondizionato», con il divieto di proroga previsto ai sensi dell'art. 4 comma 2 bis, come introdotto dall'art. 1, comma 9, lett. d), l. 28 giugno 2012, n. 92²⁶².

L'unico metodo previsto dal legislatore per alleggerire il peso della flessibilità che l'assunzione «acausale» introduce è previsto espressamente nella seconda parte dello stesso comma 1 bis, art. 1, d.lgs. n. 368/2001, che ha stabilito la legittimazione dei sindacati comparativamente più rappresentativi a livello nazionale, di prevedere nei contratti collettivi di livello interconfederale e, in via delegata, a livello decentrato (con la riproposizione della supremazia del livello interconfederale su quello territoriale ed aziendale, in deroga dell'art. 8, l. n. 148/2011)²⁶³, che, *in luogo* del carattere «acausale» del primo contratto a termine, possa ammettersi la stipula di rapporti a

²⁵⁸ Così come è stato affermato, inoltre, nella circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali del 18 Luglio 2012, n. 18.

²⁵⁹ cfr. V. Speciale, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n.92* in WP CSDLE "Massimo D'Antona" IT – 153/2012, 8, nota 10; L. Menghini, *Contratto a termine (art. 1, commi 9 – 13, l. n. 92/2012)*, in LG, 2012, n.10, 927; contra A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli Editore, 2012, 19; P. Tosi, *Il contratto a tempo determinato dopo la legge n. 92/2012* in WP CSDLE "Massimo D'Antona". IT – 154/2012, 5.

²⁶⁰ cfr. R. Voza, *Il lavoro a tempo determinato dopo la Riforma Fornero*, in LG, n.12, 2012, 1143.

²⁶¹ In adesione cfr. R. Voza, *Il lavoro a tempo determinato dopo la Riforma Fornero*, cit., 1143; contra L. Menghini, *Contratto a termine (art. 1, commi 9 – 13, l. n. 92/2012)*, cit., 930.

²⁶² cfr. L. Menghini, *Contratto a termine (art. 1, commi 9 -13, l. n. 92/2012)*, cit., 930; V. Speciale, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, cit., 6; A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, 18;

²⁶³ cfr. V. Speciale, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n.92*, cit., 14; A. Perulli e V. Speciale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011 n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro* in CSDLE, 2011, n. 132, 33 ss.; sui problemi di legittimità costituzionale dell'art. 8 d.l. 13 agosto 2011, n. 138 cfr. F. Liso, *Osservazioni sull'accordo interconfederale del 28 giugno 2011 e sulla legge in materia di «contrattazione collettiva di prossimità»* in CSDLE, 2012, n.157, 29 ss.; G. Ferraro, *L'efficacia soggettiva del contratto collettivo* in QFMB, Saggi e ricerche, 2011, n. 2/VI; contra A. Maresca, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138* in DRI, 2012, I, 16 ss.; A. Vallebona, *L'efficacia derogatoria dei contratti aziendali o territoriali: si sgretola l'idolo dell'uniformità oppressiva* in MGL, 2011, n. 10, 682 ss.

termine nel rispetto del limite fisso del 6% del totale dei lavoratori occupati nell'ambito dell'unità produttiva, per le ragioni indicate all'art. 5 comma 3, d.lgs. n. 368/2001²⁶⁴, sottoponendo, così, l'utilizzo della fattispecie, nuovamente alla indicazione di specifiche ragioni per l'apposizione del termine, con il conseguente potere giudiziale di verificarne l'effettività e la temporaneità²⁶⁵. Con il rafforzamento dei poteri sindacali, il legislatore tenta, così, di smorzare gli effetti negativi che il contratto a termine senza specificazione delle ragioni può rappresentare in quei specifici settori lavorativi (commercio, call center, servizi, ecc.), ove maggiore è il rischio che la fattispecie possa ingenerare l'implementazione del turn over della manodopera, anche per lo svolgimento di esigenze aziendali a carattere ordinario, procurando un indiscriminato innalzamento del tasso di precarietà del lavoro.

4. (segue): il recepimento degli orientamenti della giurisprudenza comunitaria

L'intervento legislativo della legge n.92/2012, innovando la struttura del contratto a termine, tenta anche di attuare le indicazioni del diritto comunitario. Diverse delle modifiche introdotte sembrano, infatti, essere modellate sulla base dell'interpretazione che della direttiva europea 99/70 è stata proposta dai giudici di Lussemburgo. Il segno più vistoso di questa tendenza è rappresentato proprio dalla possibilità di stipula di un primo contratto a tempo determinato «acausale», che è chiaramente in linea con quanto affermato dalla Corte di giustizia in materia di «ragioni obiettive»²⁶⁶, la cui presenza è considerata necessaria solo nei casi di successione di contratti, quale metodo di lotta contro gli abusi, e che di fatto, ha comportato la disapplicazione della clausola 5, nei casi di stipula di un primo contratto a termine²⁶⁷; nello stesso senso, un altro esempio della volontà di rifarsi alle regole fissate in sede comunitaria, riguarda il tema degli intervalli minimi per la riassunzione, che il legislatore italiano nella prima versione dell'art. 5, del d.lgs. n. 368/2001 aveva fissato in dieci o venti giorni (a seconda della durata del rapporto inferiore o superiore a sei mesi), e che, in applicazione della interpretazione della Corte di giustizia²⁶⁸, sono stati estesi a sessanta o novanta giorni a seconda che il rapporto sia stato stipulato per un periodo inferiore o meno a sei mesi (v. *infra*, par. 6).

La tutela antielusiva che la clausola 5, comma 1, lett. b), della direttiva europea, ha proposto al fine di contrastare la successione abusiva di contratti a termine, è stata anch'essa causa delle modifiche che il legislatore ha stabilito con la riforma 2012: nella parte in cui tale clausola impone di stabilire la durata massima dei rapporti temporanei, la imperfetta trasposizione nell'ordinamento italiano, denunciata dalla dottrina all'indomani della entrata in vigore del d.lgs. n. 368/2001, che nulla aveva previsto sul punto²⁶⁹, è stata sottoposta a modifiche, già con la novella

²⁶⁴ v. nota 34, limitatamente alle sole ipotesi direttamente prefissate dalla legge.

²⁶⁵ cfr. R. Voza, *Il lavoro a tempo determinato dopo la Riforma Fornero*, cit., 7; A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, cit., 21.

²⁶⁶ cfr. Corte di giustizia, sentenza 23 aprile 2009, C- 378/07, *Kiriaki Angelidaki*, punto 90; Corte di giustizia, sentenza 4 luglio 2006, C-212/04, *Adeneler*, punto 58; Corte di giustizia, sentenza 22 novembre 2005, C-144/04, *Mangold*, punti 41 -43.

²⁶⁷ In senso contrario si era espressa parte della giurisprudenza di legittimità; cfr. *ex plurimis* Cass. sentenza 21 maggio 2008, n.12985; Cass. sentenza 1 febbraio 2010, n. 2279.

²⁶⁸ cfr. Corte di giustizia, ordinanza 12 giugno 2008, C – 364/07, *Vassilakis*, punto 3; Corte di giustizia, sentenza 4 luglio 2006, C – 212/04, *Adeneler*, punto 88; cfr. V. Speciale, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n.92*, cit., 19.

²⁶⁹ cfr. L. Montuschi, *Il contratto a termine e la liberalizzazione negata*, in *DRI*, 4, 2005, 50.

della l. n. 247/2007, che all'art. 1 comma 40, ha fissato in trentasei mesi, comprensivi di proroghe e rinnovi, la durata massima dei rapporti di lavoro a termine stipulati tra le stesse parti²⁷⁰. Le modifiche di cui alla lett. i), comma 9, art. 1, l. n. 92/2012, in tal senso, permettono *la mera estensione* del livello di tutela garantito dalla legislazione italiana, per il contrasto all'illegittima successione di contratti temporanei, stabilendo come ricompresi nella durata massima di impiego, anche i periodi di «missione aventi ad oggetto mansioni equivalenti, svolti tra i medesimi soggetti, ai sensi del comma 1 bis dell'art. 1[...] e del comma 4 dell'articolo 20 del d.lgs. n. 10 settembre 2003, n. 276» (v. *infra*, par. 6).

5. (segue): la prosecuzione del rapporto oltre la scadenza

Il favore per l'incremento nell'utilizzo del contratto a tempo determinato ha spinto il legislatore ad ammettere anche una maggiore tolleranza nell'applicazione del regime sanzionatorio, in particolare, laddove, il rapporto fosse proseguito per un periodo di breve entità oltre la scadenza.

Per tali ipotesi si è consentito di scongiurare la conversione immediata come a tempo indeterminato, ritenendo tali prosecuzioni dovute ad esigenze tollerabili, relative a disguidi organizzativi ovvero alla protrazione imprevista delle causali giustificative dell'assunzione iniziale. In particolare, sino alla riforma del 2012, i limiti di tolleranza erano stabiliti in venti giorni, in caso di rapporto inferiore a 6 mesi (limite temporale ammesso anche per la prosecuzione del rapporto oltre la durata massima di 36 mesi di cui al comma 4 bis, art. 5 d.lgs. n. 368/2001), e trenta giorni, per i contratti stipulati per periodi superiori, con l'obbligo per il datore di lavoro di corrispondere soltanto delle maggiorazioni retributive, rapportate al numero di giorni nei quali si fosse realizzata la protrazione. L'entrata in vigore della riforma Fornero, lasciando intatta la misura della sanzione economica, quantificabile nella maggiorazione retributiva del 20%, per ogni giorno di continuazione oltre la scadenza sino al decimo, e in 40% per i giorni ulteriori, ha esteso il cd. periodo «cuscinetto», rispettivamente a 30 e a 50 giorni²⁷¹, accrescendo, così, la protezione del datore di lavoro contro l'effetto dirompente della conversione. Tali limiti temporali, in assenza di una espressa esclusione, risultano applicabili a tutte le tipologie di contratti a tempo determinato, compresi i nuovi modelli di assunzione a termine «acausale» o «alternativa» di derivazione collettiva, per come richiamati, entrambi, nel nuovo comma 1 bis, aggiunto all'art. 1, d.lgs. n. 368/2001²⁷², con l'entrata in vigore della stessa riforma Fornero, nonché nel caso di assunzioni temporanee da parte di imprese titolari dei requisiti di start up innovative, ai sensi dell'art. 28, l. n. 221/2012²⁷³.

²⁷⁰ Derogabile dalla contrattazione collettiva stipulata a livello nazionale, territoriale o aziendale dalle organizzazioni sindacali comparsivamente più rappresentative sul piano nazionale, ai sensi dell'art. 21, comma 2, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, come modificato dalla legge 6 agosto 2008, n. 133.

²⁷¹ Art. 5, comma 2, d.lgs. n. 368/2001, come modificato dall'art. 1, comma 9, lett. e), l. n. 92 del 28 giugno 2012.

²⁷² cfr. in adesione V. Speciale, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n.92*, cit. 17; R. Voza, *Il lavoro a tempo determinato dopo la Riforma Fornero*, cit., 1147; *contra* S. Chiusolo, *La riforma Fornero e il contratto a termine*, in *RCDL*, 2012, 2, 311;

²⁷³ cfr. *amplius*, par 9.

Il maggior favore dimostrato ai datori di lavoro è stato, però, temperato con l'obbligo di comunicare ai Centri per l'impiego la continuazione del rapporto entro la scadenza del termine originariamente pattuito²⁷⁴: proprio quest'ultimo onere, inteso a garantire una maggiore trasparenza nella prassi della prosecuzione di breve durata del rapporto, ha fatto venir meno la ampia efficacia sanante che la previgente disciplina ammetteva, circoscrivendo gli effetti alle sole ipotesi di prosecuzione programmata in cui il datore di lavoro esprime l'esigenza di continuazione, in relazione al definitivo compimento dell'opera cui il lavoratore era stato assegnato originariamente²⁷⁵.

6. (segue): intervalli minimi e durata massima dell'impiego a termine

Il tentativo di bilanciare la più ampia flessibilità ammessa con i contratti a termine «acausalì», avviene in tema di riassunzione del lavoratore già impiegato a termine, attraverso l'estensione degli intervalli minimi di tempo entro i quali non è possibile al datore di lavoro procedere alla rinnovazione del rapporto con il medesimo lavoratore (commi 3 – 4 art. 5 d.lgs. n. 368/2001).

Sebbene con il rischio di ingenerare ulteriori problemi alla rioccupazione dei lavoratori, e all'implementazione del fenomeno del turn over della manodopera, il legislatore, in linea con l'orientamento giurisprudenziale europeo (v. *supra*, par. 4), estende sino a 60 giorni per i contratti sino a sei mesi, e a 90 giorni per i contratti di durata superiore, gli intervalli nei quali il lavoratore non può essere rioccupato²⁷⁶.

Le modifiche all'art. 5, comma 3, hanno, inoltre, rimesso la facoltà alla contrattazione collettiva nazionale e decentrata, in via delegata²⁷⁷, e in assenza al Ministero del lavoro²⁷⁸, di diminuire tali intervalli a 20 giorni o 30 giorni (rispettivamente per contratti di durata inferiore o superiore a 6 mesi), nelle ipotesi espressamente indicate nella stessa disposizione, ovvero per le attività stagionali, e/o nei casi che, la stessa contrattazione collettiva, abbia individuato in via ulteriore e differente, rispetto a quelle legate ai processi organizzativi già richiamati nella disposizione²⁷⁹.

²⁷⁴ Secondo le modalità definite nel d. m. 10 ottobre 2012, pubblicato in *GU* n. 251 del 26 ottobre 2012, ed entrato in vigore il 25 novembre 2012.

²⁷⁵ cfr. le varie opinioni P. Tosi, *Il contratto a tempo determinato dopo la legge n. 92/2012*, in *CSDLE*, 2012, n. 154, 5; G. Franza, *La riforma del lavoro a tempo determinato*, in (a cura di G. Pellacani), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*, 63; R. Voza, *Il lavoro a tempo determinato dopo la Riforma Fornero*, cit., 1147; L. Menghini, *Contratto a termine (art. 1, commi 9-13, l. n. 92/2012, cit., 934.*

²⁷⁶ In senso critico rispetto all'allargamento degli intervalli minimi, v. in particolare, G. Franza, *La riforma del lavoro a tempo determinato*, cit., 64.

²⁷⁷ Il riferimento è ai contratti collettivi di cui all'art. 1, comma 1 bis, d.lgs. n. 368/2001, quelli cioè stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

²⁷⁸ Cui è lasciato il compito, in via sostitutiva, decorsi dodici mesi dalla entrata in vigore della disposizione, sentite le organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, di provvedere ad individuare le specifiche condizioni in cui possono operare le prefate riduzioni.

²⁷⁹ I casi previsti direttamente nella disposizione, nei quali possono intervenire in via sostitutiva al Ministero del lavoro, gli accordi interconfederali o di categoria (o in via delegata a livello decentrato), sono: assunzione a termine nell'ambito di un processo organizzativo determinato; avvio di una nuova attività; lancio di un prodotto o di un servizio innovativo; implementazione di un rilevante cambiamento tecnologico; fase supplementare di un significativo progetto di ricerca e sviluppo; rinnovo o proroga di una commessa consistente; le altre due ipotesi richiamate nella disposizione riguardano, la prima, le attività stagionali di cui al comma 4 ter, art. 5, e la seconda, tutti gli altri casi ulteriori indicati dalla contrattazione collettiva stipulata dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative a livello nazionale, e sono entrambe state aggiunte dall'art. 46 bis, comma 1, lett. a) del d.l. 22 giugno 2012, n. 83,

Come anticipato, in applicazione del sistema di tutela previsto dal legislatore comunitario, è stato, inoltre, imposto come ulteriore antidoto contro la proliferazione di successivi contratti a termine che, il calcolo del periodo massimo di 36 mesi di impiego massimo presso lo stesso datore di lavoro, avvenga cumulando con i periodi di lavoro a termine, anche quelli di somministrazione a tempo determinato svolti per mansioni equivalenti, ammettendosi che lo scostamento in caso di riassunzione possa estendersi sino a trenta giorni, così come previsti per il caso di continuazione del contratto a tempo determinato inferiore a 6 mesi (v. art. 5, comma 2 d.lgs. n. 368/2001)²⁸⁰.

7. (segue): termini di impugnazione e indennità risarcitoria

A decorrere dal 1 gennaio 2013, è stato raddoppiato il termine di decadenza per l'impugnazione stragiudiziale della nullità del termine apposto al contratto, passato da sessanta a centoventi giorni (art. 1 commi 11 e 12, l. n. 92/2012 che modifica l'art. 32, comma 3, l. n. 183/2010). L'opportunità della modifica è stata confermata dagli interpreti per diverse ragioni, tra cui, la più significativa, riguarda l'indiscusso rischio che ne derivava per il lavoratore, nel caso in cui non fosse stato in grado di informarsi circa le modalità e i termini di esercizio del suo diritto di impugnativa ovvero quando fosse ancora in attesa di una riassunzione da parte dello stesso datore di lavoro, con il completo svilimento, in tali casi, del suo diritto di difesa, per essere la sua azione assoggettata ad un termine di decadenza di troppo breve durata²⁸¹.

Nel modificare i termini di decadenza per i casi di nullità nell'apposizione del termine al contratto di lavoro, nella seconda parte della lett. a), comma 11, art. 1, legge n. 92/2012, è stata prevista, inoltre, la riduzione a centottanta giorni del termine per il deposito del ricorso innanzi al giudice del lavoro, decorrente dalla data della iniziale impugnativa stragiudiziale²⁸², e che ha lasciato applicata la dilazione a duecentosettanta giorni, già prevista nella previgente versione dell'art. 32, comma 3, lett. d), l. n. 183/2010, per i soli contratti impugnati in via stragiudiziale entro il 1 gennaio 2013.

La rilevanza giuridica della doppia scadenza per l'impugnativa della nullità del termine, ai sensi della lett. a), comma 3, art. 32, l. n. 183/2010 (come modificato dal lett. a), comma 11, art. 1, l. n. 92/2012), riguarda le sole violazioni relative agli artt. 1, 2, e 4 d.lgs. n. 368/2001, senza che, pertanto, i termini di decadenza summenzionati siano estensibili anche alle altre ipotesi, richiamate

convertito, con modifiche nella legge 7 agosto 2012, n. 134, che ha modificato l'art. 1, comma 9, lett. h) l. n. 92/2012 (cfr. *etiam* circ. n.27 del 7/11/2012).

²⁸⁰ Sebbene nel limite derivante dal fatto che il prolungamento oltre i 36 mesi avvenga solo nel caso di utilizzo di un successivo contratto a termine, considerato che, oggetto di conversione, non possa anche essere anche il contratto di somministrazione ex art. 22, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 (interpello 32/2012; cfr. V. Speciale, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n.92*, cit., 23).

²⁸¹ cfr. V. Speciale, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n.92*, cit., 27; G. Franza, *La riforma del lavoro a tempo determinato*, cit., 69; R. Voza, *Il lavoro a tempo determinato dopo la Riforma Fornero*, cit. 1148; *contra* P. Tosi, *Il contratto a tempo determinato dopo la legge n. 92/2012*, cit. 9.

²⁸² La sommatoria del doppio termine di decadenza passa, così, dai 330 giorni previsti nella precedente disciplina (60+270), ai 300 giorni (120+180) ricavabili dalle norme sancite con la l. n. 92/2012, con una riduzione che, in dottrina, è stata scrutinata come causa di peggioramento della situazione del lavoratore; cfr. V. Speciale, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n.92*, cit., 25.

agli artt. 3 e 5, d.lgs. n. 368/2001, la cui maggiore gravità, ha continuato a giustificare l'esercizio del diritto di impugnativa nel solo termine ordinario di prescrizione quinquennale²⁸³.

Anche il diverso problema relativo alla quantificazione del risarcimento del danno per il nocu-mento patito dal lavoratore, in conseguenza dell'illegittimità del termine apposto al contratto di lavoro, è stato scrutinato con la riforma Fornero, che, sulla questione, ha introdotto una disposi-zione di interpretazione autentica, in modo da porre fine alle divergenze interpretative emerse sino ad allora²⁸⁴.

La misura della indennità risarcitoria, per effetto del combinato disposto dei commi 5 e 7, art. 32, della l. n. 183/2010, è stata circoscritta, con applicazione sin dai giudizi in corso alla data di entrata in vigore della legge (fissata per il 24 novembre 2010), tra 2,5 e 12 mensilità, da liquidarsi in tutti i casi di conversione del rapporto per nullità del termine²⁸⁵. La predisposizione di un limite certo alla misura massima indennizzabile, era finalizzato a frenare, da un lato, la prassi in voga tra i lavoratori, di esercitare con ritardo il potere di impugnativa del contratto, in modo da soddisfarsi di un maggiore risarcimento del danno, e dall'altro, a far venire meno il pregiudizio che, le lun-gaggini processuali tipiche di alcuni uffici giudiziari, potevano causare sull'andamento dell'attività di impresa del datore di lavoro, vista l'incertezza che, in tali casi, caratterizzava la misura del ri-sarcimento da corrispondere.

Ciò nonostante, la giurisprudenza di merito aveva interpretato in diverso modo la disposizione, sostenendo, comunque, la legittimità di una riparazione integrale del danno subito dal lavoratore, e arrivando ad ammettere la quantificazione della indennità in via aggiuntiva al risarcimento del danno regolato dal diritto comune²⁸⁶.

Ai problemi connessi alla corretta interpretazione della disposizione, si erano aggiunte le censure di illegittimità costituzionale avanzate dalla Corte di legittimità e dal Tribunale di Trani²⁸⁷, che

²⁸³ In relazione alla preesistente disposizione sancita alla lett. d), comma 3, art. 32, l. n. 183/2010, tra i fautori della estensione, in via interpretativa, della decadenza anche alle altre ipotesi non espressamente menzionate cfr. P. Tosi, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel "Collegato lavoro" alla legge finanziaria in RIDL*, 2010, 3, 475; G. Mimmo, *Decadenza e regime sanzionatorio: come il "collegato lavoro" ha modificato la disciplina del contratto a termine*, in *ADL*, 2011, 1, 88; contra, S. Giubboni, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nella legge n. 183 del 2010*, in *RIDL*, 2011, 2, 227; con riferimento alla vigente disposizione della lett. a), comma 3, l. n. 183/2010 (come modificato dal lett. a), comma 11, art. 1, l. n. 92/2012), a favore della applicazione della decadenza ai soli casi di illegittimità richiamati nella disposizione cfr. V. Speciale, *La riforma del contratto a termine nella legge 28 giugno 2012, n. 92*, cit., 28.

²⁸⁴ cfr. A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, cit., 21; G. Franza, *La riforma del lavoro a tempo determinato*, cit., 67; L. Menghini, *Contratto a termine (art. 1, commi 9-13, l. n. 92/2012)*, cit., 935.

²⁸⁵ cfr. P. Tosi, *Il contratto a tempo determinato nel "collegato lavoro" alla legge finanziaria in RIDL*, 2010, II, 473; L. Menghini, *Le decadenze per l'impugnazione del recesso, del trasferimento geografico e del trasferimento d'azienda* in M. Miscione, D. Garofalo (a cura di), *Il Collegato lavoro 2010*, Ipsoa, Milano, 2011, 365.

²⁸⁶ Sebbene la giurisprudenza di legittimità abbia sostenuto all'unanimità la regola della esclusività dell'indennità risarcitoria per la fase precedente alla pronuncia del giudice (cfr. Cass. 31 gennaio 2012, n. 1411; Cass. 2 marzo 2012, n. 3305; Cass. 2 aprile 2012, n. 5241), nella giurisprudenza di merito si sono affermate interpretazioni che hanno ammesso la sommatoria tra indennità e risarcimento del danno in base alle regole della *mora accipiendi* (cfr. Trib. Busto Arsizio, sentenza 29 novembre 2010, n. 528 in *GL*, 2010, 18; Trib. Napoli sentenza 16 novembre 2011 e App. Roma sentenza 2 febbraio 2012, n. 267 in *MGL*, 2012, 348; App. Torino, sentenza 2 dicembre 2011, n. 1519).

²⁸⁷ v. Cass. (ord.) 20 gennaio 2011, n. 2112, in *RIDL*, 2011, II, 770, e Trib. Trani (ord.), 20 dicembre 2010, in *RCDL*, 2010, 1039; in dottrina sulla costituzionalità delle norme cfr. P. Tosi, *Il contratto di lavoro a tempo determinato nel "collegato lavoro" alla legge finanziaria*, in *RIDL*, 2010, I, 480; S.P. Emiliani, *La nuova indennità per la conversione del contratto di lavoro a tempo determinato in*

avevano evidenziato i profili di irragionevolezza del trattamento indennitario come quantificato *ex lege*, rispetto al più cospicuo risarcimento ricavabile dal regime della nullità di diritto comune; la pronuncia della Corte Costituzionale che ne era seguita²⁸⁸, nel rigettare le censure di illegittimità avanzate, aveva accolto la *ratio* legislativa, isolando anche le regole fondamentali da utilizzare per il corretto esercizio delle modalità di liquidazione del danno al lavoratore; è, infatti, emerso che: a) la integralità della riparazione e la equivalenza della stessa al pregiudizio cagionato al danneggiato non hanno copertura costituzionale²⁸⁹ b) che il periodo cui è riferibile il danno forfetizzato dalla indennità, copre soltanto il cosiddetto periodo «intermedio», ricavabile cioè dalla data di scadenza del termine fino alla sentenza che accerta la nullità di esso e dichiara la conversione del rapporto b) che il nuovo regime risarcitorio non ammette la detrazione dell'aliunde perceptum, attribuendo al lavoratore la indennità indipendentemente dall'effettività del danno sopportato, anche, quindi, quando questi abbia reperito prontamente un'altra occupazione.

In tale contesto, l'intervento del legislatore di cui al comma 13, art. 1, l. n. 92/2012, è servito ad offrire una interpretazione autentica del comma 5, art. 32, l. n. 183/2010, a supporto della posizione già assunta dalla Corte Costituzionale, in modo da porre un vincolo alle scelte dei giudici di merito, che, di fatto, anche dopo l'intervento dei giudici costituzionali, si erano discostati dal loro orientamento²⁹⁰. Nel dettato della disposizione è specificato che l'indennità «ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore, comprese le conseguenze retributive e contributive relative al periodo compreso fra la scadenza del termine e la pronuncia del provvedimento con il quale il giudice abbia ordinato la ricostituzione del rapporto», e, come correttamente avanzato in dottrina, giustificando la tesi della inesistenza del rapporto nello stesso periodo indicato, suffragata dall'espressa esclusione dall'obbligo contributivo, e dall'utilizzo della parola «ricostituzione»²⁹¹, che ha permesso di ritenere, tale lasso di tempo, come inutilizzabile anche ai fini dell'anzianità di servizio.

8. (segue): l'inasprimento contributivo come monetizzazione dell'instabilità del rapporto

Il bilanciamento tra un utilizzo del contratto a termine (così come delle altre forme contrattuali flessibili), finalizzato all'esclusivo perseguimento degli obiettivi di produttività aziendale ovvero mitigato dalla esigenza di attenuare gli effetti della precarietà del lavoro, è stato, sempre, tentato attraverso la previsione di strumenti normativi che, con più o meno efficacia hanno, nell'ultimo decennio, integrato e/o modificato l'impianto della disciplina del d.lgs. n.368/2001.

NLCC, 2011, 212; cfr. *etiam* Cass. sentenza 9 gennaio 2010, n. 839 in *DRI*, 2010, 1132 con nota di E. Mastinu, *I giudici e la legge sull'inerzia del lavoratore successiva alla scadenza del contratto a termine illegittimamente apposto*.

²⁸⁸ cfr. Corte Cost. sentenza 11 novembre 2011, n. 301, con nota adesiva di A. Bollani, A. Corvino, *Discrezionalità del legislatore e bilanciamento di interessi: il regime indennitario dell'art. 32, commi 5, 6, e 7, legge n. 183/2010, supera il vaglio di costituzionalità (?)*, in *DRI*, 2011, 4, 1103; *etiam* A. Vallebona, in *DLM*, 2011, 3, 535; in senso critico Saracini, in *DLM*, 2011, 3, 535; L. Menghini, in *RGL*, 2012, 2, 31.

²⁸⁹ cfr. *etiam* Corte Cost. n. 199/2005; Corte Cost. 420/1991.

²⁹⁰ cfr. Trib. Napoli sentenza 16 novembre 2011 e App. Roma sentenza 2 febbraio 2012, n. 267 in *MGL*, 2012, 348; App. Torino, sentenza 2 dicembre 2011, n. 1519.

²⁹¹ cfr. A. Vallebona, *La riforma del lavoro 2012*, cit., 22; circ. INPS n. 40/2011.

Se sino ad oggi si è registrata la tendenza a modificare la struttura dell'istituto, a seconda della volontà politica di aumentare o diminuire il grado di rigidità normativa, l'intervento della l. n. 92/2012, in diverso modo, ha attribuito valore determinante al «costo» della flessibilità, prevedendo una monetizzazione per la instabilità cui si costringe il lavoratore quando utilizzato in un rapporto di lavoro subordinato non standard.

Con l'art. 2, comma 28, l. n. 92/2012, e al di fuori dei casi richiamati nel successivo comma 29²⁹², è previsto un aggravio contributivo a carico del datore di lavoro, per l'impiego di manodopera flessibile, fissato nella misura dell'1,4 % della retribuzione imponibile ai fini previdenziali. Tale previsione rappresenta un primo profilo di cambiamento rispetto alle misure che sino ad oggi il legislatore ha adottato per favorire lo sviluppo di una flessibilità del lavoro di «qualità»; con essa potrà essere perseguito l'obiettivo di disincentivare l'utilizzo dei contratti flessibili sotto un duplice profilo: in via automatica, onerando il datore di lavoro di un costo aggiuntivo, rispetto a quanto necessario per una assunzione a tempo indeterminato, ed, inoltre, in via indiretta, con la previsione del successivo comma 30, art. 2, l. n. 92/2012, che stabilisce la restituzione del contributo addizionale già versato, nella misura delle ultime 6 mensilità, in caso di trasformazione del contratto a tempo indeterminato alla scadenza del precedente rapporto a termine, ovvero la restituzione di un numero di mensilità pari al periodo, tra la cessazione del rapporto e la successiva assunzione a tempo indeterminato, in caso di riassunzione entro 6 mesi dalla cessazione del precedente rapporto a termine²⁹³.

L'aumento del «costo» della flessibilità, inaugurato con la riforma Fornero, ha permesso di imboccare una strada nuova, per un più efficace «controllo» sull'utilizzo dei contratti di lavoro non standard; a differenza delle conseguenze a carattere normativo, come la conversione del rapporto come a tempo indeterminato, che, in quanto misura sanzionatoria, non ha in sé i requisiti della misura di politica «attiva» del lavoro²⁹⁴, l'aggravio contributivo, seppur di modesta entità, attraverso una diretta incidenza sulle scelte datoriali in sede di assunzione, può rappresentare un primo antidoto per riportare le forme contrattuali flessibili nell'alveo della «straordinarietà».

9. La disciplina applicabile alle start up innovative

Al recepimento degli indirizzi europei, e al *favor* per una diffusione qualitativa dell'istituto, si è aggiunta una ulteriore causa che ha giustificato nuove modifiche all'impianto del contratto a termine. Con la nuova regolazione delle start up innovative, è stata prevista la facoltà di utilizzare, quale strumento di assunzione, il contratto a tempo determinato, secondo i tratti di una disciplina *ad hoc* che, in deroga alla disciplina generale, potesse permettere alla nuova imprenditoria del

²⁹² Le esclusioni espressamente previste nella disposizione riguardano: a) i lavoratori assunti in sostituzione di lavoratori assenti; b) i lavoratori assunti a termine per lo svolgimento di attività stagionali di cui al decreto d.p.r. 7 ottobre 1963, n. 1525, nonché, per i periodi contributivi maturati dal 1 gennaio 2013 al 31 dicembre 2015, di quelle definite dagli avvisi comuni e dai contratti collettivi nazionali stipulati entro il 31 dicembre 2011 dalle organizzazioni dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative; c) gli apprendisti d) i lavoratori dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 30 marzo 2001, n. 165 e successive modificazioni.

²⁹³ v. art. 2, comma 30, l. n. 92/2012; cfr. R. Voza, *Il lavoro a tempo determinate dopo la Riforma Fornero*, cit., 1149.

²⁹⁴ S. Cortellazzi, S. Spreafico, *Il lavoro sostenibile. Politiche del lavoro, territorio e sviluppo locale*, Franco Angeli, 2005, 59.

settore delle tecnologie, di instaurare con più facilità rapporti di lavoro e, quindi, di avviare la propria attività di impresa²⁹⁵.

Per il riconoscimento dello *status* di start up innovativa, secondo la definizione sancita all'art. 25, l. n. 221/2012, è previsto che l'impresa abbia la forma della società di capitali di diritto italiano (ovvero delle società europee residenti in Italia ex art. 73 d.p.r. 22 dicembre 1986 n. 917), e che sia stata costituita da non oltre 48 mesi, per un oggetto sociale che, in via esclusiva o prevalente, riguardi «lo sviluppo, la produzione e la commercializzazione di prodotti o servizi innovativi ad alto contenuto tecnologico».

Nel rispetto dei predetti requisiti, e di tutti gli altri disposti nello stesso comma 2, dell'art. 25²⁹⁶, per un periodo massimo di 4 anni²⁹⁷, alle imprese così titolate è stato concesso di avvalersi di un regime agevolato per la stipula di rapporti di lavoro a termine, in deroga all'impianto del d.lgs. n. 368/2001; in particolare, i vantaggi per le start up, per come indicati all'art. 28, d.l. n. 179/2012, convertito con modifiche nella l. n. 221/2012, riguardano: a) la presunzione di sussistenza delle causali ex art. 1 comma 1, d.lgs. n. 368/2001²⁹⁸, per tutti i contratti di durata minima di sei mesi

²⁹⁵ Per una disamina completa delle misure incentivanti previste in tema di assunzione per le start up innovative cfr. E. Massi, *Incentivi alle assunzioni dopo la legge Fornero*, in DPL, 2013, 7, 3.

²⁹⁶ Ove è data una definizione completa di start up innovativa, intesa come «la società di capitali, costituita anche in forma cooperativa, di diritto italiano ovvero una Società Europea, residente in Italia ai sensi dell'art. 73 del decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, le cui azioni o quote rappresentative del capitale sociale non sono quotate su un mercato regolamentato o un sistema multilaterale di negoziazione, che possiede i seguenti requisiti: a) i soci, persone fisiche, detengono al momento della costituzione e per i successivi ventiquattro mesi, la maggioranza delle quote o azioni rappresentative del capitale sociale e dei diritti di voto nell'assemblea ordinaria dei soci; b) è costituita e svolge attività di impresa da non più di quarantotto mesi; c) ha la sede principale dei propri affari e interessi in Italia; d) a partire dal secondo anno di attività della start up innovativa, il totale del valore della produzione annua, così come risultante dall'ultimo bilancio approvato entro sei mesi dalla chiusura dell'esercizio, non è superiore a 5 milioni di euro; e) non distribuisce, e non ha distribuito utili; f) ha, quale oggetto sociale esclusivo o prevalente, lo sviluppo, la produzione e la commercializzazione di prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico; g) non è stata costituita da una fusione, scissione societaria o a seguito di cessione di azienda o di ramo di azienda; h) possiede almeno uno dei seguenti ulteriori requisiti: 1) le spese in ricerca e sviluppo sono uguali o superiori al 20 per cento del maggiore valore fra costo e valore totale della produzione della start up innovativa. Dal computo per le spese in ricerca e sviluppo sono escluse le spese per l'acquisto e la locazione di beni immobili. Ai fini di questo provvedimento, in aggiunta a quanto previsto dai principi contabili, sono altresì, da annoverarsi tra le spese in ricerca e sviluppo del business plan, le spese relative allo sviluppo precompetitivo e competitivo, quali sperimentazione, prototipazione e sviluppo del business plan, le spese relative ai servizi di incubazione forniti da incubatori certificati, i costi lordi di personale interno e consulenti esterni impiegati nelle attività di ricerca e sviluppo, inclusi i soci ed amministratori, le spese legali per la registrazione e protezione di proprietà intellettuale, termini e licenze d'uso. Le spese risultano dall'ultimo bilancio approvato e sono descritte in nota integrativa. In assenza di bilancio nel primo anno di vita, la loro effettuazione è assunta tramite dichiarazione sottoscritta dal legale rappresentante della start-up innovativa; 2) impiego come dipendenti o collaboratori a qualsiasi titolo, in percentuale uguale o superiore al terzo della forza lavoro complessiva, di personale in possesso di titolo di dottorato di ricerca o che sta svolgendo un dottorato di ricerca presso un'università italiana o straniera, oppure in possesso di laurea e che abbia svolto, da almeno tre anni, attività di ricerca certificata presso istituti di ricerca pubblici o privati, in Italia o all'estero; 3) sia titolare o depositaria o licenziataria di almeno una privativa industriale relativa a una invenzione industriale, biotecnologica, a una topografia di prodotto a semiconduttori o a una nuova varietà vegetale direttamente afferenti all'oggetto sociale e all'attività di impresa».

²⁹⁷ Ai sensi del comma 3 art. 25, è previsto, infatti, che «le società già costituite alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto e in possesso dei requisiti previsti dal comma 2, sono considerate start up innovative ai fini del presente decreto se entro 60 giorni dalla stessa data depositano presso l'Ufficio del registro delle imprese, di cui all'articolo 2188 del codice civile, una dichiarazione sottoscritta dal rappresentante legale che attesti il possesso dei requisiti previsti dal comma 2. In tal caso, la disciplina di cui alla presente sezione trova applicazione per un periodo di quattro anni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, se la start-up innovativa è stata costituita entro i due anni precedenti, di tre anni, se è stata costituita entro i tre anni precedenti, e di due anni, se è stata costituita entro i quattro anni precedenti».

²⁹⁸ Nonché per rapporti instaurati in regime di somministrazione la presunzione di sussistenza delle stesse ragioni richiamate all'art. 20 comma 4 d.lgs. n. 276/2003.

e massima di trentasei; b) l'assenza di limiti temporali minimi per la successione di più contratti, in deroga ai commi 3 e 4 dell'art. 5, d.lgs. n. 368/2001; c) la esenzione dalle limitazioni quantitative previste all'art. 10, comma 7, del d.lgs. n. 368/2001.

Rispetto al punto *sub a)* occorre sottolineare che, le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, richieste ai sensi dell'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 368/2001, sono intese come *sussistenti* in via presuntiva, se il contratto a termine è stipulato da una start up innovativa, per lo svolgimento di attività inerenti o strumentali all'oggetto sociale della stessa (sviluppo, produzione e commercializzazione di prodotti o servizi innovativi ad altro valore tecnologico), permettendo al datore di lavoro di essere esonerato dalla indicazione delle ragioni di giustificazione, per il periodo di quattro anni (nei casi di società di nuova costituzione o quando la start up sia stata costituita entro i due precedenti alla data del 18 ottobre 2012, di entrata in vigore del decreto legge n. 179/2012), ovvero per il più breve periodo di tre o due anni (per le società costituite rispettivamente nei tre o quattro anni precedenti alla stessa data del 18 ottobre 2012)²⁹⁹.

La presunzione legale di sussistenza della causale, nella sua finalità di matrice europea, volta allo sviluppo tecnologico e all'occupazione, in particolare giovanile, è assoggettata al controllo giudiziale nel solo caso sia accertata l'assenza dei requisiti per l'inquadramento dell'impresa come start up innovativa indicati all'art. 25, commi 2 e 3, ipotesi che giustifica l'adozione per i rapporti già instaurati, della disciplina generale in tema di contratto a tempo determinato, e la necessità di valutare in concreto la sussistenza e/o la indicazione in forma scritta delle ragioni di giustificazione (art. 28, comma 9, l. n. 221/2012)³⁰⁰.

Sotto il profilo *sub b)*, è il comma 3, art. 28, l. n. 221/2012 che prevede la possibilità di stipula di contratti a termine, per lo svolgimento delle medesime attività relative dall'oggetto sociale dell'impresa, anche senza soluzione di continuità, derogando il disposto dell'art. 5, comma 4, d.lgs. n. 368/2001, e, in conseguenza, senza che rilevino neppure gli intervalli minimi previsti ai sensi del comma 3, art. 5. Lo stesso comma 3, art. 28, ha stabilito, inoltre, la possibilità di stipulare un successivo contratto a termine, anche in deroga al limite di durata massima di trentasei mesi³⁰¹, per un periodo estensibile sino ad ulteriori dodici mesi, a condizione che la stipulazione avvenga presso la Direzione provinciale del lavoro competente per territorio.

I limiti normativi stabiliti per l'ipotesi di successione di contratti a tempo determinato, nelle imprese titolate come start up innovative, si rinviengono nei successivi commi 4 e 5, dell'art. 28, ove è sanzionata la pluralità di rapporti a termine stipulati tra le stesse parti, quando abbiano «complessivamente superato i trentasei mesi, comprensivi di proroghe o rinnovi, o la diversa maggiore durata stabilita a norma del comma 3» (comma 4), ovvero quando i suddetti limiti siano superati, per effetto della prosecuzione, del rinnovo ovvero della trasformazione dei contratti a termine in «contratti di collaborazione privi dei caratteri della prestazione d'opera o professionale» (comma

²⁹⁹ Come si desume dal combinato disposto dell'art. 28, comma 1, e art. 25, comma 3, l. n. 221/2012.

³⁰⁰ Nel senso della immediata conversione del rapporto come a tempo indeterminato cfr. M. Macculi, *Il lavoro nelle start – up innovative: le novelle del decreto Sviluppo – bis*, in *Guida al lavoro. Il sole 24 ore*, n. 43, 31.

³⁰¹ Tenuto conto del periodo di impiego avvenuto con contratti a termine stipulati a norma, sia dell'art 28, l. n. 221/2012, sia del d.lgs. n. 368/2001 e di altre disposizioni di legge.

5). Ai sensi del combinato disposto dei due commi è, infatti, prevista la trasformazione³⁰², ogni qualvolta per effetto di contratti a termine stipulati tra le parti, ai sensi della l. n. 221/2012 ovvero a norma del d.lgs. n. 368/2001 o di altre disposizioni di legge, siano superati i limiti temporali massimi previsti³⁰³, ritenendo, inoltre, come computabili anche i periodi in cui il lavoratore è stato impiegato con lavoro a partita iva o con rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, anche a progetto, quando tali modelli contrattuali sia stato accertato essere stati utilizzati in elusione delle rispettive norme stabilite negli artt. 69 e art. 69 bis del d.lgs. n. 276/2003 (come riformati dalla l. n. 92/2012)³⁰⁴.

Rispetto al punto *sub c)*, viene in rilievo l'inclusione dei contratti a termine stipulati da start up, come tra le ipotesi esonerate dal rispetto dei limiti quantitativi che la contrattazione collettiva nazionale è delegata, ai sensi dell'art. 10 comma 7, d.lgs. n. 368/2001, a introdurre al fine di limitare il numero di assunzioni a termine ammesse da parte dello stesso datore di lavoro. All'art. 28, comma 3, d.l. n. 179/2012, in sede di conversione nella l. n. 221/2012, è stato, infatti, aggiunto l'inciso che stabilisce di esentare tali contratti, assimilando tale ipotesi a quelle indicate nei commi 7 e 8, art. 10 d.lgs. n. 368/2001³⁰⁵.

Per tutto quanto non espressamente previsto dai commi 1, 2, 3, 4, 5, dell'art. 28, il successivo comma 6, richiama l'applicabilità delle disposizioni del d.lgs. n. 368/2001 e, per la somministrazione di manodopera, del capo I del titolo III d.lgs. n. 276/2003, ammettendo che «la chiusura del sistema» avvenga per tramite del rinvio alla disciplina generale del contratto a tempo determinato.

Gli effetti più consistenti di tale rinvio, riguardano la applicabilità anche per questa tipologia «eccezionale» di contratto temporaneo, delle garanzie che già caratterizzano l'assetto generale

³⁰² In assenza di un riferimento espresso che ammetta come *dies a quo* per ritenere il rapporto trasformato come a tempo indeterminato, in applicazione del comma 6, art. 28 l. n. 221/2012, che per quanto non espressamente previsto nella legge n. 221/2012 richiama la disciplina generale del d.lgs. n. 368/2001, la data di decorrenza può essere desunta dal combinato disposto del comma 4 bis e del comma 2, art. 5 d.lgs. n. 368/2001, che ammettono come convertito il rapporto proseguito per oltre 30 giorni dalla data di scadenza, con decorrenza dal predetto termine.

³⁰³ Nel predetto computo vanno inclusi anche i periodi di missione in somministrazione ex art. 20, comma 4, d.lgs. n. 276/2003, ritenuto che il comma 4 dell'art. 28, l. n. 221/2012, fa riferimento alla successione di contratti a termine avvenuta anche «a norma del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, o di altre disposizioni di legge», ammettendosi, così, il richiamo del nuovo comma 4bis, art. 5 d.lgs. n. 368/2001 (v. par. 6 del presente lavoro); *contra*, M. Macculi, *Il lavoro nelle start – up innovative: le novelle del decreto Sviluppo – bis*, cit., 31, nota 12.

³⁰⁴ cfr. F. Santoro Passarelli, *Lavoro a progetto e partita iva nella riforma del lavoro 2012*, cit., 944; P. Polliani, *Rapporto di lavoro autonomo: la riforma "Fornero" contro l'abuso delle partite iva*, cit., 20; G. De Summa e U. Cipollone, *Il lavoro autonomo a "partita iva"* in (a cura di) P. Stern, *I nuovi contratti di lavoro*, cit., 97.

³⁰⁵ Al comma 7 si fa riferimento alle assunzioni a termine disposte: a) nella fase di avvio di nuove attività [...]; b) per ragioni di carattere sostitutivo e di stagionalità [...]; c) per specifici spettacoli [...] d) con lavoratori di età superiore a 55 anni; nel successivo comma 8 si richiamano come esentati da limitazioni quantitative i contratti a tempo determinato non rientranti nelle tipologie di cui al comma 7, di durata non superiore a sette mesi [...], ovvero non superiore alla maggiore durata definita dalla contrattazione collettiva con riferimento a situazioni di maggiore difficoltà per specifiche aree geografiche, sempre che non vi sia stato negli ultimi 6 mesi la stipula di un precedente rapporto a termine tra le stesse parti per lo svolgimento delle medesime prestazioni.

dell'istituto; in particolare rimangono applicabili anche alle start up: a) l'ipotesi di stipula di contratti a termine, secondo la disciplina generale, per i rapporti di durata inferiore a 6 mesi³⁰⁶; b) le conseguenze a carattere economico, normativo e regolamentare, già previste ai commi 1 e 2, 2 bis, art. 5 d.lgs. n. 368/2001, in tema di prosecuzione di fatto³⁰⁷; c) l'esercizio del diritto di precedenza di cui al comma 4 quater, art. 5 d.lgs. n. 368/2001, nelle assunzioni a tempo indeterminato effettuate entro i successivi dodici mesi dalla scadenza del contratto per lo svolgimento delle mansioni già espletate³⁰⁸; d) le regole in tema di decadenza per l'impugnativa del contratto nella versione introdotta dai commi 11 e 12 dell'art. 1, l. n. 92/2012³⁰⁹; e) l'indennità risarcitoria nella misura fissata dalla norma di interpretazione autentica di cui al comma 13, art. 1, l. n. 92/2012³¹⁰; f) la addizionale contributiva già prevista al comma 28, art. 2, n. 92 /2012, per tutti i rapporti di lavoro flessibili³¹¹.

³⁰⁶ Giusto l'inciso previsto al comma 3, art. 28, d.l. 179/2012, come aggiunto in sede di conversione nella l. n. 221/2012, e che, pertanto, deve ritenersi ammettere la stipula anche dei rapporti «acausalì» o di quelli di cui allo stesso comma 1 bis, art. 1, d.lgs. n. 368/2001, rimessi alla determinazione della contrattazione collettiva.

³⁰⁷ La cui applicazione va, però, intesa come «residuale», visto l'ampio margine concesso alle start up di stipulare contratti a termine anche successivi.

³⁰⁸ Come introdotto dall'art. 1, comma 40, l. 24 dicembre 2007, n. 247 e successivamente modificato dall'articolo 21, comma 3, del d.l. 25 giugno 2008, n.112, come convertito con modifiche dalla legge 6 agosto 2008, n.133.

³⁰⁹ cfr. *infra*, par. 7.

³¹⁰ *Ibidem*, par. 7.

³¹¹ Considerato che nella versione convertita dalla l. n. 221/2012 dell'art. 28, d l. n. 179/2012, è stato espunto il riferimento per il quale «ai rapporti di lavoro a tempo determinato instaurati ai sensi del presente articolo non trova applicazione il contributo addizionale dell'1,4 % della retribuzione imponibile ai fini previdenziali, di cui all'articolo 2, comma 28, della legge 28 giugno 2012, n. 92».

Políticas europeas para la competitividad, salarios mínimos y tutela del poder adquisitivo de las retribuciones en Italia tras el acuerdo de noviembre de 2012*

Lorenzo Zoppoli

1. La regulación de la retribución en el derecho del trabajo “pluri-nivel”: entre datos y normas, ¿más o menos tutelas para los trabajadores?	103
2. Una mención a las convenciones internacionales.	103
3. Unión Europea y regulación de los salarios.	104
4. Ley y contratación sobre la retribución en Italia desde los años '90 hasta el acuerdo interconfederal de 2009: la superación del sistema de indexación salarial y el objetivo de tutela del poder adquisitivo.	106
5. El acuerdo interconfederal de noviembre de 2012: los vínculos que derivan del art. 36 de la Constitución y el desdoblamiento funcional de los incrementos retributivos derivados del convenio nacional de categoría (CCNL).	108
6. La necesidad de una nueva regulación “multi-nivel” de los salarios.	109
7. Bibliografía	110

* Previously published as WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 99/2013

1. La regulación de la retribución en el derecho del trabajo “pluri-nivel”: entre datos y normas, ¿más o menos tutelas para los trabajadores?

Hoy en día, las reglas para determinar la remuneración de los trabajadores son más importantes que nunca, aunque están más que nunca tironeadas entre los polos antitéticos que dominan la materia (mano libre de las empresas *versus* contraste de las desigualdades crecientes y/o de una competitividad económica en perjuicio del interés general y de los ciudadanos/trabajadores más débiles). El último informe de la Organización internacional del trabajo - el “*Global Wage Report 2012/2013*” titulado *Wages and equitable growth* - tras registrar tendencias mundiales y convergentes dirigidas a la contención de los salarios y al aumento de las cuotas de renta producidas que van a incrementar las ganancias de capital, señala que la moderación salarial, especialmente si se presenta de forma generalizada, tiene efectos represivos en la demanda mundial, con riesgos de enroscamiento de las crisis económicas. De estas conclusiones se desprende con claridad que las reglas que facilitan los salarios bajos no resultan de utilidad general.

Sin embargo también es cierto que cada región del mundo tiene su lugar en la producción de riqueza y sobre todo en recibir los beneficios de la riqueza producida: y que, tanto en producir como en recibir, hacen falta técnicas de regulación de los salarios que tengan efectos positivos sobre el sistema económico, manteniendo bajos los costos de producción y manteniendo a la vez alta la demanda de los consumidores.

A partir de las reglas de derecho internacional, se advierte en este extremo la exigencia de reglas universales aptas para contraponer las necesidades comunes a los ciudadanos y a las empresas globalizadas y para detener, aunque en los niveles mínimos, la difusión en los mercados mundiales de la ley del más fuerte; pero también de reglas capaces de enfrentarse a la gran diversidad de las situaciones de partida, que afecten a continentes, Estados, regiones, empresas o incluso personas particulares. En fin, hoy más que nunca el salario debe de estar en el centro de un derecho que no abandone su vocación universalista sino que sepa conjugarla con una técnica regulativa que sea sensible al equilibrio de tantos impulsos e intereses que vienen de una realidad muy articulada y no simplificable.

2. Una mención a las convenciones internacionales.

Por otro lado, frente a esta exigencia en el derecho internacional convencional, general o particular, se encuentran reglas blandas y superadas. Reglas que como máximo han producido una difusión de los salarios mínimos fijados por ley, donde cada país fija el nivel que prefiere, incluso diferenciado por sectores y empresas (por ejemplo en Francia hay un salario mínimo nacional, pero en India existen 1200 variantes y en China el salario mínimo es diferenciado en 25 distritos). Además, cuando a nivel internacional maduró el débil marco regulativo antes recordado, este se acompañaba con una situación de sindicalización internacional en ascenso y con una difundida confianza en la acción colectiva, con un amplio reenvío, también en el sistema de las fuentes internacionales, a la contratación colectiva (v. art. 10 conv. OIT 117/62). Hoy, como es conocido, el aire que sopla en el mundo es totalmente distinto y los sindicatos, por lo menos en las naciones de más antigua industrialización, pierden terreno, mientras que en los países de más recién e intenso desarrollo económico (el habitual Brics: Brasil, Rusia, India, China, Sudáfrica) la contratación colectiva raramente consigue regular las dinámicas salariales en formas y cantidades relevantes. Esta situación, en una economía siempre más globalizada, sin duda repercute en las políticas sociales de los Estados y de las agregaciones de Estados.

3. Unión Europea y regulación de los salarios.

Analizando la situación de la Unión Europea, como es bien sabido, aquí no hay reglas vinculantes, por la precisa opción – que remonta a la original “frigidez social” de la CEE de 1957, reverdecida con las varias reformas de los tratados que han dado vida a la denominada Europa social, a partir del art. 2 del Acuerdo sobre políticas sociales anexo al protocolo de Maastricht de 1991 – de excluir las retribuciones de las técnicas normativas dirigidas a la armonización de los derechos nacionales (art. 136, n. 5, TCE, ahora 153 TFUE). En el plano de las políticas y de las *soft law*, se registran además orientaciones contrapuestas: por un lado, se expresa un apoyo a la introducción de un salario mínimo en los varios Estados con resoluciones del Parlamento europeo, que hasta identifican un nivel óptimo en torno al 60% del salario medio nacional³¹², y declaraciones altisonantes³¹³ de las instituciones con responsabilidades también sociales; por otro lado, se indican requisitos de saneamiento por parte de las instituciones económicas³¹⁴ que unen firmemente salarios y productividad, con fuerte acentuación sobre la flexibilidad salarial (por ejemplo, oponiéndose a toda forma de indexación automática) y escasa atención a la problemática de la uniformización de los criterios de determinación de los salarios mínimos.

En tanto que, en enero de 2013, tenemos países con un salario mínimo legal de 0,92 euro/hora (Rumania) y países donde el mismo es de 10,83 euro/hora (Luxemburgo); países donde el salario mínimo vale aproximadamente el 35% del salario medio e países donde supera el 60% (República Checa v. Francia, por ejemplo: v. Schulten 2010³¹⁵). Y además países sin salarios mínimos *ex lege* (Italia) en los que, sin embargo, se presume que la determinación judicial de las retribuciones garantice un mínimo deducible de los convenios colectivos igual al 60/70% de los salarios medios.

Francamente no parece que el TJUE haya realizado el máximo esfuerzo interpretativo para adecuar las competencias de los órganos comunitarios, por un lado, al modificado marco de las reglas contenidas en los tratados y, por el otro, a las diferentes condiciones de los mercados internos e internacionales. Además de cuanto se ha dicho anteriormente, también habría que tener en cuenta que una absoluta exclusión de la materia retributiva de las competencias de regulación europea tenía un significado distinto cuando la integración afectaba a unos pocos Estados con estándares socio-económicos siempre más próximos. Hoy hablamos de 27 Estados con características socio-económicas diferentes, pero con posibilidad de deslocalizaciones productivas muy facilitadas por las reglas mercantiles, la innovación tecnológica y los sistemas de transporte. El riesgo de provocar desequilibrios en la circulación de capitales en daño de los países más desarrollados es fuerte, sin que ello se traduzca necesariamente en una mayor competitividad de la economía de la Unión (art. 151.2 del TFUE).

³¹² V. las resoluciones de 15 de noviembre de 2007 n. 2007/2104 (INI) y de 9 de octubre de 2008 n. 2008/2034 (la segunda sobre la promoción de la inclusión social y la lucha contra la pobreza, contiene, en el punto 15, una indicación precisa de por lo menos el 60% del término medio “pertinente”, es decir nacional, sectorial, etc.).

³¹³ V. el Presidente del eurogrupo Jean-Claude Juncker en la audición de 10 de enero de 2013 ante el Parlamento europeo.

³¹⁴ V. la resolución del Consejo europeo de 24-25 marzo de 2011 sobre el *Euro plus pact*, la recomendación de julio 2011 del Consejo europeo sobre el programa de saneamiento italiano 2011-2014 y la carta de la BCE al Gobierno italiano de 5 de agosto de 2011.

³¹⁵ En el mismo artículo se publica una tabla con los salarios mínimos horarios calculados a paridad de poder adquisitivo ponderado (*purchasing power standard*), pero expresados en dólares a enero de 2010: Holanda 9.92, Lux. 9.76, Francia 9.55, Bélgica 9.04, UK 8.70, Irlanda 8.10, Grecia 5.44, Eslovenia 5.01, España 4.81, Portugal 3.93, Polonia 3.75, Rep. Checa 3.16, Hungría 2.96, Eslovaquia 2.90, Estonia 2.64.

Es preciso, además, dar también importancia al hecho de que, a partir de la reforma de Ámsterdam (97-98), el sistema regulativo de los tratados ha sido modificado, en el sentido de que en estos la política social tiene un peso mayor que en el pasado (y no solo gracias a la Carta de los derechos fundamentales, que ha llegado desde hace tan sólo unos pocos años) y que las mismas expresiones normativas pueden cambiar de significado debiendo ser interpretadas a la luz de la regulación global de una materia que puede tener nuevos reflejos sobre finalidades e institutos que afectan a las relaciones laborales. Precisamente, en mi opinión, la materia retributiva se resiente con estas innovaciones normativas, ya que la retribución, en el derecho europeo nacional y supranacional, está inseparablemente conexas a parámetros de determinación no puramente mercantiles que la hacen gravitar, por lo menos en parte, hacia la naturaleza jurídica de derecho social. Un punto preciso de emersión de esa naturaleza jurídica a nivel europeo es el art. 4 de la Carta social europea (1961/1996), de la que la UE y los Estados miembros tienen que tener en cuenta en la determinación de las políticas sociales comunes y nacionales (art. 151.1 TFUE), que caracteriza el derecho a una retribución equitativa como “el derecho de los trabajadores a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida digno”. Y no por casualidad la dignidad viene también mencionada por el art. 31 de la Carta de los derechos fundamentales de la UE sobre el derecho a condiciones de trabajo justas y equitativas. Sin contar que si la retribución no permite una existencia digna, la misma Carta, en el art. 34.3, reconoce el derecho a una ayuda social y para la vivienda “a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes”: con una evidente conexión entre el nivel de vida permitido por un trabajo retribuido y los deberes de solidaridad colectiva que se extiende hasta la previsión de una renta mínima garantizada. Los vínculos entre regulación de los salarios y políticas sociales no podrían ser más evidentes, por lo menos en el plano normativo (con todo lo que consigue en términos de repartición de las cargas relativas).

Tal vez todo ello no basta para coherenciar una interpretación que permita alterar las competencias establecidas en el art. 153 del TFUE, que parece una norma concebida para impedir también que se reconduzca el derecho a la retribución a las políticas de seguridad y protección social de los trabajadores. Se podría pensar en utilizar los arts. 156 y/o 326 y siguientes del TFUE: pero se trataría de reglas de *soft law* o que tendrían un ámbito de aplicación limitado a los Estados que participan en la cooperación reforzada; por eso, en ambos casos las normas no tendrían la capacidad incisiva o la amplitud regulativa que son necesarias para la materia que se quiere regular. Sin embargo podría respaldar una interpretación del art. 155 TFUE según la cual si una intervención en materia retributiva está basada en un acuerdo entre las partes sociales, ésta podría ser recogida como una directiva vinculante. En efecto, se podría leer en el reenvío a los “sectores” del art. 155.2 una referencia a todas las materias del art. 153.1 sin incluir necesariamente los institutos específicos indicados en el mismo artículo 153.5. Esta lectura, desde luego, deja sin embargo un gran poder de veto a la parte empresarial o a los interlocutores sociales en general. Pero por lo menos permite individuar un camino regulativo para no dejar los salarios mínimos a la merced de los sólo caminos de *soft regulation*.

La necesidad de embocar caminos más transparentes y claros con el fin de regular la materia es patente incluso en los intentos más recientes de proporcionar vigor a la denominada Europa social. Si, por ejemplo, se va a leer la propuesta de nuevo Pacto social para Europa lanzada en marzo de 2013 por la CES, sobre el punto específico se lee: “la determinación de las retribuciones debe

seguir siendo una cuestión nacional y debe abordarse según las prácticas y los sistemas de relaciones laborales nacionales. Las negociaciones entre los interlocutores sociales al nivel correspondiente son el mejor instrumento para garantizar buenas condiciones de trabajo y de salario. Los salarios mínimos legales, en aquellos países donde los sindicatos los consideren necesarios, deberían incrementarse de manera significativa. En cualquier caso, todos los mínimos salariales tendrán que respetar las normas del Consejo de Europa en tema de salarios dignos”. Evidente es la indicación de contenido (salarios más altos); pero muy tímida y contradictoria es la individuación de los instrumentos institucionales para alcanzarla, apretada entre el llamamiento a los estándares fijados de forma imperativa y un anclaje, de sabor corporativo, en el método de la negociación siempre y en cualquier caso. De todos modos, en el fondo, precisamente una interpretación del art. 155 TFUE como la que he propuesto arriba podría permitir de otorgar mayor significación a los estándares normativos sobre los salarios dignos sin renunciar a la negociación entre los interlocutores sociales.

4. Ley y contratación sobre la retribución en Italia desde los años '90 hasta el acuerdo interconfederal de 2009: la superación del sistema de indexación salarial y el objetivo de tutela del poder adquisitivo.

Mirando a Italia, antes que nada cabe destacar que las recientes tendencias europeas para la regulación del salario parecen haber incidido sobre el derecho del trabajo nacional de forma totalmente unilateral: en el sentido de que mientras Italia (junto al paraíso escandinavo) sigue siendo uno de los pocos países de la Unión Europea sin salario mínimo legal, las técnicas contractuales de determinación de las retribuciones en los últimos años han sufrido modificaciones notables dirigidas a vincular remuneración y productividad. Primeramente, la “escala móvil” – un sistema de indexación salarial que tutelaba automáticamente el poder adquisitivo de los trabajadores – fue eliminada ya hace 20 años, con una profunda modificación también de la estructura de la contratación y la introducción de una compensación por “*vacatio*” contractual (debida cuando no hay continuidad en las renovaciones de los convenios colectivos). La contratación colectiva sigue siendo la única fuente – también jurídicamente limitada en cuanto a su eficacia subjetiva y objetiva³¹⁶ – habilitada para producir reglas salariales que logren un equilibrio adecuado entre la tutela de los trabajadores y la competitividad de las empresas. Esta tarea ha sido desarrollada fundamentalmente a través de la contratación nacional de *categoría* o sectorial (con casi 400 convenios diferentes en el sector privado y una decena en el sector público) que fija las tablas de retribuciones mínimas diferenciadas según el encuadramiento contractual del trabajador (tablas salariales tomadas como referencia también por la ley que determina la base para calcular las cotizaciones a la Seguridad Social). Este sistema, por más de 50 años, ha permitido a la jurisprudencia desempeñar una importante función normativa reconociendo a los trabajadores que recurren judicialmente, basándose en lo que dispone el art. 36 de la Constitución³¹⁷, una retribución cuantificada sobre la base de las tablas de salarios mínimos definidas por los distintos con-

³¹⁶ En el sentido de que *de iure* se aplica únicamente a los afiliados a las organizaciones que suscriben los convenios y *de facto*, por supuesto, no cubre la vasta área del empleo sumergido, que llega a porcentajes medios de más del 15% de los trabajadores con topes que superan el 20% en el Sur.

³¹⁷ “El trabajador tiene derecho a una retribución proporcionada a la cantidad y calidad de su trabajo y suficiente, en cualquier caso, para asegurar a él y a su familia una existencia libre y digna”.

venios colectivos. De esta manera ha habido un equivalente funcional de un salario mínimo diferenciado por sectores productivos y encuadramiento profesional de los trabajadores. Sin embargo este sistema no está desprovisto de defectos. El primero es que, si se considera que cada convenio incorpora una escala de encuadramiento que se articula como mínimo en cinco niveles de encuadramiento (pero casi todos tienen siete y más niveles), se puede decir que Italia está peor que India, existiendo teóricamente por lo menos 2000 articulaciones del salario mínimo (que puede ir de lo casi 500 euros mensual hasta más de 2000 euros) debido en base a la interpretación judicial del art. 36. Sin considerar que en algún caso la jurisprudencia - excluida la existencia de un principio general de igualdad de trato a paridad de tareas - también ha consentido la articulación del salario mínimo según las dimensiones de la empresa o las condiciones socio-económicas. Por tanto las características estructurales del sistema italiano permiten que se mezclen hasta hacer irreconocibles las identidades y funciones jurídicas del derecho a la retribución mínima. De esta forma se decolora la dimensión universal de la fijación de un salario mínimo considerado como un derecho social de ciudadanía; y, por el contrario, el nivel del salario mínimo tiende a acercarse mucho a la retribución media del convenio del sector. Pues tenemos salarios mínimos muy diferenciados y, aparentemente, altos; pero también retribuciones medias cada vez más bajas y no necesariamente protegidas contra la inflación.

Por otra parte, una vez asentada así la regulación contractual de los salarios, es difícil volver atrás. Se corre el riesgo – fijando un único salario mínimo generalizado – de penalizar este o aquel sector o rama de producción o - en ausencia de una ley que permita hacer obligatoria *erga omnes* la negociación colectiva de ámbito nacional³¹⁸ - de determinar una huida de los convenios colectivos que hubieran previsto salarios más altos de los mínimos. Así que en Italia tampoco los sindicatos son favorables a una legislación sobre los salarios mínimos, a pesar de que la contratación tutela cada vez menos la cuota de renta destinada a los salarios.

Esto puede explicar porque en Italia parece haber arraigado la tendencia a flexibilizar el salario en función de la competitividad, remitiendo la regulación a los niveles de contratación descentralizada, impulsados con desgravaciones fiscales y de Seguridad Social.

Una tendencia en tal sentido está en curso desde el 1993, allí donde el acuerdo de julio de 1993 preveía fomentar la contratación empresarial de los salarios de productividad. Sin embargo, pese a los avances que se han registrado al respecto, también en el plano salarial sigue siendo central la negociación colectiva sectorial, con todos los límites estructurales y culturales que ésta en Italia lleva consigo. Por lo cual no debe extrañar que en los últimos diez años el sistema de regulación general del salario haya acentuado sus defectos, que son esencialmente defectos que afectan al pleno desarrollo de los criterios equitativos, en el doble aspecto de garantías mínimas generalizadas y de justa diferenciación en relación al distinto valor añadido de las prestaciones efectuadas.

En cualquier caso desde el 2009 ha retomado gran espacio la tendencia a la descentralización de la contratación, también en materia salarial, cuyo centro de gravedad es la empresa. Es lo que se lee en los acuerdos interconfederales de 2009 y de 2011, el segundo seguido por el ya citado art.

³¹⁸ Paradójicamente desde hace casi un año existe una norma que permite otorgar eficacia *erga omnes* a la contratación empresarial o territorial (art. 8 l. 148/11). Excluida sin embargo, por la mayoría, la viabilidad de este segundo nivel, que sería el más idóneo al fin pretendido, sólo queda un camino – de dudosa constitucionalidad y viabilidad – que consentiría dotar de eficacia *erga omnes* a los convenios dirigidos a una fragmentación aún mayor del tratamiento salarial mínimo.

8 de la l. 148/11.

El último acto de esta tendencia es el acuerdo interconfederal sobre productividad firmado a final de 2012, un acuerdo relevante que sin embargo presenta una grave laguna: como el de 2009 no fue firmado por la Cgil, uno de los sindicatos más importantes.

5. El acuerdo interconfederal de noviembre de 2012: los vínculos que derivan del art. 36 de la Constitución y el desdoblamiento funcional de los incrementos retributivos derivados del convenio nacional de categoría (CCNL).

El acuerdo interconfederal de 2012 constituye, en cualquier caso, la primera considerable modificación de las técnicas de tutela del salario real ya profundamente reformadas en el 2009 y sólo parcialmente implementadas por la contratación colectiva nacional intervenida entre el 2009 y el 2013. Por eso - si se consideran las atormentadas vicisitudes de las relaciones laborales italianas provocadas por la Fiat de Marchionne con reflejos profundos sobre los sujetos admitidos a negociar y la eficacia subjetiva de los convenios – el acuerdo de 2012 configura sólo un intento de reformar la función salarial del convenio nacional de sector - de *categoría* - (CCNL) cuya viabilidad debe ser comprobada por el jurista, al menos, bajo dos aspectos:

- a) la traducción en normas coherentes por parte de los distintos CCNL;
- b) la conformidad de esta regulación contractual con los vínculos derivados del sistema jurídico global (precisamente del art. 36 Const.).

Respecto a las técnicas de tutela del salario real que emergen de los CCNL sucesivos al AI de 2009, éstas parecen, en efecto, aún en fase de ajuste: incluso no es infrecuente tropezar con textos que recogen las nuevas técnicas de tutela del salario, pero, después, reenvían a convenios sucesivos, no siempre efectivamente firmados, la tarea de definir las específicas cuestiones de detalle.

Para analizar el segundo aspecto antes de todo hay que aclarar cuáles son los límites que se derivan del sistema jurídico global para la contratación colectiva. Viene fundamentalmente en consideración el mencionado art. 36 de la Constitución, que, a partir de los años '80, ha sido objeto de numerables interpretaciones evolutivas. La principal es que “los mecanismos de indexación... ya no tienen relevancia alguna de rango constitucional” (Ricci 2012, p. 29). Sin embargo según una importante sentencia del Tribunal Constitucional (126/2000) “los instrumentos de adecuación equitativa (de la retribución) no tienen que garantizar un constante reajuste (puesto el necesario equilibrio en el marco de la política económica y de la disponibilidad financiera), sino ... asegurar que no se realice una macroscópica desviación que sería índice sintomático de violación del principio de suficiencia retributiva”.

En consecuencia, los límites que el sistema jurídico impone a la negociación consisten fundamentalmente en el respeto de la disposición del art. 36, donde se asegura al trabajador una retribución suficiente a garantizar una existencia libre y digna. *La retribución suficiente viene identificada por la jurisprudencia constitucional como el núcleo duro de la retribución a garantizar al margen de las dinámicas empresariales o de mercado.*

Sobre la base de esta jurisprudencia, pues, se puede afirmar que parece constitucionalmente legítima la superación tanto de la “escala móvil” como de la indemnización por falta de convenio. Mientras que la regla, contenida en el AI 2009, conforme a la cual se tienen que recuperar en un período apropiado las desviaciones existentes entre la cobertura que el sistema sindical garantiza

a los mínimos contractuales y la pérdida del poder adquisitivo imputable a la inflación real, se puede considerar una buena explicitación del núcleo preceptivo mínimo que se halla en el principio garantístico de la retribución suficiente establecido por el art. 36 Const.

Más complejo, en cambio, es valorar una innovación que se lee en el acuerdo de 2012, una suerte de “desdoblamiento funcional” de los incrementos retributivos derivados de los CCNL, que pueden diferenciarse en una cuota fija y otra que hay que destinar “a la negociación de elementos retributivos que se conecten a incrementos de productividad y rentabilidad definidos por la contratación de segundo nivel”. Si esta conexión se realiza, aquellos aumentos podrán gozar de deducciones fiscales y de Seguridad Social que específicas medidas gubernamentales establecen para las retribuciones de productividad. En el supuesto contrario, está prevista una cláusula de salvaguardia según la cual “tal cuota quedará parte integrante de los tratamientos económicos comunes para todos los trabajadores en el sector de aplicación de los convenios nacionales en caso de que no haya o haya faltado la contratación de II nivel”.

Se trata de una disciplina ambigua, que confunde aún más las diferentes funciones de los salarios previstos por la contratación nacional. No obstante se puede proponer una interpretación sistemática, que salve su constitucionalidad. En efecto, el “desdoblamiento funcional” de los incrementos salariales acordados por el convenio nacional tienen que moverse dentro de los “principios” del AI del 2009, expresamente mencionados en el acuerdo de 2012. De estos principios forma parte (diría: necesariamente) la regla de la cobertura integral de los desajustes que se han producido entre la inflación prevista (calculada según el índice IPCA) y la inflación real. Por consiguiente la cuota de salario que el CCNL puede desviar hacia el salario empresarial de productividad/rentabilidad es sólo la que queda cuando tal cobertura ya ha sido garantizada.

La interpretación propuesta está en sintonía con las primeras renovaciones de los convenios colectivos posteriores al acuerdo de noviembre de 2012, que han emprendido una vía muy prudente. En particular, el CCNL de los metalmecánicos de 5.12.2012 incrementa los salarios mínimos teniendo en cuenta el IPCA y a la vez la necesidad de compensar la desviación entre inflación estimada y efectiva por el período 2010-2012. Luego añade que, con específicos acuerdos de empresa, los efectos de los incrementos fijados al 1.1.2014 y 1.1.2015 se pueden aplazar hasta 12 meses, respecto a los plazos indicados en el mismo CCNL, para acoger las exigencias de los específicos contextos productivos, hacer frente a situaciones de crisis y facilitar el *start-up*, fomentar los acuerdos dirigidos a incrementar la productividad y eventualmente gozar de los beneficios fiscales y de Seguridad Social que serán definidos por el Gobierno en relación al AI del 2012. Y esto, con la previsión de una cláusula de salvaguardia según la cual al término del período previsto las remuneraciones mínimas serán las fijadas por el CCNL. Con estas formulaciones, es difícil que pueda verificarse una violación del art. 36 Const.

Se puede decir entonces que, aunque con dificultad, la regulación contractual de los salarios en Italia se ha ido adecuando a las exigencias impuestas por la competitividad manteniéndose dentro de la legalidad constitucional, pero perpetuando todos los defectos de un sistema que no ofrece suficientes garantías de equidad y seguridad.

6. La necesidad de una nueva regulación “multi-nivel” de los salarios.

En definitiva me parece bastante claro que, a todos los niveles, emerge la necesidad de nuevas

reglas sobre los salarios que, aunque teniendo en cuenta la exigencia de asegurar la competitividad global y específica de los sistemas económicos, no sólo ofrezcan tutelas contra el *dumping social* y el exceso de desigualdades, sino que eviten una reducción generalizada del poder adquisitivo de los trabajadores que conlleva efectos perniciosos sobre la demanda global.

A tal fin, manteniéndose rigurosamente en el plano de la regulación salarial:

a) se precisan reglas más rigurosas en el plano internacional que induzcan a los Estados y sus Uniones a fijar un dique mínimo a la competencia global basada en los salarios bajos (no obstante cabe señalar que el citado *Wages Global Report* subraya que estas medidas son pocos eficaces en las economías en las que la tasa de actividad retribuida se detiene en el 50%);

b) se precisa de una mayor obligatoriedad de las políticas europeas dirigidas a respaldar un salario mínimo legal con rasgos de universalidad (número máximo de diferenciaciones en el territorio nacional) y homogeneidad (relación salarios mínimos/salarios medios) entre los Estados miembros de la UE;

c) se precisa, en el plano del derecho del trabajo italiano, una más exacta repartición de tareas entre una legislación de salarios mínimos, a la que otorgar la tarea de cuantificar el derecho social constitucional a la retribución suficiente, y una contratación colectiva que, en los diversos niveles y en plena autonomía de las partes sociales, defina obligatoriamente el equilibrio correspondiente entre cantidad y calidad del trabajo efectuado y remuneración que recompense la contribución a la mayor competitividad de categoría, de sector, territorial o de empresa que sea.

7. Bibliografía

AA.VV., *Il sindacato. C'è ancora?*, número monográfico de *Alternative per il socialismo*, 2013, n. 25;

Bordogna L. (2012), *Ecco perché occorre monitorare l'applicazione dell'accordo*, Arel, n. 6, p. 23 ss.;

Carrieri M. (2012), *Come ridisegnare la produttività*, Arel, n. 6, p. 28 ss.;

Fadda S. (2012), *Il work in progress dell'accordo sulla produttività*, Arel, n. 6, p. 32 ss.;

Ferrante V. (2012), *La retribuzione nella contrattazione collettiva interconfederale*, en Gragnoli E., Palladini S. (Dir.), *La retribuzione*, Utet, p. 114 ss.;

Galizia C. (2009), *La giusta retribuzione tra punti fermi e questioni aperte*, Diritti lavori mercati, p. 597 ss.;

García Quiñones J.C. (2013), *El régimen jurídico de la retribución en el ordenamiento español: herencias y tendencias*, Relaciones laborales, p. 33 ss.;

Giubboni S. (2012), *Diritti e solidarietà in Europa*, il Mulino;

Ichino P. (2010), *La nozione di giusta retribuzione nell'articolo 36 della Costituzione*, Rivista italiana di diritto del lavoro, I, p. 719 ss.;

Lassandari A. (2012), *La retribuzione ed i contratti collettivi aziendali*, en Gragnoli E., Palladini S. (Dir.), cit., p. 194 ss.;

- Leoni R. (2012), *Accordo sulla produttività: un esercizio gattopardesco per una manciata di euro*, Arel, n. 6, p. 36 ss.;
- Leschke J., Watt A., Finn M. (2012), *Job Quality in the crisis - an update of the Job Quality Index (JQI)*, ETUI, Brussels;
- Loi P. (2012), *La retribuzione: competenza esclusiva degli Stati membri?*, en Loy G. (Coord.), *Lavoro, Europa, Diritti. In ricordo di Massimo Rocco*, Ediesse, p. 213 ss.;
- Magnani M. (2010), *Il salario minimo legale*, Rivista italiana di diritto del lavoro, I, p. 769 ss.;
- Menegatti E. (2012), *La retribuzione, i contratti collettivi di categoria e la loro interpretazione*, en Gragnoli E., Palladini S. (Dir.), cit., p. 149 ss.;
- Novella M. (2012), *La parità di trattamento a fini retributivi*, en Gragnoli E., Palladini S. (Dir.), cit., p. 280 ss.;
- Occhino A. (2001), *Minimi salariali e comunità europea*, Il diritto del lavoro, I, p. 149 ss.;
- Ricci G. (2012), *Il diritto alla retribuzione adeguata. Tutele costituzionali e crisi economica*, Giappichelli;
- Rodriguez-Piñero M. (2012), *Politica salariale e contrattazione collettiva*, en Loy G. (Coord.), cit., p. 253 ss.;
- Santucci R. (1997), *Parità di trattamento, contratto di lavoro e razionalità organizzative*, Giappichelli;
- Schulten T. (2010), *Minimum wages under the conditions of the global economic crisis*, en Heyes, Rychly (Dir.), *Labour Administration and the Economic crisis*, OIL, Genere;
- Vitaletti M. (2012), *Retribuzioni: cosa cambia con l'accordo?*, www.nelmerito.com de 6 de diciembre;
- Treu T. (1979), *sub art. 36* in Commentario Cost. Branca, Zanchelli-II Foro italiano;
- Treu T. (2010), *Le forme retributive incentivanti*, Rivista italiana di diritto del lavoro, I, p. 637 ss.;
- Zilio Grandi G. (2013), *La retribuzione collegata alla produttività aziendale: quadro di riferimento e impatto dell'accordo sui livelli retributivi*, en Diritti lavori mercati (en curso de publicación);
- Zoppoli L. (1991), *La corrispettività nel contratto di lavoro*, Napoli, Esi.

Cittadinanza, lavoro e diritti sociali nella crisi europea*

Stefano Giubboni

1. Premessa	113
2. La cittadinanza dell'Unione come statuto transnazionale d'integrazione sociale	114
3. Lavoro, libertà di prestazione dei servizi e limiti all'accesso ai diritti sociali nel paese ospitante	120
4. Cittadinanza sociale nazionale e nuova <i>governance</i> economica e monetaria dell'Unione	126
5. Conclusioni	130

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 100/2013

1. Premessa

La cittadinanza europea ha celebrato il suo ventennale nel momento forse più difficile e incerto della crisi dell'Unione. La crisi finanziaria ha ormai investito in pieno l'economia reale, ben oltre i confini della fascia euro-mediterranea, con effetti sociali devastanti nei paesi più colpiti. In Grecia, epicentro della crisi, la protratta caduta verticale del prodotto interno lordo si è intrecciata, in un vortice distruttivo, con una crescita drammatica e senza precedenti dei livelli di disoccupazione e di sofferenza sociale, al punto da convalidare la percezione, diffusasi oramai nella smarrita opinione pubblica non solo di quello sventurato paese, che il «salvataggio» dell'Unione si sia risolto in una cura peggiore del male cui intendeva porre rimedio³¹⁹. In Italia, paese chiave per la tenuta dell'Eurozona, le recenti elezioni generali hanno prodotto una situazione di frammentazione e di instabilità politica inedita e inquietante, in cui tra i pochi elementi di certezza spicca un diffuso sentimento euroscettico, quando non dichiaratamente antieuropeo, anch'esso senza precedenti nella storia dell'opinione pubblica del paese, storicamente tra le più favorevoli al rafforzamento del processo integrativo. Nell'aggravarsi della crisi economica e sociale, sembra scemata quella stessa tenace fiducia sull'Europa come (positivo) «vincolo esterno», che in Italia ha sorretto gli sforzi di risanamento e di riforma dall'ingresso del paese nell'area dell'Euro, nella seconda metà degli anni Novanta³²⁰, sino alla più recente esperienza del governo di «salvezza nazionale» presieduto da Mario Monti. Ma ovunque in Europa sembra oggi prevalere un sentimento di frustrazione e di sfiducia nei confronti delle istituzioni sovranazionali e della capacità di risposta alla crisi da queste affannosamente ricercata, senza approdi realmente efficaci, in questi convulsi anni.

In uno scenario del genere, la tesi – recentemente argomentata da un acuto osservatore di cose europee – della cittadinanza dell'Unione come «statuto d'integrazione sociale»³²¹, pare allora assumere il sapore d'un contro-intuitivo paradosso, capace semmai d'illuminare per contrasto lo stato miserevole cui è pervenuto il processo d'integrazione a più di vent'anni dall'entrata in vigore del Trattato di Maastricht. Ma, come ogni (almeno apparente) paradosso, anche tale raffigurazione contiene un essenziale nucleo di verità, da cui anche questo contributo intende prendere le mosse per collocare il rapporto tra cittadinanza europea, lavoro e diritti sociali in una prospettiva più ampia di quella alla quale spingerebbe uno sguardo rassegnato sulla crisi attuale dell'Unione. Ed è quanto si tenterà di fare nelle pagine che seguono, ripercorrendo, in primo luogo, le linee direttrici – esse stesse apparentemente contraddittorie – lungo le quali la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione ha costruito, in questo ventennio, il rapporto tra cittadinanza europea, lavoro e accesso ai diritti sociali (§ 2 e 3).

Oggi, peraltro, questo rapporto – costruito dalla Corte attorno alla dimensione precipuamente transnazionale della cittadinanza europea – si inserisce in un quadro politico-istituzionale per taluni aspetti molto più complesso e articolato di quello delineato dal Trattato di Maastricht, che pure aveva per la prima volta prefigurato scenari di integrazione differenziata sin dentro il nucleo

³¹⁹ Cfr. F.W. SCHARPF, *Monetary Union, Fiscal Crisis and the Preemption of Democracy*, LEQS Paper No. 35 May 2011, London School of Economics and Political Science, pp. 32 ss.

³²⁰ Cfr. M. FERRERA, E. GUALMINI, *Salvati dall'Europa?*, Bologna, 1999.

³²¹ L. AZOULAI, *La citoyenneté européenne, un statut d'intégration sociale*, in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, 2010, pp. 1 ss.

più interno del progetto d'un'unione sempre più stretta tra i popoli europei (§ 4). Per un verso, tale rapporto è infatti destinato a risentire dei nuovi vincoli derivanti dalla complessa architettura della *governance* economica e monetaria europea, così come è stata ridisegnata – da ultimo con l'entrata in vigore del *Fiscal Compact*³²² – per contrastare gli effetti della crisi finanziaria. Per un altro verso, tale architettura, largamente affidata a inediti meccanismi intergovernativi che si collocano al di fuori del quadro istituzionale dell'Unione, prefigura essa stessa scenari nuovi, nei quali potrebbero riprendere vigore prospettive di integrazione differenziata con ripercussioni dirette sulla stessa dimensione sociale della cittadinanza europea. Sono scenari, questi, che dovranno essere cautamente esplorati, insieme al nuovo quadro della costituzione economica riformata dell'Unione, prima di cercare di svolgere qualche problematica osservazione conclusiva sul rapporto tra cittadinanza europea, lavoro e diritti sociali al tempo della crisi (§ 5).

2. La cittadinanza dell'Unione come statuto transnazionale d'integrazione sociale

L'idea di cittadinanza come statuto d'integrazione sociale è ancora oggi debitrice della seminale ricostruzione marshalliana dei primi anni Cinquanta del Novecento³²³. Quando Thomas H. Marshall la definì all'indomani della Seconda guerra mondiale, «nel contesto della grande trasformazione dei diritti del lavoro organizzato e dei sistemi di protezione degli individui contro i rischi caratteristici della condizione proletaria»³²⁴, la nozione di cittadinanza sociale recava con sé quella promessa d'integrazione e riconoscimento della maggioranza della popolazione che vive del proprio lavoro, su cui le costituzioni europee del periodo (basti pensare a quella italiana del 1948 e a quella tedesca del 1949) fondarono la rinascita dello Stato come *Welfare State* democratico e sociale³²⁵. Nella ricostruzione di Marshall, la piena incorporazione dei diritti sociali nello *status* di cittadinanza, in particolare con il riconoscimento di «un diritto universale a un reddito reale non misurato sul valore di mercato del soggetto»³²⁶, presuppone, infatti, la maturazione di quello che egli chiama un sistema di «cittadinanza industriale secondaria»³²⁷, nel quale la funzione assolta dal sindacato attraverso la contrattazione collettiva è direttamente collegata all'affermazione dei diritti fondamentali ed assume essa stessa, assieme a quella svolta dallo Stato, «la forma di un'azione diretta a modificare l'intero quadro della disuguaglianza sociale»³²⁸. Ma prima ancora, come ha recentemente sottolineato Maurizio Ferrera³²⁹, la formazione di un moderno sistema di cittadinanza sociale presupponeva, in quella analisi, il compimento di un doppio processo: da un lato, di «fusione geografica», vale a dire di unificazione delle strutture del *Welfare* all'interno dei confini nazionali, nel cui ambito potesse operare l'azione di parificazione e di eguagliamento basata sullo *status* di cittadinanza; dall'altro, di «separazione funzionale», con la creazione degli apparati amministrativi preposti alla erogazione delle prestazioni sociali e la parallela

³²² Il Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* dell'Unione economica e monetaria, sottoscritto il 2 marzo 2012 da tutti i paesi membri dell'Unione ad eccezione di Regno Unito e Repubblica Ceca.

³²³ Cfr. T.H. MARSHALL, *Cittadinanza e classe sociale*, a cura di S. Mezzadra, Roma e Bari, 2002. La prima edizione dell'opera è del 1950.

³²⁴ É. BALIBAR, *Cittadinanza*, trad. it. di F. Grillenzoni, Torino, 2012, p. 66.

³²⁵ D'obbligo il rinvio alla ricostruzione di P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 4. L'età dei totalitarismi e della democrazia*, Roma e Bari, 2001, pp. 369 ss.

³²⁶ MARSHALL, *op. cit.*, p. 50.

³²⁷ Ivi, p. 72.

³²⁸ Ivi, p. 50.

³²⁹ M. FERRERA, *Modest Beginnings, Timid Progresses: What's Next for Social Europe?*, in B. CANTILLON, H. VERSCHUEREN, P. PLOSCAR (eds.), *Social Inclusion and Social Protection in the EU: Interaction between Law and Policy*, Cambridge - Antwerp - Portland, 2012, p. 17.

affermazione di un sistema di cittadinanza industriale, fondato sull'azione collettiva del lavoro organizzato.

Questi presupposti sono evidentemente inapplicabili – ancora oggi – alla nozione di cittadinanza europea, pur come incisivamente riconfigurata, quale chiave privilegiata di accesso alle sfere sociali nazionali, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sulla base delle previsioni dei Trattati istitutivi. Il processo d'integrazione europea si è, infatti, storicamente fondato su presupposti in qualche modo rovesciati rispetto a quel duplice processo di unificazione geografica e di separazione funzionale, *all'interno dello Stato nazionale*, descritto da Marshall nella sua analisi della graduale affermazione dei diritti di cittadinanza sociale nel XX secolo. E tale strutturale diversità di presupposti ha delimitato la sfera di rilevanza della cittadinanza europea, che può in effetti dirsi assolvere, oggi, ad una funzione di integrazione sociale – come suggerito da Loïc Azoulay – solo nel senso specifico e limitato di definire, in favore dei cittadini degli Stati membri dell'Unione che si spostano al suo interno, uno *statuto transnazionale di accesso ai diritti sociali* da questi disciplinati e garantiti nell'ambito dei rispettivi sistemi solidaristico-redistributivi di *welfare*³³⁰.

Il Trattato di Roma del 1957 visualizzò il processo di integrazione lungo un percorso di unificazione geografica e di separazione funzionale in qualche modo speculare (e complementare) a quello descritto da Marshall a proposito della costruzione della cittadinanza sociale nazionale. Il processo di unificazione fu limitato alla costruzione di un mercato comune geograficamente coesteso al territorio degli Stati membri fondatori della allora Comunità e basato sulla libera circolazione dei fattori produttivi (in particolare sulla libertà di movimento di lavoratori e imprese) e sulla garanzia di una concorrenza non distorta da pratiche abusive degli attori economici privati o da illecite interferenze dei pubblici poteri. Nel disegno del Trattato di Roma, tale processo di unificazione, sotto l'egida dei principi fondamentali della costituzione economica comunitaria³³¹, avrebbe dovuto limitarsi alla sfera del mercato, senza coinvolgere quella dei sistemi sociali degli Stati fondatori, i quali avrebbero dovuto mantenere la loro separazione funzionale all'interno dei confini nazionali. Unificazione geografica del mercato comune e separazione funzionale dei regimi nazionali di *Welfare State* configuravano la Comunità economica europea come «sistema duale»³³², in cui la piena efficacia dei principi sanciti dalla costituzione economica comunitaria avrebbe dovuto radicarsi in una altrettanto compiuta garanzia di diritti sociali a livello nazionale, senza interferire sulle politiche sociali e di redistribuzione democraticamente decise dai diversi Stati membri³³³. Sistemi sociali autonomamente regolati secondo le diverse preferenze espresse

³³⁰ Sia permesso il rinvio a S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2012, pp. 177 ss.

³³¹ Il concetto di costituzione economica – in questo contesto – rappresentava la proiezione su scala sovranazionale dei principi elaborati dai teorici ordoliberali tedeschi, assai influenti, all'epoca dell'avvio del processo di integrazione europea, ben oltre i confini del loro paese, grazie anche ad alcune personalità di primo piano nella vita politica della Germania tra gli anni '50 e '60 del Novecento. Cfr. per tutti C. JOERGES, *What Is Left of the European Economic Constitution? A Melancholic Eulogy*, in *European Law Review*, 2004, vol. 30, pp. 461 ss., e F. RÖDL, *The Labour Constitution*, in A. VON BOGDANDY e J. BAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford – München, 2010, pp. 623 ss.

³³² F.W. SCHARPF, *The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity*, in *Journal of Common Market Studies*, 2002, pp. 645 ss., qui p. 646.

³³³ Cfr. pure M. FERRERA, *The Boundaries of Welfare. European Integration and the New Spatial Politics of Social Protection*, Oxford, 2005, pp. 205 ss., e, volendo, S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato*, Bologna, 2003, pp. 17 ss.

dai processi democratici e di autoregolazione sociale in atto nei singoli Stati membri, costituivano – in questo disegno – un indispensabile presupposto di legittimità della stessa costituzione economica comunitaria, nella misura in cui consentivano a quest'ultima di svolgere la sua funzione di edificazione giuridica del mercato comune secondo criteri di efficiente allocazione dei fattori produttivi e di garanzia della leale concorrenza tra operatori economici, senza sconfinare in ambiti caratterizzati dalla discrezionalità insita nelle politiche redistributive³³⁴. Al contempo, l'ordine giuridico del mercato comune veniva radicato – ed anche per tal via legittimato – all'interno di sistemi di protezione sociale nazionali in grado di ammortizzare eventuali effetti sociali negativi del processo di integrazione economica. L'idea di fondo, espressa nel Rapporto Ohlin come in quello redatto da Paul Henri Spaak per la Conferenza di Messina, era comunque che l'integrazione economica, se realizzata con la necessaria gradualità, avrebbe automaticamente favorito una armonizzazione nel progresso dei sistemi sociali nazionali (art. 117 del Trattato CEE), senza richiedere, in linea di principio, misure di politica sociale sovranazionale, previste solo nei casi eccezionali in cui fenomeni di *dumping* sociale avessero impedito lo spontaneo dispiegarsi di quelle dinamiche di convergenza verso gli *standard* di protezione più elevati.

Accenneremo più avanti alle ragioni che, già a partire almeno dai primi anni Novanta dello scorso secolo, hanno condotto, per aspetti decisivi, alla crisi di tale modello, ispirato ai canoni dell'ordoliberalismo classico. Qui va sottolineato che l'embrione dell'odierna idea di cittadinanza europea, come statuto transnazionale d'integrazione sociale, era già presente *in nuce* in quel modello, ed in particolare nelle previsioni dedicate dal Trattato di Roma alla libertà di circolazione dei lavoratori, nei termini specificati dalla normativa comunitaria derivata³³⁵. Il lavoratore migrante all'interno della Comunità ha sempre goduto, infatti, assieme al diritto di accesso al mercato del lavoro del paese ospitante, anche di una garanzia di piena integrazione, o forse meglio di assimilazione³³⁶, nel sistema di protezione sociale di tale Stato.

A tale garanzia la Corte di giustizia ha sempre assicurato il massimo effetto utile, essendo essa strumentale al dispiegamento di una delle libertà fondamentali previste dal Trattato ed assicurando, allo stesso tempo, la piena salvaguardia dei sistemi di protezione sociale nazionali. L'accesso paritario del lavoratore migrante ai diritti sociali previsti dall'ordinamento dello Stato ospitante, anche attraverso il coordinamento dei regimi di sicurezza sociale dei paesi interessati (previsto, infatti, già dal regolamento n. 3/1958), non solo non interferiva con la sovranità sociale degli Stati membri, ma a ben vedere contribuiva a garantirla, assicurando la piena applicazione territoriale del diritto del lavoro e della previdenza sociale nazionale. Ciò che spiega perché tale garanzia sia stata precocemente interpretata in termini decisamente estensivi, sia sul versante soggettivo che su quello oggettivo, dalla costante giurisprudenza della Corte di giustizia, consolidatasi già a partire dai primi anni Sessanta dello scorso secolo.

Si tratta di una giurisprudenza ben nota, che non ha bisogno di essere analizzata in questa sede. Qui è sufficiente rammentare che la Corte, da un lato, ha fatto propria, in assenza di una definizione normativa espressa, una nozione molto ampia di lavoratore subordinato, sino a ricomprendervi tutte le attività, dotate d'una qualche effettività e d'un minimo di consistenza economica,

³³⁴ Cfr. G. MAIONE, *Dilemmas of European Integration. The Ambiguities and Pitfalls of Integration by Stealth*, Oxford, 2005, pp. 22 ss.

³³⁵ In specie dal regolamento n. 1612/68, oggi abrogato e sostituito dal regolamento n. 492/2011.

³³⁶ Cfr. M. DOUGAN, E. SPAVENTA, «Wish You Weren't Here ...». *New Models of Social Solidarity in the European Union*, in Idd. (eds.), *Social Welfare and EU Law*, Oxford - Portland (Oregon), 2005, pp. 181 ss., spec. p. 189.

svolte sotto la direzione di un altro soggetto; dall'altro, ha consentito ai titolari di tale libertà fondamentale di circolazione, ed ai loro familiari, un accesso in condizioni di piena parità di trattamento all'intera panopia dei diritti sociali garantiti ai propri cittadini dallo Stato ospitante, anche al di là delle situazioni soggettive collegate alla tutela del rapporto di lavoro. Sotto il primo profilo, la Corte ha così potuto estendere la garanzia della parità di trattamento nello Stato ospitante ex art. 45 del TFUE anche a lavoratori titolari di rapporti cd. atipici, ed in particolare ai prestatori di lavoro a tempo parziale (pure minimo) o con contratto a termine; sotto il secondo profilo, non si è mai dubitato che la nozione di «vantaggio sociale», di cui all'art. 7 del regolamento n. 1612/68, includesse anche prestazioni di natura assistenziale, oltre che propriamente previdenziale, come ad esempio le forme di garanzia di un reddito minimo previste in molti ordinamenti nazionali e fondate – come tali – su principi universalistici di solidarietà. In questa giurisprudenza, come è stato osservato, «l'integrazione sociale nella società del paese ospitante è concepita dalla Corte di giustizia come un mezzo per promuovere la partecipazione al mercato interno e al relativo obiettivo economico della libera circolazione di tutti i fattori produttivi, anche quando la produttività di questi risulti, invero, piuttosto scarsa. E anche se la *ratio* di questa giurisprudenza è legata più alla costruzione del mercato interno che non alla lotta contro l'esclusione sociale, è innegabile che essa contribuisca effettivamente a quest'ultima»³³⁷. Un risultato di integrazione sociale nel paese europeo d'elezione – esteso a soggetti il cui contributo al mercato interno è in realtà solo potenziale o soltanto indiretto (come nel caso dei familiari del migrante) – è dunque saldamente assicurato già dalla giurisprudenza «storica» della Corte sulla libertà di circolazione dei lavoratori subordinati.

Se la si legge alla luce dell'evoluzione storica qui rapidamente abbozzata, sembra allora corretto affermare che la giurisprudenza con cui la Corte, dal *leading case* *Martínez Sala* sino alla più recente e altrettanto nota sentenza *Zambrano*³³⁸, ha esteso anche ai cittadini europei economicamente inattivi il principio della parità di trattamento nell'accesso ai diritti sociali riconosciuti nel paese ospitante, non fa altro che generalizzare uno statuto di integrazione sociale già largamente acquisito dal diritto dell'Unione in materia di libera circolazione delle persone. Questa giurisprudenza, assumendo quello di cittadino dell'Unione come lo *status* fondamentale della persona nell'ordinamento sovranazionale³³⁹, ha senz'altro il merito di universalizzare la logica di integrazione sociale sino ad allora ancorata (benché indirettamente e sempre più tenuamente) al funzionamento del mercato interno, in quanto include nel relativo statuto protettivo, centrato sul principio di parità di trattamento, anche le persone che non svolgano un'attività di natura economica, per il solo fatto del possesso della cittadinanza europea. Il principale elemento d'innovazione di questa giurisprudenza sta in effetti nella proiezione universalistica del modello di solidarietà sociale transnazionale già prefigurato dal Trattato di Roma in favore dei lavoratori migranti all'interno della Comunità (e poi dell'Unione) in una logica che rimaneva, come tale, ancora correlata all'effettivo funzionamento del mercato comune o interno.

³³⁷ H. VERSCHUEREN, *Union Law and the Fight against Poverty: Which Legal Instruments?*, in B. CANTILLON, H. VERSCHUEREN, P. PLOSCAR (eds.), *Social Inclusion and Social Protection in the EU*, cit., pp. 205 ss., qui p. 217.

³³⁸ Si tratta delle sentenze pronunciate dalla Corte, nel 1998 e nel 2011, rispettivamente nelle cause C-85/96, *María Martínez Sala* e C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano*.

³³⁹ Secondo la nota formula consolidatasi con la sentenza pronunciata dalla Corte di giustizia in causa C-184/99, *Rudy Grzelczyk*.

Taluni hanno ravvisato in questa evoluzione giurisprudenziale – basata sulla costituzionalizzazione della libertà di circolazione prevista dall'art. 21.1 del TFUE, quale perno della libertà di movimento delle persone all'interno dell'Unione – un mutamento dello stesso paradigma normativo della solidarietà sociale europea³⁴⁰. Se prima l'accesso ai sistemi di protezione sociale degli Stati membri era funzionale alla piena effettività del mercato comune (del lavoro), ora, con tale giurisprudenza, esso diviene un autonomo elemento costitutivo della cittadinanza dell'Unione, quale statuto d'integrazione sociale del tutto disancorato a una *ratio* mercantile e all'originaria idea di *homo oeconomicus*³⁴¹. Da un modello di solidarietà sociale selettivo e categoriale (o «di mercato»³⁴²), si sarebbe così passati al riconoscimento di «uno statuto personale di portata transnazionale»³⁴³, che fonda una pretesa generale d'integrazione sociale nello Stato membro dell'Unione nel quale il cittadino europeo decide di spostarsi, non diversamente da quanto si verifica negli ordinamenti statali di natura federale.

Si tratta di un giudizio condivisibile, che mette tuttavia in luce anche i limiti intrinseci ad un modello di solidarietà che – in quanto per l'appunto *transnazionale e non sovranazionale*³⁴⁴ – non riesce ad assicurare al cittadino europeo economicamente inattivo una incondizionata libertà di soggiorno nel paese ospitante, né, corrispondentemente, un diritto di accedere al sistema di protezione sociale di tale Stato su basi di completa parità di trattamento con i cittadini di quest'ultimo, quanto meno sino a quando il soggetto non abbia acquisito lo *status* di residente di lungo periodo ai sensi dell'art. 16 della direttiva 2004/38/CE. Da un lato, infatti, il diritto di soggiornare in un altro Stato membro dell'Unione per un periodo superiore ai tre mesi rimane (almeno in teoria) condizionato alla prova del possesso, oltre che di un'assicurazione per le malattie, di risorse sufficienti ad evitare che il cittadino economicamente inattivo gravi sul sistema assistenziale di tale Stato (art. 7 della direttiva 2004/38/CE), con la correlata facoltà di quest'ultimo d'espellere quanti divengano un onere irragionevole per tale sistema, sia pure al di fuori d'ogni automatismo e in conformità con il principio di proporzionalità (art. 14.3 della direttiva). Dall'altro lato, l'accesso transnazionale in condizioni di parità di trattamento ai regimi di solidarietà sociale degli Stati membri segue, anche nella giurisprudenza della Corte, un criterio incrementale, nel quale, tutte le volte in cui il cittadino dell'Unione non svolga un'attività utile per il mercato interno, dovrà dare la prova, diversamente articolata a seconda del concreto contesto, di un sufficiente grado di integrazione nella società del paese ospitante (ovvero, per i soggetti in cerca di occupazione, dell'esistenza di un reale collegamento col mercato del lavoro di tale paese).

Tali limiti hanno una *ratio* precisa: poiché non si tratta qui di una forma di europeizzazione né tanto meno d'una messa in comune delle risorse affluenti ai diversi sistemi di protezione sociale nazionali, ma unicamente della creazione di un certo grado di solidarietà finanziaria nei confronti dei cittadini mobili di un altro Stato membro³⁴⁵, quest'ultimo può legittimamente esigere che

³⁴⁰ V. ad es. O. GOLYNKER, *Ubiquitous Citizens of Europe: The Paradigm of Partial Migration*, Antwerp - Oxford, 2006.

³⁴¹ Cfr. C. PINELLI, *Cittadinanza europea*, in *Enciclopedia del diritto - Annali*, I, Milano, 2007, pp. 181 ss., sul punto p. 186.

³⁴² F. DE WITTE, *Transnational Solidarity and the Mediation of Conflicts of Justice in Europe*, in *European Law Journal*, 2012, vol. 18, n. 5, pp. 694 ss., qui p. 705.

³⁴³ AZOULAI, *La citoyenneté européenne*, cit., p. 8.

³⁴⁴ PINELLI, *Cittadinanza europea*, cit., p. 190.

³⁴⁵ Come chiarito dalla Corte, in particolare al punto 44 della sentenza *Grzelczyk*.

l'accesso ai propri regimi di *welfare* si fondi su un minimo sostrato d'integrazione sociale *già legittimamente acquisita* dal soggetto (onde scongiurare usi opportunistici della libertà di circolazione, integranti ipotesi di «turismo sociale») e non sconfini, comunque, in un onere irragionevole per il sistema assistenziale nazionale. Il legame effettivo con la società del paese ospitante diviene, in questa prospettiva, come è stato acutamente rilevato, una sorta di «contro-limite applicato dalla Corte ai limiti che gli Stati membri possono legittimamente opporre ai loro obblighi di solidarietà finanziaria nei confronti dei cittadini dell'Unione»³⁴⁶.

La dimensione esclusivamente transnazionale della solidarietà sociale collegata alla cittadinanza europea deve così fare i conti con una tensione di fondo, che inevitabilmente riaffiora tutte le volte in cui una libertà di circolazione non funzionale alle esigenze del mercato finisca per impegnare le finanze del *Welfare State* nazionale. Questa tensione, non potendo essere risolta nella prospettiva di uno statuto d'integrazione sociale (e dunque di un sistema solidaristico) propriamente *sovranazionale*, cioè costituito direttamente al livello dell'Unione, deve essere affidata a tecniche non diverse da quelle che caratterizzano il bilanciamento tra libertà fondamentali e limiti fondati su ragioni imperative di interesse generale legittimamente opponibili dallo Stato membro interessato. La peculiarità, in questo caso, è che le ragioni di interesse generale alla cui stregua gli Stati sono autorizzati a limitare la libertà di circolazione e la conseguente pretesa alla parità di trattamento sociale dei cittadini europei economicamente inattivi sono fondate, in buona sostanza, sulla esigenza di assicurare la sostenibilità dei rispettivi sistemi di protezione sociale, ovvero di preservare la capacità di azione redistributiva dei propri regimi di solidarietà nazionale. In tal modo, gli usi attivi del principio di solidarietà europea entrano in tensione – e devono perciò essere bilanciati – con quelli difensivi della solidarietà sociale nazionale, non diversamente da quanto avviene – in fin dei conti – nel contesto della giurisprudenza sul mercato interno dei servizi o sull'ambito di applicazione del diritto comune della concorrenza in rapporto ai sistemi previdenziali degli Stati membri³⁴⁷. Non a caso, al pari di quanto si verifica in tali contesti (e al di là delle diverse varianti tecniche), il perno di tali esercizi di bilanciamento è rappresentato dalla graduazione del principio di proporzionalità in relazione alle concrete emergenze del caso singolo, secondo una logica non molto diversa dal cd. *ad hoc balancing*. Sennonché, non diversamente da quanto avviene nel contesto della libera prestazione dei servizi nel mercato interno, un tale esercizio di ponderazione degli interessi nel caso concreto appare, in realtà, sistematicamente sbilanciato, in virtù di una applicazione stretta del sindacato di proporzionalità³⁴⁸, a favore della *libertà individuale* di circolazione del cittadino europeo (economicamente inattivo). La Corte ha infatti pressoché meccanicamente trasposto alla libertà di circolazione del cittadino europeo economicamente inattivo gli schemi interpretativi elaborati nell'ambito delle altre libertà di circolazione (in particolare, come detto, di quella dei lavoratori). In tal modo, «i requisiti del possesso di risorse sufficienti e di un'assicurazione contro le malattie, centrali nella direttiva ai fini della protezione dei sistemi nazionali di *Welfare State*, in virtù dell'applicazione del principio di proporzionalità

³⁴⁶ AZOULAI, *La citoyenneté européenne*, cit., p. 18.

³⁴⁷ Cfr. S. BARBOU DES PLACES, *Solidarité et mobilité des personnes en droit de l'Union européenne: des affinités sélectives?*, in C. BOUTAYEB (a cura di), *La solidarité dans l'Union européenne*, Paris, 2011, pp. 217 ss.

³⁴⁸ V., ad es., da ultimo, Corte di giustizia, 26 ottobre 2012, causa C-367/11, *Déborah Prete*.

sono stati relegati a condizioni poco più che formali che qualunque cittadino può facilmente soddisfare (o persino eludere)»³⁴⁹.

La radice individualistica dello statuto di integrazione sociale conferito al soggetto dalla cittadinanza dell'Unione entra così in tensione col fondamento collettivo dei sistemi di solidarietà operanti al livello dello Stato nazionale³⁵⁰. Con la conseguenza che, sia pure in nome dell'integrazione sociale dei cittadini europei alla luce del principio di parità di trattamento, anche tale libertà del cittadino europeo mobile, non diversamente dalla libera circolazione dei servizi nel mercato interno, rischia di esercitare un'ulteriore pressione nel senso della riduzione delle tutele garantite dai sistemi nazionali di *Welfare State*, finendo così anch'essa per fomentare sentimenti antieuropei e rigurgiti protezionistici basati su una, pur malintesa, difesa dell'identità collettiva nazionale³⁵¹.

Mentre stenta ad emergere una dimensione sovranazionale della cittadinanza dell'Unione³⁵², le logiche di apertura connesse alla sua dominante dimensione transnazionale rischiano così di trasformarsi in un ulteriore fattore di destabilizzazione dei sistemi solidaristici nazionali, già gravati dalle pesanti conseguenze della crisi economico-finanziaria e dalle misure che la stessa Unione esige per fronteggiarle. In assenza delle condizioni per una integrazione politica dei sistemi di solidarietà nazionale al livello dell'Unione allargata, il potenziale di garanzia transnazionale dei diritti sociali espresso dalla cittadinanza europea rischia di convertirsi in un ulteriore fattore di destabilizzazione dei sistemi nazionali di *welfare*. Non vi è allora "da stupirsi del paradosso del *civis europaeus*, figura che non ha ancora raggiunto compiuta consistenza giuridica, e che già potrebbe condensare la crisi dell'intero progetto europeo"³⁵³.

3. Lavoro, libertà di prestazione dei servizi e limiti all'accesso ai diritti sociali nel paese ospitante

La fragilità dello statuto di integrazione sociale garantito dalla cittadinanza dell'Unione in una dimensione puramente transnazionale emerge d'altra parte in modo vistoso laddove se ne considerino gli importanti limiti esterni di applicazione ritagliati dalla stessa giurisprudenza della Corte di giustizia. Il caso dell'attività lavorativa svolta in regime di distacco nell'ambito di una prestazione di servizi nel mercato interno è emblematico di tali limiti ed esemplifica meglio di ogni altro gli esiti contraddittori di una costruzione della dimensione sociale della cittadinanza dell'Unione interamente racchiusa dentro la logica individualistica della libertà di circolazione.

³⁴⁹ F. DE WITTE, *National Welfare State as Transnational Justice? An Institutional Analysis of the Normative (in) Coherence of Europe's Social Dimension*, in J. RUTGERS (ed.), *European Contract Law and the Welfare State*, Groningen, 2012, pp. 15 ss., qui p. 30.

³⁵⁰ Cfr. tra gli altri A. WILLIAMS, *The Ethos of Europe. Values, Law and Justice in the EU*, Cambridge, 2010, pp. 132 ss.

³⁵¹ D'obbligo il rinvio a N. FLIGSTEIN, *Euro-clash. The EU, European Identity, and the Future of Europe*, Oxford, 2008.

³⁵² La Corte di giustizia ha, in questi ultimi tempi, significativamente ridimensionato le aperture contenute nella sentenza *Zambrano* ad un'applicazione dei diritti connessi allo status di cittadino europeo a situazioni prive dell'elemento della trans-nazionalità pur latamente inteso. Gli scenari aperti da quella pronuncia, in una chiara prospettiva di rafforzamento della dimensione sovranazionale della cittadinanza dell'Unione, subito ridimensionati dalla sentenza *McCarthy* del 5 maggio 2011 (in causa C-434/09), sono stati ulteriormente circoscritti dalla giurisprudenza successiva: v. ad es. le sentenze del 15 novembre 2011 nel procedimento C-256/11, *Murat Dereci* e del 6 dicembre 2012 nelle cause riunite C-356/11 e C-357/11, *O., S. c. Maahanmuttovirasto e Maahanmuttovirasto c. L.* Si rinvia all'analisi di S. SPINACI, *The Zambrano and McCarthy Judgments and the Unsolved Knots of EU Citizenship*, in *European Journal of Social Law*, 2011, pp. 177 ss.

³⁵³ PINELLI, *Cittadinanza europea*, cit., p. 198.

Il celebre quartetto composto dalla sentenza *Viking, Laval, Rüffert* e *Commissione c. Lussemburgo*³⁵⁴ è passato alla storia per aver alterato in modo probabilmente irreversibile il rapporto tra sistemi sociali nazionali e diritto del mercato interno, quale originariamente configurato dal Trattato di Roma con la scelta di mantenere una netta separazione funzionale tra le due sfere. Quella giurisprudenza – che porta a compimento una radicale trasformazione delle dottrine del mercato interno dei servizi avviata dalla Corte all'inizio degli anni Novanta con i *leading cases Rush Portuguesa*³⁵⁵ e *Säger*³⁵⁶ – ha infatti capovolto l'equilibrio costituzionale originario tra unificazione del mercato e preservazione dell'autonomia dei sistemi nazionali di diritto del lavoro, segnando il passaggio «da una concezione ordoliberalistica ad una visione neoclassica del mercato interno»³⁵⁷. Nella concezione originaria, l'autonomia dei sistemi sociali degli Stati membri è una precondizione della instaurazione del mercato comune, in quanto è capace di assicurare, a livello nazionale, il necessario contrappeso sociale ai possibili effetti dislocativi indotti dall'integrazione economica europea. In questa visione, accolta nel Trattato del 1957 sulla scorta delle indicazioni contenute nei rapporti Ohlin e Spaak, un codice europeo del lavoro non è necessario né desiderabile, giacché la diversità dei modelli regolativi nazionali non costituisce, di per sé, un fattore di distorsione della concorrenza e della libera circolazione dei servizi nel mercato comune. All'interno di questa concezione, un selettivo intervento normativo comunitario può rendersi semmai opportuno – in una logica di armonizzazione verso l'alto dei sistemi nazionali – nei casi eccezionali in cui i differenziali negli *standard* di protezione, non riflettendo una reale differenza nei livelli di produttività del lavoro né potendo essere neutralizzati da un aggiustamento dei tassi di cambio, possano effettivamente determinare una distorsione della concorrenza nella forma del *dumping* sociale.

Questa concezione è semplicemente capovolta dalla svolta giurisprudenziale neo-liberale o neo-classica della Corte di giustizia. «L'idea che fonda *Laval, Viking* e la successiva giurisprudenza mossasi sulla stessa linea è che le regole del diritto del lavoro nazionale siano suscettibili di distorcere la concorrenza nel mercato interno e debbano perciò essere come tali giustificate facendo riferimento ad uno stretto *test* di proporzionalità»³⁵⁸. In particolare, l'applicazione rigorosa del cd. *market access test* anche agli ostacoli alla libera prestazione dei servizi che provengono dai più alti *standard* di protezione del lavoro vigenti nel paese di destinazione del servizio, pone il sistema di diritto del lavoro di tale Stato sotto una «pressione giustificativa» del tutto inconcepibile nella concezione originariamente fatta propria dal Trattato di Roma. Nel sistema prefigurato dal Trattato CEE, quale puntualmente implementato dal regolamento n. 1612/68, non si faceva infatti alcuna eccezione all'applicazione integrale del diritto del lavoro del paese ospitante, alla strega

³⁵⁴ Esiste, su questa notissima giurisprudenza, una letteratura molto vasta e per lo più di segno (anche fortemente) critico. Tra i contributi critici più significativi in lingua italiana, possono qui richiamarsi quelli curati da A. VIMERCATI, *Il conflitto sbilanciato*, Bari, 2009, e da A. ANDREONI e B. VENEZIANI, *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione europea*, Roma, 2009, cui *adde* – più di recente – la raffinata rilettura di S. SCIARRA, *L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempi di crisi*, Roma e Bari, 2013, pp. 67 ss. Per una difesa dell'impostazione concettuale di tale giurisprudenza v. invece A. ROSAS, *Finis Europae socialis?*, in *Chemins d'Europe*, cit., pp. 591 ss.

³⁵⁵ Causa C-113/89.

³⁵⁶ Causa C-76/90.

³⁵⁷ S. DEAKIN, *The Lisbon Treaty, the Viking and Laval Judgments and the Financial Crisis: in Search of New Foundations for Europe's "Social Market Economy"*, in N. BRUUN et al. (eds.), *The Lisbon Treaty and Social Europe*, Oxford – Portland (Oregon), 2012, pp. 19 ss., qui p. 21.

³⁵⁸ *Ivi*, p. 24.

del principio di parità di trattamento in base alla nazionalità, anche nei casi di mobilità temporanea dei lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi. Oggi, al contrario, non solo è vietata l'applicazione integrale del diritto del lavoro del paese ospitante al lavoratore temporaneamente distaccato nell'ambito di una prestazione di servizi, ma, per come la Corte di giustizia ha interpretato in *Laval* la direttiva 96/71/CE, è divenuto illegittimo persino elevare lo *standard* di tutela al di sopra di quello fissato dalle norme di protezione *minima* dello Stato ospitante contemplate dall'art. 3, le quali determinano, pertanto, anche il tetto *massimo* di tutela esigibile nei confronti dell'impresa prestatrice del servizio³⁵⁹.

In tal modo, «con *Laval* e la successiva sentenza *Rüffert* la Corte ha rovesciato, almeno nel contesto della libera prestazione dei servizi, l'originaria presunzione in favore dell'applicazione territoriale del diritto del lavoro nazionale»³⁶⁰. Il diritto del lavoro, con la sola eccezione del nucleo di tutele minime tipizzate dalla direttiva 96/71/CE come norme di applicazione necessaria, è stato così attratto nella competizione regolativa nel mercato interno dei servizi nel momento in cui, con il grande allargamento degli anni Duemila, hanno fatto ingresso nell'Unione paesi con *standard* di protezione e sistemi di relazioni collettive molto più deboli di quelli storicamente consolidatisi nei vecchi Stati membri dell'Europa occidentale. La facoltà di applicare ai lavoratori distaccati, per una parte significativa, le meno rigide regole di diritto del lavoro e i più bassi *standard* di trattamento previsti dalla legislazione e dalla contrattazione collettiva del paese di provenienza del prestatore del servizio è stata ritenuta coesistente al corretto funzionamento del mercato interno, in quanto legittima opzione di sfruttamento del vantaggio competitivo acquisito, con l'allargamento, delle imprese dell'Europa dell'Est.

Il capovolgimento della originaria concezione dei Trattati istitutivi prodotto dall'affermazione di questa visione neoclassica – o «ultraliberale»³⁶¹ – del diritto del mercato interno ha conseguenze profonde, e solo all'apparenza indirette, sull'idea della cittadinanza europea come statuto di integrazione sociale. La prima evidente conseguenza consiste nella rottura delle pretese universalistiche ed unificanti di quell'idea, che in effetti presuppone – nello stesso discorso della giurisprudenza della Corte – il carattere fondante dello *status civitatis* europeo nel nuovo ordine costituzionale dell'Unione. Il lavoratore distaccato nell'ambito di una prestazione intra-comunitaria di servizi non ha titolo per giovare di questo *status* fondamentale della persona nel diritto dell'Unione europea, ma è piuttosto attratto – sia pure con qualche temperamento, dovuto ad elementari esigenze di protezione sociale nello Stato temporaneamente ospitante – all'interno dello statuto protettivo della libertà economica dell'impresa che lo impiega nella esecuzione transfrontaliera del servizio. Siamo in presenza di una sottile operazione di rimercificazione del lavoratore distaccato, la cui forza-lavoro viene tendenzialmente assimilata, sia pure con le garanzie di

³⁵⁹ Questa lettura della direttiva sul distacco, evidentemente orientata ad una logica di massimizzazione degli spazi della libertà di prestazione dei servizi, infrange un altro classico postulato del diritto del lavoro, sia nazionale che europeo. Alla stregua di questo, infatti, da un lato, le tutele stabilite dal legislatore nazionale sono, in linea di principio, sempre elevabili da parte della contrattazione collettiva, costituendo, di per sé, soltanto uno *standard* minimo di protezione; dall'altro, le stesse misure europee di armonizzazione (parziale) si limitano a fissare un *floor of rights* cui gli ordinamenti interni possono sempre derogare *in melius*. V. per tutti F. DORSSE-MONT, *Values and Objectives*, in N. BRUUN *et al.*, *The Lisbon Treaty and Social Europe*, cit., pp. 45 ss.

³⁶⁰ C. BARNARD, S. DEAKIN, *European Labour Law after Laval*, in M.-A. MOREAU (ed.), *Before and After the Economic Crisis. What Implications for the European Social Model?*, Cheltenham, 2011, pp. 252 ss., qui p. 260.

³⁶¹ A. SUPLOT, *Conclusions: Europe's Awakening*, in M.-A. MOREAU (ed.), *Before and After the Economic Crisis*, cit., p. 292.

protezione minima previste dall'art. 3 della direttiva, agli altri fattori produttivi organizzati dall'impresa prestatrice del servizio ed è anzi considerata elemento centrale del vantaggio competitivo di cui gode tale impresa nel mercato interno per il suo minor costo.

L'argomento principale utilizzato a tal fine dalla Corte, già con *Rush Portuguesa*, è che il lavoratore distaccato nell'ambito di una prestazione temporanea di servizi non appartiene al mercato del lavoro dello Stato membro ospitante, ma rimane collegato a quello del paese d'origine. Si tratta di un argomento debole, quantomeno in tutti i casi in cui l'attività lavorativa svolta in regime di distacco, pur essendo temporanea nell'ampio senso fatto proprio dalla stessa giurisprudenza della Corte, si protragga per molto tempo – persino per anni – nel territorio del paese ospitante. Il punto centrale è che la mobilità del lavoratore distaccato all'interno del rapporto d'impiego è per tal via ricondotta non più, come nella concezione originaria, alla libertà protetta dall'art. 45 TFEU, ma a quella di prestazione del servizio ai sensi dell'art. 56 di tale Trattato³⁶². È ad ogni modo questo l'argomento con il quale la Corte giustifica una evidente rottura del principio di parità di trattamento su cui si fonda l'idea della cittadinanza europea come statuto transnazionale di integrazione sociale della persona che si sposta, *per ragioni anche non collegate alle dinamiche del mercato*, all'interno dell'Unione. Il lavoratore distaccato nello Stato membro di destinazione del servizio non deve essere trattato alla stessa stregua dei lavoratori che appartengono al mercato del lavoro di quel paese (ed insieme ai quali, di fatto, svolge la propria opera), giacché – salva l'applicazione delle sole norme di protezione minima o di ordine pubblico – la integrale estensione a tali ipotesi del diritto del lavoro dello Stato ospitante determinerebbe un ostacolo illegittimo e sproporzionato alla libertà dell'impresa prestatrice del servizio. Ma questa «patente deviazione dal principio di eguaglianza»³⁶³, nell'erosare la territorialità del diritto del lavoro nazionale, ha per l'appunto l'effetto di escludere i lavoratori distaccati nell'ambito delle nuove e sempre più diffuse forme di mobilità all'interno dell'impiego dallo statuto di integrazione sociale cui dà altrimenti accesso la cittadinanza dell'Unione, persino a beneficio dei cittadini economicamente inattivi.

Una seconda e non meno importante implicazione del nuovo corso giurisprudenziale della Corte di giustizia va individuata, per evocare di nuovo la classica terminologia di Thomas H. Marshall, in una singolare avversione concettuale dei giudici di Lussemburgo all'idea di cittadinanza industriale quale elemento essenziale della graduale affermazione, in Europa, dei diritti sociali nel contesto del *Welfare State* nazionale. In *Viking* e *Laval*, l'innovativa affermazione della diretta invocabilità in via orizzontale della libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi anche contro gli ostacoli derivanti dall'azione delle organizzazioni sindacali nell'esercizio della autonomia privato-collettiva, per i modi in cui la Corte ha proceduto all'asserito bilanciamento tra gli interessi in conflitto, ha come ben noto finito per svuotare di significato la contestuale statuizione (anch'essa nuova nella giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo) per cui lo sciopero deve essere garantito alla stregua di un diritto fondamentale dell'ordinamento dell'Unione. È invero difficile

³⁶² Cfr. A. LO FARO, *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione*, in *Rass. dir. pubbl. europeo*, 2010, pp. 45 ss.

³⁶³ SUPLOT, *Conclusions*, cit., p. 301.

rintracciare nel ragionamento della Corte i termini di un autentico bilanciamento tra diritti di (almeno) pari rilievo nell'ordinamento sovranazionale, quantomeno ove si consideri l'operazione logica effettuata in *Viking* e *Laval* alla luce della nozione di bilanciamento prevalente nelle culture costituzionali nazionali, come nelle più accreditate elaborazioni teoriche europee³⁶⁴. Nelle due pronunce, il *modus operandi* della Corte non si è infatti in alcun modo discostato dal classico schema logico di applicazione di una libertà economica fondamentale in una (qualsivoglia) ipotesi in cui la misura nazionale che ne ostacoli l'esercizio risponda, nell'ordinamento dello Stato membro, ad un (qualunque) interesse generale meritevole di tutela, il quale potrà trovare riconoscimento nell'ordinamento dell'Unione nei limiti in cui si conformi ai principi di adeguatezza, necessità e (stretta) proporzionalità. A dispetto della dichiarata riconduzione dello sciopero al novero dei diritti fondamentali dell'ordinamento dell'Unione, quindi, «ciò che la Corte di giustizia ha proceduto ad effettuare non è un bilanciamento tra due diritti parordinati, ma una molto più tradizionale valutazione di compatibilità tra norme nazionali e diritto comunitario»³⁶⁵.

In questa logica, non si opera un bilanciamento tra diritti ma si ribadisce, piuttosto, un principio di gerarchia tra ordinamenti, secondo la classica visione del primato del diritto dell'Unione accolta dalla Corte di giustizia. Per tal via, il riconoscimento dello sciopero come diritto fondamentale comunitario si risolve – concretamente (e paradossalmente) – nella sua «de-fondamentalizzazione»³⁶⁶. Il diritto di fare ricorso all'azione collettiva, nel cui ambito gli ordinamenti costituzionali di Finlandia e Svezia proteggono lo sciopero in una logica che si affida alla massima fiducia sulla capacità di autoregolazione degli stessi attori collettivi, perde, nel confronto con la libertà economica, il suo carattere costituzionale (o fondamentale), per essere valutato «alla stregua di una qualsiasi disposizione nazionale»³⁶⁷. L'unico diritto fondamentale, nella impostazione della Corte, resta la libertà economica, mentre lo sciopero, considerato per i suoi effetti alla stregua di una misura restrittiva dell'accesso al mercato posta in essere a livello nazionale, viene in buona sostanza degradato ad una deroga – consentita a condizioni assai limitate in forza dell'applicazione stretta del *test* di proporzionalità – all'esercizio della libertà di stabilimento o di prestazione transnazionale del servizio.

Tale effettiva de-fondamentalizzazione del diritto di sciopero rivela una visione molto riduttiva – che potremmo chiamare proto-liberale, più che neo-classica³⁶⁸ – della funzione del conflitto collettivo, e più in generale dell'azione del lavoro organizzato, nella dinamica del mercato interno. Se non si arriva come ovvio a negare il diritto al conflitto e all'azione collettiva, come nel classico modello della Francia rivoluzionaria emblemizzato in tutta Europa dalla legge *Le Chapelier*³⁶⁹,

³⁶⁴ V. solo R. ALEX, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, 2010, pp. 100 ss.

³⁶⁵ LO FARO, *Diritto al conflitto*, cit., p. 54.

³⁶⁶ ID., *Toward a De-fundamentalisation of Collective Labour Rights in European Social Law?*, in M.-A. MOREAU (ed.), *Before and After the Economic Crisis*, cit., pp. 203 ss.

³⁶⁷ ID., *Diritto al conflitto*, cit., p. 54.

³⁶⁸ C. JOERGES, *Rechtsstaat and Social Europe: How a Classical Tension Resurfaces in the European Integration Process*, in *Comparative Sociology*, 2010, n. 9, pp. 65 ss., nel criticare questa giurisprudenza, ha provocatoriamente evocato la formula del «liberalismo autoritario» coniata all'inizio degli anni Trenta da Hermann Heller.

³⁶⁹ A suggerire provocatoriamente un tale accostamento è V. ANGIOLINI, *Laval, Viking, Rüffert e lo spettro di Le Chapelier*, in A. ANDREONI, B. VENEZIANI (a cura di), *Libertà economiche e diritti sociali*, cit., pp. 51 ss.

certo si accoglie una concezione dello stesso che ne sterilizza gli effetti potenziali, riducendone significativamente i margini di praticabilità e scoraggiando così (o comunque rendendo assai problematica) la costruzione, a livello transnazionale, di un contropotere sociale capace di contrapporsi efficacemente all'accresciuto potere di mercato delle imprese, strategicamente avvantaggiate dalle inedite possibilità di arbitraggio tra ordinamenti consentite dalla competizione regolativa (e fiscale) nel mercato interno. In particolare, l'estensione all'azione collettiva del sindacato di un *test* di stretta proporzionalità – già concepito per limitare l'invadenza del pubblico potere statale – rischia di minare alla radice l'effettività del ricorso al conflitto, a tutto vantaggio della controparte datoriale, giacché induce a una tendenziale (e paradossale) valutazione di illegittimità dello sciopero quanto più esso sia efficace nel perseguire le strategie rivendicative dei lavoratori³⁷⁰.

La de-fondamentalizzazione dei diritti collettivi comporta un inevitabile depotenziamento di quella dimensione collettiva nella costruzione di forti sistemi di diritti sociali, che Marshall aveva appunto efficacemente compendiato, nella sua analisi storica dell'evoluzione del *Welfare State* nazionale, nella formula della «cittadinanza industriale secondaria». In realtà, anche nel diverso contesto europeo e transnazionale la costruzione di nuove forme di «solidarietà tra estranei» capaci di rispondere alle istanze della crisi economica e alle sfide di un mercato globalizzato, richiederebbe, oggi, il riconoscimento di forti diritti collettivi³⁷¹, in una misura che Corte di giustizia non pare, però, ancora pronta ad ammettere secondo quanto sembra viceversa consentire il diritto dell'Unione dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Allo stato possiamo cogliere, in questo orientamento restrittivo della Corte sui diritti di azione collettiva nel mercato interno, un sottile ma robusto filo rosso con la giurisprudenza sull'accesso alle prestazioni di *welfare* in favore dei cittadini economicamente inattivi. Anche quella giurisprudenza è infatti racchiusa dentro il paradigma individualistico della libertà di circolazione, che pure quando serve a dischiudere al cittadino mobile le porte d'accesso alla giustizia sociale transnazionale, lo fa sempre in nome di una tendenziale preminenza delle opportunità individuali rispetto ai vincoli di reciprocità sui quali sono basati i sistemi nazionali di *Welfare State*. Anche quando asseconda opportunità di integrazione sociale nelle comunità di benessere degli Stati membri, il diritto di circolare nello spazio europeo – concepito come «trampolino» per superare le limitazioni imposte dai processi decisionali nazionali³⁷² – finisce per svalutare la essenziale dimensione collettiva dei sistemi solidaristici dei diversi paesi, i quali implicano legami (e vincoli) di reciprocità (tra diritti e doveri corrispondenti) determinati anche sulla scorta di inevitabili compromessi tra i diversi interessi in gioco nei conflitti distributivi mediati dal *Welfare State* nazionale. In ciò, le libertà fondamentali, e segnatamente quella protetta dall'art. 21 del TFUE, svolgono certamente una tipica funzione anti-maggioritaria di decisiva importanza, che consiste nel correggere il parrocchialismo e il pregiudizio localistico dei processi decisionali nazionali, costringendo a interna-

³⁷⁰ Cfr. A. SOMEK, *The Social Question in a Transnational Context*, LEQS Paper No. 39 June 2011, London School of Economics and Political Science, pp. 37 ss.

³⁷¹ Cfr. SCIARRA, *L'Europa e il lavoro*, cit., pp. 64 ss.

³⁷² T. KINGREEN, *Fundamental Freedoms*, in A. VON BOGDANDY e J. BAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, cit., pp. 515 ss.

lizzare – in nome del principio di non discriminazione – i legittimi interessi distributivi di quei soggetti che, pur se estranei alla comunità nazionale, vantano tuttavia titolo ad essere integrati socialmente in tali sfere di solidarietà proprio in quanto membri della più ampia e inclusiva *polity* europea. È questa una funzione fondamentale – o meglio fondativa – del diritto della integrazione europea, come progetto di civilizzazione transnazionale³⁷³, che, evidentemente, non può né deve essere messa in discussione.

La giurisprudenza della Corte solleva però un'altra questione, che la più grave crisi economico-sociale in Europa dal secondo dopoguerra ad oggi rende semplicemente più visibile e acuta che in passato. L'apparentemente inarrestabile *spill-over* della logica anti-maggioritaria di apertura transnazionale agli *outsiders* propria delle libertà fondamentali garantite dalla giurisprudenza della Corte sfida, infatti, la capacità degli Stati membri di mantenere adeguati livelli di protezione sociale e giustizia distributiva all'interno dei propri confini nello stesso momento in cui la nuova costituzione economico-monetaria dell'Unione, allo scopo di rispondere alla crisi finanziaria, impone a questi stessi sistemi democratici di *Welfare State* limiti sovranazionali sempre più incisivi e penetranti. Il diritto dell'Unione sottrae agli Stati membri decisive leve di controllo politico-democratico dei propri sistemi di *welfare* senza essere di grado di compensare tale perdita di capacità distributiva al livello sovranazionale. L'asimmetria tra integrazione negativa e positiva classicamente analizzata da Fritz Scharpf non è mai stata così evidente nella storia del processo integrativo. E nell'approfondirsi di tale asimmetria, il *deficit* sociale dell'integrazione europea rischia di convertirsi in un decisivo fattore di crisi di legittimità democratica dell'Unione.

4. Cittadinanza sociale nazionale e nuova *governance* economica e monetaria dell'Unione

Non è possibile analizzare qui in dettaglio le complesse misure con le quali gli Stati membri dell'Unione, e in particolare quelli che fanno parte dell'Eurozona, hanno tentato di uscire dal vortice della crisi finanziaria riformando la *governance* economica e monetaria europea e introducendo strumenti di soccorso finanziario in favore dei paesi più esposti (in taluni casi – come noto – sino al rischio del *default*). Dalle prime misure assunte nel 2010 per fronteggiare la crisi del debito greco sino all'adozione del Trattato sul Meccanismo europeo di stabilità (MES) e all'entrata in vigore del *Fiscal Compact*, l'Unione ha indubbiamente compiuto uno sforzo considerevole per dotarsi di strumenti adeguati a contrastare una crisi senza precedenti, che ha messo a rischio la stessa sopravvivenza del progetto della moneta unica. Queste riforme – sia quelle realizzate all'interno del quadro istituzionale dell'Unione, sia quelle adottate con il ricorso al metodo intergovernativo e allo strumentario, ingegnosamente rivisitato, del diritto internazionale – esibiscono peraltro un tratto comune che preme evidenziare ai fini dell'analisi svolta in queste sede. Tale elemento comune – criticamente sottolineato in numerose analisi di pur diversa ispirazione³⁷⁴ – può essere definito come la radicalizzazione della tendenza, già rilevata, alla compressione dell'autonomia degli Stati membri (in particolare di quelli la cui moneta comune è l'euro) in ordine alla gestione delle politiche sociali, con un pressoché completo rovesciamento dell'assetto costituzionale originariamente disegnato dal Trattato di Roma. Tale tendenza si radicalizza, in particolare nel quadro delle nuove regole del Patto di stabilità e del *Fiscal Compact*, perché assume la forma

³⁷³ Secondo la nota impostazione di J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe*, Cambridge, 1999.

³⁷⁴ Cfr. ad es. Scharpf, *Monetary Union*, cit., e K. Tuori, *The European Financial Crisis – Constitutional Aspects and Implications*, EUI Working Papers Law 2012/28.

di una strisciante de-politicizzazione delle questioni di giustizia sociale e distributiva, centrali nella definizione degli assetti dei diversi sistemi di *welfare* degli Stati membri, le quali – già appannaggio dei processi politico-democratici nazionali – vengono ora assoggettate a stringenti vincoli normativi affidati al controllo di organismi sovranazionali a preminente legittimazione tecnocratica.

È sin troppo noto come il progetto della moneta unica, così come concepito dagli artefici del Trattato di Maastricht, sia stato costruito secondo un modello esattamente opposto a quello, di natura *lato sensu* solidaristica, che caratterizza generalmente, seppure secondo varianti tra di loro molto diverse, i sistemi federali. La moneta unica, la cui stabilità è garantita dall'istituzione di una Banca centrale europea del tutto indipendente dai governi nazionali sul modello della Bundesbank tedesca, non poggia, infatti, in questo disegno, su di una almeno parziale centralizzazione, al livello dell'Unione, di competenze in materia di politica fiscale e di bilancio, come nelle federazioni, né su di un *budget* federale, come invece ipotizzato negli anni Settanta dal Rapporto McDougall. Come ha drammaticamente dimostrato la crisi finanziaria tuttora in atto, l'Unione, in assenza di una politica fiscale ed economica comune e di un bilancio federale, è anche del tutto priva dei meccanismi di stabilizzazione automatica necessari per fronteggiare *shock* asimmetrici. Ciò è dovuto al fatto che l'introduzione della moneta unica è stata improntata ad una concezione «evidentemente estranea all'idea di solidarietà»³⁷⁵, come dimostra soprattutto il divieto di *baillout*, regola baricentrica nella disciplina dell'euro, ora contenuta nell'art. 125 del TFUE.

Le riforme attuate dall'Unione per fronteggiare la crisi finanziaria confermano fondamentalmente tale modello, sia pure con importanti correzioni e integrazioni. Un primo tipo di correttivi, introdotti nell'ambito del cd. *Stability Compact*³⁷⁶, è diretto a corroborare lo strumentario già abbozzato dal Trattato di Maastricht allo scopo di dotare l'Unione di una capacità di prevenire crisi sistemiche dell'Eurozona, attraverso il rafforzamento della disciplina in materia di vincoli di bilancio e di austerità fiscale. La nuova normativa – in parte di natura euro-unitaria, in parte (allo stato) di diritto internazionale – introduce novità significative, dirette, da un lato, a rendere effettivamente sanzionabili i limiti in materia di *deficit* e debito pubblico già previsti dal Trattato di Maastricht e dal Patto di stabilità e crescita, e, dall'altro, ad auto-vincolare gli Stati firmatari del *Fiscal Compact*, preferibilmente attraverso discipline interne di rango costituzionale, alla *golden rule* del (tendenziale) pareggio di bilancio. La procedura in materia di disavanzi eccessivi – che diventa attivabile anche in caso di superamento dei limiti di indebitamento pubblico – viene incisivamente rafforzata attraverso l'introduzione della *reverse majority rule*. La maggioranza qualificata in seno al Consiglio diviene in tal modo necessaria per respingere una proposta della Commissione, invertendo la regola di voto tradizionalmente prevista dal diritto dell'Unione e contemplata dallo stesso Patto di stabilità. La procedura sanzionatoria, una volta avviata dalla Commissione, assume così un corso semi-automatico, rendendo molto più difficile agli Stati membri interessati la formazione di minoranze di blocco. Accanto alla procedura di cui all'art. 126 del TFUE, la riforma del

³⁷⁵ J.-V. LOUIS, *Solidarité budgétaire et financière dans l'Union européenne*, in C. BOUTAYEB (a cura di), *La solidarité dans l'Union européenne*, cit., pp. 107 ss., qui p. 110.

³⁷⁶ V. il cd. *Six Pack* (composto dai regolamenti 1173, 1174, 1175, 1176, 1177 del 2011 e dalla direttiva 2011/85) e il *Fiscal Compact*. Nel novembre 2011 la Commissione europea ha proposto un'ulteriore implementazione della disciplina sulla sorveglianza fiscale e macroeconomica, con due proposte di regolamento note, in gergo, come *Two-Pack*: cfr. COM(2011) 819 e COM(2011) 821. Cfr. C. BARNARD, *The Financial Crisis and the Euro Plus Pact: A Labour Lawyer's Perspective*, in *Industrial Law Journal*, 2012, vol. 41, n. 1, pp. 98 ss.

2011 introduce, inoltre, sulla base dell'art. 121, una nuova procedura per la prevenzione e la correzione degli squilibri macroeconomici, che amplia il potere di intervento della Commissione ben oltre i confini della politica fiscale, estendendolo, in buona sostanza, all'intera gamma delle politiche economiche dei governi nazionali. E anche in tal caso l'eventuale inosservanza delle azioni correttive pianificate dallo Stato membro all'esito delle raccomandazioni della Commissione e del Consiglio è suscettibile di essere sanzionata mediante una procedura improntata alla inversione della regola di voto a maggioranza qualificata.

Si inserisce nel quadro della nuova *governance* economica europea anche il cd. *Euro Plus Pact*, che sebbene abbia la natura di un accordo politico intergovernativo finisce in buona sostanza per integrare i vincoli sovranazionali in virtù dello stretto collegamento con la nuova disciplina in tema di sorveglianza macroeconomica. L'*Euro Plus Pact* intende avere una diretta incidenza sui sistemi di fissazione dei salari operanti all'interno degli Stati membri, i quali sono come noto esclusi dalla sfera delle competenze legislative dell'Unione in materia di politica sociale (art. 153.5 del TFUE). Nel capitolo sulla produttività, centrale nell'ambito dei più generali obiettivi volti a promuovere l'aumento della competitività e dell'occupazione, l'*Euro Plus Pact* – pur promettendo di salvaguardare le diverse tradizioni nazionali in materia di dialogo sociale e relazioni industriali – indica agli Stati destinatari misure piuttosto precise riguardo ai meccanismi di fissazione delle retribuzioni, sia nel settore pubblico che in quello privato. Di particolare rilievo è la raccomandazione ad allineare i salari alla produttività procedendo, se necessario, ad un decentramento dei sistemi di contrattazione collettiva e rivedendo, se del caso, i meccanismi di indicizzazione automatica.

Un secondo tipo di correttivi, maggiormente innovativi in quanto del tutto assenti nell'impianto del Trattato di Maastricht e per questo oggetto di aspre controversie, riguarda, invece, l'introduzione di strumenti idonei a dotare l'Unione, e in particolare l'Eurozona, di una effettiva capacità di gestione delle crisi, mediante meccanismi di aiuto finanziario ai paesi in difficoltà variamente congegnati. Al di fuori delle prime modeste misure assunte nell'ambito dello *European Financial Stabilisation Mechanism* (EFSM), istituito con il regolamento del Consiglio n. 407/2010 sulla base dell'art. 122.2 del TFUE, detti strumenti di intervento finanziario a sostegno degli Stati in difficoltà dell'Eurozona sono tutti operanti al di fuori del quadro istituzionale dell'Unione. Lo *European Financial Stability Facility* (EFSF), precursore del MES, è stato addirittura costituito, evidentemente al di fuori dell'architettura dei Trattati istitutivi, come società di capitali registrata in Lussemburgo, con una disciplina frutto di un'inusitata combinazione tra diritto dei contratti e del mercato finanziario e norme internazionalistiche. Il MES, dal canto suo, nel dotare gli Stati della Eurozona di un robusto strumento di sostegno finanziario permanente, è stato istituito come organismo di diritto internazionale pubblico, espressamente sottratto all'applicazione del diritto dell'Unione europea.

Nella discussa sentenza *Pringle*³⁷⁷, pronunciata dalla Corte di giustizia dopo che la Corte costituzionale tedesca aveva autorizzato (a precise condizioni) la ratifica del MES da parte della Germania³⁷⁸, i giudici di Lussemburgo hanno sostanzialmente disatteso le censure sollevate dal ricorrente nella causa principale, un deputato indipendente del Parlamento irlandese, circa la compatibilità del relativo trattato istitutivo con il diritto dell'Unione europea. Il profilo più problematico – tra i diversi sollevati dalla Corte suprema irlandese nel suo rinvio pregiudiziale – riguardava la

³⁷⁷ V. la sentenza pronunciata dalla Corte in seduta plenaria il 27 novembre 2012 nella causa C-370/12, *Thomas Pringle*.

³⁷⁸ BVerfG, 2 BVR 1390/12, del 12 settembre 2012.

assai sospetta compatibilità del MES con il divieto di *bailout* sancito dall'art. 125 del TFUE. Con una elaborata motivazione, la Corte di giustizia, statuendo che la modifica (non ancora operativa) dell'art. 136 del TFUE ha valenza meramente confermativa delle competenze residuanti in materia in capo agli Stati membri, ha escluso una violazione dell'art. 125 grazie ad una innovativa e restrittiva interpretazione del divieto di *bailout*. Per la Corte, l'art. 125, interpretato alla luce della sua genesi, è rivolto soltanto a impedire che gli Stati membri facciano affidamento su un abbattimento del proprio debito pubblico da parte di altri membri della Eurozona, inducendoli, in tal modo, a mantenere una politica fiscale sana e, in particolare, una politica di bilancio moderata. Nei termini in cui è regolato, il MES non contraddice la *ratio* di tale divieto, in quanto la solidarietà finanziaria che gli Stati membri garantiscono attraverso di esso ai paesi le cui difficoltà mettano a repentaglio la stabilità dell'intera Eurozona, è subordinata ad uno stretto requisito di condizionalità, come precisato dalla stessa riformulazione dell'art. 136 del TFUE. Da un lato, il MES opera in vista dell'interesse collettivo della salvaguardia della stabilità dell'intera Eurozona, senza farsi carico in via definitiva del debito pubblico degli Stati membri sussidiati, che ne rimangono comunque responsabili; dall'altro, il principio di stretta condizionalità dell'accesso all'aiuto finanziario dà adeguate garanzie sul fatto che questo non comporti disincentivi a perseguire sane politiche fiscali e di bilancio, scongiurando la tentazione dell'azzardo morale da parte dei paesi assistiti.

Anche da una rassegna così sommaria come quella che si è appena svolta appare evidente come le riforme introdotte, all'interno e (soprattutto) all'esterno dell'architettura dei Trattati istitutivi, per fronteggiare la crisi finanziaria dell'Eurozona, convergano nel determinare una notevole compressione della autonomia degli Stati membri in materia di politica sociale e del lavoro e – prima ancora – una penetrante limitazione della sfera di ciò che è liberamente determinabile dai cittadini europei nell'ambito dei processi democratici nazionali. La costituzionalizzazione, a livello europeo e nazionale, di rigorosi vincoli alle politiche fiscali e di bilancio degli Stati membri dell'Eurozona limita le opzioni redistributive disponibili al processo democratico, con forti ripercussioni (pressoché dirette, a giudicare dalle riforme in materia previdenziale approvate nei paesi in crisi) sulla spesa sociale di questi ultimi. Nel complesso, la nuova rigida architettura della costituzione economica e monetaria europea rappresenta un monumentale esercizio – che appare senza precedenti, per la pervasività delle sue diramazioni, nella storia delle democrazie – di disciplinamento del «politico» da parte dell'«economico». Al punto in cui si è spinta, l'Unione – si è detto – non è lontana dall'ideale hayekiano di «detronizzazione della politica» in nome della disciplina di mercato³⁷⁹.

Il dubbio che un tale disegno si poggi su fragili postulati di legittimità democratica è tuttavia pericolosamente alimentato dalla drammatica inefficacia delle misure assunte dall'Unione per superare la crisi economica e finanziaria. Le politiche di *austerità* gemmate dalla nuova *governance* europea³⁸⁰, mentre hanno in taluni casi addirittura peggiorato il rapporto tra prodotto interno lordo e debito pubblico (come in Italia), hanno sinora prodotto, nei paesi in cui, a partire dalla

³⁷⁹ A. SUPLOT, *L'esprit de Philadelphie. La justice social face au marché total*, Paris, 2010, p. 33.

³⁸⁰ Per un'icastica definizione del *Fiscal Compact* come forma di «costituzionalizzazione dell'*austerità*» v. F. DE WITTE, *EU Law, Politics and the Social Question*, in corso di pubblicazione in *German Law Journal*, p. 8 del dattiloscritto.

Grecia, sono state più o meno meccanicamente applicate, recessione prolungata e disoccupazione (specie giovanile) di massa. Come ha scritto uno dei più lucidi critici di tale stato di cose, se confrontata con il modello dello Stato federale o con quello, in vigore in Europa sino all'introduzione della moneta unica, del Sistema monetario europeo, l'Unione si trova «nel peggiore di questi tre possibili mondi»³⁸¹. Mentre non dispone delle capacità di manovra economica e fiscale che solo un *budget* federale consente di attingere, l'Unione non permette neppure ai suoi Stati membri – in particolare a quelli dell'Eurozona che hanno perduto ogni competenza in tema di politica monetaria – di utilizzare autonomamente tali residue leve macroeconomiche. E mentre i nuovi strumenti di *governance* ne accentuano la frammentazione istituzionale, l'Unione si trova così a fronteggiare un doppio *deficit* di legittimità democratica, come diretta conseguenza di tale asimmetria tra (scarsa) capacità di risposta politica (*i. e.*, di integrazione positiva) e (forti) vincoli alla autonomia degli Stati membri in nome della stabilità della integrazione (negativa) del mercato³⁸². Alla già scarsa legittimazione *input orientend* (ulteriormente indebolita dalla marginalizzazione del ruolo del Parlamento europeo nell'impianto della nuova *governance* economica), l'Unione unisce, infatti, come testimonia il diffuso risentimento dimostrato dalle opinioni pubbliche nazionali dei paesi più colpiti dalla crisi, una evidente, e forse ancora più grave, crisi di legittimità democratica orientata all'*output*, cioè misurata in ragione dell'effettivo risultato utile per il *benessere* dei popoli europei.

5. Conclusioni

La discussione sulle prospettive finanziarie 2014-2020, in cui il Parlamento europeo è chiamato a esprimersi su una proposta che per la prima volta nella storia dell'integrazione mira a ridurre il *budget* dell'Unione, dimostra – oltre ogni ragionevole dubbio, e al di là di quali saranno gli esiti finali del negoziato politico in corso – che l'Europa è più che mai lontana da un suo possibile «momento hamiltoniano». Una decisa svolta in senso federalistico è stata invocata – seppure con accenti e prospettive diverse – da molti ambienti politici e intellettuali come l'unica vera via d'uscita dalla crisi sistemica dell'Unione. Un «modello federale per essere più liberi» – secondo la formula suggerita ad esempio da Giuliano Amato³⁸³ – dovrebbe assicurare un diverso *trade-off* tra maggiore integrazione (con cessione di ulteriori quote di sovranità statale in materia di politiche fiscali, economiche e sociali ed istituzione di un *budget* adeguato a livello centrale) e rafforzamento della solidarietà europea³⁸⁴. Il modello di «federalismo esecutivo postdemocratico»³⁸⁵, congegnato dall'attuale *governance* economica e monetaria europea, realizza oggi un equilibrio pericolosamente asimmetrico e visibilmente precario tra integrazione e solidarietà, chiaramente sbilanciato sulla dimensione vincolistico-sanzionatoria dell'azione dell'Unione.

Una correzione di tali asimmetrie appare tuttavia tanto indispensabile quanto difficile. Non si intende svolgere qui un esercizio di speculazione teorica sulle effettive prospettive della costru-

³⁸¹ SCHARPF, *Monetary Union*, cit., p. 31.

³⁸² ID., *The Double Asymmetry of European Integration – Or: Why the EU Cannot Be a Social Market Economy*, Max-Planck-Institute für Gesellschaftsforschung, MPIfG Working Paper 09/12.

³⁸³ G. AMATO, *Europa*, Milano, 2012, pp. 61 ss.

³⁸⁴ Cfr. anche l'articolata proposta di M. POIARES MADURO, *A New Governance for the European Union and the Euro: Democracy and Justice*, European University Institute – Robert Schuman Centre for Advanced Studies, RSCAS Policy Papers 2012/11.

³⁸⁵ J. HABERMAS, *Questa Europa è in crisi*, trad. it. di C. Mainoldi, Roma e Bari, 2012, p. 43.

zione di un nucleo federale europeo, a coronamento di una compiuta Unione economica e monetaria. Queste prospettive sono, allo stato, molto incerte e debbono in ogni caso scontare la quasi certa indisponibilità (quantomeno) del Regno Unito. Un modello di Unione politica federale, comunque congegnato, dovrebbe perciò essere verosimilmente immaginato in una logica di integrazione differenziata, con un nucleo (o un *cluster*, per usare la formula di Amato) centrale pienamente integrato ed una serie di sfere politiche ed economiche più ampie (includenti il mercato interno) aperte alla partecipazione degli altri Stati membri dell'Unione. Del resto, i congegni istituzionali messi in campo per fronteggiare la crisi – in particolare sul cruciale versante dei meccanismi di aiuto finanziario – si muovono già decisamente nella direzione dell'approfondimento delle dinamiche di una integrazione differenziata guidata dai paesi della Eurozona, con alla testa Germania e Francia.

In questa sede è piuttosto utile svolgere qualche osservazione conclusiva nel tentativo di riannodare i fili del discorso sin qui svolto sulla idea della cittadinanza europea come statuto d'integrazione sociale. Da un lato si è argomentato che la dominante dimensione transnazionale costituisce un punto insieme di forza e di debolezza della cittadinanza dell'Unione, in quanto limita le potenzialità dei diritti di integrazione nelle sfere sociali nazionali, che essa conferisce al cittadino europeo mobile, dovendoli temperare con l'esigenza di salvaguardare la capacità redistributiva dei sistemi di *welfare* degli Stati membri, i quali presuppongono il mantenimento di meccanismi di chiusura basati su un qualche criterio di appartenenza territoriale. Da un altro lato si è sostenuto che la traiettoria impressa al processo di integrazione europea dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sul mercato interno e dalle recenti riforme della *governance* economica dell'Unione ha creato un ambiente normativo assai poco amichevole, se non apertamente ostile, nei confronti del *Welfare State* nazionale; e se non è in discussione la sua sopravvivenza – come pure si è provocatoriamente domandato³⁸⁶ –, certo sono in gioco le condizioni di quello che Maurizio Ferrera ha chiamato lo scenario del *virtuous nesting* dei modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo³⁸⁷.

La ricostruzione di un equilibrio virtuoso tra i sistemi nazionali di *Welfare State* e le dinamiche d'integrazione europea esige, invece, una riappropriazione della nuova questione sociale europea nell'ambito del processo politico, a livello sia sovranazionale che nazionale. I sistemi nazionali di diritto del lavoro e della sicurezza sociale hanno sin qui mostrato un notevole grado di «resilienza» di fronte alle spinte deregolative veicolate dalla integrazione negativa del mercato interno. Ne è prova, ad esempio, la notevole capacità di adattamento e risposta dimostrata dai sistemi nordici di diritto del lavoro e di relazioni sindacali di fronte a *Viking* e *Laval*. Questa capacità di resistenza viene però oggi nuovamente sfidata, nel pieno della più grave crisi economica dal secondo dopoguerra, dalla nuova architettura neoliberale o neoclassica della *governance* economico-monetaria dell'Unione. L'aiuto finanziario concesso ai paesi dell'Eurozona che hanno dovuto ricorrervi – come emerge dalla lettura del nuovo tipo di accordi intergovernativi vincolanti (il *Memorandum*

³⁸⁶ C. JOERGES, «Mit brennender Sorge»: può lo Stato sociale sopravvivere all'integrazione europea?, in G. FINI et al., *Il modello sociale europeo davanti alle sfide globali*, Roma, 2012, pp. 29 ss.

³⁸⁷ M. FERRERA, *Towards an «EU Social Model». Challenges, Institutional Opportunities and Perspectives*, Centro Einaudi – Laboratorio di Politica Comparata e Filosofia Pubblica, Working Paper-LPF n. 5 - 2010.

of understanding) negoziato dalla *Troika* con la Grecia, l'Irlanda e il Portogallo – è stato subordinato a condizioni rigorosissime, tutte nel segno di drastiche misure di riduzione della spesa sociale e di incisive misure di «flessibilizzazione» (che qui equivale a sostanziale deregolazione) del mercato del lavoro. Quei documenti chiariscono meglio di ogni esempio di diritto comparato che cosa significhi «negoziare all'ombra della bancarotta»³⁸⁸. Anche le incisive riforme del mercato del lavoro approvate in Italia e Spagna tra il 2011 e il 2012 hanno del resto risentito, sia pure (più) indirettamente, dei dettami della nuova condizionalità europea.

Una ripolitizzazione della «questione sociale» – in grado di controbilanciare tali forme di condizionalità a beneficio della stessa legittimità democratica dell'azione dell'Unione – richiede la riscoperta della funzione di *integrazione positiva* del diritto del lavoro europeo, oltre il metodo aperto di coordinamento. La recente proposta di un salario minimo europeo dell'ex Presidente dell'Eurogruppo Jean Claude Juncker, come quella – più risalente – di un reddito garantito regolato a livello sovranazionale, dimostrano assai bene – al di là della loro impraticabilità anche per l'assenza, soprattutto per la prima, di basi giuridiche adeguate nei Trattati – quanto sia acuta la consapevolezza che la difesa dei modelli sociali nazionali passi per una nuova stagione di armonizzazione positiva, che fissi un comune *floor of rights* contro i rischi di competizione deregolativa. L'adozione di direttive di armonizzazione minima – non contemplata dalla improbabile strategia *Europa 2020*, tutta centrata sull'uso della *soft law* – deve ovviamente fare i conti con l'accresciuta disomogeneità socioeconomica dell'Europa attualmente a ventisette (in attesa dell'adesione della Croazia), per cui occorre immaginarla come forma di regolazione quadro per principi, che possa ad esempio sostanzarsi anche mediante il rinvio, in funzione di sostegno, alla contrattazione collettiva europea di settore o transnazionale. Ipotesi di più puntuale fissazione di *standard* normativi minimi direttamente mediante direttiva sembrano oggi prospettabili solo nell'ambito di processi di integrazione differenziata, ad esempio nella forma della cooperazione rafforzata prevista dal Trattato di Lisbona, secondo dinamiche peraltro già in atto sul versante della *governance* economica dell'Eurozona.

La ripolitizzazione della questione sociale europea transita, inoltre, attraverso il recupero di un'autentica sfera di autonomia dei regolatori sociali nazionali (Stati e sindacati) contro l'invasione delle libertà fondamentali di circolazione e la logica di integrazione negativa ad esse sottesa. Il Trattato di Lisbona mette a disposizione della comunità degli interpreti del diritto dell'Unione, in primo luogo dei giudici di Lussemburgo, una vasta gamma di strumenti concettuali e di nuove opportunità ermeneutiche per ripensare le dottrine costituzionali del mercato interno, al fine di assicurare agli Stati membri un più ampio margine di apprezzamento in ordine alle scelte di politica sociale e di giustizia distributiva compiute nell'ambito dei propri sistemi di *welfare*³⁸⁹. La valorizzazione delle disposizioni del capo IV della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione in raccordo col meta-principio della inviolabilità della dignità umana, consacrato dall'art. 1, «ren-

³⁸⁸ N. BRUUN, *Economic Governance of the EU Crisis and its Social Policy Implications*, in N. BRUUN et al. (eds.), *The Lisbon Treaty and Social Europe*, pp. 261ss., qui p. 270.

³⁸⁹ SUPLOT, *Conclusions*, cit., p. 303, suggerisce come una maggiore deferenza verso tali scelte sia richiesta dalla previsione sul rispetto delle identità costituzionali nazionali ora contenuta nell'art. 4.2 del TUE.

dendo ancor più evidente l'illegittimità di una prevalenza assoluta della dimensione economica³⁹⁰, appare in grado di consentire alla Corte di giustizia – quantomeno in linea teorica – una radicale revisione, finanche una completa inversione, dei modi in cui effettua il bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche³⁹¹. Le avanzate acquisizioni in tema di diritto di sciopero e di negoziazione collettiva, recentemente raggiunte dalla Corte europea dei diritti dell'uomo³⁹², offrono ai giudici di Lussemburgo un punto di partenza ineludibile, ex art. 6 del TFUE, per superare le aporie di *Viking* e *Laval* in linea con gli *standard* di protezione internazionale dei diritti sociali collettivi. Un dialogo tra le due Corti europee rinnovato su queste basi permetterebbe di superare la «crisi di fiducia»³⁹³ innescata da *Viking* e *Laval* sulla giurisprudenza «sociale» dei giudici di Lussemburgo.

Nel procedimento *Sindicato dos Bancários do Norte e altri*³⁹⁴, la Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi su una controversia che per la prima volta ha esplicitamente sollevato la questione della compatibilità con la Carta di Nizza di misure nazionali di forte compressione di diritti dei lavoratori attuate da uno Stato membro nell'ambito di politiche di risanamento dei conti pubblici. Nella causa si discuteva, infatti, della compatibilità con gli artt. 20, 21.1 e 31.1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea delle misure adottate dal Portogallo alla fine del 2010, in particolare con la riduzione degli stipendi dei pubblici dipendenti, nell'ambito degli impegni assunti da quel paese ai fini dell'accesso al sostegno finanziario dell'Unione. Con la recente ordinanza del 7 marzo 2013, la Corte si è tuttavia dichiarata manifestamente incompetente a pronunciarsi sul rinvio pregiudiziale, affermando che, per come esso era stato formulato dal Tribunale del lavoro di Oporto, non potesse ravvisarsi alcun concreto elemento per ritenere che la legge portoghese fosse diretta ad attuare il diritto dell'Unione. Ma, al di là delle contingenze tecniche e di contesto, quella sollevata dal giudice del lavoro di Oporto è questione comunque destinata a riproporsi. La questione di fondo è, infatti, se il rigore delle nuove politiche di condizionalità, centrali nella nuova *governance* economica, debba entrare in qualche forma di bilanciamento o contemperamento – *allo stesso livello dell'ordinamento dell'Unione* – con gli obiettivi sociali sanciti dal Trattato di Lisbona (in particolare con le disposizioni di cui agli artt. 2 e 3 del TUE, anche per il tramite della clausola orizzontale prevista dall'art. 9 del TFUE), oltre che con il diritto a condizioni di lavoro eque e dignitose riconosciuto dall'art. 31 della Carta di Nizza. E la speranza è che la Corte possa in futuro superare l'impostazione elusiva che trapela al riguardo dalla prima giurisprudenza post-Lisbona e rimediti, almeno con riguardo al *Fiscal Compact*, la statuizione, contenuta nella sentenza *Pringle*, per cui i nuovi strumenti di sostegno finanziario sfuggono, in buona sostanza, almeno per quanto concerne il funzionamento del MES, all'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Ciò sembra necessario anche per evitare

³⁹⁰ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma e Bari, 2012, p. 39.

³⁹¹ Cfr. per tutti B. CARUSO, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo*, in S. SCIARRA, B. CARUSO (a cura di), *Il lavoro subordinato*, vol. V del *Trattato di diritto privato dell'Unione europea* diretto da G. Ajani e G.A. Benacchio, Torino, 2009, pp. 707 ss.

³⁹² V. le note sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo *Demir e Baykara c. Turchia*, n. 34503/97, del 12 novembre 2008, e *Enerji Yapi Yol Sen*, n. 68959/01, del 21 aprile 2009.

³⁹³ M. BARBERA, *Diritti sociali e crisi del costituzionalismo europeo*, Working Papers Centro Studi Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona".INT – 95/2012, p. 6.

³⁹⁴ Causa C-128/12.

possibili cortocircuiti costituzionali, il cui spettro chiaramente aleggia dietro la recente sentenza con cui la Corte costituzionale portoghese ha dichiarato la illegittimità, per contrasto col principio fondamentale di uguaglianza, di una parte consistente delle misure adottate dal Portogallo, con la legge finanziaria per il 2013, sempre nell'ambito delle politiche di risanamento concordate con la *Troika*³⁹⁵.

La stessa giurisprudenza sull'accesso transnazionale dei cittadini europei economicamente inattivi ai sistemi di *welfare* degli Stati membri dovrebbe, infine, farsi carico di tematizzare in maniera più trasparente ed equilibrata l'interdipendenza tra i meccanismi di delimitazione territoriale dei regimi di solidarietà dei singoli paesi e le scelte redistributive democraticamente espresse dai parlamenti nazionali. È stato persuasivamente suggerito che una riconcettualizzazione della libertà di circolazione protetta dall'art. 21 del TFUE dovrebbe tenere in più attenta considerazione i vincoli di reciprocità politica che sostengono i regimi nazionali di solidarietà sociale, consentendo l'accesso transnazionale alle prestazioni da essi garantite solo a quanti possano effettivamente soddisfare quei vincoli per il grado di integrazione raggiunto e il contributo dato alla vita sociale del paese ospitante. Per questa via, è stato suggerito, la capacità dei corpi elettorali nazionali di decidere sulle questioni sociali verrebbe difesa da eccessive «pressioni esterne»³⁹⁶, rispettando allo stesso tempo il principio fondamentale di non discriminazione mediante la piena inclusione nei circuiti di protezione sociale dei (soli) cittadini migranti che soddisfino tali condizioni di reciprocità.

³⁹⁵ Decisione n. 187/2013.

³⁹⁶ DE WITTE, *EU Law, Politics and the Social Question*, cit.

Ripensando il “nuovo” art. 18 dello Statuto dei lavoratori*

Franco Carinci

1. Al cuore di una riforma: l'art. 1, co. 42 della legge 28 giugno 2012, n. 92.	136
2. La rivincita dell'intentio sulla ratio.	138
3. L'escluso: il pubblico impiego privatizzato. Gli artt. 1, co. 7, 8 e 42 l. n. 92/2012 e 51, co. 2 d.lgs. n. 165/2001.	141
4. (segue): l'art. 1, co. 47 ss. l. n. 92/2012.	144
5. (segue): gli artt. 55 ss. d.lgs. n. 165/2001.	145
6. Il processo di formazione a strati sovrapposti del “nuovo” art. 18 St. lav.	147
7. La radicale svalutazione del vizio formale del licenziamento.	149
8. La disciplina del vizio sostanziale in chiave di “scusabilità dell'errore del datore”.	151
9. (segue): la tendenziale conversione della reintegra da regola aurea esclusiva ad eccezione.	152
10. Il licenziamento discriminatorio e per motivo illecito ex art. 1345 c.c. (art. 18, co. 1-3).	153
11. (segue): dall'art. 4, l. n. 604/1966 all'art. 18, co. 1	155
12. (segue): l'alternatività delle tutele offerte dall'art. 18 e dalla legislazione anti - discriminatoria.	156
13. (segue): diritto nazionale e diritto comunitario.	158
14. Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo soggettivo: “l'insussistenza del fatto contestato” (art. 18, co. 4-5).	159
15. (segue): il riferimento all'art. 530 c.p.p.	162
16. (segue): la non riconducibilità del “fatto ... tra le condotte punibili con una sanzione conservativa”.	163
17. Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo (art. 18, co. 7).	166
18. (segue): vecchio e nuovo nel giustificato motivo oggettivo.	168
19. Punto e a capo.	169

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 172/2013

1. Al cuore di una riforma: l'art. 1, co. 42 della legge 28 giugno 2012, n. 92.

Può apparire riduttivo rispetto ad una riforma corposa ed ambiziosa come quella contenuta nella legge 28 giugno 2012, n. 92, concentrare l'obbiettivo sull'art. 1, co. 42, che, col suo pudico *incipit* "All'art. 18 della legge 20 maggio 1970, sono apportate le seguenti modificazioni", procede a riscrivere *ex novo* l'articolo statutario³⁹⁷. Ma se è vero che l'art. 1 ("Disposizioni generali, tipologie contrattuali e disciplina in tema di flessibilità in uscita e tutele del lavoratore") apre a tutto campo, col duplice intento di rendere il rapporto di lavoro meno flessibile in entrata e più flessibile in uscita; è, altresì, vero che c'è stato nel secondo semestre del 2012 un autentico blocco dell'uso dello strumentario contrattuale rimesso a nuovo dai co. 9-36 (contratti precari), di contro ad un accresciuto ricorso a quello rivisitato dai co. 37-46 (licenziamenti individuali e collettivi)³⁹⁸.

Non solo, perché oggi l'art. 18, pur sempre richiamato per il licenziamento collettivo (art. 1, co. 44-46), costituisce titolo per l'accesso al rito sommario applicabile in caso di licenziamento illegittimo (art. 1, co. 47-69). Rito, questo, che certo tende a soddisfare il comune interesse ad un responso rapido circa il destino del rapporto di lavoro; ma non senza un occhio particolare al lavoratore toccato dal nuovo regime introdotto per il licenziamento ingiustificato annullabile. Il costo del tempo intercorrente fra il licenziamento ingiustificato e l'effettivo rientro in servizio che fino a ieri era in capo al datore di lavoro per l'intero, oggi, a' sensi dei co. 4 e 7 dello stesso art. 18, lo è solo fino ad un massimo di dodici mesi, restando per il resto a carico del lavoratore reintegrato.

³⁹⁷ La letteratura in materia è ormai amplissima, tanto da rendere la selezione delle citazioni non solo faticosa, ma anche relativamente arbitraria, dettata dalla conoscenza degli autori o dalla impressione rimasta consegnata alla memoria di singoli passi o riferimenti. Sicché mi sembra cosa corretta dar qui notizia almeno dei commentari tenuti presenti con riguardo ai contributi in tema di nuovo art. 18 Stat. lav.: F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero*, in *Dir. Prat. Lav.*, supplemento n. 33, 2012 (pubblicato anche in *Dir. Prat. Lav.*, 2012, 10); F. AMATO, R. SANLORENZO (a cura di), *La legge n. 92 del 2012 (Riforma Fornero): un'analisi ragionata*, in [http://www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/doc/Commentario_riforma_Fornero_\(legge_92_2012\).pdf](http://www.magistraturademocratica.it/mdem/qg/doc/Commentario_riforma_Fornero_(legge_92_2012).pdf); M. FEZZI, F. SCARPELLI (a cura di), *Guida alla Riforma Fornero, I Quaderni di Wikilabour*, 2012; M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92 recante disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, Milano, 2012; A. VALLEBONA (a cura di), *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012, testo on line www.giappichelli.it/riforma2012.html; C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Milano, 2013 che raccoglie, fra gli altri, contributi di C. CESTER, E. PASQUALETTO, M. TREMOLADA, A. TOPO, rivisti ed aggiornati rispetto a quelli già pubblicati in F. CARINCI E M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero*, op. cit.: essi saranno qui citati da quest'ultima fonte; P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Bari, 2013; M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Torino, 2013; V. anche R. DE LUCA TAMAJO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Commentario breve alle Leggi sul Lavoro*, Padova, 2013, che riporta la legge n. 92 del 2012 in appendice ma poi ne tratta nei commenti alle singole leggi.

Per un commento alla disciplina dei licenziamenti, largamente dedicato alla disciplina pregressa, v. G. PELLACANI, *I licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 2013.

³⁹⁸ Secondo i dati forniti dal Ministero del Lavoro con riguardo al IV° trimestre 2012 rispetto allo stesso periodo dell'anno precedente le nuove assunzioni di lavoratori dipendenti o parasubordinati sono calate del 5,8%; mentre, i licenziamenti sono cresciuti del 15,1%. V. Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali - DG Politiche dei Servizi per il Lavoro, e Italia Lavoro - Staff di Statistica, Studi e Ricerche sul Mercato del Lavoro, *Sistema delle comunicazioni obbligatorie, IV nota trimestrale 2012*, aprile 2013, n. 4, in <http://www.lavoro.gov.it>.

Trattasi di dati grezzi che di per sé non ci dicono molto sugli effetti imputabili alla l. n. 92/2012. Ma da un esame dell'andamento verificatosi in Veneto nel secondo semestre 2012 risulterebbe che tali effetti siano stati forti per le assunzioni, con un crollo del 30% per il lavoro parasubordinato; mentre, siano stati minori per i licenziamenti, riconducibili soprattutto alla congiuntura negativa, come provato dall'incremento assai più netto per i collettivi, con +49,20% e più contenuto per gli individuali con +20,28%, v. in <http://www.circolonline.it/forums/topic/licenziamenti-e-legge-fornero-di-tito-boeri/>

C'è dell'altro. Secondo una lezione tralatizia, la legge 20 maggio 1970, n. 300, nota come Statuto dei lavoratori, aveva una doppia anima, costituzionale e promozionale: la prima, destinata a garantire i diritti di libertà e di dignità dei lavoratori *uti singuli*, rinveniva la sua norma base nell'art. 18 (*Reintegrazione nel posto di lavoro*); la seconda, finalizzata a sostenere i diritti di presenza e di azione dei sindacati, trovava la sua regola fondante nell'art. 19 (*Costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali*).

Come noto, l'art. 19, co. 1 non sarebbe sopravvissuto intatto al *referendum* del 1995, uscendone amputato nella sua lett. a) e modificato nella sua lett. b), con conseguente stravolgimento di quello obbiettivo originario che ne aveva giustificato il giudizio favorevole del Giudice delle leggi: permettere ad organizzazioni sindacali responsabili, cioè *in primis* le tre grandi Confederazioni, di radicarsi nelle unità produttive, per poter selezionare, canalizzare, rendere negoziabile la spinta proveniente dal basso.

Sul fronte della legittimazione negoziale, l'abrogazione della lett. a) porta ad una sostituzione della formula usata per selezionare le oo.ss. titolate a svolgere la c.d. contrattazione delegata, cioè investita *ex lege* di un'attività di integrazione, supplenza o addirittura deroga: da "organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative" a "organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative". Mentre, sull'altro fronte della presenza sindacale in azienda, l'amputazione della lett. b) provoca l'insorgere dell'intricata questione di come interpretarla, con lo stesso Giudice delle leggi spintosi fino a ritenere insufficiente la mera e semplice sottoscrizione di un contratto collettivo applicabile, se non preceduta da un'effettiva partecipazione alla trattativa, ma a considerarla pur sempre necessaria. Troppo poco, a quanto sembra testimoniare la recente vicenda Fiat.

A passare indenne da un secolo all'altro è l'art. 18³⁹⁹: esaltato, da una parte, come un supremo baluardo, perché una volta espugnato, il patrimonio garantista a difesa di un corretto svolgimento del rapporto di lavoro sarebbe rimasto esposto al potere di fatto del datore di lavoro; criticato, dall'altra, come un retaggio obsoleto, perché una volta rimosso, il mercato del lavoro sarebbe risultato più fluido, con un *turnover* fisiologico, tale da diminuire il *gap* fra *insiders* e *outsiders*⁴⁰⁰.

³⁹⁹ Per una lettura radicale ma suggestiva della reintegrazione assicurata dal previgente art. 18 Stat. Lav. considerata tale da trasformare il diritto del lavoro dal diritto civile dei contratti in diritto sociale di cittadinanza, se ed in quanto "il processo capitalistico venga assoggettato ... ad una politica economica generale..." v. L. Cavallaro, *A cosa serve l'art. 18*, Roma, 2012.

⁴⁰⁰ V. nel primo senso V. SPEZIALE, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro*, op. cit., pag. 305 e segg. e nel secondo P. ICHINO, *Nuova disciplina dei licenziamenti tra property e liability rule*, Relazione introduttiva al Convegno promosso dal Centro Nazionale Studi di Diritto del Lavoro "Domenico Napoletano" a Pescara l'11 e il 12 maggio 2012, in *Dir. Prat. Lav.*, 2012, 25, pag. 1545 e segg.

L'Ocse, però, non ha cambiato idea, tant'è che nel capitolo dedicato all'Italia, nel lungo rapporto biennale *Going for Growth* 2013 invita Roma a "proseguire il riequilibrio della tutela del lavoro, spostandola dalla protezione del posto di lavoro a quella del reddito di lavoro". Infatti, "l'eccessiva tutela del posto di lavoro per alcune forme contrattuali e una rete di protezione sociale piuttosto frammentata hanno creato un mercato duale che ostacola una distribuzione efficiente della forza lavoro", v. in <http://www.oecd.org/eco/growth/going-for-growth-2013.htm>.

Dove non è riuscito il governo di centro-destra, con Berlusconi, è riuscito un governo “del Presidente”, che è solo un espediente chiamare “tecnico”, perché politico fino all’osso, per composizione e programma⁴⁰¹. Ma certo il fatto di avere una base parlamentare coatta, ma amplissima, con centro-destra, centro-sinistra e centro, tutti insieme, se pur da separati in casa, ha reso possibile passare riforme sgradite come quelle delle pensioni e del mercato del lavoro: tutti responsabili, nessun responsabile.

Certo non c’è solo l’art. 1; ci sono anche gli artt. 2 (“*Ammortizzatori sociali*”), 3 (“*Tutele in costanza di rapporto*”), 4 (“*Ulteriori disposizioni in materia di mercato di lavoro*”). Anzi dovrebbero essere tutti letti all’unisono, come componenti di una politica del lavoro all’insegna di quella *flexicurity* sperimentata nella lontana Danimarca, fatta propria dalla UE, reclamizzata in Italia: una suggestiva accoppiata di due espressioni contrastanti quali la flessibilità e la sicurezza, possibile solo in quanto predicate rispetto a due realtà diverse, cioè la flessibilità nel rapporto e la sicurezza nel mercato di lavoro⁴⁰².

Secondo questa formula la maggior facilità di perdere il posto sarebbe compensata da una politica passiva ed attiva del lavoro effettiva ed efficace: una continuità di reddito sufficiente in misura e durata; un’assistenza congrua nella ricerca di un altro posto, per via di orientamento, riqualificazione, mediazione fra domanda ed offerta. Ma ciò richiede sul versante dell’offerta di lavoro un’utenza fornita di elevata cultura civica, un’amministrazione dotata di grande efficienza, e *last but not least* una disponibilità finanziaria elevata; e in carenza di tutto questo gli artt. 2, 3 e 4, fra abbozzi e rinvii, si rivelano largamente insufficienti.

D’altronde, come insegna la stessa esperienza danese, è sul versante della domanda di lavoro che si gioca la partita decisiva, perché per quanto si voglia fluidificare, qualificare, motivare l’offerta, se non c’è crescita non c’è neppure mobilità da posto a posto, tramite un passaggio nel mercato destinato a rimanere temporaneo; e tantomeno c’è un’espansione occupazionale capace di assicurare un lavoro a chi è al suo ingresso su quel mercato, una volta compiuto il suo percorso scolastico e/o formativo.

2. La rivincita dell’intentio sulla ratio.

Nell’affrontare la l. n. 92/2012, bisogna prendere atto che essa condivide con tutta la legislazione

⁴⁰¹ Sul *trend* legislativo di revisione delle tutele nei confronti del licenziamento illegittimo culminato nel nuovo art. 18 St. lav. di cui all’art. 1, co. 42 l. n. 92 del 2012 v. G. AMOROSO, *La riforma della tutela reale per i licenziamenti illegittimi (testo provvisorio)*, relazione tenuta alla Scuola Superiore della Magistratura nel seminario “*La disciplina dei licenziamenti tra tradizione e innovazione*”, Scandicci - Firenze, 25-27 marzo 2013, sub. par. 3 del dattiloscritto. V. L. ZOPPOLI, *Flex/in security. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012, n. 92), prima, durante e dopo*, 2012, Napoli, pag. 81 e segg.

Sulla rivisitazione dell’art. 18 l. n. 300 del 1970 prima della riforma, v. F. CARINCI, *Discutendo intorno all’art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, I, pag. 35 e segg.; Id., *Provaci ancora Sam: ripartendo dall’art. 18 dello Statuto*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, I, pag. 1 e segg.; B. CARUSO, *Per un ragionevole, e apparentemente paradossale, compromesso sull’art. 18: riformarlo senza cambiarlo*, in *Working paper C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona*, 2012, n. 140.

Sui profili processuali v. P. Tosi, *L’art. 18 St. Lav. nel processo*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2008, 6, pag. 1345 e segg.

Per una completa analisi della giurisprudenza costituzionale v. L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell’epoca del bilanciamento tra i “principi” costituzionali*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2007, pag. 593 e segg.

⁴⁰² V. E. FABRIZI, V. PERAGINE, M. RAITANO, *Flessibilità e lavoro in Europa: la teoria economica e l’evidenza empirica*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro...*, op. cit., pag. 49 e segg.

sul mercato del lavoro emanata nel corso dell'ultimo quarto di secolo una gestazione tormentata ed una redazione compromissoria, ben testimoniata da una evidente carenza di sistematicità e di proprietà tecnica⁴⁰³.

Il che non esime affatto l'interprete dal procedere oltre una puntuale e severa ricognizione delle imprecisioni, contraddizioni, lacune; tutt'altro, perché costituisce un onere per lo studioso ed un obbligo per il giudice tradurre il linguaggio del legislatore, sì da renderlo comprensibile ed utilizzabile.

Sia chiaro: l'art. 12 delle *"Disposizioni sulla legge in generale"*, poste in testa al Codice Civile, rimane più che mai fondamentale in un ordinamento democratico fondato sul primato del Parlamento: il senso da attribuire alla legge è *"quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore"*. Ora, fermo restando che le *"parole"* costituiscono non solo il punto di partenza, ma anche il referente obbligato di tutto il percorso interpretativo c'è da ritornare sull' *"intenzione del legislatore"*, per riconsiderare la classica distinzione fra un'*intentio* soggettiva consegnata ai lavori preparatori ed una *ratio* oggettiva incorporata in testi normativi a loro volta incardinati dentro ai rispettivi sistemi di appartenenza.

Penso che in una stagione che si potrebbe battezzare con un'espressione alla moda di *"diritto liquido"*, l'*intentio* riacquisti una sua importanza a scapito di una *ratio* così poco intellegibile da essere manipolabile a piacere. Specie se questa *intentio* è considerata nella prospettiva di una tendenza già esplicitata nella legislazione precedente, se pur non senza una qual certa discontinuità dovuta all'alternanza fra centro-sinistra e centro-destra al Governo⁴⁰⁴.

Semplificando al massimo, sembra di poter individuare in tale tendenza una prima linea costituita da una sorta di stallo se non di riflusso con riguardo alla c.d. privatizzazione dell'impiego pubblico, realizzata nel decennio '90 e consacrata nell'art. 2, co. 2, primo periodo, d.lgs. n. 165/2001: cioè, quella riforma che puntava alla riconduzione alla casa comune costituita *"dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa"*, dell'intero universo del *"lavoro sotto padrone"*, fosse questo privato o pubblico. Con la c.d. legislazione Biagi, la l.d. 14 febbraio 2003, n. 30 e il d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, peraltro varate all'indomani della sua morte, il legislatore sceglie di intervenire tramite una modifica della

⁴⁰³ V., in generale, F. CARINCI, *Complimenti, dottor Frankenstein: Il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, op. cit., pag. 529 e segg.; G. FERRARO, *Un quadro d'insieme sulle tipologie contrattuali*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA, *Il nuovo mercato del lavoro ...*, op. cit., pag. 3 e segg.; E. GHERA, *Le finalità della riforma del mercato del lavoro Monti-Fornero*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro...*, op. cit., pag. 21 e segg.; U. ROMAGNOLI, *Verso un futuro che sa di antico*, in F. AMATO, R. SANLORENZO (a cura di), *La legge n. 92 del 2012*, op. cit., pag. 243 e segg.; T. TREU, *Riequilibrio delle tutele e flexicurity*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro...*, op. cit., pag. 22 e segg.

E con riguardo alla prospettiva europea v. S. SCIARRA, *Monitoraggio e valutazione: la riforma nella prospettiva delle politiche occupazionali europee*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro...*, op. cit., pag. 37 e segg.

⁴⁰⁴ Mi è ben chiaro che secondo la dottrina e la giurisprudenza dominante l'art. 12 delle Disposizioni Preliminari al Codice Civile viene interpretato con una prevalenza assegnata al *"significato proprio delle parole"* rispetto alla *"intenzione del legislatore"*, intesa non come volontà del *"legislatore"*, cioè *intentio*, ma come volontà della *"legge"*, cioè *ratio legis*. Ma l'esperienza pratica ci restituisce una tendenza a ridimensionare l'interpretazione letterale rispetto a quella logica, nonché autorizzare quest'ultima con una grandissima libertà largamente ispirata dalla politica del diritto perseguita: cfr. al riguardo A. GIULIANI, *Interpretazione della legge*, in P. RESCIGNO (diretto da), *Trattato di diritto privato*, I, Torino, 1982, pag. 218 e segg. e R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, pag. 387 e segg. Sicché a fronte di una accelerazione della produzione legislativa, la ricerca di una volontà del legislatore, come formatasi nel processo parlamentare e tradottasi nel testo definitivo, serve a conservare legittimazione democratica alla politica del diritto che ne risulta deducibile, specie se espressione di una tendenza riscontrabile nella pregressa legislazione dell'ultimo quindicennio.

preesistente disciplina comune, esplicitamente limitata al solo lavoro privato, con una delega alla concertazione fra il Ministro e le confederazioni sindacali per la armonizzazione con l'impiego pubblico (artt. 1, co. 2; 86, co. 8 d.lgs. n. 276/2003).

Il che trova la sua ragione e giustificazione nella natura stessa della modifica, tutta all'insegna di una maggiore flessibilità per il lavoro privato, che allora la si poté attuare solo in entrata, con la predisposizione a favore del datore di lavoro di una sorta di *self-service* di rapporti precari fra cui poter scegliere. Non senza, a quanto sembra, coltivare la riserva mentale di poter in un futuro prossimo attuarla anche in uscita, con una riscrittura dell'art. 18 St. lav.

Se, però la scrittura dell'art. 18 St. era già di per sé troppo rigida, a renderla ancor più tale, fino a fossilizzarla a tutto pro di una reintegra elargita a piena mani, sembrava essere una giurisprudenza "usa ed abusa" ad una discrezionalità a senso unico. Sicché, preclusa la possibilità di rimettere in discussione l'art. 18 St., l. 4 novembre 2010, n. 183 punterà a limitare tale discrezionalità in materia. In tale direzione si muoveva la valorizzazione delle clausole compromissorie a favore di una giurisdizione privata estesa anche al licenziamento, prima di essere bloccata con l'esplicita esclusione delle "controversie relative alla risoluzione del contratto di lavoro" (art. 30, co. 10). Ed in tale direzione si muove la stretta data sulle clausole generali, ivi comprese quelle relative al "recesso", per cui "il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente" (art. 30, co. 1); e riprodotta nella chiamata in causa della contrattazione collettiva, per cui "il giudice tiene conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi ovvero nei contratti individuali di lavoro ove stipulati con l'assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione..." (art. 30, co. 3).

Ora nella l. n. 92/2012 ritorna l'opzione per una modifica limitata al solo lavoro privato, se pure il suo art. 1, co. 7 e 8 siano meno chiari ed univoci degli artt. 1, co. 6 e 86, co. 8 del d.lgs. n. 92/2012. E ritorna, altresì, la scelta per una riduzione della discrezionalità del giudice, per mezzo di quel suo art. 1, co. 43 che rafforza l'art. 30, co. 1 l. n. 183/2010⁴⁰⁵ coll'aggiungervi "L'inosservanza delle disposizioni del presente articolo, in materia di limiti al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro, costituisce motivo di impugnazione per violazione di norme di diritto"⁴⁰⁶; nonché per tramite di quel suo art. 42, co. 4, che valo-

⁴⁰⁵ Sull'art. 30, v. in vario senso M.T. CARINCI, *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. 183/2010*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2011, n. 114; G. FERRARO, *Il controllo giudiziario sui poteri imprenditoriali*, in M. CINELLI, G. FERRARO, *Il contenzioso del lavoro. Nella legge 4 novembre 2010, n. 183*, Torino, 2011, pag. 3 e segg.; M. TREMOLADA, *Norme della l. n. 183/2010 in materia di certificazione e di limiti al potere di accertamento del giudice*, in M. MISCHIONE, D. GAROFALO, *Il collegato lavoro 2010. Commentario*, Assago, 2011, pag. 160.

⁴⁰⁶ Secondo l'opinione corrente tale aggiunta si limiterebbe a confermare un indirizzo legislativo (art. 27, co. 3 d.lgs. n. 276 del 2003 in tema di somministrazione di lavoro e art. 69, co. 3 d.lgs. n. 276 del 2003 in materia di contratto a progetto) e giurisprudenziale ormai consolidato, nel senso che sia sempre sindacabile per violazione di legge lo sconfinamento del giudice nell'ambito del potere imprenditoriale, senza potervi essere sottratto dal costituire questione di fatto, come tale non censurabile, laddove logicamente motivata: v. C. TOMIOLA, *I poteri del giudice*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, op. cit., pag. 215 e segg. e

rizza la contrattazione collettiva, col prevedere che in difetto di giusta causa o di giustificato motivo “Il giudice, nelle ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa ... perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ...”

Non v'è dubbio che oggi come ieri la strada maestra per limitare la discrezionalità del giudice sia pur sempre quella di una legge con una finalità chiara ed una lettera trasparente. Ma resta una strada assai difficile da battere in una democrazia parlamentare, dove domina la regola del compromesso fra ispirazioni, culture e politiche del diritto diverse, che deforma la tecnica redazionale al di là di ogni migliore intenzione, sì da rendere inevitabile quella tanto deprecata supplenza giudiziale che si vorrebbe imbrigliare con una legge ... malfatta⁴⁰⁷.

3. L'escluso: il pubblico impiego privatizzato. Gli artt. 1, co. 7, 8 e 42 l. n. 92/2012 e 51, co. 2 d.lgs. n. 165/2001.

Un primo banco di prova è offerto dal se la l. n. 92/2012 sia o meno applicabile al pubblico impiego privatizzato. A conferma della tendenza inaugurata dalla c.d. legislazione Biagi sembrerebbe da escluderlo in forza della portata e rilevanza della l. n. 92/2012, nonché della stessa gestazione dell'art. 1, co. 7 e 8⁴⁰⁸.

M. FERRARESI, *Il licenziamento per motivi oggettivi*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro...*, op. cit., pag. 261 e segg.

⁴⁰⁷ Sul progetto in itinere della l. n. 92 del 2012 v. F. CARINCI, *Complimenti, dottor Frankenstein: Il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, op. cit.; C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti individuali*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 3, pag. 547 e segg.; P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, op. cit.; A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, I, pag. 437.

⁴⁰⁸ A quanto mi risulta, a richiamare l'attenzione della magistratura del lavoro sulla possibile applicabilità dell'art. 18 Stat. Lav. al pubblico impiego privatizzato sono state alcune relazioni tenute a corsi organizzati dal CSM per i giudici del lavoro nel settembre e ottobre 2012: L. CAVALLARO, *La riforma Fornero ed i licenziamenti: questioni processuali*, Agrigento 21 settembre 2012 su “*La tutela del lavoratore tra novità normative e revirements giurisprudenziali*” e R. RIVERSO, *Indicazioni operative sul Rito Fornero (con una divagazione minima finale)*, ora pubblicato in *Lav. Giur.*, 2013, 1, pag. 17 e segg.

La tesi della non applicabilità è stata da me sostenuta in *Art. 18 St. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, op. cit., poi ripreso in *Pubblico impiego privatizzato e art. 18*, op. cit., per tener conto dell'ordinanza del Tribunale di Perugia del 9 novembre 2012 favorevole all'applicabilità del 18. L'ordinanza in parola è stata poi confermata in sede di reclamo da Trib. di Perugia in composizione collegiale, sez. lav., del 15 gennaio 2013 che ha dato occasione ad un dialogo di prossima pubblicazione su *Lav. Pubbl. Amm.*, 2012, 6 fra, favorevole all'ordinanza, L. CAVALLARO, *L'art. 18 St. Lav. e il pubblico impiego: breve (per ora) storia di un equivoco*, e, contrario, A. BOSCATI, *La difficile convivenza tra il nuovo art. 18 e il lavoro pubblico*. Ma v. ora anche Trib. S. M. Capua Vetere, ord., 26 marzo 2013, che si spinge fino a ritenere estendibile il suo co. 6, peraltro con riferimento al mancato rispetto del procedimento disciplinare previsto dal contratto di comparto; esclude l'applicabilità dell'art. 18 St. lav. e del rito Trib. Monza, ord., 28 febbraio 2013, inedita a quanto consta.

Si possono ricordare, inoltre, per l'inapplicabilità del “nuovo” art. 18 al pubblico impiego privatizzato S. CENTOFANTI, *Il diritto del lavoro nell'epoca del debito pubblico*, Roma, 2012, pag. 137; C. ROMEO, *La legge “Fornero” e il rapporto di impiego pubblico*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2012, 5, pag. 713 e segg.; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, op. cit., pag. 55; E. PASQUALETTO, *La questione del pubblico impiego privatizzato*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, op. cit., pag. 49 e segg.; P. SORDI, *Il licenziamento del dirigente pubblico*, in G. PELLACANI (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, op. cit., pag. 856. E per l'applicabilità, L. CAVALLARO, nei contributi sopra citati; P. CURZIO, *Il nuovo rito per i licenziamenti*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro...*, op. cit., pag. 411; C. MUSELLA, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA, *Il nuovo mercato del lavoro ...*, op. cit., pag. 359; A. TAPIERI, *Il licenziamento dei lavoratori delle pubbliche amministrazioni*, in G. PELLACANI (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, op. cit., pag. 825. e da ultimo F. MIANI CANEVARI, *Brevi osservazioni sugli aspetti processuali della riforma dell'art. 18 St. lav.*, di prossima pubblicazione in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, 3.

L'intera legge è stata pensata e costruita a misura del lavoro privato, come ben testimonia in apertura l'elencazione propagandistico-educativa delle finalità perseguite di cui al suo art. 1, co. 1, cioè la realizzazione di *“un mercato 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”*; poi confermata dalla successiva serie di misure previste a pro del contratto a tempo indeterminato, quale c.d. *“contratto dominante”*, dell'apprendistato, del contenimento del lavoro flessibile e dell'adeguamento del regime del licenziamento, dell'aggiornamento degli ammortizzatori sociali.

Sicché era assai facile dar per scontata la sua inapplicabilità all'impiego soggetto al d.lgs. n. 165/2001⁴⁰⁹. E solo quando la legge era ormai prossima ad essere varata, è emersa improvvisa e drammatica la consapevolezza che la prevista *“sostituzione”* dell'art. 18 ben poteva essere interpretata come estesa anche al pubblico impiego privatizzato. Ci fu un imbarazzante rimpallo di responsabilità fra il Ministro del lavoro ed il Ministro della pubblica funzione, cui toccò alla fine intervenire sia pur maldestramente, con quei due co. 7 e 8, assemblati in fretta e furia, proprio per evitare che quanto temuto ed osteggiato dall'intero movimento sindacale potesse verificarsi.

L'art. 1, co. 7 l. n. 92/2012, recita 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 ...”*. E il successivo co. 8 precisa chi, come e perché dovrebbe dedurre tali *“principi e criteri”*: il Ministro che *“sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative ... individua e definisce, anche mediante iniziative normative, gli ambiti, le modalità e i tempi dell'armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche”*.

Riecheggia la formula già utilizzata dal d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, che, all'art. 1, co. 2, diceva chiaramente che *“Il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale”*; ed all'art. 86, co. 8 aggiungeva che il *“Ministro della funzione pubblica convoca le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative ... per esaminare i profili di armonizzazione conseguenti alla entrata in vigore del presente decreto”*.

La politica del diritto perseguita è la stessa, anche se resa in maniera più pasticciata, cioè quella di ritornare su una disciplina nata o divenuta comune, per differenziarla, con una modalità, peraltro, peculiare: riguardo al lavoro privato, modificarla subito per legge; rispetto al lavoro pubblico privatizzato, mantenerla per l'intanto, con contestuale *“delega”* alla contrattazione collettiva per una futura *“armonizzazione”*.

Ma l'essere più pasticciata non è cosa irrilevante, tanto da provocare una vera e propria *querelle* interpretativa circa la portata della frase contenuta nel co. 7, *“Le disposizioni della presente legge,*

⁴⁰⁹ Come è evidente la riforma ha uno scopo strumentale quello di *“realizzare un mercato del lavoro inclusivo e dinamico”*, cioè di fluidificare il solo mercato del lavoro configurabile come tale, quello privato, attraverso una serie di interventi che lo riguardano tipicamente; ciò in vista di uno scopo finale, quello della creazione di occupazione, quantitativamente maggiore e qualitativamente migliore, correlata ad una crescita sociale ed economica. Sicché pare frutto di un fraintendimento sostenere che è incoerente l'aver limitato il ridimensionamento dell'art. 18 al settore privato, perché il problema costituito dal basso livello di produttività che condiziona la crescita è assai più serio in quello pubblico, come fa L. ZOPPOLI, *La riforma del mercato del lavoro vista dal Mezzogiorno, profili giuridico-istituzionali*, <http://www.giuslavoristi.it/sezioni-regionali/lazio/osservatorio-legge-922012/dottrina/297-prof-lorenzo-zoppoli>, pag. 11; ed ancor più assumerlo come argomento a favore dell'ampliamento dell'ambito del 18 dal lavoro privato all'impiego pubblico, come L. CAVALLARO, *L'art. 18 St. Lav. e il pubblico impiego: breve (per ora) storia di un equivoco*, op. cit.

per quanto da esse non espressamente previsto costituiscono principi e criteri". Senza aprire qui una lunga parentesi, mi sembra di poter ribadire che quel *"per quanto"* non può logicamente riferirsi a tutto quello che è regolato nel testo normativo, perché allora sarebbe da quel che non vi è regolato che si dovrebbe procedere a dedurre i detti *"principi e criteri"* per il pubblico impiego privatizzato. Deve riferirsi solo a quello che vi è disciplinato come previsto esplicitamente anche per il pubblico impiego privatizzato, che così viene direttamente ed immediatamente disciplinato (v. l'art. 1, co. 32, che sostituisce l'art. 70 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276; co. 38 che modifica l'art. 6 l. n. 604/1966).

Un'*intentio* radicata in una decennale tendenza legislativa, una interpretazione letterale, una tecnica praticabile e praticata, che cosa mai si dovrebbe volere di più, a meno che non si intenda far prevalere una politica del diritto non fatta propria e non propiziata dal legislatore, quale quella di recuperare una equiparazione *in pejus* fra lavoro privato ed impiego pubblico privatizzato. Tanto più che tale equiparazione *in pejus* non potrebbe valere per i dirigenti cui la Corte di Cassazione, per via di un'interpretazione acrobatica dell'art. 51 d.lgs. n. 165/2001, ha applicato il vecchio art. 18: com'è stato rilevato, la Corte costituzionale sembra ritenere necessario che sia assicurata loro una tutela reintegratoria, proprio per garantirne l'autonomia⁴¹⁰.

Ma proprio da quella stessa interpretazione letterale qui condivisa riparte chi esclude che il nuovo art. 18 sia applicabile al solo lavoro privato: se, a' sensi del co. 7, ricade sotto la l. n. 92/2012 quello che vi è regolato esplicitamente anche per il pubblico impiego privatizzato; allora ciò vale proprio per il nuovo art. 18, in forza del rinvio mobile di cui all'art. 51, co. 2 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165: *"La legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni ed integrazioni, si applica alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti"*. Dato che l'art. 51, co. 2 è a tutt'oggi in vigore, l'art. 18, così come modificato ed integrato dall'art. 1, co. 42 ss. l. n. 92/2012, varrebbe anche per il dipendente delle p.a. soggette al d.lgs. n. 165/2001.

Non c'è dubbio, un bell'argomentare. Ma, già a stare alla interpretazione letterale condivisa, risulta assai più ingegnoso che persuasivo: il co. 7 fa riferimento a quanto non espressamente previsto dalle disposizioni della stessa legge, quindi contenute nel nuovo art. 18, non nell'art. 51, co. 2 d.lgs. n. 165/2001; e, comunque, il rinvio mobile di cui a tale ultimo articolo vale solo se ed in quanto le successive *"modificazioni ed integrazioni"* non abbiano escluso di poter essere applicabili anche ai pubblici dipendenti privatizzati.

Se si ritiene che questo sia il senso del co. 7, ne segue che l'art. 1, co. 42, l. n. 92/2012 per cui *"a) la rubrica è sostituita ..."* e *"b) i commi dal primo al sesto sono sostituiti ..."* con riguardo all'art. 18 St. è da intendersi come limitato al lavoro privato: pone un problema non di abrogazione, ma di disapplicazione, per cui il vecchio testo non è soppresso, ma affiancato dal nuovo, che lo limita all'impiego pubblico privatizzato, col solo fatto di espropriarlo del lavoro privato⁴¹¹.

⁴¹⁰ Cfr. Corte cost. 24 ottobre 2008, n. 351, per la quale *"sul piano degli strumenti di tutela" "forme di riparazione economica, quali, ad esempio, il risarcimento del danno o le indennità riconosciute dalla disciplina privatistica in favore del lavoratore ingiustificatamente licenziato, non possono rappresentare, nel settore pubblico, strumenti efficaci di tutela degli interessi collettivi lesi da atti illegittimi di rimozione di dirigenti amministrativi"*: v. A. BOSCATI, *La difficile convivenza fra l'art. 18 e il lavoro pubblico*, op. cit., e P. SORDI, *Il licenziamento del dirigente pubblico*, in G. PELLACANI (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, op. cit., pag. 848 e segg.

⁴¹¹ Con riguardo alla distinzione tra disapplicazione e abrogazione, si veda la problematica sollevata dagli artt. 2, co. 2 *bis* e 72, co. 2 e segg. del d.lgs. n. 29 del 1993, su cui V. SPEZIALE, *L'abrogazione della legge da parte del contratto collettivo*, in F. CARINCI (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal d.lgs. 29/1993 alla Finanziaria 1995*. Commentario, t. I, Milano, 1995, pag. 123 e segg.

Per quanto questo possa suscitare un primo moto di istintivo rigetto, per il fatto di far convivere sotto il comune elemento distintivo di art. 18 dello Statuto dei lavoratori, un doppio testo, costituisce un modulo non solo tecnicamente fondato ma anche e soprattutto praticamente utilizzato. Quella politica di differenziazione di una regolamentazione prima comune, realizzata col mantenerla per il lavoro pubblico privatizzato e col modificarla solo per il lavoro privato per renderlo maggiormente flessibile, ha partorito non solo regimi ma anche disposti diversamente modulati a seconda degli ambiti di riferimento.

Lo ha fatto, ieri, il d.lgs. n. 276/2003, lo ha fatto, oggi, la l. n. 92/2012 con riguardo ai contratti di lavoro flessibile. Anche qui, dunque, sarebbe stato e sarebbe operante il rinvio dinamico fatto dall'art. 36, co. 2 d.lgs. n. 165/2001, che delega i *"contratti collettivi nazionali ... a disciplinare la materia dei contratti di lavoro a tempo determinato, dei contratti di formazione e lavoro, degli altri rapporti formativi e della somministrazione di lavoro..in applicazione di quanto previsto"* dai relativi testi normativi *"e successive modificazioni ed integrazioni"*, secondo un'elencazione considerata in dottrina non esaustiva, con l'identico risultato di ridurre ad un mero *flatus vocis* del legislatore quanto sancito dall'art. 1, co. 2 d.lgs. n. 276/2003 e dall'art. 1, co. 7 e 8, l. n. 92/2012⁴¹².

D'altronde il senso di quei co. 7 e 8 era già stato anticipato dall'accordo 11 maggio 2012 fra il Ministro della funzione pubblica e le tre grandi confederazioni, dove, fra l'altro, era evidente l'intento di mantenere per il licenziamento disciplinare ingiustificato la reintegra; e, ancor più, è stato confermato dalla l. 24 dicembre 2012, n. 228, c.d. di stabilità, art. 1, co. 400, dove è prevista la proroga dei contratti a termine in essere presso le pubbliche amministrazioni *"Nell'attesa dell'attuazione dell'art. 1, co. 8 della legge 28 giugno 2012, n. 92"*.

4. (segue): l'art. 1, co. 47 ss. l. n. 92/2012.

Non si è mancato, peraltro, di distinguere il destino dell'art. 18 St. lav. da quello del rito sommario⁴¹³, risultando difficile capire il perché un rito, introdotto nell'interesse comune per ottenere

⁴¹² Sul d.lgs. n. 276 del 2003 v. S. MAINARDI, *D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 e riforma del mercato del lavoro: l'esclusione del pubblico impiego*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2003, pag. 1069; mentre sulla l. n. 92 del 2012 v. C. SPINELLI, *le nuove regole del mercato del lavoro e la loro (in) applicabilità alle pubbliche amministrazioni*, in P. CHIECO (a cura di) *Flessibilità e tutele nel lavoro...*, op. cit., pag. 833: qui si dà atto dell'orientamento favorevole all'applicabilità delle disposizioni della legge n. 92 del 2012, espresso dal Ministero per la pubblica amministrazione con i pareri 12 settembre 2012, n. 37562 (con rispetto ai termini più lunghi previsti tra un contratto a termine ed un altro) e 25 settembre 2012, n. 38226 (con rispetto al lavoro autonomo), peraltro non confermato dal parere del 28 settembre 2012, n. 38845 (con rispetto al limite dei 36 mesi).

Nel senso che, nonostante l'art. 1, co. 7 e 8, le modifiche apportate dalla l. n. 92/2012 a discipline preesistenti applicabili al settore privato e pubblico valgano anche per i dipendenti dalle amministrazioni soggette al d.lgs. n. 165/2001 v. A. TAMPIERI, *Il licenziamento dei lavoratori delle pubbliche amministrazioni*, in G. PELLACANI (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, op. cit., pag. 824 e segg. e G. GENTILE, *I dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro ...*, op. cit., pag. 229 e segg.

⁴¹³ L'opinione assolutamente prevalente è per l'obbligatorietà del rito sommario: A. BOLLANI, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro ...*, op. cit., pag. 315; M. LEONE, A. TORRICE, *Il procedimento per la impugnativa dei licenziamenti: il legislatore strabico*, in F. AMATO, R. SANLORENZO (a cura di), *La legge n. 92 del 2012 ...*, op. cit., pag. 199; M. DE CRISTOFARO, G. GIOIA, *Il nuovo rito del licenziamento: l'anelito alla celerità per una tutela sostanziale dimidiata*, in C. CESTER, *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, op. cit., pag. 382 e segg.; L. DE ANGELIS, *Il processo dei licenziamenti tra principi generali e nuovo diritto: l'obbligatorietà e l'errore del rito ed il cumulo delle domande*, in *Foro It.*, 2013, 3, V, col. 101; C. MUSELLA, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA, *Il nuovo mercato del lavoro ...*, op. cit., pag. 349; M. DE LUCA, *Procedimento specifico in materia di licenziamenti: per una lettura coerente con la strumentalità del processo*, par. 3.3 del dattiloscritto, di prossima pubblicazione in *Arg. Dir. Lav.*; P. SORDI, *L'ambito di applicazione del nuovo rito per l'impugnazione dei licenziamenti e*

un responso celere circa il se il licenziamento intimato sia legittimo, debba essere esperibile o meno a seconda che il datore sia privato o pubblico. Tant'è che c'è chi considera sottratto al nuovo art. 18, ma, comunque assoggettato al rito sommario il pubblico impiego privatizzato⁴¹⁴.

Una soluzione compromissoria comprensibile. Ma l'art. 1, co. 42 e, rispettivamente, co. 47 ss. *simul stabunt e simul cadent*, per essere strettamente ed inscindibilmente connessi, come rende evidente non solo il loro collocamento sequenziale, ma anche e soprattutto il loro rapporto causale, costituito, quest'ultimo, dal collegamento esistente fra il "trasloco" a carico del lavoratore reintegrato del costo del tempo in cui è rimasto estromesso se superiore all'anno ed il varo di un processo accelerato⁴¹⁵. Il che non è rimesso in dubbio da qualche pur sottile argomento formale. Non lo è da quel ragionamento per cui l'art. 1, co. 8, nell'investire il Ministro del compito di definire "gli ambiti, le modalità e i tempi di armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche", lo farebbe solo per profili sostanziali, esclusi quelli processuali. Ma non lo è neppure da quell'altro ragionamento per il quale l'art. 1, co. 47, nel prevedere che le "disposizioni dei commi da 48 a 68 si applicano alle controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto", lo farebbe per le ipotesi regolate sia dal vecchio che dal nuovo testo dell'art. 18: dal vecchio, in quanto richiamato esplicitamente dal riferimento all'art. 18; dal nuovo, in quanto richiamato implicitamente dall'inserimento dell'inciso "e successive modificazioni", debitamente isolato fra due virgole, sì da risultare autonomo.

5. (segue): gli artt. 55 ss. d.lgs. n. 165/2001.

Il che potrebbe anche bastare, se non per convincere, almeno per far lievitare qualche dubbio. Ma, a questo punto, c'è da ripartire dall'art. 2, co. 2, primo periodo, d.lgs. n. 165/2001, riportandolo per intero: "I rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nelle imprese, salvo le diverse disposizioni contenute nel presente decreto, che costituiscono disposizioni a carattere imperativo".

Com'è evidente, nel rinvio alle "leggi sui rapporti di lavoro" ricomprende anche la l. n. 300/1970; sicché il successivo all'art. 51, co. 2 rende solo tale legge applicabile "a prescindere dal numero dei dipendenti". È il primo articolo ad estendere lo Statuto al pubblico impiego privatizzato; mentre il secondo sopprime quel limite dimensionale statutario che, posto all'inizio come unico dal

disciplina della fase di tutela urgente, ora in <http://astra.csm.it/incontri/relaz/24955.pdf>, seminario su "La Riforma del mercato del lavoro nella legge 28 giugno 2012, n. 92", Roma, 29-31 ottobre 2012, pag. 5; contra G. VERDE, *Note sul processo nelle controversie in seguito a licenziamenti regolati dall'art. 18 Statuto lavoratori*, relazione al Convegno *La nuova disciplina dei licenziamenti - Incontro di studio in memoria di Pasquale Picone* (Roma, Corte di Cassazione, Aula Magna, 11 dicembre 2012).

⁴¹⁴ P. SORDI, *L'ambito di applicazione del nuovo rito per l'impugnazione dei licenziamenti e disciplina della fase di tutela urgente*, op. cit., pag. 9 e segg.; G. GENTILE, *I dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro ...*, op. cit., pag. 228 e segg.; M. GERARDO, A. MUTARELLI, *Il licenziamento nel pubblico impiego dopo la Riforma Fornero (ovvero il cubo di Rubik)*, di prossima pubblicazione in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2012, 6; M. LEONE, A. TORRICE, *Il procedimento per la impugnativa dei licenziamenti: il legislatore strabico*, in F. AMATO, R. SANLORENZO, *La legge n. 92 del 2012 ...*, op. cit., pag. 201. Nello stesso senso Trib. Roma, ord., 23 gennaio 2013, inedita a quanto consta.

⁴¹⁵ Accelerato solo sulla carta, perché a' sensi dell'art. 1, co. 69 "Dall'attuazione delle disposizione di cui ai commi da 47 a 68 non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica ovvero minori entrate". Su una riforma a costo zero, quando la "sofferenza" era ed è dovuta a mancanza non di regole ma di risorse, la critica è generale, per tutti v. A. PALLADINI, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, I, pag. 655 e segg.

suo art. 35, sarà poi differenziato dalla l. n. 108/1990, la quale incorporerà nell'art. 18 quello attinente al licenziamento e manterrà nell'art. 35 quello riguardante il tit. III.

Ora, l'art. 2, co. 2 ancor prima ed ancor più dell'art. 51, co. 2 contiene un rinvio mobile, se pur implicito, cosicché a ritener privo di significato quanto scritto nei co. 7 e 8 dell'art. 1 l. n. 92/2012, ne dovrebbe seguire l'applicabilità al pubblico impiego privatizzato dell'intera legge, laddove non risultasse del tutto incompatibile.

C'è dell'altro, però. L'art. 2, co. 2 d.lgs. n. 165/2001, nel rinviare alle *"leggi sui rapporti di lavoro"* fa salve *"le diverse disposizioni contenute nel presente decreto, che costituiscono disposizioni a carattere imperativo"*. Ed imperative ed esaustive sono sempre state le norme di cui ora al tit. III del t.u. (*"Contrattazione collettiva e rappresentatività sindacale"*) sì da prevalere *in toto* su quelle di cui al tit. III dello Statuto (*"Dell'attività sindacale"*). Ed, ugualmente, imperative ed esaustive sono sempre risultate le norme sulla mobilità di cui ora agli artt. 33 ss. dello stesso t.u., sì da risultare valide in luogo di quelle in tema di licenziamento privo di giustificato motivo oggettivo di cui agli artt. 4 della legge 15 luglio 1966, n. 604 e 18 della l. n. 300/1970. E se pur sempre imperative, ma certo non esaustive prima della riforma Brunetta, attuata col d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, le norme sul licenziamento disciplinare, lo sono diventate dopo, con gli artt. 55 ss. d.lgs. n. 165/2001, sì da dar vita ad una regolamentazione auto-sufficiente, tale da poter giustificare sulla carta una nullità insanabile, già di per sé passibile di una reintegra c.d. di diritto comune, sì da non dover scomodare neppure il vecchio art. 18⁴¹⁶.

È lo stesso legislatore a dar per scontato che il nuovo art. 18 non sia riferibile al licenziamento disciplinare dell'impiegato pubblico privatizzato, tanto da tener presente solo la procedura prevista dall'art. 7, l. n. 300/1970, lasciando fuori completamente quella di cui all'art. 55 *bis* del d.lgs. n. 165/2001 (art. 1, co. 41; nuovo art. 18, co. 6). E sembra ribadire questo, *bon grè mal grè*, allorché sopprime nel passo dell'art. 18, co. 4 *"perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili"*, quel riferimento anche alla *"legge"*, che vi era inizialmente contenuto. Perché, se è assai dubbio che tale soppressione, chiesta a gran voce dalla Confindustria, possa precludere al giudice il ricorso all'art. 2106 c.c. con riguardo al lavoro privato, è certo che contribuisca a far escludere dall'ambito coperto da quel co. 4 l'impiego pubblico privatizzato, dove vige un codice disciplinare *ex lege*.

C'è chi di recente ha ritenuto di poter ricondurre la nullità derivante dalla trasgressione degli artt. 55 ss. d.lgs. n. 165/2001 dentro agli *"altri casi di nullità previsti dalla legge"* di cui all'art. 18, co. 1. È una soluzione ingegnosa, che permette di salvare la reintegra *"piena"* e di assicurare l'accesso al rito sommario per il pubblico dipendente privatizzato, sì da risultare estremamente attrattiva;

⁴¹⁶ Per la stagione precedente la Riforma Brunetta v. S. MAINARDI, *La responsabilità e il potere disciplinare*, in F. CARINCI, L. ZOPPOLI (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2004, pag. 856 e segg.; per quella successiva i contributi di S. MAINARDI, *Sanzioni disciplinari e (nuove) responsabilità dei dipendenti pubblici: dalla legge al contratto collettivo, e ritorno*, pag. 461 e segg., C. SPINELLI, *I limiti sostanziali all'esercizio del potere disciplinare nel lavoro pubblico. Il licenziamento disciplinare*, pag. 477 e segg., S. MAINARDI, A. LIMA, *Il procedimento disciplinare e i rapporti con il procedimento penale*, pag. 493 e segg., tutti in F. CARINCI, S. MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico. Commentario al D. Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, aggiornato al "Collegato lavoro"*, Milano, 2011.

ma pur sempre esposta ad una duplice riserva: la prima, di tradire i co. 7 e 8; la seconda, di forzare l'art. 1, co. 1-3, fino a ricomprendere sotto un regime tagliato a misura del licenziamento discriminatorio anche quello disciplinare regolato dal d.lgs. n. 165/2001 in modo del tutto specifico⁴¹⁷.

Sempre alla luce dei co. 7 e 8, sembrerebbe problematica l'applicabilità della sola modifica rilevante per il pubblico impiego fra quelle introdotte dall'art. 1, co. 37 ss. alla l. n. 604/1966: la riduzione del termine di decadenza di cui all'art. 6 l. n. 604/1966 da "duecentosettanta" a "centottanta giorni", effettuato dal co. 38. Ma il co. 38 è seguito da un co. 39 che precisa valere il nuovo termine *"in relazione ai licenziamenti intimati dopo l'entrata in vigore della presente legge"*, cioè a tutti senza distinguo alcuno.

6. Il processo di formazione a strati sovrapposti del "nuovo" art. 18 St. lav.

L'art. 1, co. 42 recita testualmente: *"All'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300 sono apportate le seguenti modificazioni: a) la rubrica è sostituita dalla seguente 'Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo'; b) i commi dal primo al sesto sono sostituiti dai seguenti: ..."*. La svolta è resa evidente dalla stessa sostituzione della rubrica dell'art. 18: non più *"Reintegrazione nel posto di lavoro"*, ma *"Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo"*⁴¹⁸.

6a. Si parla di *"Tutela del lavoratore"*, perché la tutela viene prevista secondo una sequenza a *décalage*, in ragione della sua rilevanza ed incisività. Stando ad una classificazione qui recepita con un'unica variante⁴¹⁹, c'è una duplice forma di reintegra in decrescendo: quella *"piena"* disciplinata ai co. 1-3, comprensiva di una indennità risarcitoria *"commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quella dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative"*, ma, comunque, non meno di cinque mensilità; e quella *"attenuata"* disciplinata al co. 4 e richiamata al co. 7, comprensiva di un'indennità risarcitoria *"commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento a quello della effettiva reintegrazione sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore ha percepito, nel periodo di estromis-*

⁴¹⁷ A. BOSCATI, *La difficile convivenza tra il nuovo art. 18 e il lavoro pubblico*, op. cit., considera abrogato il vecchio art. 18 in forza della stessa lettera dell'art. 1, co. 42, che parla di "sostituzione": *"All'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, sono apportate le seguenti modificazioni: a) la rubrica è sostituita dalla seguente: «Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo»; b) i commi dal primo al sesto sono sostituiti dai seguenti ..."*. Ma al tempo stesso giudica inapplicabile il nuovo art. 18, co. 4 ss. in quanto incompatibile con la disciplina imperativa di cui agli artt. 55 ss. d.lgs. n. 165 del 2001; la cui violazione comporta, peraltro, una nullità inquadabile fra gli "altri casi ... previsti dalla legge" ex art. 18, co. 1-3, con conseguente applicazione della reintegra *"piena"* ivi contemplata. Peraltro è lo stesso A. a segnalare *"due aspetti di tensione con la specialità della disciplina del settore pubblico"*, comuni al vecchio e al nuovo art. 18: la deduzione dell'*aliunde perceptum*, essendo precluso al pubblico dipendente lo svolgimento di un lavoro concorrenziale nel periodo fra il licenziamento e il ritorno in servizio; la possibilità di optare per l'indennità sostitutiva, essendo la reintegra effettiva rispondente ad una finalità pubblica secondo la già vista Corte cost. 24 ottobre 2008, n. 351.

⁴¹⁸ Sul testo di tale articolo nel progetto di legge v. C. CESTER, *Il progetto di riforme della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, op. cit., pag. 547 e segg.

⁴¹⁹ V. M.T. CARINCI, *Il diritto del lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity 'all'italiana' a confronto*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2012, 136, pag. 527 e segg.: l'unica variante è data dal riferirsi alla indennità risarcitoria come *"forte"* e *"debole"* anziché come *"forte"* e *"dimidiata"*.

sione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione”, ma comunque, per non più di dodici mesi (co. 4 e co. 7 per rinvio).

E c'è, poi, una duplice forma d'indennità risarcitoria alternativa alla reintegra, sempre in decrescendo: quella “forte”, regolata dal co. 5, come “*omnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero di dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione a tale riguardo*”, con la variante prevista dal co. 7, per cui “*oltre dei criteri di cui al quinto comma, delle iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di una nuova occupazione e del comportamento delle parti nell'ambito della procedura di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604*”; quella “debole”, regolata dal co. 6, come “*omnicomprensiva determinata, in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale, tra un minimo di sei ed un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, con onere di specifica motivazione a tale riguardo*”⁴²⁰.

6b. E si considera applicabile tale tutela “*in caso di licenziamento illegittimo*”, perché essa viene tendenzialmente estesa all'intero universo del licenziamento *contra legem*, se pur con un diverso ambito, risultando applicabile anche al dirigente e al di sotto del previsto limite dimensionale nel caso di licenziamento orale o viziato a' sensi del co. 1.

Il che è reso evidente dal co. 1, che include, oltre al licenziamento discriminatorio in senso stretto, anche quello intimato in costanza di matrimonio o effettuato in violazione delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità o riconducibile ad altri casi di nullità o determinato da un motivo illecito. Ed è confermato dal co. 7, che ricomprende, come licenziamento privo di giustificato motivo oggettivo, oltre a quello economico ingiustificato, anche quello basato su una inidoneità fisica o psichica del lavoratore rivelatasi inesistente, cui aggiunge il licenziamento fondato su un superamento del periodo di comportamento dimostratosi erroneo.

Nonostante la sua apparente simmetria, questa tutela a *décalage* non è figlia di una visione organica e coerente, ma di una progressiva ritirata⁴²¹ rispetto all'intenzione iniziale di mantenere la tutela reale solo per il licenziamento illecito od orale, ritenuto nullo e sanzionato con una reintegra “piena” (co. 1-3). Ma, poi, sotto la pressione del Pd e della Cgil, si è dovuto recuperare il licenziamento privo di giusta causa o di giustificato motivo soggettivo, cioè disciplinare: giudicato annullabile nelle ipotesi di “*insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra fra le*

⁴²⁰ V., per una panoramica generale, condotta con una diversa prospettiva, S. CENTOFANTI, *Il diritto del lavoro nell'epoca del debito pubblico*, op. cit., pag. 79 e segg.; A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei lavoratori*, op. cit., pag. 415 e segg.; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, op. cit., pag. 41 e segg.; C. CESTER, *I quattro regimi sanzionatori del licenziamento illegittimo fra tutela reale riveduta e nuova tutela indennitaria*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, op. cit., pag. 59 e segg.; O. MAZZOTTA, *I nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA, *Il nuovo mercato del lavoro ...*, op. cit., pag. 235 e segg.

⁴²¹ Di “progressiva ritirata” parla esplicitamente F. SANTINI, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo soggettivo*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro ...*, op. cit., pag. 238.

condotte punibili con una sanzione conservativa ..., con reintegra “attenuata” (co. 4); e considerato efficace “*nelle altre ipotesi*”, con corresponsione di un’indennità risarcitoria “forte” (co. 5).

Col che si sperava di aver chiuso la partita riguardo al licenziamento illegittimo per vizio sostanziale, sì da poter procedere oltre, liquidando il licenziamento illegittimo per vizio formale (diverso dal difetto di forma scritta) e procedimentale, come “inefficace” solo a parole, ma efficace a pieno titolo, come tale idoneo a far cessare il rapporto al solo costo di una indennità risarcitoria “debole” (co. 6).

Una falsa illusione, perché subito si sarebbe dovuto riapirla, per il licenziamento privo di giustificato motivo oggettivo, peraltro con un distinguo. Da un lato, quello intimato per un’inidoneità fisica o psichica del lavoratore, cui accomunare l’altro per un superamento del periodo di comporto, se rivelatosi sprovisto di congrui riscontri positivi, è soggetto al regime di cui al co. 4, quindi annullabile e sanzionabile con una reintegra “attenuata”; quello, invece, effettuato per una ragione economica, se dimostratosi sfornita di sufficienti elementi probatori, rimane sottoposto allo stesso regime di cui al co. 4 nella sola ipotesi di “*manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento*”, mentre si considera efficace “*nelle altre ipotesi*”, con corresponsione di un’indennità “forte” (co. 7).

7. La radicale svalutazione del vizio formale del licenziamento.

Ne risulta una formazione costruita secondo una stratificazione successiva non programmata, ma pur sempre espressiva di una duplice linea di pensiero. La prima è quella di una radicale svalutazione del vizio formale – diverso dal difetto di forma scritta – e procedimentale, quale dato dalla “*violazione del requisito di motivazione di cui all’art. 2, comma 2, della legge 15 luglio 1966, n. 604 e successive modificazioni, della procedura di cui all’art. 7 della presente legge o della procedura di cui all’articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604*” (co. 6), che, come visto, rende il licenziamento a parole inefficace, ma a fatti pienamente efficace, con una modica monetizzazione. L’espressione utilizzata risulta assai ampia e generica, tanto da sembrare ricomprendere allo stesso titolo un’assenza totale e una carenza di specificità della motivazione, tale da risultare insufficiente, incompleta, generica; così come una mancanza assoluta e una inosservanza più o meno grave e rilevante della previa procedura richiesta⁴²².

Il che risulta incoerente con una legge che ha reintrodotto una previa procedura conciliativa, con l’esplicita finalità di vincolare il datore a chiarire in contraddittorio la fondatezza e la natura di *extrema ratio* del licenziamento economico effettuato, di cui tener conto in una eventuale successiva controversia giudiziale (art. 1, co. 40, con sostituzione dell’art. 7 l. n. 604/1966). E che ha prescritto che “*La comunicazione del licenziamento deve contenere la specificazione dei motivi che lo hanno determinato*” per qualsiasi datore, (art. 1, co. 37, con sostituzione dell’art. 2, co. 2 l. n. 604/1966), con l’espressa finalità di obbligare il datore a evidenziare il tipo di licenziamento prescelto, disciplinare od economico, cui ricollegare il diverso regime ex art. 18, co. 4, 6 e 7⁴²³.

⁴²² Circa il problema se “la violazione ... della procedura di cui all’art. 7 della presente legge” riguardi anche la regolamentazione introdotta dalla contrattazione collettiva di categoria, si da comportare l’applicabilità del co. 6: v. in senso positivo A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all’art. 18 Statuto dei lavoratori*, op. cit., pag. 433 e segg.

⁴²³ Sottolinea che “l’uso del termine ‘specificazione’ rende l’obbligo del datore di lavoro più stringente, perché i motivi non vanno solo indicati, ma ‘specificati’” G. CANNELLA, *I licenziamenti con vizi di forma e di procedura*, in F. AMATO, R. SANLORENZO (a cura di), *La legge n. 92 del 2012* ..., op. cit., pag. 180.

Incoerente con rispetto al testo legislativo, contraddittorio con riguardo al sistema in tema di assenza o carenza di motivazione del licenziamento. Sia questo disciplinare od economico, ne consegue un trattamento differente irragionevole, perché più pesante per il datore “piccolo” rispetto a quello “medio-grande” e “grande”. Mentre nel caso di licenziamento orale opera la nullità di cui all’art. 18, co. 3, con la reintegra “piena” qualunque sia il datore; nel caso diverso di licenziamento privo di specifica motivazione scatta l’inefficacia “vera” ex art. 2, co. 3 l. n. 604/1966, con reintegra c.d. di diritto comune, e, rispettivamente, “falsa”, a seconda che il datore sia al di sotto o al di sopra del limite dimensionale statutario⁴²⁴.

Se, poi, il licenziamento è disciplinare, quanto previsto dall’art. 18, co. 6 contrasta non solo con l’*acquis* della Corte costituzionale circa la rilevanza “di civiltà” della previa contestazione; ma anche col recepimento da parte della giurisprudenza della c.d. teoria del parallelismo o sufficienza delle tutele, per cui devono essere le stesse per la carenza della procedura e della giustificazione. Qui, invece, per la carenza della procedura c’è solo un’indennità risarcitoria “debole”, se pur questa ben potrebbe rivelarsi relativa ad un licenziamento ingiustificato, come tale passibile di reintegra o, comunque, di un’indennità risarcitoria “forte”⁴²⁵.

Ne risulta del tutto ridimensionata quella tempestività, completezza, immodificabilità della contestazione, che, pur non essendovi esplicitamente prevista, la giurisprudenza ha considerato ricavabile in via interpretativa dalla *ratio* dell’art. 7 l. n. 300/1970⁴²⁶. È fin troppo facile pronosticare una qualche allergia da parte dei giudici a far propria una lettera per la quale un datore di lavoro che abbia omesso in tutto od in modo rilevante di svolgere la previa procedura o di redigere la contestuale motivazione, possa costituirsi in giudizio come nulla fosse, col solo costo in partenza di una indennità risarcitoria debole.

Ben potranno i giudici sollevare anche d’ufficio un’eccezione di costituzionalità; o proporre un’interpretazione adeguatrice; o condurre una lettura del co. 6 alla luce del co. 4, col non ammettere il datore di lavoro ad assolvere l’onere della prova a suo carico, ritenendo *ipso facto* insussistente il “fatto contestato” ... perché non contestato⁴²⁷; o più semplicemente, dar debita importanza all’inadempienza del datore in sede di valutazione delle prove.

⁴²⁴ Sulla frattura creata rispetto alla modellistica civilistica e sulla irragionevolezza della diversità di disciplina così creata a seconda della dimensione del datore di lavoro, tale da richiedere una chiamata in causa della Corte costituzionale v. C. PISANI, *Le conseguenze procedurali del licenziamento disciplinare dopo la legge n. 92 del 2012*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, 2, pag. 264 e segg.

⁴²⁵ Sembra, invece, ritenere che la cosiddetta teoria del parallelismo o sufficienza delle tutele sia qui “in qualche modo” riecheggiata M. D’ONGHIA, *I vizi formali e procedurali del licenziamento*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro...*, op. cit., pag. 370 e segg.

⁴²⁶ C. PISANI, *Le conseguenze procedurali del licenziamento disciplinare dopo la legge n. 92 del 2012*, op. cit., pag. 267 e segg. distingue nettamente fra tempestività della contestazione e della comunicazione del licenziamento, considerando la prima inclusa e la seconda esclusa dall’art. 7 l. n. 300/1970; ma non altrettanto con riguardo all’eventuale tardività: se quella della contestazione si prospetta non come lesione del diritto di difesa del lavoratore, ma come implicita manifestazione di tolleranza da parte del datore (perché priva di qualsiasi giustificazione) comporta come quella della comunicazione del licenziamento (purché “vera”, cioè consistente) la sanzione dell’indennità risarcitoria non ex co. 6, “debole”, ma ex co. 5, “forte”.

Da parte loro F. ROSSI, B. DE MOZZI, *I licenziamenti inefficaci*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, op. cit., pag. 200 e segg., ritengono anche la tempestività della comunicazione del licenziamento inclusa nell’art. 7 l. n. 300/1970, ma condividono la stessa tesi circa la tardività della contestazione del licenziamento.

⁴²⁷ Cfr. G. AMOROSO, *La riforma della tutela reale per i licenziamenti illegittimi (testo provvisorio)*, op. cit., sub par. 9 del dattiloscritto; G. CANNELLA, *I licenziamenti con vizi di forma e di procedura*, op. cit., pag. 187; M. MARAZZA, *L’art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei*

Certo è previsto a chiusura, che quanto sopra vale “*a meno che il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti che vi è anche un difetto di giustificazione, nel qual caso applica, in luogo di quelle previste dal presente comma, le tutele di cui ai commi quarto, quinto o settimo*”. Se pur questa lettera del co. 6 non risulta chiara come quella corrispondente del successivo co. 7, sembra prospettabile in astratto la possibilità per il lavoratore di limitarsi nel ricorso a contestare il vizio formale quando il licenziamento non sia stato preceduto da alcuna procedura, né accompagnato da alcuna motivazione; così da consigliare di attendere che cosa farà il datore per avanzare una domanda *ad hoc*. Anche se il lavoratore potrebbe già nel ricorso richiedere l’annullamento del licenziamento, se si condividesse quanto sopra sostenuto circa il fatto che il mancato svolgimento del procedimento disciplinare comporti di per sé l’insussistenza del fatto “contestato”⁴²⁸; e, comunque, resta solo tenuto a fornire elementi di fatto che facciano presumere l’esistenza di un licenziamento disciplinare, che tocca, poi, al datore di lavoro escludere⁴²⁹.

8. La disciplina del vizio sostanziale in chiave di “scusabilità dell’errore del datore”.

La seconda linea di pensiero leggibile nella formazione a stratificazione successiva dell’art. 18 è quella di una valutazione del vizio sostanziale nei termini di una “scusabilità dell’errore del datore” in caso di licenziamento illegittimo: nessuna, per quello discriminatorio o determinato da motivo illecito ex art. 1345 c.c.; media se non alta, per quello disciplinare; massima, per quello economico.

Il legislatore recupera dal passato le nozioni che servono a qualificare un licenziamento come illegittimo, fra cui in particolare quelle di giusta causa ex art. 2119 (“*una causa che non consenta la prosecuzione anche provvisoria del rapporto*”) e di giustificato motivo ex art. 3 l. n. 604/1966 (“*un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro ovvero da ragioni inerenti all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa*”); ma duplica la precedente sanzione per carenza di giustificazione, col riservare a specifiche ipotesi la reintegra, sì da lasciare per tutte le altre solo l’indennità risarcitoria⁴³⁰.

È possibile che un legislatore frettoloso non potesse evitare questa soluzione ibrida, ché altrimenti avrebbe dovuto rimettere in discussione nozioni collaudate come quelle di giusta causa e di giustificato motivo. Ma è perlomeno dubbio che tali nozioni non finiscano per risentire delle specifiche ipotesi previste per riconoscere la reintegra, come elaborate ed utilizzate nella pratica; sì da uscirne dilatate o ridimensionate rispetto alle letture correnti⁴³¹.

lavoratori, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 3, pag. 612 e segg. *Contra* M. D’ONGHIA, *I vizi formali e procedurali del licenziamento*, op. cit., pag. 372.

⁴²⁸ Cfr. al riguardo G. CANNELLA, *I licenziamenti con vizi di forma e di procedura*, op. cit., pag. 188 e segg.

⁴²⁹ Così M. D’ONGHIA, *I vizi formali e procedurali del licenziamento*, op. cit., pag. 373.

⁴³⁰ È questa una interpretazione del tutto pacifica, tanto da potersi limitarsi a citare M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle grandi intese: riflessioni su un compromesso necessario*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, 2012, n. 164 e in corso di pubblicazione in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, I.

Per una panoramica sulla dottrina previgente v. F. LUNARDON, F. SANTINI, *Giusta causa e giustificato motivo di licenziamento*, in M. MISCHIONE (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro. Commentario*, t. III, Torino, 2007, pag. 231 e segg.

⁴³¹ Rileva la forzatura dell’utilizzazione della terminologia P. TULLINI, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giuridico di controllo*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, I, pag. 155; e si mostra perplessa rispetto alla tranquillità con cui si osserva che “le causali del recesso ... non sono state modificate ma restano intatte nel loro significato e contenuto giuridico”.

È certo, invece, che la linea sopra battezzata come della “scusabilità del licenziamento illegittimo” risente della tesi di partenza, di una monetizzazione a tutto campo del difetto di giusta causa o di giustificato motivo, di cui rappresenta una versione attenuata; per cui la parte datoriale è costretta alla reintegra solo se tale difetto risulta non scusabile. Ma essa mostra la corda, proprio laddove il legislatore le vorrebbe dare piena visibilità, col creare una continuità del tutto fittizia fra l’ “*insussistenza del fatto contestato*”, di cui al co. 4 (licenziamento disciplinare) e la “*manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento*” di cui al co. 7 (licenziamento economico).

Il punto di vista da cui mettersi *vis-à-vis* di un licenziamento ingiustificato è intrinsecamente diverso: quello del lavoratore nel licenziamento disciplinare, dove tiene banco il suo inadempimento; quello del datore nel licenziamento economico, dove rimane al centro la sua scelta organizzativa.

Ora, ridurre il tutto al punto di vista del datore, quale costituito dalla “scusabilità” del licenziamento illegittimo da lui intimato, disciplinare od economico, appare estremamente forzante e discutibile. Il che non risulta occultato dal ricorso alla sequenza della “insussistenza” e della “manifesta insussistenza”, che suscita l’impressione di riferirsi ad un’alternativa addirittura graduata fra essere e non essere di un qualcosa ricostruito sempre e comunque come “fatto”, senza tener conto che di fatto in senso proprio è possibile parlare per quello “*contestato*” di cui al licenziamento disciplinare, non certo per quello “*posto a fondamento del licenziamento*” economico.

9. (segue): la tendenziale conversione della reintegra da regola aurea esclusiva ad eccezione.

Comunque, *hoc iure utimur*. Se l’*intentio legis* è stata chiamata in causa prima per leggere l’art.1, co. 7 e 8, certo lo deve essere ora per interpretare l’art. 1, co. 42 di quella stessa l. n. 92/2012, che ci offre il nuovo testo dell’art. 18. Ed essa ci ritorna la stessa risposta offertaci dalla lettera, che, cioè, proprio l’adozione della linea della “scusabilità dell’errore del datore” in caso di licenziamento illegittimo per un vizio sostanziale, guida quel ridimensionamento della reintegra a favore della indennità risarcitoria, che procede dal co. 1 al co. 7: dal licenziamento discriminatorio ecc. al licenziamento economico ingiustificato⁴³².

La reintegra resta come regola esclusiva nelle ipotesi di cui al co. 1, con a capofila il licenziamento discriminatorio di cui all’art. 3, l. 11 maggio 1990, n. 108; ma cessa di essere regola anche solo prevalente per il licenziamento ingiustificato di cui ai co. 4, 5 e 7 dello stesso art. 18. Non è, dunque, condivisibile alcuna tesi per la quale la mera carenza di giusta causa o giustificato motivo conduca di per sé ad una reintegra quasi automatica: non la tesi “scoperta”, secondo cui l’assenza di giustificazione si trasforma di per sé in presenza di una discriminazione; ma neppure quella “coperta” per cui l’assenza di giustificazione si trasforma di per sé in “*insussistenza del fatto contestato*” o in “*manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento*”.

⁴³² Sull’inesistenza di vincoli costituzionali o comunitari alla modifica della tutela reale v. C. CESTER, *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, op. cit., pag. 6 e segg. D’altronde la Corte costituzionale ha sempre confermato la legittimità della duplice disciplina costituita dalla tutela reale ed obbligatoria: Corte cost. 6 marzo 1974, n. 55, Corte cost. 6 giugno 1975, n. 152, Corte cost. 8 luglio 1975, n. 189, Corte cost. 8 gennaio 1986, n. 2, Corte cost. 25 luglio 1989, n. 427, Corte cost. 13 maggio 1993, n. 240, Corte cost. 23 febbraio 1996, n. 44.

Si tratta, però, di un ridimensionamento della reintegra di cui riesce assai più chiaro il senso complessivo del discorso piuttosto che ogni suo singolo passaggio. Di fatti, escluderne la permanenza come regola prevalente per il licenziamento ingiustificato, non significa affatto farne *a priori* un'eccezione residuale⁴³³, a prescindere dalla lettera dei commi 4, 5 e 7 dell'art. 18 che lo regolano distintamente nei suoi diversi tipi. Bisogna verificare attentamente la lettera che ha dato forma alla soluzione compromissoria tradotta con riguardo al licenziamento disciplinare ed economico, alla fine di una lunga e tormentata gestazione.

Comunque, si prospetta una duplice ricaduta potenziale della retrocessione della reintegra operata dal nuovo art. 18 St. lav.: la prima, sulla prescrizione, che la costante giurisprudenza costituzionale ha ritenuto decorrere anche in pendenza di un rapporto di lavoro, solo se ed in quanto assistito da tutela reale, perché tale da escludere quel timore reverenziale che blocca il lavoratore fino al termine del rapporto medesimo⁴³⁴; la seconda, sulla distribuzione dell'onere della prova, che la Cassazione, Sezioni unite, ha ridistribuito fra datore e lavoratore secondo il principio per cui la tutela reale costituisce la regola e l'obbligatoria l'eccezione⁴³⁵.

10. Il licenziamento discriminatorio e per motivo illecito ex art. 1345 c.c. (art. 18, co. 1-3).

Ad uno sguardo rapido il licenziamento di cui ai primi tre commi del nuovo art. 18 sembra essere in continuità con il passato, eccezion fatta per una riconduzione sotto la sua copertura di fattispecie che prima non lo erano per l'opinione dominante, come il licenziamento *"intimato in concomitanza col matrimonio ai sensi dell'articolo 35 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198, o in violazione dei divieti di licenziamento di cui all'articolo 54, commi 1, 6, 7 e 9, del testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, e successive modificazioni"*; oppure lo erano per una certa giurisprudenza, come il licenziamento *"determinato da motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 c.c."* cui ora viene aggiunto, come norma di chiusura, il licenziamento *"riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge"*. E non è pensabile che il rinvio al solo carattere determinante del motivo illecito

⁴³³ "Reintegrazione ... destinata ad entrare in funzione residuale", come ritiene A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei lavoratori*, op. cit., pag. 437.

Accenna a un venir meno della "sacralità" del principio della reintegrazione nel nostro ordinamento M. MAGNANI, *Genesi e portata di una riforma del lavoro*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, op. cit., pag. 13; mentre si limita a parlare di "una rivoluzione a macchia di leopardo dell'area della tutela reale" P. TOSI, *L'improbabile equilibrio tra rigidità "in entrata" e flessibilità "in uscita" nella legge n. 92/2012 di riforma del mercato del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 4-5, pag. 831. Sul concetto generale di "stabilità" v. M. BALLESTRERO, *Il valore e il costo della stabilità*, in *Lav. Dir.*, 2007, 3, pag. 389 e segg.

⁴³⁴ Per la tesi di gran lunga maggioritaria è da dubitare, se non da escludere, che la prescrizione decorra in pendenza del rapporto di lavoro: v. S. CENTOFANTI, *Il diritto del lavoro nell'epoca del debito pubblico*, op. cit., pag. 139 e segg.; P. ALBI, *Il campo di applicazione della nuova disciplina dei licenziamenti. Diversificazione del sistema rimediale ed effetti sulle garanzie dei diritti*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro ...*, op. cit., pag. 386; C. CESTER, *I quattro regimi sanzionatori del licenziamento illegittimo fra tutela reale rivisitata e nuova tutela indennitaria*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, op. cit., pag. 77; M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, op. cit., pag. 621; O. MAZZOTTA, *I nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA, *Il nuovo mercato del lavoro ...*, op. cit., pag. 243 e segg.; A. PALLADINI, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, op. cit., pag. 660; S. MATTONE, *La marginalità della stabilità del posto di lavoro e la prescrizione dei crediti di lavoro*, in F. AMATO, R. SANLORENZO (a cura di), *La legge n. 92 del 2012*, op. cit., pag. 224 e segg.

⁴³⁵ Cass., Sez. Un., 10 gennaio 2006, n. 141, in *Foro It.*, 2006, I, col. 704, secondo cui la tutela reale costituirebbe la regola e quella obbligatoria l'eccezione, ai fini della distribuzione degli oneri probatori.

escluda quello esclusivo, essendo tale rinvio effettuato *tout court* nei confronti dell'art. 1345 c.c. nel suo testo integrale, sicché il motivo illecito deve essere oggi come ieri determinante ed esclusivo⁴³⁶.

Per tutte le fattispecie contemplate, ai sensi del co. 1, *“il giudice...ordina al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente addotto e quale che sia il numero di dipendenti occupati dal datore di lavoro. La presente disposizione si applica anche ai dirigenti”*. Dunque, sembrerebbe nessuna significativa soluzione di continuità, se si prescinde da una conferma della tendenza espansiva della tutela statutaria, peraltro in parte già anticipata non solo dalla dottrina, ma anche dalla giurisprudenza. Ma, come è stato sottolineato ed enfatizzato *ad abundantiam*, la discontinuità è tutta nell'essere le fattispecie menzionate nel co. 1 le uniche a conservare quella reintegra “piena” una volta condivisa, sì da esercitare una irresistibile attrazione, oggi, sulla dottrina e, domani, sulla pratica.

In dottrina c'è stato un tentativo ambizioso, di far del co. 1 il buco nero dell'intero art. 18, capace di attrarre a sé quasi ogni tipo di licenziamento ingiustificato, in quanto di per sé illecito⁴³⁷. Ma ce n'è in corso un altro, meno ambizioso, ma più rischioso anche perché radicato nel passato, di fare di quello stesso co. 1 il contenitore di un licenziamento discriminatorio restituito al suo pieno significato e ruolo, quali riconosciutigli dal diritto comunitario.

Sì è detto e scritto che l'aver considerato distintamente il *“licenziamento ... discriminatorio ai sensi dell'articolo 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108”* e, appunto, il licenziamento *“determinato da motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 c.c.”* produrrebbe un effetto ben preciso: quello, cioè, di recuperare all'interno dell'art. 18, co. 1-3 il licenziamento discriminatorio nel senso e rilievo riconosciutogli nel filone legislativo anti-discriminatorio, sottraendolo al licenziamento per motivo illecito, dove sarebbe rimasto fino ad oggi imprigionato secondo l'indirizzo giurisprudenziale dominante⁴³⁸.

Proprio quell'esplicito distinguo operato nell'art. 18, co. 1 fra licenziamento discriminatorio e licenziamento determinato da motivo illecito dovrebbe confermare quanto di contro già ampiamente sostenuto in dottrina: di un assoggettamento del primo licenziamento al regime di cui all'indirizzo normativo ricalcato sul diritto comunitario avverso atti e comportamenti contrari alla

⁴³⁶ Così P. CHIECO, *Il licenziamento nullo*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro...*, op. cit., pag. 292 e segg. Peraltro, considerano problematico il rinvio al solo carattere determinante M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, op. cit., pag. 615; G. VIDIRI, *La riforma Fornero: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, I, pag. 630 e segg.

⁴³⁷ M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi ...*, op. cit.: tesi certo originale, ma tale da stravolgere la stessa lettera del nuovo art. 18, tanto da essere unanimemente criticata; cfr. C. CESTER, *La riforma della disciplina dei licenziamenti: principi generali e tecniche normative*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, op. cit., pag. 21 e segg. e V. SPEZIALE, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro ...*, op. cit., pag. 331 e segg.

⁴³⁸ In tal senso v. A. PALLADINI, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, op. cit., pag. 662 e segg. e M. T. CROTTI, M. MARZANI, *La disciplina del licenziamento per motivi discriminatori o illeciti*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro ...*, op. cit., pag. 223 e segg.

parità di trattamento in ragione delle ipotesi discriminatorie tipiche ivi previste; ed eventualmente di un mantenimento del secondo sotto il regime di cui all'art. 1345 c.c. in relazione ad ipotesi discriminatorie atipiche o non discriminatorie, ma ugualmente illecite⁴³⁹.

Se così fosse, ne conseguirebbe un vero e proprio rovesciamento dell'indirizzo giurisprudenziale maturato con riguardo al licenziamento ritorsivo assoggettato all'art. 1345 c.c., ma meritevole in quanto discriminatorio dello speciale regime statutario⁴⁴⁰. Indirizzo, questo, che coglie appieno il profondo significato ispiratore dell'art. 18 di presidio del principio di giustificazione, per cui al datore di lavoro basta provare l'esistenza di una giusta causa e di un giustificato motivo; solo qualora non riesca resta esposto alla contro-prova del lavoratore circa la presenza di un licenziamento ritorsivo/discriminatorio, caratterizzato dall'*animus nocendi* e dal carattere esclusivo.

11. (segue): dall'art. 4, l. n. 604/1966 all'art. 18, co. 1

Dando per scontato l'*input* proveniente dal diritto comunitario, che ha dato vita ad un filone legislativo ingrossatosi nel corso del tempo, interessa qui ricostruire in breve il cammino compiuto dal licenziamento discriminatorio, a partire da quell'art. 4 della legge 15 luglio 1966, n. 604 secondo cui *"Il licenziamento determinato da ragioni di credo politico o fede religiosa, dall'appartenenza ad un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacali è nullo, indipendentemente dalla motivazione offerta"*, che resta a tutt'oggi fondamentale, fino alla sua attuale incorporazione nel nuovo art. 18⁴⁴¹.

È la l. n. 300/1970 ad introdurre, con la rubrica del suo art. 15, l'espressione *"atti discriminatori"*, considerando al co. 1 *"nullo qualsiasi patto e atto diretto"* ai fini di discriminazione sindacale quali previsti sotto le lett. a) e b), fra cui *"licenziare un lavoratore ... a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero"*; ed estendendo al co. 2 quanto previsto dal co. 1 *"ai patti o atti diretti a fini di discriminazione politica o religiosa"*.

Qui si passa da *"determinato da"* di cui all'art. 4, l. n. 604/1966 a *"diretto a"*, termine che riecheggia quei *"comportamenti diretti a ..."* dell'art. 28 dello stesso Statuto, rispetto a cui l'indirizzo giurisprudenziale dominante evolverà progressivamente dall'elemento intenzionale/soggettivo a quello teleologico/oggettivo. Quel che rileva al momento è il testo dell'art. 18 co. 1, che, nel prevedere anche l'ipotesi di una dichiarazione di nullità del licenziamento, la limita a quella sola prevista dall'art. 4 l. n. 604/1966, sì da lasciar fuori l'altra contemplata dall'art. 15 della l. n. 300/1970.

⁴³⁹ Cfr. G. BOLEGO, *Il licenziamento discriminatorio tra motivo illecito e frode alla legge*, in A. VISCOMI (scritti raccolti da), *Diritto del lavoro e società multi-culturale*, Napoli, 2011, pag. 679 e segg.; A. LASSANDARI, *Il licenziamento discriminatorio*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. BESSONE, vol. XXIV, *Il lavoro subordinato* a cura di F. CARINCI, t. III, *Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzia dei diritti*, coordinato da S. MAINARDI, Torino, 2007, pag. 151; L. CORAZZA, *Il licenziamento discriminatorio*, in *Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F. CARINCI, t. III, *Il rapporto di lavoro subordinato: garanzie del reddito, estinzione e tutela dei diritti*, a cura di M. MISCIONE, Torino, 2007, pag. 350 e segg.; G. DE SIMONE, *Dai principi alle regole. Eguaglianza e divieti di discriminazione*, Torino, 2001. Dopo la l. n. 92/2012, cfr. G. DE SIMONE, *Tra il dire e il fare. Obiettivi e tecniche delle politiche per il lavoro femminile nella riforma Fornero*, in *Lav. Dir.*, 2012, pag. 589; L. CALAFÀ, *Sul licenziamento discriminatorio*, in F. AMATO, R. SANLORENZO (a cura di) *La legge n. 92 del 2012...*, op. cit., pag. 114 e segg.; P. CHIECO, *Il licenziamento nullo*, op. cit., pag. 277 e segg.; E. TARQUINI, *I licenziamenti discriminatori*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro ...*, op. cit., pag. 253 e segg.; M. T. CROTTI, M. MARZANI, *La disciplina del licenziamento per motivi discriminatori o illeciti*, op. cit., pag. 221 e segg.

⁴⁴⁰ Su tale giurisprudenza oltre agli AA. citati nella nota precedente, cfr. da ultimo C. PEDERZOLI, *Licenziamento pretestuoso e motivo illecito. Una incerta linea di confine*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, II, pag. 362 e segg.

⁴⁴¹ Se pur precedente l'incorporazione nel nuovo art. 18 v. F. SAVINO, *La tutela contro i licenziamenti discriminatori: un percorso accidentato*, in M.V. BALLESTRERO (a cura di), *La stabilità nel diritto vivente*, Torino, 2009, pag. 81 e segg.

Sarà, però, la l. n. 300/1970 ad essere chiamata in causa per allungare la lista delle discriminazioni tipizzate, via via che la legislazione anti-discriminatoria decollerà, a cominciare dalla legge 9 dicembre 1977, n. 903, la quale, al suo art. 15, sostituisce l'art. 15, co. 2 l. n. 300/1970, sì da fargli recitare: *“Le disposizioni di cui al comma precedente si applicano altresì ai patti o atti diretti ai fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua e di sesso”*.

Fin qui si resta sempre al di fuori non solo dell'art. 18, l. n. 300/1970, che, fra l'altro, continua a contemplare la sola nullità prevista dall'art. 4, l. n. 604/1966; ma anche della tutela previstavi, la quale viene estesa dall'esterno al *“licenziamento discriminatorio”* solo dalla legge 11 maggio 1990, n. 108, col suo art. 3: *“1. Il licenziamento determinato da ragioni discriminatorie ai sensi dell'art. 4 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e dell'art. 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificato dall'art. 13 della legge 9 dicembre 1977, n. 903, è nullo indipendentemente dalla motivazione addotta e comporta, quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro, le conseguenze previste dall'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificato dalla presente legge. Tali disposizioni si applicano anche ai dirigenti”*.

Viene in rilievo il fatto che si parli di licenziamento *“determinato da ragioni discriminatorie”* sia per l'art. 4, l. n. 604/1966 che per l'art. 15, l. n. 300/1970, qui accomunandone le relative fattispecie per essere entrambe *“determinate da”* e non *“dirette a”*, sì da dare l'idea di prevalenza dell'elemento intenzionale/soggettivo rispetto a quello teleologico/oggettivo e riconducibili a *“ragioni discriminatorie”*.

Dopodiché, con l'avanzare della legislazione anti-discriminatoria, si ritorna ad allungare la lista delle discriminazioni tipizzate, per via di una ulteriore integrazione dell'art. 15, co. 2 l. n. 300/1970, effettuata dall'art. 4, co. 1 d. lgs. 9 luglio 2003, n. 216: *“dopo la parola ‘sesso’ sono aggiunte le seguenti: ‘di handicap, di età o basata sull’orientamento sessuale o sulle convinzioni personali’”*.

Ed ecco al termine del lungo percorso, il nuovo art. 18, co. 1 incorporare al suo interno il licenziamento discriminatorio ai sensi dell'art. 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108, cioè, come visto il *“licenziamento determinato da ragioni discriminatorie ai sensi dell'art. 4 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e dell'art. 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300”*, distinguendolo dal licenziamento per motivo illecito ex art. 1345 c.c.

12. (segue): l'alternatività delle tutele offerte dall'art. 18 e dalla legislazione anti- discriminatoria.

Ora, né l'itinerario pregresso né il testo attuale di questo co. 1 legittimano a ritenere che il legislatore abbia voluto mutuare dalla legislazione anti-discriminatoria non solo le *“ragioni”*, intese come causali tipiche di illiceità, ma anche le fattispecie e soprattutto le discipline processuali relative agli oneri probatori.

12a. Con riguardo alle fattispecie, c'è da tenere presente che quando il co. 1 considera discriminatorio il licenziamento effettuato *“ai sensi dell'articolo 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108”*, ne fa propria la definizione di un licenziamento *“determinato da...”*, che, come visto, appare privilegiare l'elemento intenzionale/soggettivo rispetto a quello teleologico/oggettivo; e, comunque, esclude qualsiasi rilievo dell'effetto, potenziale od attuale, com'è tipico delle fattispecie definite dalla legislazione anti-discriminatoria. Volendo, se ne può trovare una conferma letterale

nel co. 6, laddove, parlando di *“licenziamento ...determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari”*, si usa il termine *“determinato”* allo stesso modo e titolo per le ragioni discriminatorie e disciplinari, così se non equiparate, certo assimilate in termini di delimitazione delle fattispecie.

Mentre nelle fattispecie discriminatorie riveste significato, ben al di là dell'intento e dello stesso scopo perseguito, anche l'effetto prodotto in modo diretto ed indiretto in termini di trattamento dispari rispetto ad un dato gruppo di riferimento: così, in via esemplare, per l'art. 43, co. 1 d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, c.d. testo unico sull'immigrazione, viene in rilievo *“ogni comportamento che, direttamente o indirettamente comporti una distinzione, esclusione, restrizione o preferenza ... e che abbia lo scopo o l'effetto”*; e per l'art. 25, co. 1 e 2 d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198, codice sulle pari opportunità, *“Costituisce discriminazione diretta... qualsiasi ... atto ...o comportamento, nonché l'ordine di porre in essere un atto o un comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando le lavoratrici o i lavoratori in ragione del loro sesso e, comunque, il trattamento meno favorevole rispetto a quello di un'altra lavoratrice o di un altro lavoratore in situazione analoga”* e *“discriminazione indiretta ...quando ... un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri mettono o possono mettere i lavoratori di un determinato sesso in una posizione di particolare svantaggio rispetto a lavoratori dell'altro sesso ...”*.

12b. Con rispetto alle discipline processuali, c'è da richiamare quanto già detto, che, cioè, il nuovo art. 18 si ripropone con l'identico spirito e ruolo di cui alla l. n. 604/1966, di strumento al servizio del principio di giustificazione del licenziamento, per cui è il datore chiamato in prima battuta a dar una prova dell'esistenza della giusta causa o del giustificato motivo, che, qui, coerentemente, è *“piena”*. Se non la dà, si espone ad un duplice rischio: quello certo, di ricevere una sanzione, oggi, modulata fra reintegra ed indennità risarcitoria; quello possibile, di vedere provato dal lavoratore la presenza di un motivo discriminatorio, oggi come ieri, rilevante né più né meno che come motivo illecito ex art. 1345 c.c., con tutto quel che ne consegue quanto all'*animus nocendi* ed al ricorso alle presunzioni semplici⁴⁴².

Mentre il tipico procedimento antidiscriminatorio si caratterizza per l'intento e il rilievo come strumento al servizio del principio di una non disparità di trattamento per ragioni ritenute illegittime, per cui è il lavoratore chiamato in prima battuta a dare una prova della presenza della discriminazione, così *“attenuata”* da potersi risolvere in pratica in un'automatica inversione dell'onere: per l'art. 40, co. 1 d.lgs. n. 198/2006, c.d. codice delle pari opportunità, sono sufficienti *“elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico ... idonei a fondare, in termini precisi e concordanti, la presunzione di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso...”*; e per l'art. 28, co. 4, d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150 bastano *“elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori ...”*, con riguardo a ragioni diverse da quella del sesso).

⁴⁴² Nel senso che *“resta a carico del lavoratore provare l'intento discriminatorio”*, v. G. VIDIRI, *La riforma Fornero: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, op. cit., pag. 629; mentre per O. MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 St. lav.*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA, *Il nuovo mercato del lavoro ...*, op. cit., pag. 246 continua ad agire *“il sillogismo giurisprudenziale, secondo cui la giustificazione del recesso fa necessariamente aggio sulla sua discriminatorietà”*, ma esposto al rischio di un suo prossimo superamento.

Se si ritenesse che attraverso il recupero all'interno dell'art. 18, co. 1 di quella "nullità" del licenziamento discriminatorio, già ricondotta sotto la copertura sanzionatoria del vecchio art. 18 in forza dell'art. 3 l. n. 108/1990, gli sia ora applicabile l'intero filone legislativo varato anti-discriminatorio; ne seguirebbe non solo un mero rovesciamento dell'indirizzo giurisprudenziale consolidato, ma con esso un vero e proprio stravolgimento del testo statutario. Basterebbe al lavoratore far valere una ragione discriminatoria - che, anche a considerare l'elencazione legislativa tassativa, appare ormai dilatabile a piacere, per esservi state ricomprese le "convinzioni personali" - e supportarla con elementi di fatto quali quelli sopra previsti; basterebbe questo, per costringere il datore a provare non l'esistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo, ma l'inesistenza di una discriminazione considerata e valutata tale in base alla sua mera ricaduta oggettiva in termini di una disparità di trattamento, accertabile secondo la regola del *tertium comparationis* anche tramite una prova statistica.

Non vale chiamare a sostegno il passo del co. 1 per cui il "*licenziamento ...discriminatorio*" lo è "*indipendentemente dal motivo formalmente addotto*", riecheggiante quello dell'art. 3 l. n. 108/1990, "*indipendentemente dalla motivazione addotta*"; perché se ne può dedurre solo che il motivo disciplinare od economico addotto dal datore deve essere provato, altrimenti può ben essere ravvisato un altro motivo, peraltro su domanda del lavoratore.

Il che trova conferma nel già richiamato ultimo periodo del co. 7: "*Qualora, nel corso del giudizio, sulla base della domanda formulata dal lavoratore, il licenziamento risulti determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari, trovano applicazione le relative tutele previste dal presente articolo*". Per dargli un qualche senso, c'è da ritenere che il legislatore abbia così voluto tranquillizzare chi riteneva essere il licenziamento economico lo schermo ideale per occultarne qualche altro, al tempo stesso più difficilmente giustificabile e più pesantemente sanzionabile; e lo abbia fatto, permettendo che, a fronte di un accertamento negativo del motivo economico, il lavoratore possa chiedere di verificare se esista una ragione discriminatoria o un motivo disciplinare, qui con la stessa distribuzione dell'onere della prova già vista con riguardo alla formula utilizzata dal co. 6.

13. (segue): diritto nazionale e diritto comunitario.

Ne segue che il distinguo fra licenziamento discriminatorio e licenziamento per motivo illecito di cui all'art. 18, co. 1, non sottrae affatto il primo all'art. 1345 c.c.; serve solo a confermarne l'ampio ambito applicativo: oltre alle ipotesi tipizzate dall'art. 4 l. n. 604/1966 e dall'art. 15, co. 2, della stessa legge n. 300/1970, anche quelle non tipizzate, se pur la progressiva estensione delle prime fino a ricomprendere le "convinzioni personali" sia venuta a ridurre al massimo la rilevanza delle seconde⁴⁴³.

D'altronde il richiamo congiunto al licenziamento nullo "*perché riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinato da motivo illecito*" ex artt. 1343 e 1345 c.c. è espressivo del preciso intento di non lasciare fuori alcunché di giuridicamente riprovevole dall'ombrello aperto dal co. 1, sia dato questo dal mancato rispetto di un disposto imperativo o dal perseguimento di uno scopo illecito.

⁴⁴³ Sdrammatizza la questione largamente dibattuta in dottrina sulla tassatività o meno dell'elencazione legislativa E. PASQUALETTO, *I licenziamenti nulli*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, op. cit., pag. 91.

Chiamare in causa il diritto comunitario non serve a nulla, perché non può regolare direttamente il licenziamento a' sensi dell'art. 153, lett. d) TFUE; e lo fa indirettamente, in quanto configurabile come comportamento anti-discriminatorio previsto dalle direttive emanate al riguardo. Direttive, queste, che hanno trovato "piena" attuazione in leggi apposite, le quali prevedono non solo fattispecie, ma anche procedure giudiziarie in tutto e per tutto conformi, come quelle di cui al codice delle pari opportunità e, rispettivamente, all'art. 28, d.lgs. n. 150/2011.

Risulta del tutto legittimo in sede di attuazione, tener distinte fattispecie e procedure, col prevederne alcune riservate al licenziamento ingiustificato, dove a rilevare è il motivo discriminatorio, accertato in base all'*animus nocendi*; ed altre, relative al comportamento discriminatorio, dove a contare è lo stesso effetto di un trattamento differenziato irragionevole, verificato in base al criterio del *tertium comparationis*.

Il che riesce oggi tanto più vero, dato il varo di un rito sommario ad uso e consumo esclusivo dell'art. 18, con un contrasto dottrinale già *in progress* sul se, a fronte di un licenziamento discriminatorio, si debba far ricorso obbligatoriamente a tale rito oppure a quello previsto dalla specifica disciplina antidiscriminatoria rilevante *in casu*. Credo che il lavoratore possa scegliere, fermo restando che ciascun ricorso resta vincolato ai suoi presupposti e ai suoi riti. Sicché, qualora egli opti per il rito sommario previsto per l'art. 18, potrà contare sulla rete di sicurezza costituita dalla impossibilità o difficoltà da parte del datore di lavoro di dar prova che c'è una giusta causa o un giustificato motivo; e se tale prova fallisce, potrà far ricorso a presunzioni semplici per sostenere l'esistenza di un motivo discriminatorio o illecito. Mentre, qualora opti per il rito contemplato dalla specifica normativa antidiscriminatoria, non potrà contare su tale rete di sicurezza, ma potrà avvalersi della disciplina ivi prevista in termini di fattispecie definite in base non solo allo scopo ma anche all'effetto, di oneri della prova attenuati al massimo, di danni non patrimoniali risarcibili, di provvedimenti giudiziari sanzionati penalmente⁴⁴⁴.

14. Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo soggettivo: "l'insussistenza del fatto contestato" (art. 18, co. 4-5).

Se i primi tre commi del nuovo art. 18 non sembrano offrire alcun significativo cambiamento, lo fanno i commi 4 e 5 con riguardo al licenziamento disciplinare, qui confermato *apertis verbis* nel suo carattere "ontologico" attribuitogli un trentennio fa da Corte cost. n. 204/1982⁴⁴⁵.

Secondo un giudizio largamente condiviso fino ad apparire scontato i co. 4-5 prevedono per il giudice un primo tratto di strada identico a quello percorso fino a ieri. A seguito del ricorso del lavoratore, il datore è chiamato a provare che quanto addebitato al lavoratore come inadempimento, cioè come comportamento imputabile ed intenzionale tenuto in contrasto col contenuto

⁴⁴⁴ Per la perdurante applicabilità dell'art. 28, co. 4 d.lgs. n. 150 del 2011 v. G. AMOROSO, *La riforma della tutela reale per i licenziamenti illegittimi (testo provvisorio)*, cit., sub par. 7 del dattiloscritto; P. CHIECO, *Il licenziamento nullo*, op. cit., pag. 288 e segg. Mentre E. PASQUALETTO, *I licenziamenti nulli*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, op. cit., pag. 98 e segg., ritiene altamente improbabile che dopo il varo del rito sommario di cui all'art. 1, co. 47 ss. l. n. 92/2012, sia ancora applicabile al licenziamento discriminatorio quello di cui all'art. 28 d.lgs. n. 150/2011, sì che il lavoratore non può più avvalersi di quanto ivi previsto ai suoi co. 4 e 5 con riguardo all'onere della prova ed al risarcimento del danno non patrimoniale; A. BOLLANI, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro ...*, op. cit., pag. 313 e segg. lo esclude recisamente.

⁴⁴⁵ Trattasi della storica Cass., Sez. Un., 1 giugno 1987, n. 4823, in *Foro It.*, 1987, I, col. 2031, con nota di M. DE LUCA, *I licenziamenti disciplinari dalla Corte Costituzionale alle Sezioni Unite: opzione per la tesi "ontologica", chiara definizione dei ruoli, coerente assetto delle fonti*.

obbligatorio del suo rapporto, non solo esiste ma integra gli estremi della giusta causa e del giustificato motivo subbiiettivo quali definiti dall'art. 2119 c.c., come una *“causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria del rapporto”* e dall'art. 3, l. n. 604/1966, come un *“notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del lavoratore”*.

L'inadempimento è un “fatto” che acquisisce tratto identitario e rilievo solo se e come contestato e addotto a motivo del licenziamento, cioè ricostruito e rappresentato dal datore. Mentre le nozioni di giusta causa e giustificato motivo sono “norme generali” o “clausole generali”, cioè individuate e definite dal giudice, che, a' sensi dell'art. 30, co. 2 della legge 4 novembre 2010, n. 183 dovrebbe guardare alla contrattazione collettiva: *“Nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento il giudice tiene conto delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi ovvero nei contratti individuali ove stipulati con l'assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione...”*. Formula, questa, anodina, che rivela sì l'intenzione del legislatore di limitare la discrezionalità del giudice ancorandola alla contrattazione collettiva, ma qui con la precisa consapevolezza di non poter andar oltre ad un “tiene conto”, peraltro già del tutto scontato in giurisprudenza; e, comunque, come si vedrà, resta figlia della stagione del vecchio art. 18, tanto da risultare non coerente rispetto a quella attuale del nuovo art. 18 St. lav.

Ora quel che il giudice faceva e fa è di verificare il fatto/inadempimento alla luce delle clausole generali. Stando al consolidato insegnamento della Suprema Corte, tale verifica deve essere effettuata secondo un approccio pluri-fattoriale⁴⁴⁶, tale da permettere di misurarne il rilievo colposo quale fatto non isolato, ma collocato nel contesto del rapporto di lavoro in essere: sia con riguardo al lavoratore, come dato dal pregresso disciplinare, dall'inquadramento, dal posto occupato, dal comportamento successivo ecc.; sia con rispetto al datore, come offerto dal modello organizzativo, dall'esistenza di un qualche precedente, dallo stato del rapporto interpersonale ecc.

Da questo approccio, che considera l'inadempimento addebitato al lavoratore nel quadro delle aggravanti e delle attenuanti emerse nel processo, filtrandolo attraverso il criterio di proporzionalità, emerge il giudizio sintetico circa il suo “grado” di gravità: se ritenuto tanto “grave” da impedire il proseguimento anche provvisorio del rapporto o, comunque, “notevole”, giustificherà il licenziamento.

Solo che se il grado di inadempimento non viene ritenuto sufficiente per far giudicare il licenziamento ingiustificato, tutto cambia, perché il giudice non può più limitarsi ad annullarlo, con una reintegra “piena” come era abituato a fare; ma deve effettuare una scelta. Questa dipende dal perché abbia ritenuto ingiustificato il licenziamento: se per *“insussistenza del fatto contestato”* o, comunque, per non riconducibilità del *“fatto fra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili”*, lo

⁴⁴⁶ Richiama e valorizza il contesto multi-fattoriale R. PEZZUTO, *Brevi note sull'insussistenza del fatto nel licenziamento disciplinare in base al testo dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970, siccome modificato dalla legge n. 92 del 2012 (Legge Fornero)*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, 2, pag. 278.

annulla, con condanna alla reintegra “attenuata”; se per “*altre ipotesi*”, lo conferma, con condanna alla indennità risarcitoria “forte”.

Questa è una disciplina imperativa bidirezionale, che non può essere rimessa in discussione *in melius* dalla contrattazione collettiva; ma neppure *in pejus* da quella contrattazione collettiva di prossimità prevista dell’art. 8 d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito in legge 14 settembre 2011, n. 148, estesa anche alle “conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro”, se pur con le eccezioni ivi previste, dato che la l. n. 92/2012 è al tempo stesso successiva e speciale⁴⁴⁷.

Qui è l’*intentio* del legislatore a confermarci la direzione di marcia verso una reintegra ridimensionata, ma non dirci di per sé quale sia qui la tappa effettivamente raggiunta, perché questa deve risultare compatibile con la formula compromissoria utilizzata. Sulla base dell’*intentio* e della lettera non risultano sostenibili valutazioni tanto sbrigative quanto inconcludenti, quali quelle per cui il filtro delle due condizioni previste per la reintegra lascerebbe passare solo il licenziamento “a torto marcio” o “pretestuoso”⁴⁴⁸. La prima espressione si commenta da sé; la seconda si rifà ad una pregressa giurisprudenza che sembra dar rilevanza all’intenzione sottesa al licenziamento, che, comunque la si valutasse ieri, certo non è richiamabile oggi per *bypassare* la verifica oggettiva delle condizioni richieste per la reintegra.

Sull’ “*insussistenza del fatto contestato*” c’è stata una battaglia interpretativa, passata alla storia come quella del “*fatto materiale*” contro il “*fatto giuridico*”, cioè, per dirla più semplicemente e chiaramente, della mera condotta contro la condotta imputabile e colposa⁴⁴⁹. Ora, far propria la

⁴⁴⁷ V. F. CARINCI, *Al capezzale del sistema contrattuale: il giudice, il sindacato, il legislatore*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2011, 6, pag. 1137 e segg.; G. FERRARO, *Il contratto collettivo – Dopo l’art. 8 del decreto n.138/2011*, ivi, 2011, pag. 1249 e segg.; A. PERULLI, V. SPEZIALE, *L’articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la “rivoluzione di Agosto” del Diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, 2011, n. 132; V. LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della crisi*, relazione svolta al XVII Convegno Aidlass 7-9 giugno 2012, Pisa su “*Il diritto del lavoro al tempo della crisi*”; O. MAZZOTTA, “*Apocalittici*” e “*integrati*” alle prese con l’art. 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148: il problema della disponibilità del tipo, in *Lav. Dir.*, 2012, pag. 19 e segg.; G. VIDIRI, *L’art. 8 della legge n. 148/2011: un nuovo assetto delle relazioni industriali*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, I, pag. 102 e segg.

⁴⁴⁸ Per l’espressione “a torto marcio” cfr. A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, op. cit., pag. 57 e segg.; mentre per quella di “assoluta pretestuosità del licenziamento” A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all’art. 18 Statuto dei lavoratori*, op. cit., pag. 437.

⁴⁴⁹ Se non a provocare, certo ad accelerare il dibattito è stato Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012, pubblicata, oltre che, come ricordato su *Arg. Dir. Lav.*, con nota sostanzialmente adesiva di F. CARINCI, cit., anche su *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, II, pag. 1049 e segg., con note variamente critiche di M.T. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, R. ROMEI.

Secondo una classificazione approssimativa, che forza dentro una distinzione secca e radicale tesi diverse, si può dire che di massima sono a sostegno del “fatto materiale”, nel senso di privilegiare l’elemento oggettivo costituito dalla condotta, peraltro a volte attenuandolo o contestualizzandolo: R. DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, II, pag. 1067; P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, in <http://www.pietroichino.it/?p=21020>; A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all’art. 18 Statuto dei lavoratori*, op. cit., pag. 440; M. PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, I, pag. 1 e segg.; C. PISANI, *L’ingiustificatezza qualificata del licenziamento: fattispecie e oneri probatori*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2012, pag. 744; M. TREMOLADA, *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo e per giusta causa*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, op. cit., pag. 119 e segg.; G. VIDIRI, *La riforma Fornero: la (in)certeza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, op. cit., pag. 637 e segg.

Mentre sono a sostegno del “fatto giuridico”, nel senso di recuperare l’elemento soggettivo rappresentato dalla colpa, si da equipararlo all’inadempimento: F. CARINCI, *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, op. cit.; M.T. CARINCI, *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e giustificato motivo soggettivo: i presupposti applicativi delle tutele previste dall’art. 18 St. lav. alla luce dei vincoli imposti dal sistema*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, II, pag. 1058; C. COLOSIMO, *Prime riflessioni sul sindacato giurisdizionale nel nuovo sistema di tutele in caso di licenziamento illegittimo: l’opportunità di un approccio sostanzialista*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2012, pag. 1035; M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle grandi intese: riflessioni su un compromesso necessario*, op. cit., per cui

tesi del “fatto giuridico” non vuol dire che la mera esclusione dell’esistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo abbia come conseguenza automatica l’annullamento del licenziamento, con conseguente reintegra. Ben può essere che il comportamento addebitato al lavoratore esista, ma, considerato nel contesto del rapporto di lavoro in essere, non sia sufficiente ad integrare gli estremi di cui all’art. 2119 c.c. o all’art. 3 l. n. 604/1966. Sicché, se anche il licenziamento dovesse essere considerato ingiustificato, non lo sarebbe per “*insussistenza del fatto contestato*”, che, recuperato nel suo profilo originario, ripulito da quel contesto in cui era stato precedentemente collocato e valutato, dovrebbe ora venir riportato al codice disciplinare collettivo o unilaterale, per vedere se sia o meno riconducibile ad una delle “*condotte punibili con una sanzione conservativa*”.

Peraltro a favore della tesi del “fatto giuridico”, gioca la stessa espressione usata dal legislatore, cioè di “fatto contestato”, che rinvia inevitabilmente a quel che il datore ha scritto nella contestazione dell’addebito e nella motivazione del licenziamento. Conclusione, questa, che trova conferma nella condizione successiva, cioè della non riconducibilità di tale fatto fra le condotte punite con sanzioni conservative secondo le previsioni dei contratti collettivi o dei codici disciplinari. Difatti, solo inadempienze o infrazioni, che dir si voglia, possono essere incasellate nelle fattispecie di cui a tali previsioni, sempreché siano sufficientemente precise e dettagliate.

15. (segue): il riferimento all’art. 530 c.p.p.

Di contro si è cercato di valorizzare l’art. 530 c.p.p., col richiamarne la prima formula assolutoria, cioè quella “*perché il fatto non sussiste*”, cioè non integra il reato attribuito all’imputato, dato che sono assenti gli elementi oggettivi previsti, quali dati dalla condotta o dall’evento o dal rapporto di causalità⁴⁵⁰.

Non è affatto escluso che il legislatore abbia tenuto presente questo art. 530 c.p.p., ma non più di tanto, perché non ha considerato le formule assolutorie successive⁴⁵¹. A dire il vero, in un primo tempo ha recepito nel co. 4 quella “*se l’imputato non ... ha commesso*” il fatto, coll’aggiungere all’insussistenza la non imputabilità del fatto contestato, ma poi nel testo definitivo l’ha soppressa; sicché, a rigor di logica, se ne dovrebbe addirittura dedurre che ormai la non imputabilità non sia più richiesta. Mentre ha del tutto ignorato la formula “*perché il fatto non costituisce reato*”, cioè non integra il reato attribuito all’imputato, dato che sono assenti gli elementi soggettivi contemplati, quali costituiti dal dolo, dalla colpa o dalla preterintenzione.

non è possibile ridurre il fatto contestato a fatto materiale per il canone ermeneutico *ab absurdo* (o apagogico) dato che così basterebbe l’esistenza di un fatto lecito come tale non riconducibile a nessuna sanzione conservativa per escludere la reintegra; A. PALLADINI, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, op. cit., pag. 674; A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell’art. 18 St. Lav.: ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, sp. pag. 794 e segg.; A. TURSI, *Il nuovo articolo 18 post-riforma Fornero alla prima prova giudiziaria: una norma di applicazione impossibile?*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2012, pag. 1141; R. GALARDI, *Il licenziamento disciplinare*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA, *Il nuovo mercato del lavoro ...*, op. cit., pag. 291 e segg.; O. MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 St. lav.*, op. cit., pag. 247 e segg.; R. RIVERSO, *Alla ricerca del fatto nel licenziamento disciplinare*, in http://csdile.lex.unict.it/archive/uploads/up_463149437.pdf; G. SANTORO PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e l’ambito della tutela risarcitoria*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, 1, pag. 232 ss.; V. SPEZIALE, *Il licenziamento per giusta causa e per giustificato motivo*, op. cit., pag. 332 e segg.

⁴⁵⁰ Considera una forzatura dell’utilizzazione della terminologia penalistica con riguardo ad un “comportamento che integra un’infrazione disciplinare” P. TULLINI, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giuridico di controllo*, op. cit., pag. 159 e segg.

⁴⁵¹ Rileva come “in tale impropria (o infelice) formula che non va intesa alla lettera devono essere ricomprese tutte le varie ipotesi proprie del processo penale di cui all’art. 530 c.p.p. R. PEZZUTO, *Brevi note sull’insussistenza del fatto nel licenziamento disciplinare in base al testo dell’art. 18 della legge n. 300 del 1970, siccome modificato dalla legge n. 92 del 2012 (Legge Fornero)*, op. cit., pag. 279.

Nell'art. 530 c.p.p., l'assoluzione dipende dalla mancanza nel fatto, altrimenti ricostruibile come reato, degli elementi soggettivi od oggettivi; mentre stando alla tesi qui contestata, nell'art. 18, co. 4, la reintegra dipenderebbe dalla presenza nel fatto contestato, altrimenti configurabile come inadempimento, dei soli elementi oggettivi. Sicché, mentre per il primo disposto c'è sempre l'assoluzione in assenza di un comportamento antiggiuridico per il diritto penale; per il secondo ci sarebbe la perdita della reintegra pure in mancanza di un comportamento antiggiuridico per il diritto civile.

Tant'è che chi non condivide tale tesi, sostiene che il fatto così sussisterebbe anche in presenza di un comportamento neutro o addirittura protetto; mentre chi la condivide, aggiunge che comunque, il comportamento deve essere antiggiuridico, senza spiegare come possa esserlo a prescindere da dolo o colpa.

16. (segue): la non riconducibilità del "fatto ... tra le condotte punibili con una sanzione conservativa".

La condizione dell' *"insussistenza del fatto contestato"*, sembra aver progressivamente perso d'importanza, sia per la difficoltà di difendere la tesi del "fatto materiale" *vis-à-vis* di quella del "fatto giuridico"; sia perché il "fatto contestato", comunque lo si legga, di norma c'è, ma deve essere comunque filtrato attraverso l'ulteriore condizione della sua riconducibilità *"tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari"*.

Sul punto è ripresa la battaglia interpretativa, che la Confindustria credeva di aver chiuso una volta per tutte, coll'ottenere che venisse soppresso il riferimento alle *"previsioni di legge"* inizialmente contenuto nel passo del co. 4 appena riportato. Secondo il giudizio dei suoi esperti, si sarebbe così precluso al giudice il ricorso all'art. 2106 c.c. per l' *"applicazione delle sanzioni disciplinari, secondo la gravità dell'infrazione"*.

Chi si accontenta gode, verrebbe da dire, se non fosse difficilmente credibile che l'aver cancellato il riferimento alle *"previsioni di legge"* sia stato sufficiente a mettere al bando l'art. 2106 c.c.⁴⁵² Se lo fosse per questo articolo, allora lo dovrebbe essere per assurdo anche per tutto quel che al riguardo è previsto dalla legge: non solo dall'art. 55 d.lgs. n. 165/2001, ma anche dallo stesso art. 7, co. 4, l. n. 300/1970.

Non lo è, né potrebbe esserlo, perché il criterio di proporzionalità costituisce elemento essenziale ed insostituibile dell'esercizio del potere disciplinare, che presiede all'affido fatto al contratto collettivo o al codice disciplinare del suo regolamento. Non per nulla l'art. 2106 c.c., recita *"secondo la gravità dell'infrazione e in conformità alle norme corporative"*, dove, a rigore di lettera e di

⁴⁵² Come auspicava A. MARESCA in *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei lavoratori*, op. cit., pag. 445 e segg., prima che tale riferimento venisse soppresso nel testo definitivo; e, ora, considera opportuno e significativo M. TREMOLADA, *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo e per giusta causa*, op. cit., pag. 124 e segg. Vedi però nel senso che il fatto di aver emendato il testo originario non è servito ad impedire il ricorso del giudice all'art. 2106 c.c. M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle grandi intese: riflessioni su un compromesso necessario*, op. cit.; A. PALLADINI, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, op. cit., pag. 669 e segg.; A.L. TERZI, *La disciplina dei licenziamenti disciplinari*, in F. AMATO, R. SANLORENZO (a cura di), *La legge n. 92 del 2012 ...*, op. cit., pag. 105.

ratio, il criterio di proporzionalità precede e prevale rispetto alla disciplina corporativa destinata ad essere tutta costruita a sua misura⁴⁵³.

Si obietta che ci sarebbe così un'ulteriore chiamata in causa del criterio di proporzionalità: una prima volta, in sede di valutazione della giustificazione, per accertarne l'esistenza e modularne la rilevanza; ed una seconda, in sede di applicazione della sanzione, per graduarne la misura. Vien da rispondere che questa è cosa da addebitare al legislatore, che è intervenuto a duplicare la fatica del giudice; ma non senza precisare che è una chiamata in causa ben diversa.

In sede di valutazione della giustificazione tale chiamata in causa è necessaria, perché si tratta di sussumere il fatto collocato nel contesto del rapporto, in una clausola generale *ex lege*, giusta causa o giustificato motivo, che di diritto resta aperta ad una serie non determinata di comportamenti; in sede di applicazione della sanzione, è eventuale, perché si tratta di riportare il fatto scorporato dal contesto del rapporto, in una elencazione di previsioni disciplinari *ex contractu*, che di fatto risulta riferita ad una serie determinata di condotte.

Di certo c'è un *trend* ben preciso testimoniato dagli artt. 30, co. 3 l. n. 183/2010 e 18, co. 4, che punta a limitare il potere discrezionale del giudice, chiamando in causa i contratti collettivi: il primo, per le *"tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo"*; il secondo, per le *"condotte punibili con una sanzione conservativa"*.

La prima formula non risulta ormai coerente con la seconda, perché nata in vigenza del vecchio art. 18 St. lav. Ieri, il non poter ricondurre l'inadempimento alle *"tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo"* avrebbe costituito una ragione sufficiente per concedere la reintegra. Oggi non più, perché solo il poter ricomprendere l'inadempimento fra le *"condotte punibili con una sanzione conservativa"* costituirebbe ragione al tempo stesso necessaria e sufficiente per attribuire la reintegra.

Di tale incoerenza il legislatore non si mostra affatto consapevole, preoccupato solo di recuperare come criterio discrezionale all'interno dell'art. 18, co. 4, quello stesso fatto proprio da un indirizzo giurisprudenziale ormai consolidato, della sanzione espulsiva come *extrema ratio*.

Il che trova conferma nella stessa differenza letterale, perché la prima formula - prevista per le *"tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo"* - usa una espressione debole, *"tener conto"*, con rispetto ad una fonte forte, *"contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi"*; mentre la seconda - prescritta per le *"condotte punibili con una sanzione conservativa"* - utilizza una formula forte, *"perché il fatto rientra tra ..."*, con rispetto ad una fonte debole, *"contratti collettivi e codici disciplinari applicabili"*.

Ed è proprio con riguardo alla formula forte, *"perché il fatto rientra tra ..."*, che è nato e si è alimentato il contrasto interpretativo. Se c'è accordo sul fatto che il giudice debba cominciare a cercare nel contratto collettivo o nel codice disciplinare una casella di sanzione conservativa in

⁴⁵³ Per la centralità dell'art. 2106 c.c. nella ricostruzione del potere disciplinare v. L. MONTUSCHI, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Milano, 1973, pag. 1 e segg.; S. MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Art. 2016, in Il codice civile. Commentario*, fondato da P. SCHLESINGER e diretto da D. BUSNELLI, Milano, 2002, pag. 3 e segg.; da ultimo V. FERRANTE, *Fondamento e natura del potere disciplinare*, in S. MAINARDI (a cura di), *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, in F. CARINCI (diretto da), *Diritto del lavoro*, Assago, 2012, pag. 1 e segg.

cui collocare il fatto contestato, non c'è accordo sul prosieguo. Da una parte si sostiene che la casella ha da essere di stretta misura, sicché se non c'è, salta la reintegra⁴⁵⁴; e, dall'altra, si oppone che, in mancanza di una casella di tal fatta, si può anche rinvenirne un'altra analoga o adattata alla bisogna proprio in forza e ragione del criterio di proporzionalità⁴⁵⁵.

Ora la prima scelta scarica sull'incolpevole lavoratore la ben nota approssimazione dei contratti collettivi, per cui l'eventuale assenza o incompletezza di una previsione *ad hoc* gioca a suo sfavore; e, comunque, sembra ignorare che tale approssimazione è largamente compensata proprio dall'incorporazione del criterio di proporzionalità da parte dei contratti collettivi: non solo, implicitamente, nella costruzione di una scala ponderata delle diverse infrazioni; ma, anche, esplicitamente, nella valutazione di una stessa infrazione, come l'insubordinazione.

D'altronde, come visto, la formula forte di cui all'art. 18, co. 4, "*perché il fatto rientra tra*" co. 4 è utilizzata con rispetto ad una fonte debole, "*contratti collettivi e codici disciplinari applicabili*". E pensare che contratti collettivi di diritto comune non qualificati neppure dall'essere stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi, o addirittura codici disciplinari unilaterali, siano testi non interpretabili e non sindacabili dal giudice costituisce un *unicum* certo gravato da più di un sospetto di incostituzionalità; e se sono interpretabili e sindacabili, non sembra aversi criterio migliore cui far ricorso di quello di proporzionalità. Tutto questo, dando per scontato che contratti collettivi di diritto comune o codici disciplinari unilaterali applicabili esistano, perché altrimenti non è possibile evitare che il giudice si riappropri *in toto* di un potere discrezionale esercitabile alla luce del criterio di proporzionalità dell'art. 2106 c.c.⁴⁵⁶

Certo, in tal modo, il potere del giudice appare assai ampio; ma non più di quanto previsto a proposito del licenziamento economico, dove il legislatore si è addirittura lasciato scappare un "*può*", ponendolo a premessa di un giudizio circa la "*manifesta infondatezza*" del "*fatto posto a base del licenziamento*" che, di primo acchito, parrebbe consegnato alla mera e semplice percezione del giudice stesso. Proprio per limitare in qualche modo tale potere, ho suggerito altrove di recuperare il vero e proprio criterio base di un licenziamento disciplinare, cioè la colpa del lavoratore, graduandola con riguardo alla sanzione: così grave da integrare una giusta causa o un giustificato motivo soggettivo, sì da legittimare un licenziamento in tronco o con preavviso; non

⁴⁵⁴ V. M. TREMOLADA, *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo e per giusta causa*, op. cit., pag. 125 e segg., secondo cui le disposizioni disciplinari devono soddisfare "un requisito di specificità 'qualificata', cioè tale da consentire al datore di lavoro di rappresentarsi agevolmente, senza dover compiere particolari valutazioni, che il tipo di mancanza commessa dal lavoratore poteva essere punita esclusivamente con una sanzione conservativa".

⁴⁵⁵ Questa è la tesi di gran lunga maggioritaria: tra i molti, F. CARINCI, *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, op. cit., pag. 1117 e segg.; C. COLOSIMO, *Prime riflessioni sul sindacato giurisdizionale nel nuovo sistema di tutele in caso di licenziamento illegittimo: l'opportunità di un approccio sostanzialista*, op. cit., pag. 1037; R. DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, op. cit., pag. 555; A. PALLADINI, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, op. cit., pag. 669; G. VIDIRI, *La riforma Fornero: la (in)certeza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, op. cit., pag. 639; M. PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, op. cit., pag. 13 e segg.; V. SPEZIALE, *Il licenziamento per giusta causa e per giustificato motivo*, op. cit., pag. 333 e segg.

⁴⁵⁶ Per una argomentazione simile a quella qui sostenuta v. G. AMOROSO, *La riforma della tutela reale per i licenziamenti illegittimi (testo provvisorio)*, op. cit., *sub par.* 13 del dattiloscritto; nonché A.L. TERZI, *La disciplina dei licenziamenti disciplinari*, op. cit., pag. 96 e segg., che perviene ad una conclusione radicale sintetizzata in una domanda con contestuale risposta: "Resta quindi da chiedersi se la scelta fra reintegrazione e sola indennità sia di fatto residuale. E la risposta pare essere positiva" (qui pag. 111), che rivolta letteralmente quella usata da A. MARESCA (v. *supra* nota 36).

così grave, ma abbastanza grave da giustificare una sanzione superiore a quella massima conservativa di dieci giorni di sospensione dal lavoro e dalla retribuzione, sì da fondare un licenziamento con preavviso e con l'indennità risarcitoria.

17. Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo (art. 18, co. 7).

Last but not least, verrebbe da dire, allorché, ormai a corto di fiato, si giunge al co. 7. Secondo un indirizzo collaudato, il licenziamento per giustificato motivo oggettivo viene espanso sì da ricomprendere sia quello intimato *“anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68, per motivo oggettivo consistente nell’inidoneità fisica o psichica del lavoratore”*, al quale, introdotto da un *“ovvero”*, viene a tener compagnia *“il licenziamento ...intimato in violazione dell’articolo 2010, secondo comma, del codice civile”*; sia quello effettuato a’ sensi dell’art. 3, l. n. 604/1966, cioè *“determinato ... da ragioni inerenti all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa”*.

Ora è proprio il licenziamento economico ad aver rappresentato, fin dall’inizio, l’obiettivo principale, perché ritenuto quello monetizzabile per antonomasia, essendo qui in gioco lo stesso potere imprenditoriale, che, liberato da *“lacci e laccioli”* sarebbe risultato maggiormente creativo sul piano occupazionale; e, al tempo stesso ad aver costituito, in prosieguo, il fronte ultimo dove si è assestato il legislatore, cercando di cedere il meno possibile, sì da riconoscere, tramite rinvio ai co. 4 e 5, la reintegra *“attenuata”* esclusivamente *“nell’ipotesi in cui”* – il giudice – *“accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento...”* e l’indennità risarcitoria *“forte”* nelle *“altre ipotesi”*.

Solo che, stando alla lettera, sembra restituire proprio ad un giudice di merito di cui ci si fida fino ad un certo punto - come ben testimonia l’art. 30 della legge 4 novembre 2010, n. 183 *“rafforzato”* dall’art. 1, co. 43 di questa stessa legge - una larga discrezionalità, a cominciare dalla frase che precede quella appena citata: *“Può altresì applicare la predetta disciplina nell’ipotesi...”*. Ora quel *“Può”* suona contraddittorio, perché se il giudice non riconosce la reintegra *“attenuata”* nell’ipotesi di manifesta infondatezza, non può neppure concedere l’indennità risarcitoria *“forte”*, essendo questa riservata alle *“altre ipotesi”*. E, per di più, risulta incoerente con riguardo all’intero testo dell’art. 18; nonché, come pur è stato sostenuto, costituzionalmente discutibile, sicché è facile prevedere venga letto ed interpretato non come *“può”* ma come *“deve”*⁴⁵⁷.

Comunque quel *“Può”* è pur sempre espressivo dell’incerto procedere del legislatore, confermato dalla formula cui fa da premessa, cioè la *“manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento”*, la quale riprende l’ *“insussistenza del fatto contestato”* di cui al co. 4. Come visto, lo

⁴⁵⁷ Nel senso che *“può”* deve essere interpretato come *“deve”* v. A. PALLADINI, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, op. cit., pag. 667 e segg.; e, comunque, in senso critico A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell’art. 18 St. Lav.: ratio ed aporie dei concetti normativi*, op. cit., pag. 791, V. SPEZIALE, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, op. cit., pag. 347 e segg., che ravvisa una questione di legittimità costituzionale, nonché A. TOPO, *Il licenziamento per giustificato motivo obbiettivo*, in C. CESTER, *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, op. cit., pag. 163 e segg., che privilegia *“deve”* in base ad un’interpretazione adeguatrice alla Costituzione.

Contra A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, op. cit., pag. 258; M. MARAZZA, *L’art. 18, nuovo testo, dello statuto dei lavoratori*, op. cit., pag. 625; M. FERRARESI, *Il licenziamento per motivi oggettivi*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro....*, op. cit., pag. 265 e segg.; C. CESTER, *I quattro regimi sanzionatori del licenziamento illegittimo fra tutela reale rivisitata e nuova tutela indennitaria*, in C. CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, op. cit., pag. 65.

fa per enfatizzare un qual sorta di continuità rafforzata, per cui quella di cui al co. 7 non è sufficiente che vi sia, ma vi deve essere in maniera “manifesta”. Solo che, nel co. 4, l’“insussistenza” riguarda un fatto, cioè quello “contestato”, che come tale può essere ricostruito, pur scontando il suo eventuale carattere complesso; mentre, nel co. 7, la “manifesta insussistenza” non riguarda un fatto, perché quello “posto a fondamento del licenziamento” non può essere configurato come tale, riconducibile com’è a “ragioni inerenti all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa” (art. 3, l. n. 604/1966).

Secondo la “classica” lettura offertane dalla giurisprudenza questa formula comporta una verifica complessa ed articolata della motivazione addotta dal datore con riguardo ad un licenziamento economico: ci deve essere la soppressione del posto del lavoratore licenziato, senza che sia possibile destinarlo altrove, con lo stesso mansionario o addirittura con un mansionario inferiore, se pur con lo stesso stipendio; e ci deve essere una relazione causale fra tale soppressione e le effettive ragioni produttive-organizzative addotte.

Non è qui il caso di sottolineare la obsolescenza della stessa espressione “soppressione del posto di lavoro”, che riecheggia modelli organizzativi tayloristici, costruiti su ruoli fissi, o addirittura pubblici, dotati di organici; e che, peraltro, risulta non di rado contraddetta dall’ammettere lo scorporo di un posto in mansioni ricomponibili e ridistribuibili altrimenti⁴⁵⁸. E neppure di seguire la ricca e variegata declinazione delle ragioni tecnico-organizzative, che se pur con la esplicita riconferma di non voler sindacare la fondatezza delle ragioni produttive-organizzative addotte, non di rado lo fa: non quando esclude che possano essere contingenti e transeunti; ma quando, esemplarmente, pretende che siano finalizzate a contenere perdite e non a conseguire profitti.

Si vuole solo riprendere e riaffermare quanto già ben sostenuto, che, cioè, la formula legislativa, così come resa dalla giurisprudenza ci ritorna un *mix* inscindibile di evenienze, valutazioni, previsioni non riducibile a “fatto”⁴⁵⁹. Ne segue che il ricorrente tentativo della dottrina di individuare una componente di tale formula identificabile con il “fatto posto a base del licenziamento” di cui al co. 7 - siano la soppressione del posto del lavoratore licenziato, *il repêchage*, la relazione causale o le ragioni produttive-organizzative - è destinato a restare per lo meno incerto⁴⁶⁰.

Se così è, il discrimine circa la sanzione applicabile va ricercato non in una supposta maggior capienza delle “ragioni inerenti all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa” rispetto al “fatto posto a base del licenziamento”, che così ne verrebbe a costituire solo una parte. Data la sostanziale coincidenza fra il giustificato motivo obbiettivo di cui all’art. 3 l. n. 604/1966 e il fatto di cui al co. 7, quel discrimine va trovato nella persuasività della prova svolta a sostegno della motivazione addotta.

⁴⁵⁸ V. A. TOPO, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, op cit., pag. 153 e segg.

⁴⁵⁹ Incisiva e persuasiva la critica di C. PONTERIO, *Il licenziamento per motivi economici*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, 1, pag. 73 e segg.

Conclude giustamente P. ALBI, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro...*, op. cit., pag. 275 che «la formula “manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo” non può in alcun modo essere spiegata alla luce di una controversa opera di scomposizione o frammentazione degli elementi costitutivi della fattispecie giustificato motivo oggettivo».

⁴⁶⁰ Cfr. V. SPEZIALE, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, op. cit., pag. 341 e segg.; A. TOPO, *Il licenziamento per giustificato motivo obbiettivo*, op. cit., pag. 153.

Il legislatore è stato tradito dalla tentazione di mettere in scala il licenziamento ingiustificato, parlando sempre di fatto, ma secondo un crescendo dall' "insussistenza" alla "manifesta insussistenza". Ma l'espressione "insussistenza", come recepita nei co. 4 e 7, non pone certo una questione ontologica, da risolvere nei termini alternativi di essere o non essere⁴⁶¹; ma solo probatoria, da affrontare nei termini graduati di maggiore o minore soddisfazione della prova richiesta⁴⁶².

L' "insussistenza" richiesta dal co. 4, comporterà una prova relativamente maggiore dell'esistenza del "fatto contestato", inteso come l'inadempimento scorporato dal contesto del rapporto in essere, in cui è stato posto per accertare se il licenziamento disciplinare è ingiustificato; mentre l' "insussistenza manifesta" richiamata dal co. 7, implicherà una prova relativamente minore dell'esistenza del "fatto posto a base del licenziamento", considerato come ricomprensivo delle ragioni, della relazione causale, della soppressione del posto del lavoratore licenziato.

18. (segue): vecchio e nuovo nel giustificato motivo oggettivo.

Il che non vuol dire che il giustificato motivo oggettivo, così come definito dall'art. 3 l. n. 604/1966, sia destinato a rimanere invariato. Senza scendere ad una analisi puntuale, peraltro già svolta in dottrina, sembra che qualche incrostazione "paternalistica" introdotta dalla giurisprudenza possa essere rimessa in discussione, a cominciare da quel *repêchage*⁴⁶³ che ha visto nel tempo allargarsi l'ambito applicativo, se pur con un contestuale alleggerimento dell'onere probatorio a carico del datore di lavoro. Già stonava, ieri, con la lettera dell'art. 3 l. n. 604/1966⁴⁶⁴; stona, oggi, a maggior ragione, con quella pur sostanzialmente equivalente dell'art. 18, co. 7, perché nel "fatto posto a base del licenziamento", non sembra proprio possa ricomprendersi l'obbligo di trovare un posto alternativo. Il che trova una qualche conferma nella procedura preventiva di cui al nuovo art. 7 l. n. 604/1966, secondo il quale "le parti, con la partecipazione attiva della commissione ..., procedono ad esaminare anche soluzioni alternative al recesso..." (co. 6); ed "il comportamento complessivo delle parti ... è valutato dal giudice per la determinazione dell'indennità risarcitoria di cui all'art. 18, settimo comma della legge 20 maggio 1970, n. 300" (co. 8). Se ne potrebbe dedurre che, come nella procedura prevista per il licenziamento collettivo anche in questa che la riecheggia, se pur alla lontana, la possibilità di un posto venga lasciata alla trattativa fra le parti; fermo restando che se condotta dal datore in mala fede, lo esporrà alla corresponsione dell'indennità risarcitoria di cui all'art. 18, co. 7.

⁴⁶¹ Così invece A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei lavoratori*, op. cit., pag. 440.

⁴⁶² Cfr. A. PALLADINI, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, op. cit., pag. 666; A. VALLEBONA, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: fattispecie e oneri probatori*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, I, pag. 624; C. PONTERIO, *Il licenziamento per motivi economici*, op. cit., pag. 80 e segg.; nonché, problematicamente, V. SPEZIALE, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, op. cit., pag. 341. Denunciano, invece, l'irrelevanza e la ridondanza dell'espressione "manifesta" S. MAGRINI, *Quer pasticciaccio brutto (dell'art. 18)*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, pag. 537 e A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei lavoratori*, op. cit., pag. 443.

⁴⁶³ Nel senso che il *repêchage* continui a costituire un presupposto del licenziamento, A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto ...*, op. cit., pag. 800 e segg. Considera, invece, problematico dove collocare attualmente tale obbligo A. TOPO, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, op. cit., pag. 158 e segg.

⁴⁶⁴ Così L. DE ANGELIS, *Il giustificato motivo di licenziamento e la tutela reale del posto di lavoro tra rigidità e rigore: aspetti problematici e una proposta*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, I, pag. 123 e segg.; Id., *Licenziamento per motivi economici e controllo giudiziario*, in *Lav. Dir.*, 2007, pag. 465 e segg.

D'altronde il *repêchage* finisce per incidere su quel potere imprenditoriale che già il testo originario dell'art. 30, co. 1 l. n. 183/2010 aveva cercato di salvaguardare, col prevedere che *"In tutti i casi nei quali le disposizioni di legge ... contengano clausole generali, ivi comprese ... (il) recesso, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro"*. E che l'aggiunta a quel testo operata dall'art. 1, co. 43 di questa legge, ha ulteriormente blindato, col sancire che *"L'inosservanza delle disposizioni di cui al precedente periodo, in materia di limiti al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro, costituisce motivo di impugnazione per violazione di norme di diritto."*

Vi è sottesa una politica del diritto che privilegia la crescita occupazionale attesa da una maggiore flessibilità in uscita rispetto a quella della difesa ad ogni costo della singola occupazione, ben rispecchiata nell'invenzione giurisprudenziale del *repêchage*. Certo, data la sua forza inerziale non c'è da attendersi la sparizione dell'istituto, ma al massimo una sua rilevanza limitata, se pur non sorretta dalla lettera della legge, che, cioè, la mancata offerta di un'altra occupazione pur esistente dia luogo non alla reintegra "attenuata" ma solo all'indennità risarcitoria "forte"⁴⁶⁵.

La ricaduta della svolta legislativa può andare ben oltre la soppressione o la svalutazione del *repêchage*, fino a rimettere in discussione la stessa interpretazione giurisprudenziale delle "ragioni" di cui all'art. 4, l. n. 604/1966, sì da restituirle depurate da limitazioni radicate in quella stessa politica della difesa ad ogni costo della singola occupazione. Esemplare in tal senso la distinzione fra scelte dettate dalla necessità di contenere le perdite considerate idonee e scelte effettuate per l'opportunità di realizzare profitti, ritenute inidonee a giustificare un licenziamento economico.

19. Punto e a capo.

Se il legislatore propone ed il giudice dispone, il professore, come dice il buon Manzoni, scrive per pochi se non pochissimi, illudendosi di cambiare il mondo, stando comodamente seduto a strimpellare sui tasti di un computer. Ma il risveglio lo riporta subito alla dolorosa realtà di un monologo scambiato per dialogo.

⁴⁶⁵ V. G. SANTORO PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, op. cit., pag. 236 e segg.; e, in termini problematici, M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, op. cit., pag. 628 e segg., nonché Trib. Milano, ord. 28 novembre 2012, in *Boll. Adapt*, 2013, 1 e in *Dir. Rel. Ind.*, 2013, pag. 628 e segg.

Procedimento specifico in materia di licenziamenti: per una lettura coerente con la strumentalità del processo*

Michele De Luca

1. Impostazione del tema d'indagine: prospettive di *lettura*, coerente con la *strumentalità del processo*, per la disciplina del *procedimento specifico* in materia di licenziamenti. 171
2. Strumentalità del processo: definizione, garanzie e funzionalizzazione, quale canone *ermeneutico* ed *argomento interpretativo*. 172
3. Disciplina del procedimento specifico in materia di licenziamento: interpretazione conforme al principio di strumentalità del processo. 174
4. Note conclusive: per un *diritto processuale minimo*. 181

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 173/2013

1. Impostazione del tema d'indagine: prospettive di lettura, coerente con la strumentalità del processo, per la disciplina del procedimento specifico in materia di licenziamenti.

Sinceramente, non so se si tratti di una vera *emergenza processuale*.

Pare certo, tuttavia, che non siamo di fronte ai contrasti consueti – di dottrina e giurisprudenza – nella interpretazione di novità legislative, anche in materia processuale.

La disciplina del *procedimento specifico* in materia di licenziamenti (di cui all'articolo 1, commi 47 ss. legge n. 92 del 2012) non ha dato luogo, invero, soltanto a contrasti interpretativi di dimensioni imponenti⁴⁶⁶.

Ne risultano proposte, infatti, opzioni ermeneutiche, che – pur riposando sulla *lettera* e, talora, anche sulla *ratio* della legge – non sono, tuttavia, coerenti con la *strumentalità del processo*.

Ne risultano privilegiate, in altri termini, interpretazioni che precludono la pronuncia sul merito, pure essendo compatibili – con la lettera, appunto, e con la *ratio* della legge – interpretazioni di segno contrario⁴⁶⁷.

Sembra imporsi, quindi, una interpretazione, che – parimenti nel rispetto di *lettera* e *ratio* della legge – risulti *conforme*, tuttavia, al principio di *strumentalità del processo*.

⁴⁶⁶ Sui contrasti di dottrina e giurisprudenza – prospettati nel testo – vedi, per tutti: L. DE ANGELIS, *Il processo dei licenziamenti tra principi generali e nuovo diritto: l'obbligatorietà e l'errore del rito ed il cumulo delle domande*, in *Foro it.*, 2013, V, 101, al quale si rinvia per riferimenti completi di dottrina e giurisprudenza, anche sulle diverse posizioni assunte in relazione a ciascuna delle questioni. Adde: C. MUSELLA, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *IL NUOVO MERCATO DEL LAVORO dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Torino, Giappichelli, 2013.

Vedi, comunque, M. DE LUCA, *Procedimento specifico per i licenziamenti nella recente riforma del mercato del lavoro (legge n. 92 del 2012): note minime*, in *Foro it.*, 2012, V, 345;

C. Consolo, D. Rizzardo, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, in *Corr. Giur.*, 2012, 730; L. De Angelis, *Art. 18 dello Statuto dei lavoratori e processo*, WP CSDLE "Massimo D'Antona", 152/2012, in corso di pubblicazione in *Diritto del lavoro e relazioni industriali*; P. Curzio, *Il nuovo rito per i licenziamenti*, destinato a P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, in corso di pubblicazione, Bari, Cacucci, 2013; I. PAGNI, *I correttivi alla durata del processo nella L. 28 giugno 2012, n. 92: brevi note sul nuovo rito in materia di licenziamenti*, in corso di pubblicazione; D. DALFINO, *Il nuovo procedimento in materia del licenziamento (nella legge 28 giugno 2012, n. 92)*, in *Giusto proc. Civ.*, 2012, 759 ss.; R. CAPONI, *La corsia preferenziale per alcune cause di lavoro rallenta le altre in assenza di adeguate risorse*, in *Guida al diritto*, 2012, n.18, 729 ss.; FRANCESCO P. LUISO, *La disciplina processuale speciale della legge n. 92 del 2012 nell'ambito del processo civile: modelli di riferimento ed inquadramento sistematico*, in *Judicium*; G. VERDE, *Note sul processo nelle controversie in seguito a licenziamenti regolati dall'articolo 18 Statuto lavoratori*, testo provvisorio dattiloscritto della relazione al Convegno *La nuova disciplina dei licenziamenti - Incontro di studio in memoria di Pasquale Picone* (Roma, Corte di cassazione, Aula magna, 11 dicembre 2012).

In giurisprudenza, vedi: Trib. Taranto, ord. 30 novembre 2012; Trib. Milano, ord. 25 ottobre 2012; Trib. Bari, ord. 17 ottobre 2012; Trib. Bologna, ord. 25 settembre 2012 (in *Foro it.*, 2013, I, 673), e Trib. Genova ord. 9 gennaio 2013 (*ibidem*, 1360), con note di richiami ed osservazioni di S. CALVIGIONE, alle quali pure si rinvia.

Vedi, altresì, il sondaggio – in tema di "procedimento Fornero sull'impugnazione dei licenziamenti: problemi e soluzioni" – che è stato condotto da AGI- avvocati giuslavoristi italiani fra magistrati ed avvocati – su *intenzioni* di decisione e, rispettivamente, di tesi difensiva (per così dire), – i cui risultati (ora reperibili nel sito dell'AGI) sono stati così presentati (il 5 marzo 2013 nelle sedi di Milano e di Roma): "ne emerge una impressionante ed assolutamente significativa concordanza su quasi tutti gli snodi della disciplina, (che) consente già oggi di (.....) indicare soluzioni che hanno dalla loro la ragionevolezza di una condivisione maggioritaria ed in molti casi largamente maggioritaria, (anche se) AGI non pretende certo che l'ermeneutica si faccia con i sondaggi e che debba sottostare alle regole della maggioranza, (ma) ritiene che tutti debbano ragionevolmente confrontarsi esprimendo il rispetto che merita un orientamento maggioritario" (così, testualmente, la presentazione dei risultati dell'indagine).

Sull'esito del sondaggio, vedi *infra*.

⁴⁶⁷ Vedi M. DE LUCA, *Diritti dei lavoratori: strumentalità del processo versus declino della tutela giurisdizionale effettiva (a quarant'anni dalla fondazione del nuovo processo del lavoro)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 271 ss., spec. § 5.

Si tratta, in altri termini, di dare luogo, talora, ad *interpretazione adeguatrice*, che – tra più interpretazioni, parimenti compatibili con la *lettera* e la *ratio* della legge – accordi preferenza a quella che risulti conforme a tale principio, quale alternativa *obbligata* rispetto alla proposizione della questione di legittimità costituzionale, in relazione al *principio* medesimo.

Talaltra, è sufficiente, invece, una *interpretazione costituzionalmente orientata*, che fra più interpretazioni compatibili, appunto, con la *lettera* e la *ratio* della legge – tutte conformi, in ipotesi, a detto *principio* – scelga quella ritenuta, appunto, *maggiormente conforme*.

Suppone, quindi, che interpretazioni diverse della medesima disposizione di legge possano essere ordinate, tra loro, in base al *grado* – per così dire – di *conformità a costituzione*.⁴⁶⁸

Alternativa – alla *interpretazione conforme* – pare, talora, soltanto la proposizione della questione di legittimità costituzionale.⁴⁶⁹

Palesi risultano, in ogni caso, ruolo e responsabilità dell'interprete.

Né può essere invocato – a discolpa – l'alibi consueto della *legge malfatta*.

2. Strumentalità del processo: definizione, garanzie e funzionalizzazione, quale canone *ermeneutico ed argomento interpretativo*.

In principio è la strumentalità del processo.

Risulta, invero, lucidamente definita – “come principio così generale, che non ha d'uopo d'esser formulato in alcun luogo” – da Giuseppe Chiovenda⁴⁷⁰, secondo cui “il processo deve dare, per quanto é possibile praticamente, a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire”.

Lungi dal restare principio implicito (“che non ha d'uopo d'esser formulato in alcun luogo”) – come prospettato dal Chiovenda – la strumentalità del processo risulta coperta, nel nostro ordi-

⁴⁶⁸ Vedi M. DE LUCA, *L'interpretazione costituzionalmente orientata*, in Foro it., 2009, V, 422 spec. § 3, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori. Adde: G. SORRENTI, *La tutela dell'affidamento leso da un overruling processuale corre sul filo della distinzione tra natura creativa e natura dichiarativa della giurisprudenza*, in Rivista telematica giuridica dell'Associazione italiana dei costituzionalisti, n1/2012, 31 gennaio 2012, al quale si rinvia (anche) per l'aggiornamento dei riferimenti.

⁴⁶⁹ Che viene, talora, prospettata in relazione, addirittura, al *principio di ragionevolezza* (art. 3, 1° comma, cost.): vedi L. DE ANGELIS, *Il processo dei licenziamenti tra principi generali e nuovo diritto: l'obbligatorietà e l'errore del rito ed il cumulo delle domande*, cit., spec. § 5.

⁴⁷⁰ Vedi G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, ristampa anastatica, II edizione, Napoli, Jovene, 1960, I, 39; ID. *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, in Rivista di diritto commerciale del 1911.

namento, dalla garanzia, che – al diritto di azione e difesa – viene assicurata dal patrimonio costituzionale comune⁴⁷¹: la nostra costituzione (articolo 24, primo comma) si coniuga, in tale prospettiva, con la carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (articolo 47, primo comma).⁴⁷²

2.1. È ben vero che la *garanzia costituzionale* del diritto di azione e difesa non si estende al *diritto sostanziale*, che ne sia fatto valere⁴⁷³.

Resta, tuttavia, l'autonoma *garanzia*, che – al medesimo diritto – risulti assicurata, parimenti a livello costituzionale.

È proprio questo il caso dei diritti dei lavoratori, che, nel nostro ordinamento, risultano – in larga parte – garantiti dal *patrimonio costituzionale comune*⁴⁷⁴

Pertanto la *strumentalità* risulta, all'evidenza, funzionale – nel processo del lavoro – alla tutela giurisdizionale *effettiva* di diritti sostanziali dei lavoratori, parimenti garantiti dal *patrimonio costituzionale comune*⁴⁷⁵.

2.2. Pertanto, la *strumentalità* costituisce *parametro* di legittimità costituzionale – ed, ancor prima, di *interpretazione conforme a costituzione* – per qualsiasi norma in materia processuale.⁴⁷⁶

⁴⁷¹ Si tratta del *patrimonio costituzionale comune* – per dirla con l'espressione usata dalla nostra Corte costituzionale nelle sentenze n.104 del 2006 (Foro it. 2006, I, 1267) e n. 182 del 2008 (ID., 2009, I, 2010) – che è “*desumibile dagli obblighi internazionali, dall'ordinamento comunitario e dalla legislazione nazionale*”.

In dottrina, vedi M. DE LUCA, *Diritti dei lavoratori: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, Foro it., 2011, V, 216, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori. Adde: E.DI STEFANO, *Verso un patrimonio costituzionale comune. Riflessioni a margine della sentenza n.102 del 2008*, in *consulta on line*; S.GAMBINO, *Constitutionnalismes nationaux et constitutionnalisme européen: identités nationales, traditions constitutionnelles et droits sociaux (après Lisbonne)*, www.diritticomparati.it

⁴⁷² Vedi, da ultimo, A. PROTO PISANI, *introduzione sulla atipicità dell'azione e la strumentalità del processo*, in Foro it. 2012, V, 1 ss.

⁴⁷³ Sulla non estensione della garanzia costituzionale (art. 24 cost.) – del diritto di azione e del diritto di difesa – al diritto sostanziale, che ne sia fatto valere, V., per tutte: Corte cost. 5 dicembre 2008, n. 401, spec. § 3.3; 28 marzo 2003, n. 101 (Giur. cost., 2003, 815); 3 giugno 1999, n. 206 (Foro it., 1999, I, 2149); 23 dicembre 1998, n. 420 (Foro it., 1999, I, 3135, con nota di S. LIEBMAN, in Resp. Civ., 1999, 643); 24 luglio 1998, n. 327 (Giust. Civ., 1998, I, 3012); 22 luglio 1996, n. 293 (Foro it., 1996, I, 2963, con nota di DE MARZO; annotata da PONZANELLI, in Danno e resp., 1996, 769).

⁴⁷⁴ Vedi riferimenti a nota 6.

⁴⁷⁵ La garanzia del *diritto al lavoro* – nella nostra costituzione (art. 4) e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 15) – si coniuga, in tale prospettiva, con la tutela del lavoro, *in tutte le sue forme*, e con la *tutela differenziata* del lavoro subordinato. La *tutela differenziata* si articola, poi, in una pluralità di diritti, che parimenti risultano garantiti – oltre che dalla costituzione (articoli 1, 2, 3 cpv., 4, 34, 35, 36 e 38 cost.) – da fonti degli ordinamenti sopranazionali (eurounitario ed internazionale): norme di trattati e direttive in materie sociale e, segnatamente, di lavoro (quali: *parità di trattamento* e *divieto di discriminazioni* tra lavoratori – per ragioni di sesso e per altre ragioni – garanzia per i lavoratori in caso di *trasferimento d'azienda* e di *insolvenza del datore di lavoro* e *sicurezza sociale*) si coniugano, infatti, con le rispettive *Carte* (Carta sociale europea del Consiglio d'Europa, adottata a Strasburgo il 3 maggio 1996, e *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit.).

Peraltro la *economia sociale di mercato* (di cui all'articolo 41 cost.) si coniuga con la “*economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale*” (di cui all'articolo 3, comma 3, TUE).

Concorrono, poi, i principi (quali, ad esempio, il principio di *effettività* e quello di *indisponibilità del tipo contrattuale di lavoro subordinato*) enunciati dalla giurisprudenza eurounitaria, che ha gli stessi effetti delle fonti, da essa interpretate: vedi M. DE LUCA, *Diritti dei lavoratori: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, Foro it., 2011, V, 216, cit.

Né può essere trascurato che le norme di ordinamenti sopranazionali possono essere, di regola, derogate – soltanto *in melius*, a favore dei lavoratori – da norme degli ordinamenti nazionali.

⁴⁷⁶ Peraltro ne potrebbe risultare, addirittura, la violazione del *principio di ragionevolezza* (art. 3, 1° comma, cost.): vedi L. DE ANGELIS, *Il processo dei licenziamenti tra principi generali e nuovo diritto: l'obbligatorietà e l'errore del rito ed il cumulo delle domande*, cit., spec. § 5.

Coerentemente, lo stesso principio (di *strumentalità del processo*) deve essere assunto – per quel che qui interessa⁴⁷⁷ – quale *canone ermeneutico* – e, ad un tempo, *argomento interpretativo*⁴⁷⁸ – per l'interpretazione, appunto, di qualsiasi norma processuale.

Non fa eccezione la disciplina del *procedimento specifico in materia di licenziamenti* (di cui ai commi 47 e seguenti dell'articolo 1 della legge n. 92 del 2012).

3. Disciplina del procedimento specifico in materia di licenziamento: interpretazione conforme al principio di strumentalità del processo.

Il *procedimento specifico* per i licenziamenti – istituito dalla recente *riforma del mercato del lavoro* (di cui ai commi 47 e seguenti dell'articolo 1 della legge n. 92 del 2012)⁴⁷⁹ – offre l'occasione per applicare – quale parametro di interpretazione *conforme a costituzione* – il principio di *strumentalità del processo*.⁴⁸⁰

La *interpretazione adeguatrice* si coniuga – in tale prospettiva – con la *interpretazione costituzionalmente orientata* (vedi *retro*).

⁴⁷⁷ Per l'assunzione della *strumentalità del processo* – quale *parametro di efficacia* del processo del lavoro, anche nella *prosettica diacronica* – vedi M. DE LUCA, *Diritti dei lavoratori: strumentalità del processo versus declino della tutela giurisdizionale effettiva (a quarant'anni dalla fondazione del nuovo processo del lavoro)*, cit.

⁴⁷⁸ Vedi G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, spec.341 ss.

Vedi, altresì, M. DE LUCA, *L'interpretazione costituzionalmente orientata*, cit.

⁴⁷⁹ Vedi, per tutti, L. DE ANGELIS, *Il processo dei licenziamenti tra principi generali e nuovo diritto: l'obbligatorietà e l'errore del rito ed il cumulo delle domande*, cit., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori, anche in ordine alle diverse posizioni espresse in relazione a ciascuna questione; Adde: C. MUSELLA, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, cit.

Trib. Taranto, ord. 30 novembre 2012; Trib. Milano, ord. 25 ottobre 2012; Trib. Bari, ord. 17 ottobre 2012; Trib. Bologna, ord. 25 settembre 2012 e Trib. Genova ord. 9 gennaio 2013, con note di richiami ed osservazioni di S. CALVIGIONE, alle quali pure si rinvia. Adde: M. CASOLA, *Prime applicazioni giurisprudenziali della legge di riforma del mercato del lavoro*, contributo al corso di formazione su *La disciplina del licenziamento fra tradizione e innovazione*, organizzato dalla Scuola superiore della magistratura (Villa di Castel Pucci, Scandicci, sede della Scuola, 27 marzo 2013), dattiloscritto.

Dal *sondaggio* dell'AGI (condotto, sia detto per inciso, non già sulla giurisprudenza, ma sulle risposte ad un questionario di un certo numero – presumibilmente un *campione* – di avvocati e magistrati), poi, “*emerge un rito*”:

a) *obbligatorio in ogni caso in cui comunque sia dedotta l'impugnazione di un licenziamento di cui sia prospettata l'applicabilità dell'art. 18 SL*

b) *Caratterizzato da una fase sommaria non rinunziabile dall'attore*

c) *In cui sono spendibili, in via incidentale, le seguenti domande strumentali:*

1. *Questioni relative all'identità del datore di lavoro, titolarità del rapporto, legittimazione passiva*

2. *Questioni relative al requisito numerico*

3. *Non invece le questioni che possano aver ricaduta sul "posto di lavoro", né sulla "retribuzione globale di fatto"*

d) *In cui la domanda ex art. 8 L. 604/1966 è comunque proponibile, ed anzi deve ritenersi sempre compresa in quella ex art. 18 SL, tanto che il Giudice può pronunziarvisi d'ufficio ove non ravvisi il requisito numerico*

e) *Che impone la diversità della persona fisica del Giudice investito della fase dell'opposizione*

f) *In cui, nella fase di opposizione, possono essere limitate le originarie domande.*

Qualche divergenza tra risposte degli avvocati e quelle dei magistrati si registra circa la possibilità che il rito, proposto nella forma sommaria, possa essere convertito in ordinario o che le domande non appropriate possano essere separate: decisamente per la soluzione positiva sono gli avvocati, quasi divisi a metà sulle due soluzioni sono invece i magistrati.

L'accordo tra le due categorie di risposte si ritrova però nella soluzione, concordemente maggioritaria, circa la possibilità di separare e mutare il rito in ordine alla domanda di licenziamento nell'ipotesi che questa sia proposta con il rito ordinario, insieme ad altre domande.

Decisamente schierati per l'inapplicabilità al rito speciale del nuovo testo dell'art. 348 c.p.c. e del filtro in appello sono gli avvocati; divisi a metà tra il sì ed il no i magistrati.” (così, testualmente, la presentazione del sondaggio).

⁴⁸⁰ Vedi M. DE LUCA, *Diritti dei lavoratori: strumentalità del processo versus declino della tutela giurisdizionale effettiva (a quarant'anni dalla fondazione del nuovo processo del lavoro)*, in Riv. It. dir. lav., 2013, I, 271 ss., spec. § 5.

3.1. La *ratio legis* risulta lucidamente enunciata in forma esplicita (art. 1, comma 1, lettera c, ultimo periodo, della legge di riforma n. 92 del 2012): “*previsione di un procedimento giudiziario specifico per accelerare la definizione delle (...) controversie*” relative al licenziamento, contestualmente investito da riforma⁴⁸¹.

Coerente con la *ratio* – che, in questo caso, risulta quindi *effettiva*⁴⁸² – è il *procedimento specifico* (di cui ai commi 47 e seguenti dello stesso art. 1) per le “*controversie aventi ad oggetto l'imputativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro*” (di cui agli articoli 47 ss. legge n. 92 del 2012, cit.).

Si tratta, infatti, di procedimento, che – in primo grado – si articola in due fasi: una di cognizione sommaria e l'altra –eventuale – di cognizione piena.

E risulta, peraltro, connotato – in tutte le fasi dei giudizi di merito – da *informalità*: esplicitamente si prevede, infatti, che possa essere “*omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio*”.

Parimenti coerente con la *ratio* è la previsione, da un lato, di una *corsia preferenziale* e l'imposizione, dall'altro, di termini brevi per la trattazione, che concorrono ad assicurarne la *celerità*.

3.2. Disposizioni sul processo del lavoro (art. 409 ss. c.p.c.) – parimenti funzionali, tra l'altro, alla *celerità* del giudizio (anche) in tema di licenziamenti – sembrano destinate a colmare le *lacune* della scarsa disciplina del *procedimento specifico* (di cui ai commi 47 e seguenti dell'articolo 1, cit.)⁴⁸³

Il *procedimento specifico*, infatti, ha per oggetto *controversie individuali di lavoro* (art. 409 c.p.c.) – in materia di licenziamenti, appunto – e, come tale, resta soggetto alla disciplina relativa (art. 409 ss. c.p.c.), per quanto non risulti diversamente stabilito (dai commi 47 ss., dell'articolo 1 legge n. 92 del 2013, cit.).

⁴⁸¹ E risulta, peraltro, dal *documento di intenti* approvato dal Governo Monti il 23 marzo 2012, nel passo relativo all'introduzione del rito speciale: “*nel quadro di tale rito, una volta dettati i termini della fase introduttiva, è rimessa al giudice la scansione dei tempi del procedimento, nel rispetto del principio del contraddittorio e della parità delle armi nel processo.*”

Si tratta di un rito con caratteristiche di *celerità e snellezza*, ma che, in ossequio alla specificità del processo del lavoro, rivolto tradizionalmente all'accertamento della verità materiale, prevede un'istruzione vera e propria, sia pure con l'eliminazione delle formalità non essenziali all'instaurazione di un pieno contraddittorio”.

⁴⁸² A differenza di altre, parimenti enunciate nell'*incipit* o, addirittura, nel titolo della riforma: vedi M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, in Riv. It. dir. lav., 2013, I, 1 ss.

⁴⁸³ Vedi L. DE ANGELIS, *Il processo dei licenziamenti tra principi generali e nuovo diritto: l'obbligatorietà e l'errore del rito ed il cumulo delle domande*, cit., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori; M. DE LUCA, *Procedimento specifico per i licenziamenti nella recente riforma del mercato del lavoro (legge n. 92 del 2012): note minime*, in Foro it., 2012, in Foro it., 2012, V, 345; G. VERDE, *Note sul processo nelle controversie in seguito a licenziamenti regolati dall'articolo 18 Statuto lavoratori*, testo provvisorio dattiloscritto della relazione al Convegno *La nuova disciplina dei licenziamenti - Incontro di studio in memoria di Pasquale Picone* (Roma, Corte di cassazione, Aula magna, 11 dicembre 2012).

Non rilevano, quindi, in contrario le circostanze che la *riforma* non intervenga con il metodo della *novellazione* – sulla disciplina del processo del lavoro (art. 409 ss. c.p.c.) – né rechi il rinvio alla disciplina medesima⁴⁸⁴.

Parimenti non rileva, in contrario, l'asserita insussistenza di *lacune* e di ogni altro presupposto (a cominciare, del pari asseritamente, dalla *eadem ratio*) per il ricorso alla *analogia*⁴⁸⁵.

In ogni caso, la prospettata integrazione della scarna disciplina del *procedimento specifico* (di cui ai commi 47 e seguenti dell'articolo 1 legge n. 92 del 2012, cit.) risulta coerente – per le sue ricadute (vedi *infra*) – con la *ratio legis* della stessa disciplina (di “*accelerare la definizione delle (...) controversie*”, appunto).

E, peraltro, pare imposta dal principio di *strumentalità del processo* – che postula, in ogni caso, la pronuncia sul merito – quantomeno, nella forma della *interpretazione costituzionalmente orientata*.

3.3. Intanto la *obbligatorietà* del *procedimento specifico* può essere intesa in un duplice significato.

Il primo – che pare incontestabile e, comunque, non risulta contestato – riserva il *procedimento specifico* (di cui ai commi 47 e seguenti dell'articolo 1 legge n. 92 del 2012, cit.) alle controversie per le quali è previsto esplicitamente.

Il secondo – condiviso dall'orientamento largamente prevalente⁴⁸⁶ – impone, per le stesse controversie, il ricorso al *procedimento specifico*.

Viene ritenuto, infatti, coerente non solo con il tenore letterale (“*la domanda... si propone con ricorso*”: comma 48 dell'articolo 1, cit.) – che sembra imporlo – ma anche con la *ratio* (di “*accelerare la definizione delle (...) controversie*”, appunto) della disciplina dello stesso *procedimento specifico* (di cui ai commi 47 e seguenti dell'articolo 1 legge n. 92 del 2012, cit.).

Di segno contrario, tuttavia, è la posizione espressa – oltre che da alcuni giudici⁴⁸⁷ – anche da autorevole dottrina minoritaria – che, significativamente, si dichiara “*da sempre fedele all'idea della strumentalità del processo*” – con argomentazioni che possono risultare convincenti.⁴⁸⁸

Secondo tale orientamento dottrinario, infatti, il tenore letterale della legge (“*la domanda... si propone con ricorso*...”: comma 48 dell'articolo 1, cit.) – in quanto volto a regolare il procedimento (di cui è menzione nel comma precedente) – “*più che prescrivere intende descrivere le cadenze del procedimento*” medesimo, rendendo superflua, di conseguenza, qualsiasi “*disposizione sul mutamento del rito giacché lo stesso è e resta nel potere dispositivo delle parti*”.

⁴⁸⁴ Vedi C. MUSELLA, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, cit., spec. 350, che – pur esaminando (anche mediante richiamo di lavori preparatori, a nota 4) circostanze considerate nel testo – ne condivide, tuttavia, le conclusioni.

⁴⁸⁵ In senso contrario, vedi L. DE ANGELIS, *Il processo dei licenziamenti tra principi generali e nuovo diritto: l'obbligatorietà e l'errore del rito ed il cumulo delle domande*, cit., spec. § 4.

⁴⁸⁶ Vedi riferimenti in L. DE ANGELIS, *Il processo dei licenziamenti tra principi generali e nuovo diritto: l'obbligatorietà e l'errore del rito ed il cumulo delle domande*, cit.

⁴⁸⁷ La *facoltatività* pare sostenuta, infatti, dai giudici della sezione lavoro del Tribunale di Firenze.

⁴⁸⁸ Vedi G. VERDE, *Note sul processo nelle controversie in seguito a licenziamenti regolati dall'articolo 18 Statuto lavoratori*, cit.

Se la tesi della *facoltatività del rito* dovesse prevalere, ne risulterebbero rimosse – in radice – le questioni pregiudiziali di rito, che pongono problemi di coerenza – con la *strumentalità del processo* – ed impongono *interpretazioni conformi* – allo stesso principio – per la disciplina del *procedimento specifico* (di cui ai commi 47 e seguenti dell'articolo 1 legge n. 92 del 2012, cit.).

3.4. Tali questioni pregiudiziali, infatti, dipendono – essenzialmente – dalla *obbligatorietà* del rito.

Per risultare *conformi* al principio di *strumentalità del processo*, tuttavia, le soluzioni relative – nel silenzio della scarsa disciplina del *procedimento specifico* (di cui ai commi 47 e seguenti dell'articolo 1, cit.) – vanno affidate all'applicazione di norme sul processo del lavoro (art. 409 ss. c.p.c., cit.) – come interpretate dalla giurisprudenza (ora) consolidata – senza trascurare, beninteso, *lettera e ratio* (di “*accelerare la definizione delle (.....) controversie*”, appunto) della stessa disciplina del *procedimento specifico*.

3.5. Intanto il giudice sembra doversi attenere alla *prospettazione* dell'attore – a prescindere, cioè, dalla sua fondatezza (*si vera sunt exposita*) – per verificare se l'oggetto della domanda corrisponda all'oggetto del *procedimento specifico* e sia, perciò, soggetto alla disciplina relativa.

L'esito negativo della verifica – sulla base della *prospettazione* dell'attore, appunto – sembra dover comportare, poi, soltanto il *mutamento del rito*.⁴⁸⁹

Le conclusioni proposte riposano, bensì, sull'applicazione di norme sul processo del lavoro – come interpretate dalla giurisprudenza – ma risultano rispettose, tuttavia, non solo della di *lettera*, ma anche *ratio* (di “*accelerare la definizione delle (...) controversie*”, appunto) della disciplina del *procedimento specifico*.

Diversamente opinando, infatti, la soluzione delle stesse questioni pregiudiziali postulerebbe lo svolgimento dell'istruzione probatoria – quantomeno sullo specifico punto – con evidente ritardo nella definizione della controversia.

Peraltro una decisione sul rito – in ipotesi, di *inammissibilità del ricorso*⁴⁹⁰ – sarebbe in contrasto palese con il principio di *strumentalità del processo* – in dipendenza, appunto, della preclusione di una pronuncia sul merito – oltre che con il principio di *economia processuale*, in dipendenza dello *spreco* di attività.

Resta, poi, da domandarsi se una pronuncia di inammissibilità sia, comunque, compatibile – nella specie – con il nostro ordinamento.^{491 492}

⁴⁸⁹ Sul *mutamento del rito*, vedi C. MUSELLA, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, cit., spec. 367 al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

⁴⁹⁰ In tal senso, pare Trib. Milano, ordinanza 25 ottobre 2012, cit.

⁴⁹¹ Ancorché non sia comminata in ipotesi tassative, la inammissibilità si verifica, tuttavia, soltanto quando – essendo l'atto inidoneo al raggiungimento del suo scopo – non operi un meccanismo di sanatoria (vedi, per tutte, Cass., sez. un. civ., 29 gennaio 2000, n. 16, in Foro it., 2000, I, 1606, n. BALENA, C. M. BARONE e giurisprudenza conforme successiva).

⁴⁹² Nello stesso senso, pare – essenzialmente in base al principio di *conservazione degli atti processuali* (art. 156 e 159 c.p.c.) – C. MUSELLA, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, cit. spec. 368.

3.6. Le medesime soluzioni sembrano imporsi, tuttavia, anche nel caso di *cumulo* di domanda – che rientri nell’oggetto del *procedimento specifico* – con altre domande che, invece, ne esulino.

Anche in tal caso, infatti, il giudice – parimenti sulla base della *prospettazione* dell’attore – deve limitarsi a disporre il mutamento del rito.

A sostegno delle conclusioni proposte (*rectius*: riproposte) militano, infatti, le medesime ragioni addotte per il caso di unica domanda, che esuli dall’oggetto del *procedimento specifico*.

3.7. Anche nel caso di *cumulo*, infatti, l’applicazione di norme sul processo del lavoro – come interpretate dalla giurisprudenza – risulta rispettosa di *lettera e ratio* (di “*accelerare la definizione delle (.....) controversie*”, appunto) della stessa disciplina del *procedimento specifico*.

Infatti non osta la *obbligatorietà* del *procedimento specifico*.

La *obbligatorietà* riguarda, invero, le controversie aventi ad oggetto – soltanto – “*l’impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall’articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro*”.

Mentre non sembra riguardare – al pari delle domande diverse – il *cumulo* di domanda – che rientri nell’oggetto del *procedimento specifico* – con altre domande, che ne esulino.

Peraltro una decisione sul rito – in ipotesi, di *inammissibilità del ricorso*⁴⁹³ – contrasterebbe, anche in questo caso, con il principio di *strumentalità del processo* – parimenti in dipendenza della preclusione di una pronuncia sul merito – oltre che con il principio di *economia processuale*, in dipendenza del palese *spreco* di attività.

Il prospettato *mutamento del rito* – nel caso di *cumulo* – pare, poi, *maggiormente coerente* con lo stesso principio di *strumentalità del processo* – in quanto conduce alla pronuncia sul merito, nell’ambito dello stesso processo – rispetto alla *separazione* delle domande⁴⁹⁴ – che esulino dall’oggetto del *procedimento specifico* – da quelle che vi rientrino.

Parimenti riposa su interpretazione *costituzionalmente orientata* (e non già *adeguatrice*) – in relazione al medesimo principio di *strumentalità del processo* – la *legittimazione* del lavoratore – nel caso di *cumulo* – a proporre congiuntamente, con il rito ordinario del lavoro, la domanda – che rientri nell’oggetto del *procedimento specifico* – con altre domande, che ne esulino⁴⁹⁵.

In senso contrario – sulla base, tra l’altro, della configurazione della *correttezza del rito* come *presupposto processuale* – vedi L. DE ANGELIS, *Il processo dei licenziamenti tra principi generali e nuovo diritto: l’obbligatorietà e l’errore del rito ed il cumulo delle domande*, cit., al quale si rinvia anche per riferimenti sulle diverse posizioni espresse in dottrina e, talora, anche in giurisprudenza.

⁴⁹³ In tal senso, pare Trib. Milano, ordinanza 25 ottobre 2012, cit.

⁴⁹⁴ Per la *separazione*, tuttavia, vedi, per tutti, C. MUSELLA, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, cit., spec.364, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

⁴⁹⁵ In senso contrario, vedi L. DE ANGELIS, *Il processo dei licenziamenti tra principi generali e nuovo diritto: l’obbligatorietà e l’errore del rito ed il cumulo delle domande*, cit., al quale si rinvia anche per riferimenti sulle diverse posizioni espresse in dottrina e, talora, anche in giurisprudenza.

3.8. In nessun caso, poi, il *mutamento del rito* – come la *separazione* – può comportare – per le controversie, che esulino dall'oggetto del *procedimento specifico* – *abuso della corsia preferenziale* e dei *termini acceleratori*, previsti, appunto, per lo stesso *procedimento specifico*.

Infatti tali controversie – a seguito del *mutamento di rito*, appunto, o della *separazione* – vengono assoggettate, fin dalla instaurazione, al rito ordinario del lavoro.

3.9. C'è da domandarsi, peraltro, se il datore di lavoro – che ne abbia interesse, in dipendenza dell'impugnazione tempestiva del licenziamento da parte del lavoratore – possa avvalersi del *procedimento specifico*.

La soluzione positiva della questione prospettata⁴⁹⁶ pone, tuttavia, problemi di compatibilità con la *lettera* – che contempla, esplicitamente, la "*impugnativa dei licenziamenti*" – della disciplina del *procedimento specifico*.

Da un lato, infatti, rende quantomeno controversa la *proponibilità* – con il rito speciale, appunto – delle azioni di mero accertamento, quale l'azione fatta valere dal datore di lavoro⁴⁹⁷.

Dall'altro, è riservata al lavoratore la legittimazione alla "*impugnativa dei licenziamenti*", appunto.

Tuttavia l'impugnazione tempestiva del licenziamento da parte del lavoratore – dalla quale dipende, per quanto si è detto, l'interesse ad agire del datore di lavoro – integrerebbe, secondo altra tesi⁴⁹⁸, la *impugnativa del licenziamento*, prevista dal testo della legge.

Né risulta dirimente la *ratio legis*.

La *celerità* del giudizio, infatti, risulta perseguita – dal *procedimento specifico* – anche nell'interesse del datore di lavoro.

Parimenti non risulta dirimente il principio di *strumentalità del processo*.

La soluzione positiva della questione prospettata, poi, comporterebbe l'imposizione del rito – in base al *principio di prevenzione* (di cui all'art. 39 c.p.c.)⁴⁹⁹ – ove si ritenga proponibile (vedi *retro*) – con il rito ordinario del lavoro – il *cumulo* di domanda – che rientri nell'oggetto del *procedimento specifico* – con altre che, invece, ne esulino

⁴⁹⁶ Per la soluzione positiva della questione, vedi Trib. Genova ord. 9 gennaio 2013, cit.; L. DE ANGELIS, *Il processo dei licenziamenti tra principi generali e nuovo diritto: l'obbligatorietà e l'errore del rito ed il cumulo delle domande*, cit., al quale si rinvia anche per riferimenti sulle diverse posizioni espresse in dottrina e, talora, anche in giurisprudenza.

In senso contrario, vedi C. MUSELLA, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, cit., spec. 357, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

⁴⁹⁷ In tal senso, vedi C. MUSELLA, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, cit., spec. 357, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

⁴⁹⁸ Vedi L. DE ANGELIS, *Il processo dei licenziamenti tra principi generali e nuovo diritto: l'obbligatorietà e l'errore del rito ed il cumulo delle domande*, cit., spec. § 3.

⁴⁹⁹ Vedi, per tutti, Cass. 15 luglio 2009, in Foro it. 2010, I, 937; 1 ottobre 2007, n. 20596, Foro it., 3008, I, 2613.

Con la conseguenza che “il datore di lavoro potrebbe in tal modo non consentire al lavoratore di avvalersi del rito speciale e della corsia preferenziale”.⁵⁰⁰

3.10. Non pone, invece, problemi di coerenza con il principio di *strumentalità del processo* – ed esula, quindi, dallo specifico tema di indagine – l’identificazione delle controversie, che formano oggetto del *procedimento specifico*.⁵⁰¹

Infatti dipende, esclusivamente, dalla interpretazione delle definizioni relative a ciascuna di tali controversie.

A tale proposito, tuttavia, la disciplina del *procedimento specifico* (di cui ai commi 47 ss. dell’articolo 1 della legge n. 92 del 2012, cit.) – mediante riferimenti espliciti ad istituti indicati *nomina-tim*⁵⁰² – reca una sorta di *rinvio altrove* – quantomeno implicito – alla disciplina di ciascuno degli *istituti*, che ne risultano richiamati.

Intanto il riferimento alla “*impugnativa dei licenziamenti*” pone problemi circa la *proponibilità* – con il rito speciale, appunto – delle azioni di mero accertamento⁵⁰³

Il riferimento contestuale ai “*licenziamenti*”, poi, sembra escludere – dal campo d’applicazione dello stesso rito – le fattispecie estintive del rapporto di lavoro diverse, appunto, dal licenziamento.^{504 505}

Il campo di applicazione della *tutela reale* (ai sensi dell’art. 18 S.L., nel testo originario ed in quello riformato) risulta, peraltro, evocato dal riferimento – che sembra integrare un *rinvio formale* – alle “*ipotesi regolate dall’articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni*”.

Coerentemente, ne risulta l’esclusione dal *rito speciale* soltanto per i licenziamenti – che esulano,

⁵⁰⁰ Così, testualmente, L. DE ANGELIS, *Il processo dei licenziamenti tra principi generali e nuovo diritto: l’obbligatorietà e l’errore del rito ed il cumulo delle domande*, cit., che adduce la circostanza per negare la proponibilità – con il rito ordinario del lavoro – del *cumulo* di domanda – che rientri nell’oggetto del *procedimento specifico* – con altre domande, che ne esulino.

⁵⁰¹ Sul punto, vedi, per tutti, L. DE ANGELIS, *Il processo dei licenziamenti tra principi generali e nuovo diritto: l’obbligatorietà e l’errore del rito ed il cumulo delle domande*, cit., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori: Adde: C. MUSELLA, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, cit.

⁵⁰² Alla “*impugnativa dei licenziamenti*”, appunto, alle “*ipotesi regolate dall’articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni*”, a “*questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro*” ed a “*domande diverse da quelle di cui al comma 47 del presente articolo (...) fondate sugli identici fatti costitutivi o (...) svolte nei confronti di soggetti rispetto ai quali la causa è comune o dai quali si intende essere garantiti*”

⁵⁰³ In tal senso vedi C. MUSELLA, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, cit., spec. 357, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

⁵⁰⁴ A mero titolo esemplificativo: dalla risoluzione consensuale alle dimissioni ed alla scadenza del termine *legittimamente* apposto al contratto di lavoro.

⁵⁰⁵ In tal senso vedi C. MUSELLA, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, cit., spec. 359 (contratti a termine), al quale si rinvia per riferimenti ulteriori; M. ROSANO, *Dimissioni e risoluzione consensuale*; V. DE MICHELE, *Il contratto a tempo determinato*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *IL NUOVO MERCATO DEL LAVORO dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, cit., 379, 19 (spec.59 ss.).

appunto, dal campo di applicazione della *tutela reale*^{506 507} – e l'inclusione, invece, per tutti gli altri.⁵⁰⁸

Risultano evocate, poi, *questioni di sussunzione* del rapporto controverso – nella definizione del *tipo contrattuale* di lavoro subordinato – dal riferimento esplicito, appunto, a “*questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro*”.⁵⁰⁹

Il *fatto costitutivo* della domanda ed il *fatto* sul quale si fonda la *connessione oggettiva* fra domande o la *domanda di garanzia* (art.33 e 32 c.p.c.) – nel significato univoco che ne risulta attribuito da dottrina e giurisprudenza – pare evocato, infine, dal riferimento a “*domande diverse da quelle di cui al comma 47 del presente articolo (.....) fondate sugli identici fatti costitutivi o (...) svolte nei confronti di soggetti rispetto ai quali la causa è comune o dai quali si intende essere garantiti*”.⁵¹⁰

Si tratta, all'evidenza, dell'interpretazione di disposizioni – che esulano dalla disciplina del *procedimento specifico* (di cui ai commi 47 ss. dell'articolo 1 della legge n. 92 del 2012, cit.) – ma risultano, tuttavia, da questa richiamate.⁵¹¹

4. Note conclusive: per un *diritto processuale minimo*.

A fronte dei contrasti interpretativi – che investono la disciplina del *procedimento specifico* (di cui ai commi 47 e seguenti dell'articolo 1 legge n. 92 del 2012, cit.) – vanno, quindi, privilegiate quelle *opzioni ermeneutiche virtuose* (vedi *retro*), che – nel rispetto, beninteso, di lettera e *ratio* della legge – risultano coerenti con la *strumentalità* del processo e, per ciò, funzionali alla tutela giurisdizionale *effettiva* per i diritti dei lavoratori.

in tale prospettiva, la *interpretazione adeguatrice* si coniuga – per quanto si è detto – con la *interpretazione costituzionalmente orientata* (vedi *retro*).

Ne risulta perseguita, per tale via, una sorta di *diritto processuale minimo* – per così dire – che, lungi dal rappresentare un ostacolo – all'attuazione *fedele*, quanto *effettiva*, del diritto sostanziale

⁵⁰⁶ Parimenti a mero titolo esemplificativo: da quelli inclusi nell'area della *tutela obbligatoria* o nell'area di *non applicazione* delle *tutele* ai licenziamenti esclusi dalla *tutela reale*.

⁵⁰⁷ Sul punto, vedi C. MUSELLA, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, cit., spec. 369 (licenziamenti inclusi nel campo d'applicazione della *tutela obbligatoria*), 360 (licenziamenti nelle *organizzazioni di tendenza* e quello dei dirigenti), al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

⁵⁰⁸ Sul punto, vedi C. MUSELLA, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, cit., spec. 358 (licenziamenti collettivi), 359 (licenziamento nel lavoro pubblico), al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

Vedi, altresì, P. ALBI, *I licenziamenti collettivi*; G. GENTILE, *I dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *IL NUOVO MERCATO DEL LAVORO dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, cit., 310, 220.

⁵⁰⁹ Sul punto, vedi C. MUSELLA, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, cit., spec. 361 (*impugnativa di licenziamento con pregiudiziale qualificazione del rapporto di lavoro, domanda di accertamento dell'esistenza di un rapporto di lavoro, di fenomeni interpositori e trasferimento d'azienda*), al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

⁵¹⁰ Sul punto, vedi C. MUSELLA, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, cit., spec. 363 (*domande diverse ed identità dei fatti costitutivi*), 364 (*cumulo di domande*), al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

⁵¹¹ Sulle questioni di interpretazione – prospettate nel testo – vedi, per tutti, C. MUSELLA, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, cit., spec. riferimenti di cui alle precedenti note 37 ss.

Vedi, altresì, M. ROSANO, *Dimissioni e risoluzione consensuale*; V. DE MICHELE, *Il contratto a tempo determinato*; P. ALBI, *I licenziamenti collettivi*; G. GENTILE, *I dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, cit.

nel caso concreto – garantisca un processo *capace* – in coerenza con la *strumentalità chioven-diana* – di “*dare, per quanto é possibile praticamente, a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire*”.

E – per quel che qui particolarmente interessa – garantisca un processo *capace* di assicurare *tutela giurisdizionale effettiva* ai diritti dei lavoratori⁵¹².

⁵¹² Vedi M. DE LUCA, *Diritti dei lavoratori: strumentalità del processo versus declino della tutela giurisdizionale effettiva (a quarant'anni dalla fondazione del nuovo processo del lavoro)*, cit., spec. § 6.

Autonomia, subordinazione, coordinazione nel gioco delle presunzioni*

Mariella Magnani

1. La cd. flessibilità in entrata: quale riforma per il lavoro autonomo?	184
2. Ruolo e responsabilità della dottrina.	185
3. Il lavoro economicamente dipendente negli ordinamenti europei.	186
4. L'emersione del lavoro autonomo coordinato e continuativo: nozione e funzioni.	186
5. Il difficile inquadramento sistematico del lavoro a progetto.	188
6. Le tecniche antielusive nella cd. legge Fornero e la loro ricaduta sul piano sistematico.	190
7. (Segue) La tecnica delle "presunzioni" nell'art. 69 <i>bis</i> .	192
8. (Segue) e nell'associazione in partecipazione.	195
9. Conclusioni.	196

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 174/2013

1. La cd. flessibilità in entrata: quale riforma per il lavoro autonomo?

La cd. legge Fornero verrà probabilmente ricordata, o comunque oggi è percepita, come la legge di riforma dell'art. 18 St. lav. Quanto si sta verificando nelle aule giudiziarie sul tema è effettivamente ciò che più sta catturando l'attenzione dei tecnici, accademici ed operatori. E, spostando più in là l'obiettivo, sarà altrettanto interessante verificare se e come questa legge, coi variabili equilibri che propone a fronte della monoliticità del vecchio art. 18 dello Statuto dei lavoratori, muterà lo stile di approccio alla lite degli operatori ed in particolare degli uffici vertenze delle associazioni sindacali; ad esempio, propiziando un'attitudine più conciliativa delle controversie sul licenziamento rispetto al passato.

Ma il mondo delle imprese e del lavoro non è solo interessato alle modalità di risoluzione del rapporto. Anzi, è in minima parte interessato, ad esempio, a quel licenziamento per giustificato motivo oggettivo su cui tanto insiste la legge (in quest'ambito, è semmai più interessato al licenziamento disciplinare e ai licenziamenti collettivi). Il mondo delle imprese e del lavoro è anche, se non di più, interessato alla costituzione del rapporto e al suo grado di flessibilità al fine di adeguarlo alle mutevoli esigenze dell'organizzazione produttiva.

Ebbene, anche su tali aspetti la legge è intervenuta, ma abbandonando lo scambio originario tra minor flessibilità in entrata e maggior flessibilità in uscita e realizzando già all'interno di ciascuna di queste parti compromessi e compensazioni.

Abbandonata l'idea salvifica del contratto unico – l'unico contratto non standard a cadere sul campo è il contratto di inserimento, peraltro funzionalmente sostituito dai nuovi incentivi all'assunzione, anche a termine e in somministrazione, dei lavoratori ultracinquantenni e delle donne – nell'impianto legale esistente sono state apportate modifiche la cui portata pratica è di difficile decifrazione.

Per certi versi le forme di lavoro flessibile risultano oggi ancor più flessibili, posto che il legislatore ha eliminato il requisito causale del primo contratto a termine, nonché della prima missione nell'ambito di un contratto di somministrazione a tempo determinato (pur prevedendo, contraddittoriamente, a mio avviso, un inasprimento contributivo pari all'1,4% e, ancor più criticabilmente, l'allungamento degli intervalli tra un contratto e l'altro).

Il fatto è che ci si sta rendendo conto che l'ostracismo storicamente decretato nei confronti del contratto a termine, indipendentemente dalle sue condizioni d'uso, non è giustificato. Più che vietare i contratti a termine – in generale, subordinati e no – si tratta di prevenirne gli abusi in modo che il lavoratore non cada nella trappola della precarietà; e comunque di assicurare che i lavoratori non standard siano tutelati sul piano del sostegno del reddito (oltreché della conseguente copertura previdenziale) e della formazione professionale per mantenerne inalterate ed anzi aumentarne le capacità professionali.

Di fatto, nel testo della legge così come infine approvato dopo tanto discutere, il contrasto all' "uso improprio e strumentale degli elementi di flessibilità progressivamente introdotti nell'ordinamento con riguardo alle tipologie contrattuali", cui si riferisce l'art. 1, 1° co., lett. c), appare principalmente volto al campo del lavoro autonomo (contratto a progetto e cd. partite IVA) e dell'associazione in partecipazione, la cui disciplina risulta fortemente irrigidita entro le maglie strette della novella. L'intenzione di ripristinare un più rigoroso discrimine tra i (genuini) contratti di lavoro autonomo e la sfera della subordinazione giuridica ha condotto il legislatore a ridurre

drasticamente la convenienza economica e gli spazi di operatività di questi contratti, a dispetto di più ambiziose prospettive di rivisitazione del lavoro autonomo in chiave regolativa e promozionale.

Sotto questo profilo vi è una linea di continuità con la cd. legge Biagi, muovendosi anche la cd. legge Fornero essenzialmente in un'ottica antielusiva, piuttosto che regolativa del lavoro autonomo; non seguendo alcuno dei sofisticati tentativi riformistici del diritto del lavoro proposti dalla dottrina (e presenti anche in sede parlamentare)⁽⁵¹³⁾. Tentativi riformistici che si possono sintetizzare nell'esigenza di prendere in considerazione tutto il lavoro personale (o prevalentemente personale), in qualunque forma esso si dispieghi (autonoma o subordinata), e graduare l'intensità della protezione in relazione alle esigenze di tutela.

2. Ruolo e responsabilità della dottrina.

Il giudizio riservato a questa parte della novella è comunemente, se non universalmente, critico; e non solo o non tanto sul piano della politica del diritto perché la legge ha sacrificato alla perdurante necessità antifraudolenta (cui si sarebbe potuto far fronte coi normali controlli amministrativi e giurisdizionali) una *pars construens* nella quale il lavoro autonomo, specie quello di seconda o terza generazione, potesse trovare <<un proprio spazio giuridicamente riconoscibile, senza trovarsi schiacciato sotto il peso del "contratto dominante">>⁽⁵¹⁴⁾ ovvero il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato (cfr., art. 1, 1° co., lett a)); quanto sul piano tecnico.

Il legislatore, agendo ai fini antielusivi con lo strumento delle "presunzioni", ed in particolare delle cd. presunzioni assolute, produce degli effetti di "sovrainclusione" nella fattispecie della subordinazione⁽⁵¹⁵⁾, se non di mutamento/ allargamento o di revisione della fattispecie classica, o del tipo legale di cui all'art. 2094 c.c., "proiettata a recepire condizioni diverse da quelle tradizionali"⁽⁵¹⁶⁾.

Su questo tipo di esito della novella, che non pare veramente consapevole, non è priva di responsabilità la dottrina che, lasciato a mezzo, negli anni ottanta, il discorso sulla nozione di subordinazione per entrare nella fase progettuale della rimodulazione delle tutele, non ha mai affrontato centralmente il tema del lavoro autonomo. Per i giuslavoristi (ma anche per i civilisti, peraltro meno titolati dei primi) – salve rare eccezioni⁽⁵¹⁷⁾ – quello del lavoro autonomo è un terreno sostanzialmente ignoto; una zona inesplorata come quella cui, per usare una metafora, nelle antiche carte geografiche era destinata la scritta *hic sunt leones*. La conseguenza è che sull'individuazione della fattispecie del contratto d'opera, sull'oggetto dell'obbligazione e la valenza euristica

⁽⁵¹³⁾ Cfr. A. PERULLI, *Il lavoro autonomo tradito e il perdurante equivoco del "lavoro a progetto"*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2013, pag. 1 e segg.; Id., *Il lavoro autonomo e parasubordinato nella riforma Monti*, in *Lav. Dir.*, 2012, pag. 541 e segg.; M. NOVELLA, *Lavoro subordinato, lavoro a progetto, lavoro autonomo. La legge n. 92/2012 ridefinisce la fattispecie?*, in *Lav. Dir.*, 2012, pag. 569 e segg.; F. BANO, *Il contratto dominante e la noia del posto fisso*, in *Lav. Dir.*, 2012, pag. 497 e segg.; V. PINTO, *La nuova disciplina delle collaborazioni a progetto*, in P. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro*, Bari, 2013, pag. 199 e segg.; G. SANTORO PASSARELLI, *Crisi economica globale e valori fondanti del diritto del lavoro*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2013, pag. 425 e segg.; Id., *Falso lavoro autonomo e lavoro autonomo economicamente debole*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, I, pag. 103 e segg.

⁽⁵¹⁴⁾ Così F. BANO, *Il contratto dominante ecc.*, op. cit., pag. 510.

⁽⁵¹⁵⁾ Così, efficacemente, M. NOVELLA, *Lavoro subordinato ecc.*, op. cit., pag. 578.

⁽⁵¹⁶⁾ Così G. FERRARO, *Flessibilità in entrata: nuovi e vecchi modelli di lavoro flessibile*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, I, pag. 608.

⁽⁵¹⁷⁾ Tra queste, spicca l'opera di A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, in A. CICU e F. MESSINEO, *Trattato di diritto civile e commerciale*, XXVII, t. 1, Milano, 1996.

dell'alternativa mezzi/risultato, sulla possibile caratterizzazione del contratto d'opera come contratto di durata non vi è consonanza di vedute, se non una vera e propria babele delle lingue. Una babele delle lingue che continua a riaffiorare quando si parla di lavoro a progetto.

3. Il lavoro economicamente dipendente negli ordinamenti europei.

Prima di avventurarci nella analisi della tassonomia dei rapporti di lavoro e dell'evoluzione seguita in materia nel nostro ordinamento, alla luce delle riserve avanzate da una parte della nostra dottrina – e mai ritratte – in ordine alla creazione di uno statuto intermedio tra autonomia e subordinazione, giova ricordare brevemente le indicazioni internazionali ed europee. Non occorre andare troppo in là nel tempo: basta ricordare il Parere del Comitato economico e sociale europeo del 29 aprile 2010 su “Nuove tendenze del lavoro autonomo: il caso specifico del lavoro autonomo economicamente dipendente”. In esso si ricorda che l'esistenza di una nuova “categoria” di lavoratori “a metà strada tra lavoratori subordinati e lavoratori autonomi” è stata riconosciuta in diversi ordinamenti europei: si tratta dei “*lavoratori economicamente dipendenti*”, che godono di uno statuto intermedio (e variabile: dalla garanzia di un reddito minimo alla limitazione della durata del lavoro e così via) tra autonomia e subordinazione. Il Parere non nasconde che l'esistenza di tali statuti intermedi può suscitare legittime riserve per il timore che un riconoscimento del lavoro autonomo “economicamente dipendente” possa far confluire di fatto in quest'area persone che fino a quel momento erano lavoratori subordinati. E tuttavia sottolinea come la categoria vada distinta dal falso lavoro autonomo perché, soprattutto nell'ambito delle strategie di esternalizzazione delle imprese e delle connesse esigenze di ristrutturazione, corrisponde ad un fenomeno reale la libera scelta di svolgere un'attività indipendente, sia pure coordinata, nell'organizzazione di impresa; e in questa fase di sviluppo dei servizi transfrontalieri la diversità esistente tra le legislazioni in materia è una questione che interessa tutta l'Unione Europea. Addirittura il Comitato economico e sociale profila un'armonizzazione degli “statuti professionali” a livello comunitario, a cominciare dalla stessa definizione di lavoro autonomo economicamente dipendente: operazione non facile e però necessaria, pena il lasciare una fascia sempre più ampia di lavoratori europei priva di protezione.

Si diceva operazione non facile giacché diversi sono le tecniche normative di identificazione ed anche gli statuti protettivi: il nucleo duro della definizione è tuttavia rappresentato dalla monocommittenza o quasi monocommittenza, oltre che dalla prevalente personalità della prestazione, e, quale criterio negativo, dalla assenza di subordinazione, il cui elemento chiave, nella maggior parte dei paesi dell'Unione Europea, è rappresentato dall'assoggettamento del lavoratore alla direzione e al controllo di un altro soggetto (il datore di lavoro).

4. L'emersione del lavoro autonomo coordinato e continuativo: nozione e funzioni.

Alla luce di queste indicazioni può meglio apprezzarsi l'evoluzione del nostro ordinamento nel quale, dapprima, vediamo emergere, all'interno della famiglia del lavoro autonomo ed accanto alla famiglia del lavoro subordinato, la fattispecie del *lavoro autonomo coordinato e continuativo*, destinataria di un primo nucleo di disciplina differenziata (essenzialmente processuale, perché l'applicazione dell'art. 2113 c.c., pure disposta, è sostanzialmente improduttiva di effetti, stante la mancanza, nei sottostanti rapporti di lavoro, di nuclei significativi di disciplina vuoi legislativa vuoi contrattuale). Poi, come sappiamo, nel tempo altri elementi di disciplina differenziata, in

qualche modo imperniati su questa fattispecie, sono stati introdotti (a cominciare dall'obbligo di contribuzione previdenziale).

In concomitanza con l'emergere della fattispecie se ne sono scandagliati i significati (soprattutto nell'ottica della distinzione rispetto al lavoro autonomo), a cominciare dal significato degli elementi della *coordinazione* e della *continuità*: la coordinazione (ovvero il coordinamento) viene intesa come collegamento funzionale della prestazione con l'attività esercitata dal committente (imprenditore e non imprenditore) e a sua volta (necessariamente) rischiarata dal requisito della continuità, che, non a caso, in giurisprudenza viene vista come indice di coordinazione⁽⁵¹⁸⁾.

Giustamente si è osservato che il requisito della coordinazione (o coordinamento) è strettamente connesso e interagisce con il requisito della continuità, conferendo al rapporto di collaborazione il connotato tipico dell'attitudine alla pianificazione della prestazione d'opera nel tempo⁽⁵¹⁹⁾. Anzi si intravede sotto il binomio coordinazione-continuità l'elemento della destinazione esclusiva dell'attività del lavoratore che, essendo connessa ad una (relativa) interdizione di fatto del prestare nello stesso tempo a favore di altri, consente la valutazione tipica di uno stato di relativa e transitoria "dipendenza" dal committente⁽⁵²⁰⁾.

A sua volta la continuità (o testualmente continuatività) si ha quando la prestazione non sia meramente occasionale o istantanea, ma sia invece destinata a protrarsi in un arco di tempo indeterminato o comunque sufficientemente lungo, implicando una reiterazione delle singole prestazioni d'opera⁽⁵²¹⁾. Nell'opinione prevalente anche in giurisprudenza non si ha riguardo al fatto che la durata attenga al profilo causale ovvero al solo profilo esecutivo del contratto: si accentua cioè il rilievo della *continuità di fatto* della prestazione, in conformità con la *ratio* dell'art. 409, n. 3, c.p.c.

In tal modo si otterrebbe il risultato di ricomprendere nella fattispecie in esame anche quei prestatori d'opera che, seppure tenuti ad eseguire un unico incarico, svolgono per un certo periodo di tempo, a tale scopo, un insieme di attività destinate ad un unico creditore, così venendosi a trovare, secondo *l'id quod plerumque accidit*, in quella condizione di debolezza o di dipendenza cui l'ordinamento intende fornire tutela.

Proprio muovendo dalla fattispecie del lavoro autonomo, ma coordinato, si è poi sviluppato negli anni novanta un intenso e raffinato dibattito di tipo progettuale, incentrato sulla sua idoneità selettiva di un nucleo differenziato di effetti e di tutele. In questo dibattito comincia ad affiorare il problema della distinzione del lavoro coordinato rispetto (non più a quello autonomo *tout court* ma) a quello subordinato. La coordinazione ovviamente non è la stessa coordinazione che qualifica la subordinazione, la quale viene ormai identificata senza residui come assoggettamento ad

⁽⁵¹⁸⁾ Cfr., ad es., Cass. 19 aprile 2002, n. 5698, in *Lav. Giur.*, 2002, pag. 1164 e segg.

⁽⁵¹⁹⁾ M. PEDRAZZOLI, *Prestazioni d'opera e parasubordinazione (riflessioni sulla portata sistematica dell'art. 409, n. 3, c.p.c.)*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1984, I, pag. 506 e segg., qui pag. 524. V. anche A. PERULLI, *Il lavoro autonomo e parasubordinato ecc.*, op. cit., pag. 546 e segg.

⁽⁵²⁰⁾ Cfr. M. PEDRAZZOLI, *Prestazioni d'opera ecc.*, op. cit., pag. 522 e segg.

⁽⁵²¹⁾ M. PEDRAZZOLI, *Prestazioni d'opera ecc.*, op. cit., pag. 519 e segg.

eterodirezione in senso pregnante; tuttavia deve ammettersi che vi è un *continuum* tra subordinazione e coordinazione e che la *querelle* sulla distinzione qualitativa o solo quantitativa non è mai giunta ad un esito conclusivo⁽⁵²²⁾.

Qualcuno, per la verità, ha cominciato a proporre di integrare (o sostituire) la fattispecie del lavoro coordinato con l'aggiunta di altri elementi, tratti dall'esperienza comparata, come l'esclusività o la quasi esclusività del rapporto contrattuale⁽⁵²³⁾: elementi tipici della figura sociologica del lavoro autonomo economicamente dipendente.

5. Il difficile inquadramento sistematico del lavoro a progetto.

In questo quadro interviene come una sorta di imprevisto asistemico la normativa sul lavoro a progetto. L'idea, coltivata inizialmente da Marco Biagi, di dare spazio e regolamentazione alle nuove forme di lavoro diffuse specialmente, ma non esclusivamente, nel terziario, appunto il lavoro a progetto – che infatti viene corredato di un nucleo di disciplina specifica – poi ha subito una imprevedibile torsione attraverso l'utilizzazione del requisito del progetto quale elemento di discriminare rispetto al lavoro subordinato (come emerge chiaramente dalla norma sanzionatoria di cui all'art. 69 del d.lgvo n. 276 del 2003).

Ebbene, nonostante tutti gli arzigogoli interpretativi resi possibili dalla babele delle lingue imperante in materia di lavoro autonomo (a questo punto, più che in materia di lavoro subordinato) neppure i più valorosi sistematizzatori sono stati in grado di spiegare la valenza discreta attribuita al nuovo elemento ideato dal legislatore (la riconducibilità a progetto, programma o fase di esso) e più in generale i criteri che avrebbero discriminato il lavoro autonomo continuativo dal lavoro subordinato. A ben vedere, anche coloro che, nella seconda fase della riflessione dottrinale, hanno ritenuto la normativa sul lavoro a progetto perfettamente sistematizzabile nell'ordinamento non hanno attribuito di per sé alcun valore scriminante al progetto, ma vi hanno ravvisato semplicemente la conferma delle proprie pregresse opinioni in merito ai criteri di distinzione tra autonomia e subordinazione e in particolare tra coordinazione e subordinazione⁽⁵²⁴⁾.

Come emerge dalla stessa circolare ministeriale n. 1/2004, e come è stato rilevato in dottrina, quello di progetto è concetto anodino, dal momento che qualsiasi attività di lavoro può essere ricondotta ad un progetto e il "lavoro a progetto" non è sinonimo di attività resa senza vincolo di

⁽⁵²²⁾ Cfr., in proposito, il mio *Contratti di lavoro ed organizzazione*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2005, pag. 134 e segg. ed ivi riferimenti dottrinali; v. anche, più recentemente, G. SANTORO PASSARELLI, *Falso lavoro autonomo e lavoro economicamente debole ecc.*, op. cit., pag. 103 e segg.

⁽⁵²³⁾ Sull'esperienza comparata cfr. soprattutto A. PERULLI, *Lavoro autonomo e dipendenza economica, oggi*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2003, I, pag. 221 e segg.; sull'emersione della figura del lavoratore economicamente dipendente nella dottrina italiana, e sui suoi indici, cfr. ora la sintesi di G. SANTORO PASSARELLI, *Falso lavoro autonomo e lavoro economicamente debole ecc.*, op. cit., pag. 103 e segg. Precedentemente v. soprattutto P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, Milano, 1996, pag. 64 e segg.; T. TREU, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Bologna, 2001, pag. 201 e segg.; A. PERULLI, *Lavoratori atipici e parasubordinazione tra diritto europeo e situazione italiana*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2006, I, pag. 730 e segg.

⁽⁵²⁴⁾ Emblematiche le posizioni di M. PERSIANI, *Individuazione delle nuove tipologie tra subordinazione e autonomia*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2005, pag. 1 e segg. e M. NAPOLI, *Riflessioni sul contratto a progetto*, in AA.VV., *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L'omaggio dell'Accademia a Mattia Persiani*, t. 2, Padova, 2005, pag. 1343 e segg. In questo filone possono essere inseriti anche i contributi di G. SANTORO PASSARELLI, *La nuova disciplina del lavoro a progetto* e G. PROIA, *Lavoro coordinato e lavoro a progetto*, ivi rispettivamente pag. 1413 e segg. e pag. 1387 e segg.

subordinazione. Il lavoro a progetto non è una modalità esclusiva del nuovo lavoro indipendente, ma può rappresentare una forma di organizzazione del lavoro subordinato classico: un numero sempre maggiore di attività umane svolte nell'impresa si trasforma, da prevalente esecuzione di compiti di routine, nell'attuazione responsabilizzata a livello di gruppo di tali progetti⁽⁵²⁵⁾. E nelle ulteriori apposizioni utilizzate dal legislatore per precisare la fattispecie (progetto determinato dal committente, ma gestito "autonomamente dal collaboratore in funzione del risultato, nel rispetto del coordinamento con l'organizzazione del committente e indipendentemente dal tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività lavorativa"⁽⁵²⁶⁾) si sono ravvisate specificazioni già comprese nella fattispecie originaria (non dimentichiamo che si tratta di collaborazione coordinata e continuativa, prevalentemente personale e *senza vincolo di subordinazione*) o, al più, la consacrazione di orientamenti giurisprudenziali. In particolare il riferimento al risultato (col suo corollario: l'irrelevanza del tempo impiegato per l'esecuzione dell'attività lavorativa) doveva ritenersi operato allo stesso modo con cui esso viene utilizzato dalla giurisprudenza: esso non rifletteva tanto il discutibile (e discusso) assunto dogmatico che riconduce la *locatio operis* all'obbligazione di risultato e la *locatio operarum* all'obbligazione di mezzi, ma rappresentava – molto più debolmente – il mero criterio indiziario della presenza o meno della subordinazione, intesa come assoggettamento ad eterodirezione, più facilmente ipotizzabile qualora, "senza che sia necessario un risultato qualsivoglia da raggiungere (...) il lavoratore abbia impiegato le proprie energie diligentemente per il tempo previsto e secondo gli ordini via via ricevuti"⁽⁵²⁷⁾.

Peraltro, sul lavoro a progetto, sul quale all'indomani della sua introduzione si è abbattuta una grande quantità di critiche, in linea di massima fondate, si è dovuta registrare la funzione creatrice e al tempo stesso razionalizzatrice da parte della giurisprudenza. Essa ha respinto le interpretazioni più estremizzanti, come quella che richiedeva l'eccezionalità ovvero la straordinarietà dell'attività dedotta in contratto rispetto al ciclo produttivo dell'impresa. Poiché dalla legge al nuovo elemento (riconducibilità a progetto, programma o fase di esso) è stata attribuita valenza discrezionale rispetto al lavoro subordinato, ciò ha finito per indurre la giurisprudenza ad affinare gli indici di subordinazione. Quegli stessi indici che a ben vedere, nelle concrete fattispecie esaminate, essa pragmaticamente continua ad usare per riempire di contenuto – o colmare la vacuità del – la nozione di progetto. Così, non hanno superato il vaglio giudiziario le attività di cameriera⁽⁵²⁸⁾, le funzioni elementari di trattamento dei rifiuti⁽⁵²⁹⁾, le attività di *call center*⁽⁵³⁰⁾, la gestione di un banco vendita di un supermercato⁽⁵³¹⁾. E la stessa questione della natura della presunzione di cui all'art. 69 nelle sentenze appariva spesso "oziosa" e priva di effettiva rilevanza pratica, giacché, come abbiamo già notato, nelle concrete operazioni qualificatorie i giudici, più che affidarsi, in funzione scriminante, ad una inafferrabile nozione di progetto, facevano perno sugli indici (tradizionali) di subordinazione.

⁽⁵²⁵⁾ Cfr. A. PERULLI, *Il lavoro a progetto tra problema e sistema*, in *Lav. Dir.*, 2004, pag. 92.

⁽⁵²⁶⁾ Questo il testo originario dell'art. 61 del d.lgvo n. 276/2003.

⁽⁵²⁷⁾ Così A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, op. cit., pag. 182 e segg.

⁽⁵²⁸⁾ Trib. Piacenza 15 febbraio 2006, in *Lav. Giur.*, 2006, pag. 885 e segg.

⁽⁵²⁹⁾ Trib. Torino 10 maggio 2006, in *Orient. Giur. Lav.*, 2006, pag. 344 e segg.

⁽⁵³⁰⁾ Trib. Milano 18 gennaio 2007, in *Orient. Giur. Lav.*, 2007, pag. 246 e segg.; Trib. Milano, 5 febbraio 2007, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, II, pag. 809 e segg.

⁽⁵³¹⁾ App. Firenze 29 gennaio 2008, in *Mass. Giur. Lav.*, 2008, pag. 758 e segg.

6. Le tecniche antielusive nella cd. legge Fornero e la loro ricaduta sul piano sistematico.

A leggere le nuove norme sul lavoro a progetto, introdotte dalla l. n. 92 del 2012, l'impostazione (coi conseguenti errori o equivoci sistematici) ne risulta confermata.

Nella legge viene proposta una manutenzione della normativa che tiene conto dell'*acquis* giurisprudenziale, con, tuttavia, elementi innovativi, apparentemente di carattere restrittivo.

Da una parte, è stato eliminato il riferimento ai "programmi di lavoro o fasi di esso" che compariva nella originaria definizione dell'art. 61; col che siamo finalmente esonerati dal cercare di trovare una distinzione, in verità evanescente, tra progetto, programma di lavoro e addirittura fase di esso. La novità cancella con un tratto di penna un decennio di discussione dottrinale sul significato da attribuirsi a quello che una parte della dottrina ha interpretato come un'endiadi ovvero, secondo altra prospettiva, un'improvvida duplicazione concettuale introdotta dal legislatore del 2003⁽⁵³²⁾. Fin qui, ed anche col riferimento al necessario collegamento funzionale del progetto ad un "determinato risultato finale", siamo, a mio avviso, nel campo del semplice *restyling* normativo. Ciò che non esclude che si apriranno dotte discussioni dogmatiche, alimentate peraltro dall'insufficienza della riflessione tradizionale sul lavoro autonomo prima ricordata.

Di esse si trova già traccia nella circolare n. 29/2012, contenente indicazioni operative per il personale ispettivo, che identifica il "risultato finale" nel "risultato compiuto, inteso quale modificazione della realtà materiale che il collaboratore si impegna a realizzare in un determinato arco temporale (ad esempio sviluppo di uno specifico software e non l'attività ordinariamente necessaria ai fini della sua gestione; l'ideazione di una specifica scenografia per la rappresentazione di uno spettacolo teatrale e non mero allestimento del palco)". Una prospettazione, dalle ascendenze confuse, di cui è già stata sottolineata in dottrina la fallacia e la infondatezza scientifica, se non altro perché qualsiasi attività umana "produce in realtà una modificazione della realtà materiale, che si tratti delle *operae* di un addetto alla catena di montaggio, o dell'opera o servizio di un moderno lavoratore della conoscenza"⁽⁵³³⁾.

D'altra parte, si è puntualizzato che il progetto non può consistere in una mera riproposizione dell'oggetto sociale del committente, in coerenza con la precisazione giurisprudenziale – si ricordi, in particolare, Tribunale di Torino 5 aprile 2005 – che aveva unicamente il significato di richiamare l'attenzione sull'esigenza che il progetto dovesse essere *specifico*. Ed anche qui siamo, a mio avviso, nell'ambito di un *restyling* normativo.

Dove è ravvisabile un elemento innovativo di portata restrittiva è nella presunzione per cui il progetto non può comportare lo svolgimento di "compiti meramente esecutivi o ripetitivi, che possono essere individuati dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale". Questo è indubbiamente un elemento innovativo di portata restrittiva di non facile decifrazione e che darà luogo a contenzioso; peraltro, anche questo requisito è scientificamente discutibile, perché non è certo dalla non esecutività o ripetitività dei compiti che si può ricavare l'autonomia della prestazione. Non è chiarito quali siano le

⁽⁵³²⁾ Così, giustamente, A. PERULLI, *Il lavoro autonomo e parasubordinato ecc.*, op. cit., pag. 544.

⁽⁵³³⁾ Così A. PERULLI, *Il lavoro autonomo tradito ecc.*, op. cit., pag. 17.

conseguenze della rilevata presenza nel progetto di compiti esecutivi o ripetitivi. Si tratta di mancanza di progetto con conseguente applicazione della sanzione della conversione? La risposta affermativa pare imporsi, giacché il disposto che vieta lo svolgimento di compiti meramente esecutivi o ripetitivi compare nella norma definitoria ed assurge quindi a condizione di validità del progetto⁽⁵³⁴⁾.

Comincia poi il “gioco delle presunzioni”. È posta una presunzione relativa (quindi vincibile dalla prova contraria) - che riguarda tutti “i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, anche a progetto” - di subordinazione “nel caso in cui l’attività del collaboratore sia svolta con modalità analoghe a quella svolta dai lavoratori dell’impresa committente, fatte salve le prestazioni di elevata professionalità che possono essere individuate dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”. Anche questa innovazione normativa appare criticabile.

Se una prestazione viene svolta con modalità analoghe a quelle rese dai dipendenti del committente in regime di subordinazione significa che la prestazione è fornita seguendo direttive e ordini specifici. È evidente pertanto che dovrebbe trattarsi in questi casi di lavoro subordinato e non autonomo. Quindi, semmai, si sarebbe giustificata una presunzione assoluta⁽⁵³⁵⁾. È chiaro però che, siccome la presunzione non opera per le prestazioni di elevata professionalità, ne viene un’indicazione legislativa, in astratto non irragionevole – se non fosse poi complesso individuare la relativa nozione – di normale utilizzazione del lavoro a progetto per prestazioni di “elevata professionalità”.

Ma la norma più significativa, dal punto di vista sistematico, concerne la previsione per cui l’art. 69, co. 1, d. lgvo n. 276 del 2003, “si interpreta nel senso che l’individuazione di uno specifico progetto costituisce elemento essenziale di validità del rapporto di collaborazione coordinata e continuativa, la cui mancanza determina la costituzione di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato”. Sebbene, come giustamente sottolineato, la disposizione non si limiti a determinare il significato della legge preesistente, secondo la concezione dichiarativa dell’interpretazione autentica⁽⁵³⁶⁾, tant’è che appare fin dubbia la sua retroattività⁽⁵³⁷⁾, essa è stata letta da pressoché tutti i commentatori⁽⁵³⁸⁾ come conferma della tesi della presunzione assoluta di subordinazione in caso di mancanza di progetto, cui dovrebbe essere equiparato lo svolgimento di prestazioni eccedenti quelle contenute nello stesso, con conseguente messa al bando della tesi della presunzione relativa. Tesi della presunzione relativa che, osteggiata in passato dalla gran parte della dottrina, oggi, a fronte della anche tecnicamente insensata compressione del lavoro

⁽⁵³⁴⁾ V. A. PERULLI, *Il lavoro autonomo e parasubordinato ecc.*, op. cit., pag. 551.

⁽⁵³⁵⁾ Così, giustamente, A. PERULLI, *Il lavoro autonomo e parasubordinato ecc.*, op. cit., pag. 554.

⁽⁵³⁶⁾ Cfr. A. PERULLI, *Il lavoro autonomo tradito ecc.*, op. cit., pag. 30.

⁽⁵³⁷⁾ E ciò perché la disposizione “interpretativa” è collocata nel comma 24 dell’art. 1, che a sua volta il comma 25 dichiara applicabile, assieme al comma 23, “ai contratti di collaborazione stipulati successivamente alla data di entrata in vigore della ... legge”.

⁽⁵³⁸⁾ V. però in senso diverso M. MARAZZA, *Il lavoro autonomo dopo la riforma del governo Monti*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, pag. 875 e segg., qui pag. 901, per il quale si può ancora discutere se la previsione concerna l’ipotesi che il progetto non esista nei fatti ovvero l’ipotesi che esso non sia stato adeguatamente specificato in forma scritta, anche se poi l’a. sottolinea come, essendo, per l’indicazione del progetto, prevista la forma scritta *ad probationem*, ovviamente la prova sarebbe alquanto difficile: insomma “la sanzione, comunque la si voglia interpretare, è forte...” (pag. 901).

parasubordinato e del lavoro autonomo, viene percepita come un punto di equilibrio tra esigenze di tutela del prestatore di lavoro e legittima aspirazione dell'impresa a dimostrare che, pur in assenza di un progetto, il rapporto instaurato "non conosceva la stigmatizzazione" ⁽⁵³⁹⁾.

In realtà, più che di presunzione legale assoluta (per cui da un fatto noto si risale ad un fatto ignorato), deve parlarsi di una qualificazione coattiva ⁽⁵⁴⁰⁾ del contratto come contratto di lavoro subordinato, pur nell'eventuale assenza di subordinazione, intesa come assoggettamento ad eterodirezione.

Se questo non determina un vero e proprio mutamento della fattispecie classica, o del tipo legale di cui all'art. 2094 c.c., con la sostituzione della coordinazione alla eterodirezione, è forse solo grazie all'insieme delle esclusioni: ferme restando ovviamente le questioni di legittimità costituzionale, se non per la cd. indisponibilità del tipo – principio non sempre a proposito invocato, non foss'altro perché non vi sono vincoli costituzionali ad una revisione delle categorie cioè delle fattispecie, ovvero dei centri di imputazione delle tutele – almeno in relazione all'art. 3 della Costituzione e al limite generale che esso pone della ragionevolezza delle differenziazioni di trattamento.

7. (Segue) La tecnica delle "presunzioni" nell'art. 69 bis.

Nella realtà poi era chiaro che, con la previsione del requisito del progetto e dunque del termine, molto si era scaricato sulle cd. partite IVA. Ma, per estirpare il falso lavoro autonomo, non erano sufficienti la vigilanza ispettiva ed il controllo giudiziario, sulla base dei consueti indici di subordinazione? Era necessario introdurre quell'insieme di presunzioni che, come vedremo, finisce per incidere surrettiziamente e "un po' clandestinamente" ⁽⁵⁴¹⁾ sulle stesse fattispecie lavoristiche?

All'art. 69 è, come noto, stato aggiunto un art. 69 bis che porta la rubrica "altre prestazioni lavorative rese in regime di lavoro autonomo". Poiché, in base alla rubrica, la norma regola "altre" prestazioni rese in regime di lavoro autonomo, si dovrebbe supporre che si tratti della fattispecie del lavoro autonomo non coordinato ⁽⁵⁴²⁾, già oggetto di disciplina negli artt. 61 e ss. Si dovrebbe supporre; ma non è così, perché il testo della norma fa riferimento ad altra categoria e cioè a prestazioni lavorative rese da titolari di partita IVA (l'operatività del nuovo art. 69 bis è, dunque, condizionata alla ricorrenza della fattispecie tributaria della "professione abituale" ⁽⁵⁴³⁾); e poi la norma stessa descrive proprio gli indici della collaborazione coordinata e continuativa.

⁽⁵³⁹⁾ Così A. PERULLI, *Il lavoro autonomo e parasubordinato ecc.*, op. cit., pag. 553.

⁽⁵⁴⁰⁾ Cfr. P. TOSI, *L'improbabile equilibrio tra rigidità "in entrata" e flessibilità "in uscita" nella legge n. 92/2012 di riforma del mercato del lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, pag. 813 e segg.; G. FERRARO, *Flessibilità in entrata ecc.*, op. cit., pag. 590. Precedentemente, v. M. PANCI, *La conversione, ex art. 69, comma 1, del d. lgs. n. 276/2003: la compressione dell'autonomia privata individuale fra dubbi di legittimità costituzionale e "interpretazioni correttive"*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2011, I, pag. 323 e segg.

⁽⁵⁴¹⁾ Così M. NOVELLA, *Lavoro subordinato ecc.*, op. cit., pag. 586.

⁽⁵⁴²⁾ V., infatti, A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Torino, 2012, pag. 33.

⁽⁵⁴³⁾ Così M. MARAZZA, *Il lavoro autonomo ecc.*, op. cit., pag. 883.

Il legislatore fa operare una sorta di presunzione di ricorrenza di un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa ogni qualvolta ricorrano almeno due dei tre requisiti indicati: “collaborazione” (ciò che sembra evocare una relazione continuativa⁽⁵⁴⁴⁾) con il medesimo committente di durata “complessivamente” superiore a otto mesi annui per due anni consecutivi; corrispettivo, anche se fatturato a più soggetti riconducibili al medesimo centro d'imputazione di interessi, che costituisca più dell'ottanta per cento dei corrispettivi annui complessivamente percepiti dal collaboratore nell'arco di due anni solari consecutivi; postazione “fissa” presso una delle sedi del committente.

Vorrei tralasciare, in questa sede, l'esame analitico dei presupposti in oggetto, per i quali si pongono rilevanti problemi interpretativi (cosa vuol dire “postazione fissa” di lavoro presso una delle sedi del committente? Cosa vuol dire “medesimo centro di imputazione di interessi”? Per non dire di come debba essere misurata la durata della “collaborazione”: si fa riferimento ad un'unica obbligazione o ad una pluralità di obbligazioni di durata superiore a otto mesi? E così via).

Si osserva normalmente che qui si tratta di “presunzione relativa” dal momento che, a detta del legislatore – e tralasciamo l'approssimatività del linguaggio – “le prestazioni” in questione si considerano “rapporti di collaborazione coordinata e continuativa”, “salvo che sia fornita prova contraria da parte del committente”: ma di quale prova è onerato il committente?

Se si trattasse di presunzione (legale relativa) la parte avversa (il committente) dovrebbe fornire la prova che non esiste il fatto presunto: in sostanza la prova dovrebbe vertere o sul fatto opposto a quello presunto o su fatti incompatibili con il fatto presunto. Ma qui non si presume un fatto; bensì una qualificazione. Non a caso si è rilevato da tutti i commentatori che non è semplice, anzi è assai complicata⁽⁵⁴⁵⁾, la prova della insussistenza della collaborazione coordinata e continuativa in presenza di elementi *indiziari* definiti sul piano legislativo che ormai, si può ben dire, “fanno parte integrante della relativa fattispecie”⁽⁵⁴⁶⁾.

Secondo qualcuno l'assenza di continuità “potrebbe essere dimostrata allegando che la prestazione è stata eseguita per la realizzazione di un unico risultato finale e che il prestatore, di conseguenza, ha adempiuto *uno actu* semplicemente conseguendo quel risultato entro il termine di scadenza pattuito”⁽⁵⁴⁷⁾; ma, a fronte del significato fin qui attribuito al requisito della continuità, sembra difficile seguire questa dottrina su tale terreno; quanto poi all'assenza di coordina-

⁽⁵⁴⁴⁾ Cfr. G. FERRARO, *Flessibilità in entrata ecc.*, op. cit., pag. 595. Secondo Perulli non ha rilevanza che sia dedotto in contratto un *opus*, più *opera*, o un'attività continuativa. Riemergerebbe, dunque, la nozione “atecnica” di continuità: cfr. A. PERULLI, *Il lavoro autonomo e parasubordinato ecc.*, op. cit., pag. 562. Nello stesso senso M. MARAZZA, *Il lavoro autonomo ecc.*, op. cit., pag. 885.

⁽⁵⁴⁵⁾ P. TOSI, *L'improbabile equilibrio ecc.*, op. cit., pag. 825; G. FERRARO, *Flessibilità in entrata ecc.*, op. cit., pag. 599; A. PERULLI, *Il lavoro autonomo e parasubordinato ecc.*, op. cit., pag. 564 e segg.

⁽⁵⁴⁶⁾ Così G. FERRARO, *Flessibilità in entrata ecc.*, op. cit., pag. 599. Non si vede come possa sostenersi, come fa la circolare n. 32/2012 del Ministero del lavoro, che la presunzione di cui all'art. 69 *bis* ha semplicemente l'effetto di invertire l'onere della prova “circa la non sussistenza di una collaborazione coordinata e continuativa a progetto o di un rapporto di lavoro di natura subordinata a carico del committente/datore di lavoro”. Se si applica l'art. 69, nessuna prova dell'inesistenza della subordinazione è consentita al committente/datore di lavoro *ope legis*.

⁽⁵⁴⁷⁾ M. MARAZZA, *Il lavoro autonomo ecc.*, op. cit., pag. 887.

mento, essa “potrebbe essere provata dimostrando la assoluta estraneità del committente rispetto alla fase realizzativa dell’opera convenuta”⁽⁵⁴⁸⁾. Ma, stante la sostanziale inferenza del coordinamento dalla continuità, sembra difficile negare che esso vi sia in presenza di una collaborazione che si sia protratta per più di otto mesi in due anni solari consecutivi (e viceversa: che non vi sia continuità se il collaboratore abbia ottenuto più dell’ottanta per cento dei suoi corrispettivi annui dallo stesso soggetto).

In sostanza, con l’art. 69 *bis* sembrano essersi delineati gli indici da cui desumere l’esistenza del rapporto di collaborazione coordinata e continuativa; e, certo, con un ben diverso grado di prescrittività rispetto alle operazioni qualificatorie su base indiziaria condotte dalla giurisprudenza.

La riconduzione ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa poi implica, per espressa disposizione normativa⁽⁵⁴⁹⁾, che, nella più che probabile ipotesi di mancata individuazione del progetto, si applichi l’art. 69 del d.lgvo n. 276 con conseguente configurazione di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Con tutte le conseguenze già indicate; in particolare, la configurazione di rapporti di lavoro subordinato pur nell’eventuale assenza di subordinazione, intesa come eterodirezione, bensì in presenza di un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa, accertato sulla base degli indici presuntivi sopra indicati.

Va dato atto che, in base alla cervelotica norma, la “presunzione” di collaborazione coordinata e continuativa e dunque, in assenza di progetto, di subordinazione, non opera in tre casi: se la “prestazione lavorativa” sia connotata da “competenze teoriche di grado elevato acquisite attraverso significativi percorsi formativi, ovvero da capacità tecnico-pratiche acquisite attraverso rilevanti esperienze maturate nell’esercizio concreto di attività” (formulazione discutibile dal punto di vista giuridico e che sembrerebbe fare rimando a indicatori desunti dalla prassi aziendale e contrattuale); se essa sia svolta da soggetto titolare di un reddito annuo da lavoro autonomo non inferiore a 1,25 il livello minimo imponibile previsto ai fini del versamento dei contributi previdenziali alla gestione artigiani e commercianti (art. 1, co. 3, l. n. 233/1990)⁽⁵⁵⁰⁾; infine, se la “prestazione lavorativa” sia svolta nell’esercizio di attività professionali per le quali “l’ordinamento richiede l’iscrizione ad un ordine professionale, ovvero ad appositi registri, albi, ruoli o elenchi professionali qualificati e detta specifici requisiti e condizioni”, la cui ricognizione è stata effettuata, su espresso rinvio della legge, con d.m. 20 dicembre 2012. Si tratta, peraltro, di una “ricognizione” anomala, se è vero che essa risulta effettuata “a mero titolo esemplificativo”.

⁽⁵⁴⁸⁾ M. MARAZZA, op. loc. cit. Secondo A. PERULLI, *Il lavoro autonomo e parasubordinato ecc.*, op. cit., pag. 566 e seg., poiché la norma prende in considerazione una prestazione d’opera continuativa, al più il committente potrà cercare di dimostrare l’*assenza di coordinamento*, ma con tutte le difficoltà di stabilire in concreto se è presente, e con quale intensità, il coordinamento del creditore della prestazione.

⁽⁵⁴⁹⁾ V. però in senso contrario G. FERRARO, *Flessibilità in entrata ecc.*, op. cit., pag. 599 e segg., che propone un’interpretazione dallo stesso autore definita “correttiva”: quella tipizzata dal legislatore sarebbe un’ipotesi, che si aggiunge a quelle prefigurate, in cui le collaborazioni coordinate e continuative non richiedono un progetto. La tesi sembra però difficile da sostenere, stante il richiamo contenuto nell’art. 69 *bis* all’integrale applicazione della disciplina contenuta nel “presente capo, ivi compresa la disposizione dell’art. 69, comma 1”. Cerca di scongiurare la conclusione M. MARAZZA, in *La riforma del lavoro. Guida pratica alla legge 92/2012*, Il Sole 24 Ore, 2012, pag. 34, osservando che, per attenuarne l’effetto, si potrebbe prevedere che, “in caso di mancata individuazione del progetto, il committente è comunque autorizzato a dimostrarne l’esistenza e l’effettività *almeno* nel caso in cui il rapporto sia stato originariamente costituito come una prestazione d’opera”. La tesi è stata poi ripresa in M. MARAZZA, *Il lavoro autonomo ecc.*, op. cit., pag. 901, ma essa è contraddetta dal dato letterale. Sulla portata pratica della tesi v. comunque *supra* nt. 26.

⁽⁵⁵⁰⁾ Come è noto, per il 2012 il limite che si ricava dalla norma è pari a € 18.663,00.

Mentre la semplice iscrizione a un ordine o collegio professionale, albo, registro ecc. esclude l'applicazione della normativa, è dubbio se gli altri requisiti indicati dalla norma debbano coesistere ai fini dell'esclusione della presunzione⁽⁵⁵¹⁾. È chiaro che, se le due fattispecie non sono cumulative, ma fosse sufficiente la percezione di un reddito minimo imponibile non inferiore ad una determinata soglia affinché scatti il regime di esenzione, come ritengo possibile sostenere, le conseguenze sarebbero diverse; il reddito minimo annuo è piuttosto basso e, salvi i problemi applicativi che indubbiamente vi sono, giacché il parametro è individuabile solo *ex post*, si allarga l'operatività dell'esclusione⁽⁵⁵²⁾.

8. (Segue) e nell'associazione in partecipazione.

Per completare il quadro di come tecnicamente il legislatore traduce l'obiettivo di ribadire il <<rilievo prioritario del lavoro subordinato a tempo indeterminato, cosiddetto "contratto dominante", quale forma comune di rapporto di lavoro>> (art. 1, co. 1°, lett. a)) un cenno merita l'associazione in partecipazione, per la quale, sempre nell'ottica antielusiva, l'intervento legislativo è definito pressoché concordemente brutale⁽⁵⁵³⁾.

All'art. 2549 c.c. viene aggiunta la previsione per cui "qualora l'apporto dell'associato consista anche in una prestazione di lavoro, il numero degli associati impegnati in una medesima attività non può essere superiore a tre, indipendentemente dal numero degli associanti". In caso di violazione del divieto "il rapporto con tutti gli associati il cui apporto consiste anche in una prestazione di lavoro si considera di lavoro subordinato a tempo indeterminato". La riforma prevede anche che siano fatti salvi, fino alla loro cessazione, "i contratti in essere che, alla data di entrata in vigore della ... legge, siano stati certificati ai sensi degli articoli 75 e seguenti del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276". Il che ha fatto dire ad un icastico autore che la consapevolezza dell'assurdità compiuta emerge da questa disposizione transitoria: ma dire che la "follia non è retroattiva non ne muta la natura" ⁽⁵⁵⁴⁾.

Dunque, la legge di riforma esprime il proprio sfavore nei confronti dell'associazione in partecipazione con apporto di lavoro, ponendo il tetto numerico di tre associati impegnati in una medesima attività e, per il caso di violazione del divieto, adotta la stessa tecnica della qualificazione *ope legis* o coattiva da parte del legislatore. Sulla qualificazione *ope legis* come rapporto di lavoro subordinato sono stati sollevati dubbi di opportunità (il limite dei tre associati non ha particolare giustificazione e risulta molto stretto, tanto più perché riguarda rapporti di associazione con apporto, non solo esclusivo, ma anche parziale di lavoro⁽⁵⁵⁵⁾) e anche di legittimità costituzionale, pure sotto l'aspetto dell'irragionevole limitazione delle scelte dell'imprenditore con riguardo alle forme mediante le quali svolgere la sua iniziativa economica, quindi privilegiando, in ipotesi,

⁽⁵⁵¹⁾ Per la tesi negativa, v. A. VALLEBONA, *La riforma ecc.*, op. cit., pag. 34.

⁽⁵⁵²⁾ Un allargamento che qualcuno dice solo virtuale, stante il rischio gravante sulla committenza in caso di suo superamento; con la conseguenza di residuare il lavoro autonomo continuativo essenzialmente per gli iscritti agli albi: cfr. A. PERULLI, *Il lavoro autonomo e parasubordinato ecc.*, op. cit. pag. 565.

⁽⁵⁵³⁾ Cfr. A. VALLEBONA, *La riforma ecc.*, op. cit., pag. 36 e segg.; P. TOSI, *L'improbabile equilibrio ecc.*, op. cit., pag. 825; T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2013, pag. 1 e segg., qui pag. 33.

⁽⁵⁵⁴⁾ Cfr. A. VALLEBONA, *La riforma ecc.*, op. cit., pag. 37.

⁽⁵⁵⁵⁾ Così T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, op. cit., pag. 34.

quella associativa⁽⁵⁵⁶⁾. A valle della questione di costituzionalità, si pone la questione di interpretazione della formula “impegnati in una medesima attività”, giacché occorre chiedersi se ci si deve porre dall’angolazione del contenuto del rapporto lavorativo dell’associato ovvero dall’angolazione dell’oggetto dell’impresa⁽⁵⁵⁷⁾ e, in questo caso, tenendo conto dell’impresa nella sua interezza o delle singole unità produttive dotate di autonomia⁽⁵⁵⁸⁾.

Si colloca ancora sul piano delle presunzioni (relative) la disposizione per cui, salva prova contraria, in mancanza di effettiva partecipazione agli utili ovvero di consegna del rendiconto, i rapporti di associazione si presumono di lavoro subordinato. Ma si tratta in realtà di elementi caratterizzanti la fattispecie codicistica. La disposizione è importante perché conferma che la distinzione tra associazione in partecipazione e lavoro subordinato dipende dal rispetto degli elementi della associazione in partecipazione e non dall’esercizio del potere direttivo e di controllo dell’associante, che è comune alla due forme di lavoro⁽⁵⁵⁹⁾. La predetta presunzione, sempre salva prova contraria, opera poi anche nei casi in cui non sia apportato lavoro qualificato (nel senso di cui all’art 69 *bis*, 2° co., lett. a)).

La previsione si è prestata a critiche, in considerazione del fatto che può apparire irragionevole e, quindi, incostituzionale ex artt. 3 e 35 Cost., ritenere che l’associato lavoratore di professionalità non elevata o sperimentata sia un lavoratore subordinato mascherato, poiché la vera associazione in partecipazione è molto utile anche per queste professionalità⁽⁵⁶⁰⁾.

Anche qui vale il rilievo che l’area del lavoro associato, sebbene meno rilevante di quella del lavoro autonomo, dovrebbe meritare di essere rivisitata nei suoi caratteri specifici, alla luce delle sue trasformazioni recenti⁽⁵⁶¹⁾.

9. Conclusioni.

Come è emerso da quanto fin qui esposto, la nuova normativa sul lavoro autonomo coordinato (ed anche sull’associazione in partecipazione), nel perseguire l’intento antielusivo, ma fuori del binario di cui all’art. 2094 c.c. (come già peraltro la disciplina sul lavoro a progetto), lo correda di una serie di paletti tale da renderlo, secondo i timori dei più, in larga misura impraticabile.

Non solo, come si è anticipato, è errata la “postura culturale”⁽⁵⁶²⁾ di un assetto regolativo che vede il “contratto dominante” onnivoro, ma anche dal punto di vista tecnico va evidenziata l’irrazionalità di questo supposto uso delle presunzioni in funzione antielusiva.

Le cd. presunzioni legali in realtà si traducono o in una qualificazione coattiva del contratto di lavoro coordinato come contratto di lavoro subordinato, pur senza averne necessariamente ri-

⁽⁵⁵⁶⁾ V. P. TOSI, *L’improbabile equilibrio ecc.*, op. cit., pag. 825 e segg.; A. VALLEBONA, *La riforma ecc.*, op. cit., pag. 37.

⁽⁵⁵⁷⁾ Cfr. P. TOSI, *L’improbabile equilibrio ecc.*, op. cit., pag. 826.

⁽⁵⁵⁸⁾ Cfr. T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, op. cit., pag. 34.

⁽⁵⁵⁹⁾ Cfr. A. VALLEBONA, *La riforma ecc.*, op. cit., pag. 37; Cass. 21 febbraio 2012, n. 2496, in *Foro It.*, 2012, I, 1, 2285 e segg.

⁽⁵⁶⁰⁾ Cfr. A. VALLEBONA, *La riforma ecc.*, op. cit., pag. 37.

⁽⁵⁶¹⁾ Cfr. T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, op. cit., pag. 34.

⁽⁵⁶²⁾ Così, efficacemente, A. PERULLI, *Il lavoro autonomo tradito ecc.*, op. cit., pag. 26.

scontrato l'elemento della eterodirezione; o in una fissazione legislativa degli indici della collaborazione coordinata e continuativa: dunque in una vera e propria, ma incontrollata, modificazione delle stesse fattispecie di applicazione del diritto del lavoro⁽⁵⁶³⁾. E una modificazione di retroguardia, che non va per nulla nel senso delle proposte *de iure condendo* formulate dalla dottrina (se non possiamo dire che gli artt. 2094 e 2222 c.c. sono stati abrogati o ampiamente modificati è grazie al regime delle esclusioni).

Se a correggere errori e storture di queste norme, ed in particolare dell'art. 69 *bis* del d.lgvo n. 276 del 2003, non interverranno il legislatore o la Corte costituzionale, resta forse la risorsa della contrattazione collettiva. Ce lo insegna, ad esempio, l'accordo quadro – stipulato apparentemente in applicazione, sebbene non lo si menzioni, dell'art. 8 della l. n. 148 – per la contrattazione aziendale di secondo livello, applicato al settore del marketing operativo, dove i rapporti di lavoro sono tradizionalmente inquadrati nell'area delle collaborazioni autonome coordinate e continuative e a progetto. Ebbene, proprio muovendo dal presupposto che “la recente e più restrittiva disciplina in materia di collaborazioni autonome o comunque denominate (contenuta nella l. 28 giugno 2012, n. 92) ... potrebbe avere un impatto pesante sull'occupazione nel settore”, le parti delineano possibili modalità di graduazione degli oneri economici e normativi che la trasformazione di queste forme di collaborazione in rapporti di lavoro dipendente comporta per le imprese.

⁽⁵⁶³⁾ Così, giustamente, M. NOVELLA, *Lavoro subordinato ecc.*, op. cit., pag. 571.

La disciplina dei licenziamenti fra tradizione e innovazione: per una lettura *conforme* a costituzione*

Michele De Luca

1. Evoluzione del nostro sistema di tutela contro i licenziamenti: da uno *storico monito* della Corte costituzionale alla recente *riforma della tutela reale* (legge n. 92 del 2012). 199
2. Incidenza sulla tutela reale riformata di norme che non risultano investite dalla riforma: permanente vigenza del principio secondo cui *“il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa (...) o per giustificato motivo”*. 204
3. Segue: permanente vigenza delle regole sul riparto dell’onere probatorio. 208
4. Licenziamenti discriminatori: fra conservazione della *tutela reale originaria* e riproposizione di vecchi problemi. 210

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 175/2013

1. Evoluzione del nostro sistema di tutela contro i licenziamenti: da uno *storico monito* della Corte costituzionale alla recente *riforma della tutela reale* (legge n. 92 del 2012).

In principio, è uno *storico monito* della Corte costituzionale: una sorta di *mito fondativo* del nostro sistema di tutela contro i licenziamenti *illegittimi*.

Ne ispira la *fondazione*, appunto, e concorre ad ispirarne la evoluzione diacronica – che risulta affidata, essenzialmente, al fecondo dialogo tra Corte costituzionale e legislatore⁵⁶⁴ – e ad integrare il parametro di valutazione del *cammino a ritroso*⁵⁶⁵, che – al nostro sistema di tutela – è stato impresso dalla recente riforma della *tutela reale*.⁵⁶⁶

Si tratta, quindi, di ripercorrere – in sintesi – la *storia del passato*, per attingervi elementi utili alla lettura del presente e delle prospettive.

1.1. Correva l'anno 1965.

La Corte costituzionale⁵⁶⁷ aveva già espunto – dal novero dei *principi fondamentali*, che limitano la potestà legislativa delle regioni (anche) a statuto speciale⁵⁶⁸ – la *recedibilità ad nutum* del datore di lavoro (art. 2118 c.c.).

Veniva ora chiamata a scrutinarne la compatibilità con la garanzia costituzionale del *diritto al lavoro* (art. 4 Cost.).

1.2. La pronuncia fu di rigetto.⁵⁶⁹

E riposa sulla *ratio decidendi* seguente:

“L’art. 4 Cost., come non garantisce a ciascun cittadino il diritto al conseguimento di una occupazione” – argomentava, infatti, la Corte a sostegno del rigetto della questione di costituzionalità

⁵⁶⁴ Vedi M. DE LUCA, *La tutela differenziata contro il licenziamento illegittimo*, Milano, 1991, spec. capitolo primo; ID., *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, Riv. It. dir. lav. 2013, I, 1ss., spec. § 6.

⁵⁶⁵ Vedi F. MANCINI, Commento dell’art. 4 Cost., in Commentario della Costituzione a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1975, 232 ss., spec. 240 ss.

⁵⁶⁶ Vedi, per tutti, M. DELUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, cit., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

Adde: F. VEDI, per tutti, M. DELUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, cit., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

Adde: F. CARINCI, *Ripensando il “nuovo” articolo 18 dello Statuto dei lavoratori – che costituisce lo sviluppo del (suo) pensiero, riprendendo ed ampliando quanto già scritto in saggi precedenti* – in corso di pubblicazione su WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT e su ADL, al quale parimenti si rinvia per riferimenti ulteriori.

⁵⁶⁷ Vedi Corte cost. n. 7 del 1958, in Foro it., 1958, I, 844.

⁵⁶⁸ Sui principi generali dell’ordinamento giuridico dello Stato, quali limiti alla potestà legislativa delle regioni ad autonomia differenziata, oltre a Corte cost. n. 7 del 1958, cit., vedi: M. DE LUCA, *Il lavoro nel diritto regionale: tra statuto della regione siciliana e recenti modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione (note minime)*, in Foro it., 2002, V, 260, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori; ID., *Il lavoro nel diritto regionale: recenti modifiche del titolo quinto della parte seconda della costituzione e regioni a statuto speciale*, in Dir.Lav., 2003, n.3, I, 199; ID., *Fonti di diritto regionale del lavoro*, Padova, 1988; E. LAMARQUE, *Regioni e ordinamento civile*, Padova, CEDAM, 2005, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori; S. BARTOLE, Commento dell’art. 116 Cost., in Commentario della Costituzione a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1985, 107.

⁵⁶⁹ Vedi Corte cost. n. 45 del 1965, in Foro it., 1965, I, 1118.

dell'art. 2118 c.c. (12) – “così non garantisce il diritto alla conservazione del lavoro, che nel primo dovrebbe trovare il suo logico necessario presupposto”.

1.3. Tuttavia la motivazione – significativamente richiamata in dispositivo, quale *limite* della pronuncia di rigetto – reca un *monito* al legislatore del tenore letterale seguente:

“la garanzia costituzionale (art. 4) del “diritto al lavoro” esige che il legislatore, nel quadro della politica prescritta dalla norma costituzionale, adegui, sulla base delle valutazioni di sua competenza, la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato, al fine ultimo di assicurare a tutti la continuità del lavoro, e circonda di doverose garanzie – particolarmente per quanto riguarda i principî fondamentali di libertà sindacale, politica e religiosa, immediatamente immessi nell’ordinamento giuridico con efficacia erga omnes, e dei quali, perciò, i pubblici poteri devono tenere conto anche nell’interpretazione ed applicazione del diritto vigente – e di opportuni temperamenti i casi in cui si renda necessario far luogo a licenziamenti”.

1.4. All’evidenza, non pare revocabile in dubbio che il legislatore sia stato “stimolato ad agire dalla citata sentenza del 1965 – ambigua quanto si vuole, ma decisiva nella storia del nostro diritto del lavoro”⁵⁷⁰ – nell’introdurre, appena un anno dopo, la tutela c.d. «obbligatoria» (l. 604/66) e, quattro anni più tardi, la tutela c.d. «reale» (art. 18, 35 l. 300/70) contro i licenziamenti individuali, pur conservando, tuttavia, un’area residuale di recedibilità *ad nutum* del datore di lavoro (art. 2118 c.c.).

Anche a voler prescindere dall’efficacia vincolante per il legislatore – che connota, quantomeno sul piano politico, qualsiasi pronuncia della Corte costituzionale⁵⁷¹ – non può sfuggire, infatti, la coerenza dell’intervento legislativo con il «monito» della corte.

L’introduzione del principio di «giustificazione» del licenziamento individuale – sia pure limitatamente all’«area delle tutele» – attuava, infatti, quelle «doverose garanzie» e quegli «opportuni temperamenti» auspicati dalla Corte (e realizzava ope legis, sia detto per inciso, un risultato sostanzialmente equipollente a quello perseguito, in dottrina, attraverso la «lettura costituzionale» dell’art. 2118 c.c. o la c.d. «concezione causale» del licenziamento)⁵⁷².

⁵⁷⁰ Il rilievo è di MANCINI, op. cit., 239.

⁵⁷¹ Sul rapporto tra pronunce (anche «monitorie») della Corte costituzionale ed interventi «conseguenziali» del legislatore, vedi, per tutti: A. RUGGERI, *Le attività «conseguenziali» nei rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore*, Milano, 1988; ID., *Storia di un «falso» - L’efficacia «inter partes» delle sentenze di rigetto della Corte costituzionale*, Milano, 1990; AA.VV., *Effetti temporali delle sentenze della Corte costituzionale anche con riferimento alle esperienze straniere*, Atti del seminario di studi tenuto al palazzo della Consulta, il 23 e 24 novembre 1988, Milano, 1989; E. LAMARQUE, *Corte costituzionale e giudici nell’Italia repubblicana*, Roma-Bari, Laterza, 2012, *passim*.

⁵⁷² Sulla «lettura costituzionale» dell’art. 2118 c.c. – proposta in dottrina, sin dagli anni ’50 del secolo scorso – vedi, per tutti, la ricostruzione di F. MANCINI, *Commento dell’art. 4 Cost.*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1975, 232. A conclusioni sostanzialmente analoghe, tuttavia, sembra pervenire la c.d. «concezione causale» del licenziamento: v. A. CESSARI, «lura» e «leges nella disciplina dei licenziamenti individuali», in *Riv. dir. lav.*, 1979, I, 105.

La nullità del licenziamento discriminatorio – prevista sin dal primo intervento del legislatore (art. 4 l. 604/66) – attuava, poi, quella garanzia, che la stessa corte auspicava – «particolarmente» – per la tutela della libertà sindacale, politica e religiosa: la *nullità dei licenziamenti discriminatori* e la continuità, senza soluzione, del rapporto di lavoro – che ne consegue – costituisce, all'evidenza, una tutela più intensa rispetto alla *tutela obbligatoria* introdotta contestualmente.

Il «seguito» legislativo – al primo *monito* della Corte costituzionale – non ne esauriva il fecondo «dialogo» con il legislatore⁵⁷³, che – in tema di licenziamento – risulta successivamente intensificato ed esteso alla giurisprudenza ordinaria.⁵⁷⁴

Alla *generalizzazione* della *giustificazione* dei licenziamenti individuali (ai sensi della legge 11 maggio 1990, n. 108), tuttavia, concorre – con i *moniti* della Corte costituzionale – l'*intenzione del legislatore* di *bloccare* il referendum abrogativo volto, sostanzialmente, a *generalizzare* la tutela reale, rimuovendo ogni limite al campo di applicazione.⁵⁷⁵

1.5. L'intensificazione progressiva della *tutela* contro i licenziamenti – che ne aveva connotato l'evoluzione diacronica, in uno con la estensione del campo d'applicazione – subisce un brusco *cammino a ritroso* con la recente riforma della *tutela reale* (legge n. 92 del 2012).⁵⁷⁶

E ben vero, infatti, che la *tutela reale* (di cui all'articolo 18 S.L., nel testo originario) non solo è rimasta immutata per i licenziamenti *discriminatori*, ma risulta esplicitamente estesa ad altri licenziamenti *nulli* (commi 1-3 dello stesso articolo 18 SL *novellato*), compresi quelli che, in precedenza, davano luogo soltanto alla continuità, senza soluzione, del rapporto di lavoro.⁵⁷⁷

Per gli altri *licenziamenti illegittimi*, tuttavia, la *tutela* è stata ridimensionata.⁵⁷⁸

Ne risulta, così, riproposta la differenza di *tutela* – tra *licenziamenti discriminatori*, appunto, ed altri *licenziamenti illegittimi* – che aveva connotato – in sostanziale coerenza con lo *storico monito* della Corte costituzionale (ricordato in apertura) – la stagione (1966-1970) e, successivamente, l'area della tutela obbligatoria (vedi *retro*).

⁵⁷³ Sul carattere «dialogico» del c.d. diritto giurisprudenziale, vedi, per tutti, L. LOMBARDI, Saggio sul diritto giurisprudenziale, Milano, 1975, 465 ss.

⁵⁷⁴ Vedi, per tutti, M. DE LUCA; *La tutela differenziata contro il licenziamento illegittimo*, Milano, Giuffrè, 1991, capitolo I.

⁵⁷⁵ Vedi M. DE LUCA M., *Licenziamenti individuali nelle «piccole imprese»: la nuova legge «blocca» il referendum* (Nota a Cass. uff. centr. referendum, [ord.], 21 maggio 1990, Comitato promotore referendum abrogativo art. 35 l. 300/70), in Foro it., 1990, I, 1875.

⁵⁷⁶ Vedi, per tutti, M. DELUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, cit., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

Adde: F. CARINCI, *Ripensando il «nuovo» articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., al quale parimenti si rinvia per riferimenti ulteriori.

⁵⁷⁷ La nullità dava luogo soltanto alla continuità, senza soluzione, del rapporto di lavoro, ad esempio, nei casi di licenziamento per causa di matrimonio oppure in periodo di divieto per gravidanza o puerperio: vedi, per tutte, Cass. 10 luglio 2009, n. 16305 (Foro it. 2010, I, 103, con nota di richiami, alla quale si rinvia) e, rispettivamente, Cass. 16 febbraio 2007, n. 3620 (ID, 2007, I, 1453, con nota di richiami, alla quale si rinvia).

⁵⁷⁸ Vedi M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, cit., passim.

Il ridimensionamento della *tutela reale* – ora imposto, dalla recente riforma (legge n. 92 del 2012), per i *licenziamenti illegittimi* diversi da quelli *discriminatori* (o ad essi equiparati) – ne comporta, tuttavia, un brusco *cammino a ritroso*.

1.6. Eppure “*la liceità di un suo cammino a ritroso*” – che, allora, “*dati (i) rapporti di forza tra i grandi aggregati sociali e politici, sarebbe (stato) probabilmente condannato all’insuccesso*” – era stata ritenuta “*per lo meno controversa*”.

Infatti, ponendo l’articolo 18 dello statuto dei lavoratori, il legislatore “*non ha fatto che adempiere un preciso dovere prescrittogli (dall’articolo 4 della costituzione)o – per usare il più guardingo linguaggio della Corte costituzionale – (ha sostanzialmente adempiuto l’obbligo, impostogli dalla stessa norma costituzionale, di) “circondare di doverose garanzie (....) e di opportuni temperamenti i casi in cui si rende necessario far luogo a licenziamenti (Corte cost. n. 45/65)”*”.⁵⁷⁹

Il rilievo risulta, tuttavia, trascurato – forse perché non prospettato – dalla Corte costituzionale.⁵⁸⁰

Infatti – negando la *costituzionalizzazione* della *tutela reale*, nella sentenza di *ammissibilità* della richiesta di referendum abrogativo della disposizione che ne reca la previsione (art. 18 l. 20 maggio 1970 n. 300, come modificato dall’art. 1 l. 11 maggio 1990 n. 108, secondo la riformulazione del *quesito referendario*, proposta dall’ufficio centrale per il referendum, costituito presso la Corte di cassazione, con ordinanza del 7-13 dicembre 1999)⁵⁸¹ – ha sostanzialmente escluso, sia pure in forma implicita, che “*la liceità di un suo cammino a ritroso sarebbe per lo meno controversa*”.

Peraltro la garanzia della *carta dei diritti fondamentali dell’unione europea* (di cui all’articolo 30, paragrafo 1, *trattatizzato* ai sensi dell’articolo 6, paragrafo 1, TUE) copre, bensì, il diritto dei lavoratori alla *tutela contro ogni licenziamento ingiustificato*.

Non si estende, tuttavia, alla *tutela reale*, che resta, quindi, affidata – alla *discrezionalità* del nostro legislatore ordinario – anche nel vigore della *Carta*.⁵⁸²

Comunque, il *cammino a ritroso* – impresso, dalla riforma, alla *tutela reale* – non incide, tuttavia, sull’obbligo di *giustificazione* dei licenziamenti, che peraltro risulta ora garantito dalla *Carta*.

In altri termini – anche dopo la riforma – “*il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta (...) o per giustificato motivo*” (ai sensi dell’articolo 1 della legge n. 604 del 1966, in relazione all’articolo 2119 c.c. e dall’articolo 3 della stessa legge).

E la prospettata garanzia della *Carta* rende il diritto dei lavoratori – alla *tutela contro ogni licenziamento ingiustificato* – insuscettibile di qualsiasi *cammino a ritroso*.

⁵⁷⁹ Vedi G.F. MANCINI, *Commento dell’articolo 4 della Costituzione*, in G. BRANCA (a cura di), *commentario della Costituzione, Principi fondamentali*. Art. 1-12, Bologna-Roma, 1975, 199, ss., spec.240 ss.

⁵⁸⁰ Vedi Corte cost. 7 febbraio 2000, n. 46, in Foro it. 2000, I, 1401, con nota di M. DE LUCA, *Tutela reale contro i licenziamenti e referendum: dieci anni dopo*.

⁵⁸¹ Vedi Corte cost. 7 febbraio 2000, n. 46, cit.

⁵⁸² Vedi M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, cit., spec. § 5.

Coerentemente, la *giustificazione* del licenziamento non può assumere – al fine dell'accesso alla *tutela forte*, fra quelle che risultano ora alternativamente previste (dal nuovo testo dell'art. 18 S.L., commi 4 ss.) per i *licenziamenti illegittimi* diversi da quelli *discriminatori* – una funzione subordinata rispetto alla *sussistenza del fatto*, che ne sia stato addotto a motivazione.

In altri termini, la *motivazione* del licenziamento non può, in nessun caso, *prevalere* – al fine dell'accesso alla *tutela forte* – sulla *giustificazione*, che risulterebbe, di conseguenza, deputata a *legittimare* soltanto l'accesso alla *tutela debole*.

1.7. La giurisprudenza costituzionale, tuttavia, offre elementi ulteriori – per l'interpretazione, *conforme a costituzione*, della riforma della *tutela reale* (legge n. 92 del 2012)⁵⁸³ – anche laddove impone, sostanzialmente, il *canone della coerenza* – quale *espressione del principio di eguaglianza di trattamento* – tra (la disciplina di) sanzioni conservative e *licenziamenti disciplinari* – a prescindere da qualsiasi *richiamo* – assumendo, peraltro, la *nozione ontologica* degli *illeciti* rispettivamente sanzionati.⁵⁸⁴

Ne risulta, infatti, dichiarata la *illegittimità costituzionale* di alcune disposizioni (commi primo secondo e terzo) dell'articolo 7 dello statuto dei lavoratori (*sanzioni disciplinari*), “interpretati nel senso che siano inapplicabili ai licenziamenti disciplinari, per i quali detti commi non siano espressamente richiamati dalla normativa legislativa, collettiva o validamente posta dal datore di lavoro”.

E la *ratio decidendi* riposa sui passaggi essenziali seguenti:

- “la risposta affermativa – alla questione di *legittimità costituzionale*, appunto – deve essere data da chiunque ravvisi il valore essenziale dell'ordinamento giuridico di un Paese civile nella coerenza tra le parti di cui si compone; valore nel disprezzo del quale le norme che ne fan parte degradano al livello di gregge privo di pastore: canone di coerenza che nel campo delle norme di diritto è l'espressione del principio di eguaglianza di trattamento tra eguali posizioni sancito dall'art. 3”.

- Orbene, l'art. 7 comma primo ha sancito il principio fondamentale, per il quale chi è perseguito per una infrazione, deve essere posto in grado di conoscere l'infrazione stessa e la sanzione.

- L'art. 7 commi secondo e terzo, poi, raccoglie il ben noto sviluppo - ad un tempo socio-politico e giuridico formale - che ha indotto ad esigere come essenziale presupposto delle sanzioni disciplinari lo svolgersi di un procedimento, di quella forma cioè di produzione dell'atto che rinviene il suo marchio distintivo nel rispetto della regola del contraddittorio: *audiatur* - lo si ripete - *et altera pars*.

- Rispetto che tanto più è dovuto per quanto competente ad irrogare la sanzione è (non già - come avviene nel processo giurisdizionale - il giudice per tradizione e per legge “*super partes*”, ma) la *una pars*.

⁵⁸³ Vedi M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, cit., *passim*.

⁵⁸⁴ Vedi Corte costituzionale 30 novembre 1982, n. 204, in Foro it., 1983, I, 855, con nota di M. DE LUCA., *I licenziamenti disciplinari dopo l'intervento della corte costituzionale: profili problematici e prospettive*.

Vedi, altresì, M. DE LUCA M., *I licenziamenti disciplinari dalla corte costituzionale alle sezioni unite: opzione per la tesi «ontologica», chiara definizione di ruoli, coerente assetto di fonti* (Nota a Cass., sez. un., 1 giugno 1987, n. 4823), ID., 1987; I, 2012.

- Una volta introdotta con i commi secondo e terzo l'osservanza del contraddittorio tra datore e lavoratore quale indefettibile regola di formazione delle misure disciplinari, l'escluderne il licenziamento disciplinare sol perché la sua normativa non richiama l'art. 7 suona offesa dell'art. 3 pur a prescindere dalla maggiore gravità del licenziamento rispetto alle altre misure disciplinari.

- Né ad attingere opposto avviso vale richiamare la tradizione legislativa o collettiva caratterizzata dalla posizione di distinti principi per il licenziamento e le altre misure disciplinari perché siffatta tradizione, se può essere di qualche peso sul piano dell'interpretazione, non è idonea a fare della l. 604/1966 (e dell'art. 18 comma primo l. 300/1970) una norma di grado superiore, che valga a porre in forse l'applicazione del canone di coerenza".⁵⁸⁵

Palesamente in contrasto con il prospettato *canone di coerenza* – fra la disciplina di sanzioni conservative, appunto, e di licenziamenti disciplinari – risulta qualsiasi disposizione che, comunque, la subordini a previsioni o richiami espressi della *"normativa legislativa, collettiva o validamente posta dal datore di lavoro"* oppure a *nozioni formalistiche* – e non *ontologiche* – degli *illeciti disciplinari*, che ne risultino rispettivamente sanzionati.⁵⁸⁶

2. Incidenza sulla tutela reale riformata di norme che non risultano investite dalla riforma: permanente vigenza del principio secondo cui *"il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa (...) o per giustificato motivo"*.

La riforma non ha modificato (arg., *a contrario*, ex art. 1, commi 37 ss.) – per quel che qui interessa – le *norme sui licenziamenti individuali* (legge n. 604 del 1966), laddove stabiliscono che *"il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa ai sensi dell'articolo 2119 del Codice civile o per giustificato motivo"*.⁵⁸⁷

E la prospettata garanzia della *Carta* rende il diritto dei lavoratori – alla *tutela contro ogni licenziamento ingiustificato* – insuscettibile di qualsiasi *cammino a ritroso*.

Né può sfuggirne il rilievo al fine del discrimine – tra *tutela* (anche) *reintegratoria*, appunto, e *tutela meramente indennitaria* – per licenziamenti (disciplinari ed economici) *illegittimi*.

2.1. C'è da domandarsi, infatti, se il giudice possa prescindere, ai fini dell'accesso alla *tutela* (anche) *reintegratoria*, dalla *sussunzione* del fatto – addotto a motivazione del licenziamento – nella clausola generale di giusta causa o di giustificato motivo.⁵⁸⁸

⁵⁸⁵ Così, testualmente, Corte costituzionale 30 novembre 1982, n. 204, cit.

⁵⁸⁶ Vedi M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, cit., spec. § 3.

⁵⁸⁷ Articolo 1, in relazione all'articolo 3 della stessa legge ed all'articolo 2119 c.c.

⁵⁸⁸ Sul punto vedi A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo*, in Riv. It. dir. lav., 2012, I, 415 ss., spec. 436, 437, laddove si legge: *"una sanzione più forte (quella della reintegrazione) più rigorosa ed incisiva se il fatto che ha determinato il licenziamento non sussiste, cioè quando la verifica del giudice viene effettuata senza alcuna discrezionalità (il fatto c'è o non c'è); mentre la sanzione è "ridotta" (l'indennità risarcitoria) allorché il giudice dovrà valutare se il fatto, pur esistente, sia tale da integrare o meno la causa legittimante il licenziamento. (.....). Infatti, a fronte di un licenziamento illegittimo per difetto di giusta causa o giustificato motivo, la reintegrazione può essere invocata solo in tre ipotesi individuate dal nuovo articolo 18 sulla base di specifiche caratteristiche. Per il licenziamento disciplinare, in caso di: a) insussistenza del fatto contestato; b) o se il fatto rientra tra le condotte*

La risposta negativa pare imposta dalla permanente vigenza della disposizione ricordata ed – ancor più, se possibile – dalla sua *conformità* alla Carta.⁵⁸⁹

Agevole pare, peraltro, *conciliare* la conclusione ora proposta, da un lato, e l'esplicito collegamento, dall'altro, della *tutela* (anche) *reintegratoria* alla *insussistenza* oppure alla *manifesta insussistenza* del fatto, addotto a motivazione del licenziamento (commi 4 e 7 dell'art. 18 S.L. riformato).⁵⁹⁰

Infatti la *insussistenza* o la *manifesta insussistenza* – per risultare conforme al principio secondo cui “il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa (...) o per giustificato motivo” – non può non riguardare il difetto – nel *fatto*, addotto a motivazione del licenziamento – di elementi essenziali della giusta causa o del giustificato motivo.

2.2. La stessa conclusione, tuttavia, pare imposta dalla interpretazione – *conforme a costituzione*⁵⁹¹ – della disciplina in materia (commi 4 ss. dell'articolo 18 riformato SL, cit.).

Palese risulta, invero, il contrasto – con il prospettato *canone della coerenza*, quale *espressione del principio di eguaglianza di trattamento* – di qualsiasi opzione ermeneutica contraria.

punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni della legge (il riferimento alla “legge”, tuttavia, risulta espunto nel testo definitivo della riforma: n.d.e.), *dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili e, nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo, c) allorché sia manifesta l'insussistenza del fatto posto a base di tale licenziamento*”.

Vedi, altresì, P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, in *Liber amicorum M. Pedrazzoli*, F. Angeli, Milano, 2012; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2012; T. Treu *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in corso di pubblicazione sul n.1/2013 del *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*.

In senso contrario, vedi: R. RIVERSO, *Alla ricerca del fatto nel licenziamento disciplinare*, in corso di pubblicazione in *Arg. dir. lav.*, *Lav. Giur.*, *Dir. Prat. Lav.*

Vedi, altresì, V. SPEZIALE, *Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, WP CSDLE “Massimo D'Antona. IT – 165/2012, in corso di pubblicazione, con il titolo *Licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, i F. CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Bari, Cacucci 2013;

F. CARINCI, *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 6, pag. 1103 e segg. e in *Lav. Giur.*, 2013, 1, pag. 5 e segg., prospetta, poi, una *via mediana*, che risulta così sintetizzata:

Parimenti sembra prospettare una *terza via* – sebbene si dichiara in linea con la “*tesi del mero fatto materiale, cui è estraneo ogni profilo valutativo*” (sostenuta da MARESCA e dalla dottrina conforme) – R. DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, in *Riv. It. Dir. lav.*, 2012, I, 1064.

Per riferimenti ulteriori sul medesimo punto, vedi:

M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, cit., passim, spec. nota 11, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori. Adde: F. CARINCI, *Ripensando il “nuovo” articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., al quale parimenti si rinvia per riferimenti ulteriori.

⁵⁸⁹In tal senso, vedi, per tutti, M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, cit., passim, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori. Adde: F. CARINCI, *Ripensando il “nuovo” articolo 18 dello statuto dei lavoratori*, cit., al quale parimenti si rinvia per riferimenti ulteriori.

⁵⁹⁰Vedi M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, cit., spec. § 3.

⁵⁹¹Sul punto, vedi M. DE LUCA, *L'interpretazione costituzionalmente orientata: note minime*, in *Foro it.*, 2009, V, 422, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori. Adde: I. CIOILLI, *Brevi note in tema di interpretazione conforme a costituzione*, in *Rivista telematica giuridica dell'Associazione italiana dei costituzionalisti (AIC)*, n.1/2012, del 28 marzo 2012; E. LAMARQUE, *The italian Courts and interpretation in conformity with the constitution, EU law and the ECHR*, ID. n. 4/2012, del 13 novembre 2012, al quale si rinvia per riferimenti aggiornati.

Infatti la *tutela* (anche) *reintegratoria* dipenderebbe, secondo l'opzione disattesa⁵⁹², dalla *insussistenza* (o *manifesta insussistenza*) del *fatto* – addotto a motivazione del licenziamento – a prescindere dalla *sussunzione* – nelle clausole generali di giusta causa o giustificato motivo – e, comunque, dalla gravità del fatto medesimo.

Lungi dal risultare *graduale* – in relazione alla effettiva gravità del *fatto* – la scelta, tra tutela *forte* e *debole* (anche reintegratoria, appunto, e *meramente* indennitaria), dipenderebbe – in via esclusiva – dalla *motivazione* del licenziamento.

In altri termini, la scelta del *tipo di tutela* – tra quelle alternativamente prospettate – resterebbe affidata al datore di lavoro.

Infatti la *motivazione* del licenziamento – da lui adottata – identificherebbe il *fatto*, dalla cui *sussistenza* dipenderebbe, in via esclusiva, la scelta del *tipo di tutela*.

2.3. Parimenti incompatibile – con il prospettato *canone della coerenza*, tra la disciplina di sanzioni conservative e licenziamenti disciplinari – sembra qualsiasi riferimento alla *nozione formalistica* rispettiva.

Tale ipotesi sembra ricorrere, invero, nel riferimento esplicito (di cui il comma 4 dell'articolo 18 S.L. *reformato*) – a “*previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili*” – per stabilire se rientri – “*tra le condotte punibili con una sanzione conservativa*” – il *fatto* addotto a motivazione di licenziamento disciplinare e, come tale, dia luogo – nonostante la *sussistenza* – alla *tutela* (anche) *reintegratoria*.

Agevole pare, tuttavia, una interpretazione *conforme a costituzione* – che assegni rilievo alla *nozione ontologica* (di cui all'articolo 2106 c.c.) di condotta punibile con sanzione conservativa – senza risultare, per questo, inconciliabile con il tenore letterale della disposizione.

Il riferimento esplicito – a “*previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili*” – ne potrebbe, infatti, riguardare (eventuali) deroghe – *in melius*, a favore del lavoratore – della nozione legale di giusta causa e di giustificato motivo.

2.4. A sostegno della soluzione prospettata soccorre, tuttavia, anche il *canone ermeneutico* – e, ad un tempo, *argomento interpretativo* – *ab absurdo* (o *apagogico*).⁵⁹³

Infatti la *tutela* (anche) *reintegratoria* sarebbe negata – alla luce della opzione ermeneutica disattesa – nel caso in cui – a motivazione di licenziamento disciplinare – fosse addotto un *fatto lecito*.

Ove ne risulti la *sussistenza* (presumibilmente ammessa dal lavoratore licenziato), il *fatto* stesso, all'evidenza, non “*rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa (.....)*”, integrando,

⁵⁹² Vedi riferimenti a nota 25.

⁵⁹³ Sull'argomento *ab absurdo* (o *apagogico*) di interpretazione della legge, vedi G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980, 369.

così, la *condizione* concorrente per negare l'accesso alla *tutela* (anche) *reintegratoria* – per i licenziamenti disciplinari – nonostante la *sussistenza*, appunto, del fatto addotto a motivazione.⁵⁹⁴

2.5. Lo stesso *canone ermeneutico* – e, ad un tempo, *argomento interpretativo* – *ab absurdo* (o *apagogico*), tuttavia, può essere impiegato – anche con riferimento al *giustificato motivo oggettivo* – peraltro muovendo, in questo caso, da un precedente giurisprudenziale specifico.⁵⁹⁵

Ne risulta stabilito, infatti, che – nel caso di licenziamento motivato da “cessazione dell'appalto a cui era applicato” il lavoratore licenziato – la “impossibilità di reimpiegare(lo) in altri appalti” concorre, bensì, ad integrare *giustificato motivo oggettivo*, ma il difetto di prova circa la sua *sussistenza* – della quale è onerato il datore di lavoro – non dà luogo, tuttavia, a *reintegrazione* – ma soltanto ad *indennità risarcitoria* – in quanto costituisce soltanto una “conseguenza” del fatto – addotto a *motivazione* del licenziamento – “nel senso che il datore di lavoro – una volta venuta meno la posizione lavorativa – è tenuto, prima di recedere dal contratto, a verificare (secondo il principio di buona fede e correttezza nell'esecuzione del rapporto negoziale) se vi sia possibilità di ricollocazione del dipendente all'interno dell'azienda”.

Palesamente *assurdo* risulta, infatti, che la *tutela forte* (cioè, (anche) *reintegratoria*) possa dipendere, in via esclusiva, dalla inclusione nel *fatto* – addotto a *motivazione* del licenziamento – di un qualsiasi elemento – che risulti *insussistente* (quale, nella specie, il *repechage*) – a prescindere dalla circostanza che lo stesso concorra ad integrare *giustificato motivo oggettivo*.

Pertanto il livello di *genericità-specificità* della motivazione di licenziamento⁵⁹⁶ risulterebbe determinante al fine dell'accesso alla *tutela forte*.

In altri termini, il *repechage* assumerebbe rilievo – al fine dell'accesso alla *tutela* stessa – in dipendenza esclusiva della inclusione nel *fatto* – addotto a *motivazione* del licenziamento – a prescindere dalla *sussunzione* nella clausola generale di *giustificato motivo oggettivo*.

Palese il sacrificio – che ne consegue – per la *gradualità* del sistema sanzionatorio e, con essa, dello stesso *principio di uguaglianza*.⁵⁹⁷

Né soccorrono – a sostegno della opzione interpretativa, qui disattesa – le suggestioni dei lavori preparatori, che sembrano ispirarla.⁵⁹⁸

⁵⁹⁴ Vedi M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, cit., spec. § 3.

⁵⁹⁵ Vedi Trib. Milano, ord. 20 novembre 2012, in Foro it., 2013, I, 467.

⁵⁹⁶ Sulla *motivazione* del licenziamento, vedi E. GRAGNOLI, *introduzione*, destinata al volume sui licenziamenti del trattato (a cura di) M. PERSIANI e F. CARINCI, che ritiene – motivatamente – “punto nevralgico” della riforma (di cui alla legge n. 92 del 2012) non già “la modificazione dell'art. 18 St. lav., ma quella dell'art. 2 della legge n. 604 del 1966, per la centralità della motivazione del licenziamento”, appunto.

⁵⁹⁷ Lo stesso *canone ermeneutico* – e, ad un tempo, *argomento interpretativo* – *ab absurdo* (o *apagogico*) può essere impiegato, vieppiù, nelle ipotesi di licenziamento per *giusta causa da comportamento extralavorativo*, nel quale non soccorre neanche il parametro delle obbligazioni contrattuali del lavoratore.

⁵⁹⁸ Vedi M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, cit., spec. § 3.6. e 3.7.

2.6. Non risulta, tuttavia, frustrata – dalla opzione interpretativa, che ne viene proposta – la riforma in esame della *tutela reale* contro i licenziamenti (legge n. 92 del 2012).

Non viene, invero, riproposta – in contrasto, appunto, con la stessa riforma – la *reintegrazione automatica* – sia pure nella forma *novellata* (della *tutela (anche) reintegratoria*) – per tutti i licenziamenti *illegittimi*.

Solo la *insussistenza* o la *manifesta insussistenza* di *elementi essenziali* della giusta causa o del giustificato motivo – nel fatto addotto a motivazione del licenziamento – legittima, infatti, l'accesso alla *tutela (anche) reintegratoria*.

Resta, quindi, soltanto la *tutela meramente indennitaria* nelle ipotesi in cui lo stesso *fatto* non costituisca giusta causa o giustificato motivo, pur sussistendone gli *elementi essenziali*.⁵⁹⁹

2.7. Tuttavia la configurazione di giusta causa o giustificato motivo dipende, esclusivamente, dalla *sussunzione* – nelle *clausole generali* rispettive – del fatto addotto a motivazione del licenziamento.

Mentre la *insussistenza* o *manifesta insussistenza* dello stesso *fatto* risulta – parimenti in via esclusiva – dall'esito delle prove acquisite.

Né pare privo di rilievo – in tale prospettiva – la permanente vigenza del precedente regime di riparto dell'onere probatorio.

3. Segue: permanente vigenza delle regole sul riparto dell'onere probatorio.

Invero la riforma non ha modificato (arg., *a contrario*, ex art. 1, commi 37 ss., cit.) neanche le *norme sui licenziamenti individuali* (legge n. 604 del 1966), che recano – per quel che qui interessa – le regole sul riparto dell'onere probatorio (di cui all'art. 5 della stessa legge)⁶⁰⁰, come estese dalla giurisprudenza, ora consolidata⁶⁰¹.

3.1. Ne risulta, quindi, imposto – al datore di lavoro – non solo l'onere di provare la “*sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento*” – come è stabilito, esplicitamente, dalla disposizione in materia (art. 5 legge n. 604 del 1966, cit.) – ed il livello occupazionale dell'impresa, che aveva dato luogo al contrasto di giurisprudenza, composto dalle sezioni unite⁶⁰².

Infatti il datore di lavoro è gravato, altresì, dell'onere probatorio, che risulta posto a suo carico in dipendenza della configurazione contestuale⁶⁰³ del licenziamento come inadempimento, da un lato, e della *reintegrazione nel posto di lavoro* come *regola*, dall'altro.

⁵⁹⁹ Coerente con la tesi prospettata nel testo, pare la posizione di F. CARINCI, *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 6, pag. 1103 e segg. e in *Lav. Giur.*, 2013, 1, pag. 5 e segg., con riferimento, appunto, ai *licenziamenti disciplinari*.

⁶⁰⁰ Vedi M. De Luca, *Diritto delle prove e processo del lavoro nel nuovo corso della giurisprudenza*, cit.

⁶⁰¹ Vedi Cass., sez. un. civ., 10 gennaio 2006, n. 141 e consolidata giurisprudenza conforme successiva, cit.

⁶⁰² Vedi riferimenti, di cui alla nota che precede.

⁶⁰³ Vedi riferimenti, di cui alle note precedenti.

Sorregge, invero, quest'ultima configurazione il rilievo che, nel diritto civile, la tutela in forma specifica costituisce la regola e quella per equivalente l'eccezione (arg. ex art. 2058 c.c.).⁶⁰⁴

E “questa conclusione valida sul piano generale serve a maggior ragione nel diritto del lavoro non solo perché qualsiasi normativa settoriale non deve derogare al sistema generale senza necessità (...), ma anche perché il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost., subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una somma”.

Tanto più ove si consideri che, “in sede di fondazione del diritto del lavoro quale disciplina distinta dal diritto civile, or è circa un secolo, venne l'appello a non isolare i relativi problemi dai principi generali del diritto delle obbligazioni”.⁶⁰⁵

Palesi risultano, quindi, le conseguenze delle configurazioni prospettate sul riparto dell'onere probatorio: a carico della parte inadempiente (ai sensi dell'art. 1218 c.c.) e, rispettivamente, a carico della parte che fa valere la eccezione (ai sensi dell'art. 2697 c.c.).⁶⁰⁶

3.2. Pertanto grava sul datore di lavoro – quale parte inadempiente e/o, rispettivamente, quale parte che fa valere l'eccezione – l'onere di provare la sussistenza non solo del fatto – addotto a motivazione del licenziamento – ma anche di tutti gli elementi per configurare – nello stesso fatto – la giusta causa o il giustificato motivo.

Coerentemente, grava sul lavoratore soltanto l'onere di provare la sussistenza del rapporto di lavoro e del licenziamento.

3.3. Tuttavia le regole di riparto dell'onere probatorio debbono essere, in ogni caso, coordinate con il principio di acquisizione⁶⁰⁷ – che trova positivo riscontro in alcune disposizioni del codice di rito (quale l'articolo 245, secondo comma, c.p.c.), nonché pregnante fondamento nella costituzionalizzazione del principio del giusto processo⁶⁰⁸ – in forza del quale le risultanze istruttorie – comunque acquisite al processo e quale che sia la parte ad iniziativa (o ad istanza) della quale si siano formate – concorrono tutte alla formazione del convincimento del giudice.

Ne consegue che il prospettato riparto dell'onere probatorio – lungi dall'esaurirsi nella imposizione di un comportamento a ciascuna delle parti, quale condizione per l'accesso a benefici (oppure per evitare pregiudizi), configurando l'onere probatorio come mera posizione giuridica soggettiva (di onere, appunto), nell'ambito dello stesso processo – si risolve, sostanzialmente, in re-

⁶⁰⁴ In senso contrario, pare, tuttavia, F. CARINCI, *Ripensando il “nuovo” articolo 18 dello statuto dei lavoratori*, cit., spec. § 9, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

⁶⁰⁵ Così, testualmente, Cass., sez. un. civ., 10 gennaio 2006, n. 141, cit.

⁶⁰⁶ Oltre i riferimenti, di cui alle note precedenti, vedi, da ultime, Cass., sez. lav., 3 maggio 2012, n. 6671 (in Guida al lavoro, 2012, fasc. 23, 57, con nota di S. IMBRIANI, *Restituzione di sgravi per Cfl: prescrizione e ripartizione dell'onere probatorio*) e 16 maggio 2012 n. 7640, sul riparto dell'onere probatorio in tema di regola, appunto, e di eccezione.

⁶⁰⁷ Vedi, per tutte, Cass. 9 giugno 2008, n. 15162, in Notiziario giurisprudenza lav., 2008, 660, alla quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

⁶⁰⁸ Sullo specifico punto, v. Cass., sez. un., 23 dicembre 2005, n. 28498, in *Foro it.*, 2006, I, 1433, con note di BALENA, ORSINI, PROTOPISANI e RASCIO; annotata da POLI, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 1397.

gola formale di giudizio – fondata, appunto, sull'onere della prova – in forza della quale la soccombenza di ciascuna delle parti non consegue – alla mera inottemperanza dell'onere probatorio a suo carico – ma postula, in ogni caso, la insufficienza delle risultanze istruttorie – comunque acquisite al processo – per dimostrare i *fatti* che la stessa parte – in base alle regole di riparto – aveva l'onere di provare.

Pertanto la soccombenza del datore di lavoro – nel giudizio di impugnazione del licenziamento – discende soltanto dalla insufficienza delle risultanze istruttorie – comunque acquisite al processo – per dimostrare la *sussistenza del fatto* – addotto a motivazione del licenziamento – nonché di tutti gli elementi per configurare – nel medesimo fatto – la giusta causa o il giustificato motivo ed, eventualmente, il *livello occupazionale* rilevante al fine di negare l'accesso alla *tutela forte* (cioè, *anche reintegratria*).

Si tratta, infatti, di circostanze che lo stesso datore di lavoro, per quanto si è detto, ha l'onere di provare, in base alle prospettate *regole di riparto*.

4. Licenziamenti discriminatori: fra conservazione della *tutela reale originaria* e riproposizione di vecchi problemi.

Come è stato ricordato (vedi *retro*), la *tutela reale originaria* (di cui all'articolo 18 S, nel testo precedente la riforma) è rimasta immutata per i licenziamenti *discriminatori*.

Tuttavia la esplicita estensione della stessa *tutela* – (anche) al licenziamento “*determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 del codice civile*” – ha comportato la riproposizione – sotto un profilo nuovo e, comunque, diverso – di un vecchio problema.

Se ne ricava, talora, la conclusione che il licenziamento discriminatorio non possa essere considerato una ipotesi di licenziamento nullo – perché “*determinato da un motivo illecito determinante*” – ma debba esserne accolta, invece, una *nozione oggettiva od ontologica*.

La conclusione prospettata, tuttavia, deve fare i conti con la contestuale definizione di *licenziamento discriminatorio*, che – anche nel nuovo testo dell'articolo 18 dello statuto dei lavoratori – risulta dal rinvio a disposizione (dell'articolo 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108), sulla quale si fonda la consolidata giurisprudenza di legittimità in senso contrario.⁶⁰⁹

Resta, comunque, il problema.

La sua soluzione, tuttavia, non può essere affidata ad una riforma – concentrata, essenzialmente, sul *sistema sanzionatorio* – ma va ricercata nella definizione della *fattispecie* di licenziamento discriminatorio.

E questa deve essere attinta dall'ordinamento comunitario (ora eurounitario) e dalla giurisprudenza relativa⁶¹⁰, dalle leggi nazionali – che ne danno attuazione – nonché da spunti della nostra

⁶⁰⁹ Vedi, per tutte, Cass. 3 agosto 2011, n. 16925, in Riv. It. dir. lav., 2012, II, 362, con nota di PEDERZOLI, alla quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

⁶¹⁰ Vedi, da ultima, Corte giust. 26 aprile 2013, causa C-81/12, che – pur occupandosi, essenzialmente, di riparto dell'onere della prova e sistema sanzionatorio in tema, appunto, di discriminazioni – ritiene, tuttavia, che – se sono dimostrati, dal lavoratore, “*fatti che*

giurisprudenza di merito⁶¹¹ – che si discosta, talora, dalla consolidata giurisprudenza di legittimità – e, perfino, della Corte costituzionale.⁶¹²

Non è questa la sede, tuttavia, per affrontare *funditus* la questione prospettata.⁶¹³

consentono di presumere la sussistenza di una discriminazione diretta o indiretta” – incombe, sul datore di lavoro, l’onere di provare che, “*nonostante tale apparenza di discriminazione, non si è verificata alcuna violazione del principio della parità di trattamento (.....)*”.

⁶¹¹ Per una rassegna di giurisprudenza di merito, vedi A. GUARISO (a cura di), *Senza distinzioni. Quattro anni di contrasto alle discriminazioni istituzionali nel Nord Italia*, in *Quaderni di Apn*, 2012, n. 2.

⁶¹² Vedi Corte cost. 27 gennaio 1987, n.17 (in foro it., 1987, I, 1003) – secondo cui “è infondata la questione di legittimità costituzionale degli art. 1 l. n. 903 del 1977, sulla parità fra uomini e donne in materia di lavoro, e 15, ultimo comma, l. 20 maggio 1970, n. 300, nella parte in cui escludono la rilevanza del comportamento del terzo che abbia comunque indotto il datore di lavoro a procedere al licenziamento della lavoratrice per ragioni di sesso, in riferimento agli art. 3, 4 e 37 cost. (nella specie, si trattava del licenziamento di una lavoratrice dipendente da un istituto di vigilanza, conseguente al comportamento del committente che asseriva non più sussistenti posti assegnabili a personale femminile)” – in base al rilievo che “l’art. 37 Cost., il quale sancisce parità di diritti e di retribuzione, a parità di lavoro, tra la lavoratrice ed il lavoratore ed ha successivamente avuto specifica attuazione con la legge 9 dicembre 1977 n. 903, ha efficacia generale per tutti i cittadini che, pertanto, lo devono osservare”.

⁶¹³ Anche dopo la riforma della *tutela reale* contro i *licenziamenti illegittimi*, tuttavia, ne risultano riproposte – in dottrina – le soluzioni alternative ricordate nel testo:

- per la nozione *soggettiva* di licenziamento discriminatorio – quale licenziamento per *motivo illecito determinante* – vedi F. CARINCI, *Ripensando il “nuovo” articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, cit., spec. § 10;

- in senso contrario – per la nozione *oggettiva* od *ontologica* di licenziamento discriminatorio – vedi M. BARBERA, *il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in Riv. Giur. Lav., 2013, I, 138 ss.

Pubblico impiego e (nuovo) art. 18 St. lav.:
“difficile convivenza” o coesistenza pacifica?*

Luigi Cavallaro

1. Le prime applicazioni giurisprudenziali del nuovo art. 18 St. lav. al pubblico impiego.	213
2. Pubblico impiego e nuovo art. 18: perché no.	214
3. Pubblico impiego e nuovo art. 18: perché sì.	216
4. Verso una “coesistenza pacifica”.	219

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 176/2013

1. Le prime applicazioni giurisprudenziali del nuovo art. 18 St. lav. al pubblico impiego.

Com'è noto, fino vent'anni fa, il rapporto di lavoro dei pubblici impiegati era regolato essenzialmente dal T.U. n. 3/1957 e dalla c.d. "legge quadro" n. 93/1983 e costituiva praticamente un mondo a parte per diritti, doveri e tutele. Con la cosiddetta "privatizzazione", avviata dalla legge delega n. 421/1992 e proseguita dal d.lgs n. 29/1993 e dalle sue successive (e innumerevoli) modificazioni, il rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti è stato quindi progressivamente assimilato a quello dei dipendenti privati. Con molte specialità, è vero, ma con una simmetria essenziale. Poiché lo statuto giuridico del pubblico dipendente – codificato da ultimo nel T.U. n. 165/2001 – non prevede alcuna disposizione specifica in materia di licenziamenti individuali (gli artt. 33 e 34 dispongono infatti solo in materia di "eccedenze di personale e mobilità collettiva"), l'unica norma che poteva essere applicata al riguardo risultava implicitamente dall'art. 51 del T.U., secondo il quale "La legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni e integrazioni, si applica alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti". Tradotto, equivaleva a dire che la sola disposizione che poteva essere invocata dal pubblico dipendente che fosse stato ingiustamente licenziato era costituita dall'art. 18 St. lav.⁶¹⁴: naturalmente, con le "successive modificazioni e integrazioni" che avessero dovuto riguardarlo.

Proprio da questo punto hanno preso le mosse le prime pronunce con cui la giurisprudenza di merito ha provato a fare i conti con le modifiche che all'art. 18 St. lav. sono state recentemente apportate dalla legge n. 92/2012, c.d. "riforma Fornero". Secondo la maggioranza dei giudici⁶¹⁵, infatti, il "rinvio mobile" operato dall'art. 51 T.U. n. 165/2001 allo Statuto dei lavoratori fa sì che allo stato non possa negarsi l'applicazione ai rapporti di lavoro pubblico della disciplina attualmente vigente in materia di licenziamenti, cioè per come risultante dalla modifica apportata dall'art. 1, comma 42, l. n. 92/2012. Per negare tale conseguenza, bisognerebbe infatti supporre che l'art. 51 comma 2 T.U. n. 165/2001 sia stato abrogato *in parte qua*, ossia nella parte in cui rende immediatamente applicabili al pubblico impiego le modifiche concernenti l'art. 18 St. lav., ma una simile abrogazione non ha appigli testuali né può farsi derivare da ragioni sostanziali o sistematiche: segnatamente, non può discendere dall'art. 1, comma 7, l. n. 92/2012, poiché la norma ult. cit. prevede che le disposizioni della riforma costituiscano "principi e criteri regolatori" dei rapporti di lavoro alle dipendenze di pubbliche amministrazioni solo "per quanto da esse non espressamente previsto", e "un richiamo espresso può rinvenirsi nella stessa esplicita modifica dell'art. 18, poiché l'art. 18 era norma che [...] disciplinava direttamente il pubblico impiego"⁶¹⁶.

Detto altrimenti, se è vero che le disposizioni della riforma costituiscono in generale "principi e criteri regolatori" dei rapporti di lavoro alle dipendenze di pubbliche amministrazioni, come tali

⁶¹⁴ Si tratta di una conclusione affatto pacifica: in dottrina, cfr. per tutti S. MAINARDI, *La responsabilità e il potere disciplinare*, in F. Carinci (a cura di), *Diritto del lavoro. Commentario*, t. V: *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di F. Carinci e L. Zoppoli, Torino, 2004, 856 s., e – con riferimento all'intero Titolo I dello Statuto dei lavoratori – M. T. CARINCI, *L'estensione del Titolo I dello Statuto dei lavoratori alle pp.aa.*, ivi, 203; in giurisprudenza, v. tra le più recenti Cass. 5 gennaio 2011, n. 190, in *MGC* 2011, n. 1.

⁶¹⁵ Ci riferiamo a Trib. Perugia, ordd. 9 novembre 2012 (est. Medoro) e 15 gennaio 2013 (pres. ed est. Claudiani), in *LPA*, 2012, II, 1117 ss.; Trib. Bari, ord. 14 gennaio 2013 (est. Vernia), *RIDL*, II, 410 ss.; Trib. Ancona, ord. 31 gennaio 2013 (est. Sbrano), e Trib. S. Maria Capua Vetere, ord. 2 aprile 2013 (est. Cervelli), inedite a quanto consta.

⁶¹⁶ Così, in specie, Trib. Perugia, 15 gennaio 2013, cit. (enfasi nel testo).

bisognevole di “iniziative normative [...] di armonizzazione” concertate con le organizzazioni sindacali (art. 1, comma 8, l. n. 92/2012), non è meno vero – osservano i giudici – che l’iniziativa normativa futura è prevista letteralmente solo “per quanto da esse non espressamente previsto”. E a meno di privare completamente tale ultimo inciso di efficacia precettiva, bisogna rinvenire nell’art. 1, comma 42, l. n. 92/2012 una di tali norme, tanto più che “nessun argomento depone per la sussistenza di apprezzabili motivi per sottrarre la disciplina del pubblico impiego (sin qui comune a quella dell’impiego privato) alla modifica dell’art. 18 almeno con riferimento ai licenziamenti disciplinari, settore che esula da profili riguardanti finalità di mobilità o di politica del mercato del lavoro”⁶¹⁷.

La prevalente giurisprudenza di merito si è così schierata con quella parte dei commentatori che, già all’indomani del varo della riforma⁶¹⁸, avevano pronosticato come possibile un’efficacia diretta delle modifiche dell’art. 18 St. lav. nei confronti del pubblico impiego⁶¹⁹. E naturalmente non ha mancato di suscitare le critiche dell’altra (e probabilmente maggiore) parte della dottrina, che – d’accordo con una parte abbastanza minoritaria dei giudici⁶²⁰ – tale efficacia non è punto disposta ad ammettere⁶²¹. Converrà dunque esaminare partitamente codeste critiche, allo scopo di saggiare per loro tramite la plausibilità delle conclusioni cui sono pervenuti i giudici.

2. Pubblico impiego e nuovo art. 18: perché no.

È opportuno, anzitutto, sgombrare il campo da una questione preliminare che concerne il significato da attribuire all’art. 51 comma 2 T.U. n. 165/2001. Secondo parte della dottrina, infatti, il rinvio allo Statuto dei lavoratori “e sue successive modificazioni” contenuto nella norma cit. dovrebbe ritenersi limitato alle modifiche intervenute fino alla data di entrata in vigore del testo unico medesimo e non potrebbe invece riferirsi alle modifiche successive a tale data, “attesa l’impossibilità di una valenza *ex post* contenuta in una norma – per l’appunto quella dell’art. 51 – in vigore nel lontano 2001”⁶²².

Sennonché, basta una breve riflessione per intendere che la locuzione “e sue successive modificazioni” può avere un significato normativo solo se riferita alle modifiche *successive* alla data di entrata in vigore del testo unico: quelle anteriori, infatti, costituivano già parte integrante dello Statuto all’epoca vigente e come tali sarebbero state recepite anche in assenza di tale specificazione, che di conseguenza diventerebbe *inutiliter data*. E poiché un noto canone ermeneutico suggerisce che tra due o più interpretazioni possibili di un testo normativo bisogna prescegliere quella che gli conferisca un significato precettivo, in luogo di quella che non gliene attribuisca

⁶¹⁷ *Ibid.*

⁶¹⁸ Ma in taluni casi già durante i lavori parlamentari: sia consentito il rinvio a E. BRANCACCIO, L. CAVALLARO, *Articolo 18, pulizie di primavera, il manifesto*, 22 aprile 2012.

⁶¹⁹ Si veda in particolare A. TAMPIERI, *La legge n. 92/2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in G. Pellacani (a cura di), *Riforma del lavoro*, Milano, 2012, 27 ss.; L. GALANTINO, *Diritto del lavoro pubblico*, Torino, 2012, 16.

⁶²⁰ Cfr. Trib. Roma, ord. 23 gennaio 2013 (est. Pucci), e Trib. Monza, ord. 28 febbraio 2013 (est. Pipponzi), inedite a quanto consta.

⁶²¹ Si veda in particolare F. CARINCI, *Pubblico impiego privatizzato e art. 18*, in *DPL*, 2013, 1, 27 ss.; C. ROMEO, *La legge “Fornero” e il rapporto di impiego pubblico*, in *LPA*, 2012, I, 713 ss.; D. BOSCATI, *La difficile convivenza tra il nuovo art. 18 e il lavoro pubblico*, in *LPA*, 2012, I, 991 ss.

⁶²² Così ROMEO, *La legge “Fornero” e il rapporto di impiego pubblico*, cit., 720.

alcuno, è giocoforza concludere che l'unico senso attribuibile all'art. 51 comma 2 T.U. n. 165/2001 è proprio quello suggerito dalla giurisprudenza: un rinvio mobile, di per sé suscettibile di estendersi a *tutte* le future modifiche dello Statuto dei lavoratori.

S'intende, a condizione che le leggi che le prevedono si applichino al pubblico impiego: così, muovendo dai commi 7-8 dell'art. 1, l. n. 92/2012, obietta un'altra (e più insidiosa) critica alle argomentazioni con cui i giudici hanno esteso al pubblico impiego il nuovo testo dell'art. 18 St. lav.⁶²³. Se infatti è vero che tali prescrizioni rivelano l'intenzione del legislatore di varare un *corpus* normativo speciale per il pubblico impiego c.d. privatizzato tramite un confronto con le OO.SS., non è possibile – si dice – che, nelle more della sua approvazione, il nuovo testo dell'art. 18 si applichi *tout court* ai licenziamenti dei pubblici impiegati: semplicemente (ma non banalmente) perché la modifica del regime normativo vigente per il pubblico impiego non potrebbe dirsi ricompresa tra gli obiettivi della riforma Fornero. Bisognerebbe dunque rifarsi al precedente costituito dal d.lgs. n. 276/2003 (emanato in attuazione della delega di cui alla l. n. 20/2003, c.d. "legge Biagi") e dedurre che, a prescindere dal fatto che si tratti di integrazione, correzione o addirittura sostituzione della disciplina previgente, quest'ultima sia rimasta in vigore per il pubblico impiego nella sua versione originaria.

Sotto questo profilo, anzi, si dovrebbe riconoscere l'esistenza di una linea di continuità tra la riforma Fornero e la legge Biagi per ciò che attiene alla volontà di diversificare la disciplina dei rapporti di lavoro pubblici e privati: una volontà di cui testimonierebbe proprio l'art. 1, comma 8, l. n. 92/2012, che rimandando al previo confronto con le OO.SS. l'armonizzazione tra le due discipline risulterebbe chiaramente modulato sul precedente costituito dall'art. 86, comma 8, d.lgs. n. 276/2003. Con la conseguenza che bisognerebbe prendere atto della coesistenza di "un doppio testo 'vigente'"⁶²⁴ dell'art. 18 St. lav.: il primo, risultante dalla modifica apportata dall'art. 1, comma 42, l. 92/2012, valevole per tutto l'impiego privato; il secondo, sopravvissuto nella sua versione *ante* riforma Fornero, valido per il solo impiego pubblico.

Sebbene non se ne conoscano i protagonisti, potrebbe deporre in questo senso anche il gustoso aneddoto⁶²⁵ sul sindacalista che, di passaggio al Ministero del lavoro, avrebbe informato gli ignari estensori della riforma che l'art. 18 St. lav. si applicava anche alle pubbliche amministrazioni, suscitando panico, caos e, alla fine, un *embrassons nous* all'insegna del più rigoroso riparto di competenze, in virtù del quale la ministra Fornero avrebbe portato a destinazione la riforma dell'impiego privato e il ministro Patroni Griffi avrebbe messo in cantiere quella del lavoro pubblico: se ne potrebbero infatti dedurre corposi indizi circa l'"intenzione del legislatore", che ai fini dell'interpretazione di un testo normativo conta tanto quanto "il senso fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse" (art. 12 prel. c.c.).

Il problema è che l'intenzione del legislatore rileva in quanto "volontà oggettiva della norma", non come volontà dei singoli partecipanti al processo formativo di essa⁶²⁶. Rileva cioè in quanto

⁶²³ Alludiamo a F. CARINCI, *Pubblico impiego privatizzato e art. 18*, cit., che riprende argomentazioni già esposte in Id., *Art. 18 St. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in LPA, 2012, I, 247 ss.

⁶²⁴ *Ibid.*, 32.

⁶²⁵ *Ibid.*, 27.

⁶²⁶ Cfr., *ex multis*, Cass., 21 maggio 1988, n. 3550, in MGC, 1988, n. 5.

intentio operis, e come *intentio auctoris* solo nella misura in cui sia con essa coincidente⁶²⁷. Diversamente, non vale nulla: nemmeno se a proclamarla fossero Parlamento, Governo e Parti sociali, magari per l'occasione riuniti tutti insieme in seduta comune. E a parte il fatto che – come vedremo di qui a un momento – è davvero da dimostrare quale fosse al riguardo la *reale* “volontà” del Governo, non si può non rilevare che le opzioni ermeneutiche volte a escludere che il nuovo testo dell'art. 18 St. lav. debba essere esteso anche al pubblico impiego finiscono per attribuire alla *voluntas legis* un carattere inammissibilmente contraddittorio.

3. Pubblico impiego e nuovo art. 18: perché sì.

Si consideri, in quest'ottica, l'art. 1, comma 7, l. n. 92/2012. Se già è difficile capire in che modo singole norme di legge possano costituire “principi e criteri per la regolamentazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni”, non si può non rilevare che, se dovessimo escludere che l'inciso “per quanto da esse non espressamente previsto” abbia il significato suggerito dalla giurisprudenza fin qui pronunciata, dovremmo ritenere che il legislatore abbia voluto dire che le disposizioni della riforma costituiranno principi e criteri ispiratori per la regolamentazione del pubblico impiego non per quanto da esse “previsto”, ma per quanto da esse “non previsto”: con il che – è stato riconosciuto – saremmo “ben oltre il limitare dell'assurdo”⁶²⁸, e abbiamo già ricordato che tra due o più possibili interpretazioni di un testo normativo si deve pur sempre prescegliere quella che gli conferisca un senso compiuto, piuttosto che quella che gliene attribuisca uno palesemente incongruo.

Si aggiunga la rilevante differenza tra l'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 e l'art. 1, comma 7, l. n. 92/2012: mentre il primo sancisce inequivocabilmente che “Il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale”, il secondo – una volta che se ne escludano interpretazioni “oltre il limitare dell'assurdo” – suggerisce invece che talune norme della riforma statuiscono “espressamente” su tali rapporti. E dato che *formalmente* non ve ne sono, quali altrimenti potrebbero essere se non quelle che riguardano istituti per i quali l'applicazione al lavoro pubblico risulta necessitata in virtù di *altre* specifiche norme di legge, che da tempo hanno esteso quegli istituti nella loro globalità ai pubblici dipendenti⁶²⁹? Oppure dovremmo ritenere che, ad es., anche in materia di part-time, parità uomo-donna, sostegno alla genitorialità e diritto al lavoro dei disabili ci troveremo ad avere normative differenziate e, si badi bene, deteriori per i pubblici impiegati? E in virtù di quale congegno normativo, visto che – lo ripetiamo –

⁶²⁷ Per la rigorosa definizione di *intentio operis*, *intentio auctoris* e *intentio lectoris* si veda l'ormai classico U. Eco, *I limiti dell'interpretazione*, Milano, 1990.

⁶²⁸ F. CARINCI, *Pubblico impiego privatizzato e art. 18*, cit., 30.

⁶²⁹ Così TAMPIERI, *La legge n. 92/2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., 33; Trib. Bari, 14 gennaio 2013, cit. *Contra*, Trib. Monza, 28 febbraio 2013, cit.; E. PASQUALETTO, *La questione del pubblico impiego privatizzato*, in C. Cester (a cura di), *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, Padova, 2013, 53, secondo la quale, invece, la ricerca di specifiche norme operative anche nel settore pubblico andrebbe condotta solo “all'interno della legge di riforma” e non potrebbe estendersi alle norme da questa modificate e già applicabili al pubblico impiego se non a prezzo di una “drammatica contraddizione sia con il comma 7 che con il comma 8 dell'art. 1”. Confessiamo di non vedere codesta contraddizione: anzi, un'elementare applicazione del principio di transitività suggerisce l'esatto contrario, perché se *a*, che concerne *X* e *Y*, viene modificato da *b*, la modifica deve logicamente estendersi sia a *X* che a *Y*. Di conseguenza, se si ammette che nella legge n. 92/2012 vi possano essere norme che espressamente provvedono sullo statuto giuridico dei pubblici impiegati, non è logicamente corretto escludere dal novero di esse quelle che modificano norme già vigenti e applicabili al pubblico impiego.

un'esclusione altrettanto decisa di quella disposta dall'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 276/2003 non è affatto contemplata dall'art. 1, comma 7, l. n. 92/2012?

Non crediamo che, al riguardo, si possa ragionevolmente sostenere tale ultima norma abbia comportato la "sostanziale cancellazione dell'art. 51, comma 2, d.lgs. n. 165/2001"⁶³⁰: non solo perché una simile cancellazione non ha appigli testuali, ma soprattutto perché esistono solide ragioni sistematiche per ritenere pienamente compatibile la riserva di armonizzazione con la possibilità che talune norme della riforma incidano di per se stesse sulla disciplina del pubblico impiego. Non bisogna infatti dimenticare che l'art. 2, comma 2, T.U. n. 165/2001 stabilisce che "i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato dell'impresa". In assenza della clausola di cui al comma 7 dell'art. 1, la legge n. 92/2012 si sarebbe pertanto estesa automaticamente al variegato mondo del lavoro pubblico, ponendo all'interprete problemi di non facile soluzione. Ma se è vero che l'unico significato ragionevolmente attribuibile a quella clausola sta nell'impedire che la riforma Fornero possa nel suo complesso determinare quell'aggiornamento automatico *per relationem* della normativa relativa al pubblico impiego che è previsto in forma generale dall'art. 2, T.U. n. 165/2001, non c'è alcun motivo logico per escludere che lo stesso legislatore abbia voluto derogarvi rispetto alle modifiche apportate a leggi e istituti disciplinanti *direttamente* il rapporto di lavoro dei pubblici impiegati, come appunto l'art. 18 St. lav.⁶³¹.

Naturalmente, comprendiamo bene che un'*intentio lectoris* sensibile alle istanze di parte sindacale di continuare a garantire stabilità al rapporto dei pubblici impiegati possa sostenere che la riforma Fornero avrebbe dato vita a *due articoli 18*, uno (quello modificato) valevole per l'impiego privato e l'altro (quello non modificato) per il pubblico impiego. Ma se abbiamo ragione a suggerire che l'*intentio operis* che traspare dalla legge è un'altra, si potrebbe dedurre che un'altra sia stata anche l'*intentio auctoris*, cioè la volontà del Governo.

Non si può dimenticare, al riguardo, che i lavori di approvazione parlamentare della riforma si svolsero nel bel mezzo di un'impennata dello *spread* dei rendimenti dei nostri titoli di Stato rispetto ai *Bund* tedeschi: il differenziale, che era sceso a 292 punti-base alla fine di marzo 2012, era già risalito ampiamente oltre i 300 nei giorni in cui il disegno di legge veniva presentato al Senato⁶³² e avrebbe continuato la sua ascesa nei mesi successivi, fino ad attestarsi a 537 punti-base poco dopo la metà di luglio. È proprio sbagliato, allora, supporre che anche negli ambienti governativi ci si stesse convincendo che il ribasso dei mesi precedenti era dovuto all'inondazione di liquidità decisa dalla Banca centrale europea, piuttosto che ad una intrinseca "credibilità" del Governo in carica, alla quale ormai mostravano di credere soltanto i *media* nostrani? È fuori dal

⁶³⁰ Così invece F. CARINCI, *Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *LG*, 2012, 6, 535.

⁶³¹ Proprio per ciò, non crediamo sia lecito rinvenire nell'art. 1, comma 400, l. n. 228/2012 (c.d. legge di stabilità) una conferma della tesi della "totale inapplicabilità della 'riforma Fornero' al lavoro pubblico", come sostiene invece A. BELLAVISTA, *La storia infinita della riforma del lavoro pubblico*, in M. Napoli, A. Garilli (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico tra aziendalismo e autoritarismo*, Padova, 2013, 591: semmai, nella misura in quella norma detta una disciplina speciale della proroga dei contratti a termine presso le pubbliche amministrazioni "nelle more dell'attuazione dell'articolo 1, comma 8, della legge 28 giugno 2012, n. 92", ne viene una conferma della interpretazione proposta nel testo circa la volontà del legislatore di escludere che la riforma Fornero possa *nel suo complesso* incidere sul regime del pubblico impiego, ferma restando la possibilità che *talune sue specifiche disposizioni* possano farlo. Questo e non altro, in ultima analisi, dice l'art. 1, comma 7, l. n. 92/2012.

⁶³² Come si ricorderà, il d.d.l. n. 3249 fu comunicato alla Presidenza del Senato il 5 aprile 2012.

mondo ritenere che in quegli stessi ambienti si cominciasse a pensare che una nuova crisi finanziaria non avrebbe potuto essere affrontata se non aggredendo l'ostacolo che rende più difficilmente comprimibile il volume totale di spesa pubblica, vale a dire *i dipendenti pubblici*? E cosa di meglio, all'uopo, di una "manutenzione" dell'art. 18 St. lav. che – giusto come quella varata dalla riforma approvata nel luglio scorso – confina il reintegro al solo caso che il giudice accerti che il dipendente non ha commesso il fatto o che per quest'ultimo il contratto collettivo prevede una sanzione conservativa? Oppure, in caso di licenziamento per motivi economici, al solo caso di "manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo"?

Un fatto è certo: ad onta dell'intesa "garantista" sottoscritta nel mese di maggio 2012⁶³³, con lo *spread* in forte risalita ma ancora sotto quota 400, il 6 luglio successivo il Governo ha approvato il d.l. n. 95/2012 sulla c.d. *spending review* (conv. con mod. con l. n. 135/2012), il cui art. 2, comma 18, lett. a), modifica radicalmente l'art. 6, comma 1, primo periodo, T.U. n. 165/2001, stabilendo che la consistenza e le dotazioni delle piante organiche delle pubbliche amministrazioni non vengano più determinate "previa consultazione delle organizzazioni sindacali", ma "previa informazione, preventiva o successiva, delle organizzazioni sindacali". Il senso della modifica è chiaro: la consistenza e soprattutto la variazione delle piante organiche saranno determinate in via esclusiva dal Governo, che sarà tenuto solo ad informare (eventualmente anche a cose fatte) le OO.SS. e non più a consultarle in via preventiva. È proprio sbagliato, allora, leggere in una novità del genere – adottata, si badi bene, mentre il differenziale di rendimento dei nostri titoli sfondava quota 500, riportandosi di fatto al livello del novembre precedente – l'indizio di una precisa volontà di liberarsi le mani in vista di possibili (e drastici) tagli al personale alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, magari equamente ripartendoli tra caccia ai "nullafacenti"⁶³⁴ e presunte necessità di "razionalizzazione" delle risorse⁶³⁵, e in ogni caso con la certezza che eventuali errori di valutazione circa la gravità dell'inadempimento o del fatto posto a base del licenziamento per motivi economici non avrebbero comunque impedito un definitivo risparmio di spesa⁶³⁶?

Si tratta naturalmente di congetture, che qui si propongono solo *ad colorandum*: la *ratio* dell'estensione ai pubblici dipendenti delle modifiche apportate all'art. 18 St. lav. si coglie a nostro

⁶³³ Si tratta dell'intesa sottoscritta l'11 maggio 2012 fra Ministro per la Pubblica amministrazione, organizzazioni sindacali ed enti territoriali, nella quale tra l'altro si leggeva di un'imminente iniziativa normativa per la riscrittura dei doveri disciplinari dei dipendenti e delle relative sanzioni, nonché per la previsione di "garanzie di stabilità" del rapporto di lavoro "in caso di licenziamento illegittimo". V. sul punto U. BURATTI, M. TIRABOSCHI, *L'incerto impatto della riforma sul lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in M. Magnani, M. Tiraboschi (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, Milano, 2012, 66 ss.

⁶³⁴ Giusta la nota (quanto discutibile) definizione di P. ICHINO, *I nullafacenti*, Milano, 2006.

⁶³⁵ Si veda in tal senso un esplicito passo dell'intervista rilasciata dal Ministro della Pubblica amministrazione al quotidiano *Avvenire*, il 19 aprile 2012: "Noi andiamo avanti e in tempi brevi definiremo, per ogni singola amministrazione, il quadro delle eccedenze del personale in servizio. E chiariremo che questo non significa che dopo 24 mesi quei lavoratori dovranno essere licenziati. Prima proveremo a vedere se quel personale, riqualificato, potrà essere utilizzato meglio in altri settori. Poi, solo se alla fine non si troveranno alternative, l'unica strada rimarrà quella del licenziamento".

⁶³⁶ Vista in quest'ottica, appare difficilmente condivisibile l'opinione secondo cui per i licenziamenti dei dipendenti pubblici sarebbe preferibile disporre la reintegra "perché in tal modo si evita tutta la problematica relativa a chi alla fine paga l'indennità" (F. CARINCI, *Art. 18 St. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, cit., 250); e ciò indipendentemente dall'evidente *lapsus* che pure contiene, visto che nella previsione originaria dell'art. 18 St. lav. l'indennità risarcitoria *si accompagna* alla reintegra e non è "alternativa" ad essa.

avviso nell'*intentio operis* della riforma, perché se davvero modificare il regime dei licenziamenti serve alla "crescita" non si può lasciarne fuori proprio quel settore in cui la "produttività" notoriamente stenta a decollare⁶³⁷. E per quanto chi scrive non convenga affatto né con i presupposti teorici che hanno ispirato la riforma Fornero né con le misure che essa ha inteso ammannire⁶³⁸, non si può non riconoscere che lasciarne fuori i dipendenti pubblici significherebbe ammettere che "tutti i lavoratori sono uguali, ma i lavoratori pubblici sono più uguali degli altri"⁶³⁹.

4. Verso una "coesistenza pacifica".

In quest'ottica, appare fortemente discutibile la tesi secondo cui l'estensione della novella dell'art. 18 St. lav. al pubblico impiego implicherebbe comunque che il licenziamento illegittimo venga comunque necessariamente sanzionato con la reintegra⁶⁴⁰. È senz'altro vero che la Corte costituzionale ha recentemente ribadito che, mentre il potere di licenziamento del datore di lavoro privato è limitato allo scopo di tutelare il dipendente da comportamenti arbitrari, la potestà di recesso nel settore pubblico incontra l'ulteriore limite della protezione degli interessi collettivi, di talché "forme di riparazione economica, quali, ad esempio, il risarcimento del danno o le indennità riconosciute dalla disciplina privatistica in favore del lavoratore ingiustificatamente licenziato" potrebbero non rappresentare, nel settore pubblico, "strumenti efficaci di tutela degli interessi collettivi" lesi da licenziamenti illegittimi⁶⁴¹. Ma non è meno vero che codesta pronuncia è stata resa in relazione ad una normativa della Regione Lazio che prevedeva che i dirigenti regionali che fossero stati dichiarati decaduti in conseguenza di norme successivamente dichiarate costituzionalmente illegittime potessero essere reintegrati o equamente indennizzati, ed è eminentemente incentrata sulla contrarietà al principio di imparzialità dell'azione amministrativa di discipline che consentano l'adozione di provvedimenti di recesso senza la previa verifica (in contraddittorio con l'interessato) dei risultati conseguiti: secondo la Corte, si tratterebbe infatti di forme onerose di *spoils system*, che semmai aggraverebbero il pregiudizio subito dalla collettività.

Nulla invece nella sentenza della Corte costituzionale sembra poter seriamente ostacolare la possibilità che, alla stregua del nuovo testo dell'art. 18, la reintegra diventi anche nel pubblico impiego una sanzione di carattere eccezionale, specie ove si consideri che già nel 2000, quando lo Statuto dei lavoratori era già stato esteso al pubblico impiego dall'art. 55 d.lgs. n. 29/1993, la Corte costituzionale ebbe a escludere che la soppressione della tutela reale potesse comportare alcuna lesione di principi costituzionali⁶⁴².

⁶³⁷ Il rilievo è di L. ZOPPOLI, *La riforma del mercato del lavoro vista dal Mezzogiorno: profili giuridico-istituzionali*, http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up_423809797.pdf. D'altronde, è stata la stessa Corte costituzionale a individuare la finalità della c.d. privatizzazione del pubblico impiego nell'esigenza di alleggerire l'apparato amministrativo da vincoli sostanziali e procedurali e di rendere più flessibile la gestione del personale, demandando al legislatore ordinario l'individuazione del necessario dosaggio tra l'obiettivo di massimizzare l'efficienza e quello di garantire l'imparzialità: cfr. ad es. Corte cost. 25 luglio 1996, n. 313, in *GCost.*, 1996, 2584.

⁶³⁸ Sia consentito il rinvio a CAVALLARO, *A cosa serve l'articolo 18*, Roma, 2012.

⁶³⁹ La sapida osservazione è ancora di F. CARINCI, *Pubblico impiego privatizzato e art. 18*, cit., 27.

⁶⁴⁰ Cfr. BOSCATI, *La difficile convivenza tra il nuovo art. 18 e il lavoro pubblico*, cit., spec. 1002 ss.

⁶⁴¹ In termini, ma coi verbi all'indicativo, Corte cost. 24 ottobre 2008, n. 351, in *LPA*, 2009, II, 109.

⁶⁴² Cfr. Corte cost. 7 febbraio 2000, n. 46, in *GCost.*, 2000, 360, dove si legge espressamente che "la richiesta [di referendum abrogativo, n.d.e.] non trova ostacolo nemmeno nei limiti impliciti al referendum che la giurisprudenza di questa Corte ha individuato nella

Né è possibile ravvisare nel T.U. n. 165/2001 – e segnatamente nel carattere imperativo delle disposizioni che disciplinano la procedura disciplinare (art. 55, comma 1, T.U. n. 165/2001) e tipizzano determinate fattispecie di inadempimento come giusta causa di recesso (artt. 55, comma 2, e 55-*quater* T.U. n. 165/2001) – ostacoli insormontabili rispetto alla possibilità che la sanzione ordinamentale per l'eventualità che il licenziamento venga adottato in violazione di esse sia di tipo economico e non integralmente restitutoria⁶⁴³.

Fermo restando, su un piano generale, che la nullità è solo una delle conseguenze che l'ordinamento può ricollegare alla violazione di norme imperative, circa il primo profilo l'argomentazione semplicemente prova troppo: se fosse vero che l'inosservanza della procedura disciplinare prevista dall'art. 55-*bis* T.U. n. 165/2001 determina la nullità (e non semplicemente l'ingiustificatezza) del licenziamento del pubblico dipendente, per modo che la reazione dell'ordinamento non potrebbe risolversi in "una semplice inefficacia monetizzabile"⁶⁴⁴, bisognerebbe concludere allo stesso modo anche per i licenziamenti intimati nell'ambito dell'impiego privato. Da un punto di vista dogmatico, infatti, l'inefficacia di cui parla l'art. 18 comma 6° St. lav. deve ricondursi all'inefficacia c.d. originaria, vale a dire all'inattitudine del negozio a produrre effetti giuridici, che – come noto – può discendere o da un vizio interno del negozio che ne importi la nullità oppure dalla presenza di circostanze esterne al negozio che ne sospendano la produzione degli effetti suoi tipici (i casi classici sono quelli della condizione sospensiva e del termine iniziale)⁶⁴⁵. Ora, nel caso del licenziamento non seguito dalla comunicazione dei motivi o intimato in spregio delle procedure previste agli artt. 7 St. lav. e 7 l. n. 604/1966, ci troviamo di fronte ad una "inefficacia" che consegue alla violazione di una norma che prescrive che un negozio o una sequenza di negozi debbano avere una certa forma. E poiché la forma prescritta quale requisito essenziale di un atto è da considerarsi tale ai fini della sua validità (arg. ex art. 1325 n. 4 c.c.), al punto che la sua mancanza importa la nullità dell'atto stesso (art. 1418 comma 2° c.c.), bisognerebbe senz'altro concludere che anche il licenziamento non seguito dalla comunicazione in forma scritta dei motivi o intimato in violazione delle procedure previste dagli artt. 7 St. lav. e 7 l. n. 604/1966 sia affetto dalla medesima "nullità radicale e insanabile" di quello intimato in spregio della procedura disciplinare prevista dall'art. 55-*bis* T.U. n. 165/2001: e anche in questo caso la reazione dell'ordinamento non potrebbe risolversi in una "semplice inefficacia monetizzabile".

Il vero è che bisognerebbe prendere atto dell'orientamento, ormai affatto consolidato nella giurisprudenza di legittimità, secondo cui il licenziamento disciplinare intimato senza la preventiva osservanza delle garanzie procedimentali stabilite dall'art. 7 St. lav., non è viziato da nullità, ma è soltanto ingiustificato, nel senso che il comportamento addebitato al dipendente ma non fatto

inammissibilità di quesiti che investono leggi c.d. 'a contenuto costituzionalmente vincolato', in quanto vertono su disposizioni la cui abrogazione si traduce in una lesione di principi costituzionali".

⁶⁴³ Così invece BOSCATI, *La difficile convivenza tra il nuovo art. 18 e il lavoro pubblico*, cit., spec. 1004 ss., sulla scia di F. CARINCI, *Pubblico impiego privatizzato e art. 18*, cit.

⁶⁴⁴ L'espressione è di F. CARINCI, *op. ult. cit.*, 33.

⁶⁴⁵ Cfr. per tutti F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, 241. Vale la pena di ricordare che il tentativo di parte della dottrina di costruire l'inefficacia originaria come categoria autonoma rispetto all'invalidità (cfr. V. SCALISI, voce *Inefficacia (dir. priv.)*, in *ED*, XXI, Milano, 1971, 322 ss.) non ha fin qui registrato successo: come risulta dalla tassonomia proposta in F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, Milano, 2002, 357-359, si tratta pur sempre di fattispecie in cui o manca un elemento essenziale del negozio o quest'ultimo è contrario a norme imperative di legge.

valere attraverso il procedimento disciplinare non può, quand'anche effettivamente sussistente e rispondente alla nozione di giusta causa o giustificato motivo, essere addotto dal datore di lavoro per sottrarsi all'operatività della tutela apprestata al lavoratore dall'ordinamento⁶⁴⁶: non si capisce, in effetti, perché mai questo principio, affatto pacifico nell'ambito dei rapporti di lavoro privati, non debba valere anche per i licenziamenti dei dipendenti pubblici⁶⁴⁷, tanto più che la Corte costituzionale ha ribadito anche di recente che il rimedio indennitario, pur in mancanza di riassunzione, non è sospettabile di illegittimità costituzionale⁶⁴⁸. Naturalmente, si può sempre revocare in dubbio l'orientamento dei giudici di legittimità e dello stesso giudice delle leggi, si possono contestarne premesse e conclusioni. Ciò che non mi pare sostenibile è la pretesa di differenziare le conseguenze giuridiche di fattispecie che sono identiche per presupposti e struttura normativa e dunque tali che *simul stabunt, simul cadent*.

Non meno difficile è argomentare la presunta impossibilità di estendere la novella dell'art. 18 St. lav. ai pubblici impiegati facendo leva sulle divergenze sostanziali tra il nuovo testo dei commi 4° e 5° dell'art. 18 St. lav. e gli artt. 55, comma 2, e 55-*quater* T.U. n. 165/2001: le differenze che pure è dato cogliere dai rapporti ivi rispettivamente delineati tra legge e contrattazione collettiva per ciò che attiene all'individuazione della tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni⁶⁴⁹ rientrano senz'altro nella possibilità che il rapporto dei pubblici dipendenti sia disciplinato con carattere di specialità rispetto a quello dei dipendenti privati (art. 2, comma 2, primo periodo, T.U. n. 165/2001); si tratta insomma di divergenze da risolvere sulla scorta del principio secondo cui *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, ma che non hanno nulla a che fare con la possibilità che le conseguenze della declaratoria d'illegittimità del licenziamento siano le stesse

⁶⁴⁶ La parificazione del vizio formale del mancato rispetto delle garanzie procedurali al vizio sostanziale dell'assenza di giusta causa o giustificato motivo risale a Cass. S.U. 26 aprile 1994, n. 3965, in *FI*, 1994, I, 1708, e da allora è stata costantemente ribadita dalla giurisprudenza della Cassazione: cfr. da ult. Cass. 11 gennaio 2011, n. 459, in *MGC*, 2011, n. 1. Non è inutile ricordare che trattasi di conclusione che poggia sul principio generale di ragionevolezza, apparendo manifestamente aberrante che dalla violazione di una norma dettata per la contestazione di un illecito possano derivare conseguenze più gravi di quelle che potrebbero discendere dall'accertamento dell'insussistenza dell'illecito contestato: v. da ult. P. Tosi, *Le invalidità nel diritto del lavoro: questioni di metodo*, in A. Bellavista, A. Plaia (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, 2011, 25.

⁶⁴⁷ Si potrebbe obiettare che è stata la stessa Cassazione a parlare di nullità in relazione a sanzioni disciplinari irrogate al pubblico dipendente in violazione delle procedure previste dalla legge (cfr. ad es. Cass. 5 febbraio 2004, n. 2168, in *FI*, 2004, I, 2644, e più recentemente Cass. 17 giugno 2010, n. 14628, in *MGC*, 2010, n. 6). Ma l'obiezione non coglierebbe nel segno, perché i casi su cui è intervenuto il Supremo Collegio concernevano procedimenti disciplinari instaurati da un organo diverso da quello titolare del potere disciplinare, vale a dire fattispecie accostabili all'ipotesi di mancanza di legittimazione, che – anche *iure privatorum* – rende sempre inefficace il negozio per difetto di dichiarazione dell'avente diritto o potestà (v. sul punto GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., 359). Quanto alla decadenza comminata per il caso di inosservanza dei termini per il procedimento disciplinare, si tratta all'evidenza di una sanzione funzionalmente analoga alle conseguenze della contestazione tardiva nell'ambito dei licenziamenti *iure privatorum*: la tipizzazione in termini di decadenza tiene conto del fatto che, come diceva l'antico Maestro, la volontà di una pubblica amministrazione è pur sempre un'ipotesi dell'ordinamento.

⁶⁴⁸ V. da ult. Corte cost. 11 novembre 2011, n. 303, in *DLRI*, 2011, 1102, che richiama tra le altre Corte cost. 7 febbraio 2000, n. 46, cit. Conformemente a quanto argomentato nel testo, Trib. Ancona 31 gennaio 2013 e Trib. S. Maria Capua Vetere, 2 aprile 2013 (citt. *supra*, nota 2), una volta riconosciuta la violazione della procedura prevista dalla legge e dal contratto, hanno dato applicazione all'art. 18 comma 6° St. lav., dichiarando risolto il rapporto di lavoro e condannando la pubblica amministrazione al pagamento dell'indennità ivi prevista.

⁶⁴⁹ Com'è noto, l'art. 55, comma 2, T.U. n. 165/2001 rimette ai contratti collettivi (tenuti in specie all'osservanza dell'art. 2106 c.c., ma non dell'art. 7, comma 4°, St. lav.) l'individuazione delle infrazioni e delle relative sanzioni, mentre il successivo art. 55-*quater*, pur mantenendo ferma la disciplina legale della giusta causa e del giustificato motivo e facendo "salve ulteriori ipotesi del contratto collettivo", prevede una specifica casistica legale di fattispecie di licenziamento disciplinare. Non sfuggirà la *ratio* della disciplina, che è quella di evitare scavalcamenti *in melius* da parte della disciplina collettiva.

che il testo novellato dell'art. 18 prevede per i dipendenti privati, specie ove si consideri che “neppure ieri il richiamo dello Statuto dei lavoratori ha significato un'applicazione totale e incondizionata dell'art. 18 St. lav.”⁶⁵⁰.

Non pare, in conclusione, di poter ravvisare alcuna “difficile convivenza” tra il nuovo art. 18 St. lav. e il lavoro pubblico: semmai, mutuando un'antica espressione del lessico politologico, si potrebbe parlare di una spontanea “coesistenza pacifica” tra i due. Il che, naturalmente, non esclude che il legislatore possa in futuro tornare a differenziare le tutele e affrancare il pubblico impiego dalle temibili conseguenze della riscrittura dell'art. 18 St. lav.: anzi, sarebbe perfino auspicabile, perché un provvedimento del genere costituirebbe un prezioso *tertium comparationis* per sollevare altrettante eccezioni di illegittimità costituzionale della (pessima) norma attualmente vigente. Sperando che nel frattempo, con la scusa dello *spread* e della “crescita”, a qualcuno non salti in mente di abrogare anche l'art. 3 Cost.

⁶⁵⁰ F. CARINCI, *op. loc. ult. cit.*

I licenziamenti disciplinari: irrazionalità normative e rimedi interpretativi*

Roberto Rivero

1. Premessa	224
2. Giudizio bifasico, ma non sempre necessario	225
3. L'area delle due tutele	226
4. La mancanza di razionalità normativa. Il fatto in senso giuridico	227
5. Il criterio delle sanzioni conservative tipizzate. Necessità del suo rovesciamento.	232
Conclusione	236

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 177/2013

Nei licenziamenti disciplinari i criteri dettati dalla legge 92/2012 ai fini della scelta della tutela reale o indennitaria (mancanza del fatto contestato e tipizzazione della sanzione conservativa) non sembrano dotati di intrinseca razionalità, né di esauritivo valore regolativo.

Per superare l'irrazionalità che li contraddistingue si propongono due rimedi interpretativi. Anzitutto va preso atto che il criterio del "fatto contestato" di cui al 4° comma dell'art.18, non può essere declinato se non in senso giuridico. In tale versione non residua però alcuno spazio all'applicazione della tutela indennitaria in caso di insussistenza del fatto; talchè, nello stesso ambito, mancando un parametro di distinzione certo rispetto alle "altre ipotesi" previste nel comma successivo, il giudice dovrà sempre applicare la reintegra.

Per contro, il criterio della tipizzazione dell'illecito disciplinare, previsto nello stesso comma 4°, può servire ai fini della scelta della tutela solo se interpretato in modo rovesciato rispetto alla disciplina positiva che lega la tutela reale alla espressa tipizzazione di una sanzione conservativa; la formula normativa va perciò letta nel senso che la tutela indennitaria debba essere applicata solo in ipotesi di tipizzazione del fatto all'interno di una sanzione espulsiva (in astratto legittima). E non è differenza da poco; anche se permangono dubbi di legittimità costituzionale.

1. Premessa

A circa un anno dalla sua entrata in vigore i problemi principali che la legge 92/2012 continua a porre all'attenzione degli interpreti nella materia dei licenziamenti disciplinari⁶⁵¹ concernono soprattutto la nozione di fatto all'interno del 4° comma dell'art. 18; in secondo luogo il rapporto tra

⁶⁵¹ Le pubblicazioni in materia di licenziamenti disciplinari dopo la legge 92/2012, alle quali qui si rinvia per necessari approfondimenti, sono già numerose: M. DE LUCA *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, in Riv. It. Dir. Lav., 2013, 3 e ss. A. L. TERZI, *La disciplina dei licenziamenti disciplinari*, in La Legge 92 del 2012 (Riforma Fornero) a cura di Fabrizio Amato e Rita Sanlorenzo, in [www. Magistratura Democratica.it](http://www.MagistraturaDemocratica.it); A. PALLADINI, *La nuova disciplina dei licenziamenti*, in RDDL, 2012, 653; P. TULLINI, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in Riv. It. Dir. Lav., 147 ss.; A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in Riv. It. Dir. Lav., 2012, 1, pag. 436 e segg.; F. CARINCI, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in Lav. Giur., 2012, 6, pag. 529 e segg. e in <http://csdle.lex.unict.it/>, *Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro*, nonché, F. CARINCI, M. MISCHIONE (a cura di), *Commentario alla riforma Fornero*, in Dir. Prat. Lav., supplemento n. 33, del 15 settembre 2012 F. CARINCI, *Il legislatore e il giudice: l'imprevedibile innovatore ed il prudente conservatore*, (in occasione di Trib. Bologna, ord. 15 ottobre 2012), e da ultimo F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in corso di pubblicazione; A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in Arg. dir. Lav. 2012, V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, Riv. It. Dir. Lav., 2012, 552 e segg.; C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime osservazioni*, in Arg. Dir. Lav., 2012, 3, pag. 573 e segg.; A. VALLEBONA, in La riforma del lavoro 2012, G. Giappichelli Editore, 2012, pag. 57. M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in Arg. Dir. Lav., 2012, 3, pag. 622; M.T. CARINCI *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e giustificato motivo soggettivo: i presupposti applicativi delle tutele previste dall'art.18 St. Lav. alla luce dei vincoli imposti dal sistema*, in RDDL 2012 1052 R. DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art.18; una chiave di lettura*, in RDDL 2112, 1064; R. ROMEI,

il giudice, la contrattazione collettiva e le sue previsioni disciplinari (4 e 5° comma); in terzo luogo il ruolo da conservare al principio di proporzionalità ex art.2106 c.c. Altre questioni riguardano l'estensione dei vizi di inefficacia dell'atto per violazione del procedimento e dell'obbligo di motivazione (6° comma); ed alcuni profili problematici legati all'onere della prova ed al concetto di immediatezza della giusta causa.

Com'è noto, la riforma non cancella la reintegra in caso di illegittimità del licenziamento disciplinare; ma l'accompagna alla tutela indennitaria. Se c'è diversità di tutele, deve ammettersi che ci debba pur essere nella legge un qualche criterio che conduca ad una loro graduale applicazione. E trattandosi di licenziamenti per mancanze del lavoratore è logico pensare che la reintegra debba essere riservata ai casi in cui risulti più evidente l'assenza della responsabilità disciplinare del dipendente; mentre la tutela indennitaria andrebbe riservata alle ipotesi in cui l'assenza della responsabilità del dipendente, per quanto già accertata dal giudice, risulti però meno eclatante.

In realtà proprio l'individuazione della linea distintiva tra una tutela e l'altra non risulta chiaramente determinata dalla stessa normativa, soprattutto quando il licenziamento venga invalidato per motivi legati alla mancanza della causale giustificativa; e ciò perché la legge mentre individua le ipotesi di tutela reale (legandole alla mancanza del fatto contestato o al fatto che rientri in una sanzione conservativa tipizzata), si serve di una espressione solo generica e residuale per individuare i casi di tutela indennitaria ("nelle altre ipotesi"), che per l'appunto non vengono minimamente identificati. Ed è nella ricerca di tale fondamentale linea distintiva che si dibattono ancora oggi le varie proposte interpretative; senza che però risulti identificata una chiara sistematizzazione dell'intera materia.

2. Giudizio bifasico, ma non sempre necessario

L'unico punto su cui pare esistere maggiore convergenza tra gli studiosi è il piano metodologico che serve a guidare il giudice nell'individuazione della sanzione stabilita nei commi 4 e 5 dell'art.18.

Avendo tenuto ferme le vecchie causali come parametri esclusivi della legittimità del recesso – ed avendo soltanto diversificato le conseguenze in caso di violazione - la nuova normativa dell'art.18 sembra richiedere, in effetti, due generi di valutazioni: un primo giudizio sulla legittimità del licenziamento, da effettuare ai sensi dell'art. 2119 c.c. e dell'art. 3 della legge 604, in base alle nozioni classiche di giusta causa o giustificato motivo soggettivo elaborate della giurisprudenza. Ed un secondo giudizio che vale soltanto ai fini della scelta della sanzione (reintegratoria o indennitaria); e che, secondo il nuovo testo dell'art. 18, dovrà essere diretto a verificare soltanto se esista o meno *il fatto* o se esso sia riconducibile o meno ad una *sanzione conservativa* previsto dal codice disciplinare (unilaterale o pattizio) .

Non sempre e non necessariamente però questi due giudizi si devono presentare nella sequenza

La prima ordinanza sul nuovo art.18 della l.n.300/1970; tanto rumore per nulla? ivi, 1072; R. PEZZUTO L'insussistenza del fatto nel licenziamento disciplinare dopo la legge Fornero, in *il Lavoro nella Giurisprudenza* 2013,454; A. MARCIANO' Fatti contestati e formule assolutorie. Le ambigue soluzioni legislative in materia di licenziamento e le previsioni correlate del codice di procedura penale, *Il Lav. nella Giur.* 2013, 445 ss. R. RIVERSO *Alla ricerca del fatto nel licenziamento disciplinare*, in *CSDLE*, Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro, 22.11.2012. P. SORDI, Il nuovo art.18 della legge n.300 del 1970, in *La riforma del lavoro*, a cura di L. Di Paola, Milano, Giuffrè, 2013.

logica appena annunciata (e cioè prima quello sulla illegittimità dell'atto e dopo quella sulla sanzione); posto che se dovesse subito risultare nel giudizio che manchi il fatto o che esso sia già in astratto sussumibile in una previsione di sanzione conservativa, non sembrerebbe utile né rilevante per il giudice effettuare – tanto più a fronte di una congerie di contestazioni – alcun altro accertamento (ex artt. 2119 e 3 l. 604/66), dovendo egli subito annullare l'atto ed applicare la tutela reintegratoria. Ed è quanto ha già fatto ad es. il Tribunale di Roma (ordinanza 18.4.2013) il quale, dinanzi ad un complesso grappolo di accuse disciplinari, rilevato che il *“quadro dei fatti addebitati non costituisce, né con riguardo alle singole contestazioni, e neppure in una complessiva valutazione degli stessi, giusta causa”* *“quand'anche veritieri”*; e dopo aver evidenziato che *“nello stesso senso depone pure la esemplificazione delle sanzioni fatta dal CCNL”*, ha giustamente anticipato la comminazione della tutela reintegratoria, senza gravarsi di una approfondita, quanto inutile, disamina istruttoria.

D'altra parte ammettere questa scomposizione bifasica del giudizio ex art. 18 (diviso tra illegittimità dell'atto e scelta della sanzione) non porta a dover necessariamente riconoscere che i due criteri formulati dalla legge per la scelta della sanzione (insussistenza del fatto e tipizzazione di sanzione conservativa) siano veramente razionali ed in grado di operare per intero, in direzione di entrambe le tutele (reintegratoria ed indennitaria).

3. L'area delle due tutele

Quando il primo giudizio sotteso all'art. 18, conduca all'annullamento dell'atto per mancanza della causale, la legge prevede che la reintegra debba essere applicata in caso di insussistenza del fatto contestato oppure quando esso rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili; *“nelle altre ipotesi”*, invece, il giudice deve accordare la tutela indennitaria.

La tecnica normativa è senz'altro innovativa e l'individuazione delle due aree relative all'estensione delle tutele appare problema di stretta interpretazione; interno cioè alla disciplina del nuovo art. 18 delineato dalla 92/2012; che dovrà dunque offrire all'interprete la risposta principale su come si identifichino i casi riconducibili all'una o all'altra tutela.

Non aiuta nella soluzione di questo problema richiamare presunte intenzioni del legislatore, né fare affidamento sulla norma manifesto contenuta nell'art.1 comma 1 della legge 92 circa il riequilibrio delle flessibilità in entrata con quelle in uscita, perché andrebbe pur sempre misurato in che termini l'intenzione del legislatore od una programmatica dichiarazione di scopo si siano poi inverate in effettiva traduzione normativa.

Per contro neppure constatare che la legge non abbia toccato la disciplina generale della causale, aiuta allo scopo: perché la causale non si confonde con la tutela; e venuta meno la legittimità del licenziamento, potrebbe darsi una tutela risarcitoria tenendosi fermo l'effetto estintivo, come riconosce la giurisprudenza della Corte Costituzionale (tra le altre, sentenza 7.2.2000 n. 46) , secondo la discrezionalità del legislatore (fermo restando il dovere di tutela effettiva ed adeguata del lavoro, anche in base ai precetti comunitari).

Di nessun ausilio risulta pure pronunciarsi pregiudizialmente a favore della tutela indennitaria come paradigma di tutela principale all'interno del nuovo art. 18; formulando un giudizio che appare viziato sia sotto il profilo giuridico perché, in mancanza di esplicite indicazioni contenute nel testo della legge, risulta semmai quella in forma specifica la tutela di partenza accordata dal

nostro ordinamento, in base all'art. 2058 c.c. (come confermato dalla giurisprudenza di legittimità, anche a Sez. Unite; v. Cass. SU 141/2006); sia sotto il profilo logico, perché l'anticipazione del giudizio a favore dell'una o dell'altra tutela appare frutto di un errore prospettico che antepone la soluzione alla verifica applicativa; unica a poter dire qualcosa di più probante in merito all'assegnazione di questo primato.

Va pure scartata qualsiasi suggestione di natura penalistica che faccia riferimento alle formule assolutorie previste nel corrispondente codice di rito (il fatto non sussiste, l'imputato non l'ha commesso, non costituisce reato, non è previsto dalla legge come reato), le quali traggono origine da principi schiettamente penalistici, anche a carattere costituzionale (legalità e personalità della responsabilità penale); oltre che da esigenze legate ai rapporti sostanziali tra illecito penale ed illeciti di diversa natura (con eventuale confluenze degli accertamenti; e tradizionale, per quanto sempre più limitata, prevalenza assegnata all'accertamento di natura penalistica, ecc.). Questioni tutte estranee al giudizio sulla vicenda estintiva di un rapporto di lavoro.

4. La mancanza di razionalità normativa. Il fatto in senso giuridico

Ciò detto, sembra a chi scrive del tutto infruttuosa la pretesa di distinguere l'applicazione di una tutela dall'altra partendo dal concetto di *fatto contestato* previsto nel IV comma dell'art.18. Nella seconda fase del giudizio, di cui soltanto dibattiamo (quella cioè della scelta della sanzione), il concetto non sembra possedere un significato utile allo scopo ed univocamente identificabile. Poiché se fosse interpretato in senso materiale (come mera condotta ed evento) si presterebbe ad ogni sorta di abuso, autorizzando in partenza la contestazione di fatti disciplinarmente irrilevanti, monchi, pretestuosi, sproporzionati, di infima gravità.

Se inteso, invece, in senso giuridico (come notevole inadempimento degli obblighi contrattuali) sarebbe destinato a replicare la stessa valutazione fatta nella prima fase ai fini della caducazione del licenziamento, e dunque a consentire soltanto l'applicazione della reintegra.

Il tentativo poi di distinguere questa seconda valutazione del fatto dalla prima, introducendo un qualche elemento discrezionale sembra destinato al fallimento perché non c'è alcun parametro esterno (normativo) che dica come si dovrebbe distinguere una nozione (più ristretta) di fatto rispetto alla più ampia nozione impiegata ai fini della valutazione dell'illegittimità del licenziamento.

Non solo manca il parametro esterno; ma non c'è neanche un parametro interno alla norma. Non si può dire infatti che si possano utilizzare a questo fine soltanto alcuni elementi (pur intesi nel più lato senso giuridico) semplicemente contestati dal datore. Perché anche questa opzione aprirebbe le porte all'abuso datoriale il quale potrebbe contestare più o meno elementi estrinseci al solo fine di consentire l'applicazione di una più lieve tutela.

E comunque lo stesso tentativo conduce sempre per riporre nel giudice un potere latamente discrezionale di identificare quali siano questi elementi che inciderebbero sul contesto o solo sulla gravità e non sul fatto o sul suo nucleo (più o meno essenziale).

Il concetto di fatto dettato dalla norma non si presta quindi allo scopo di delimitare le due tutele applicabili secondo il nuovo art.18; e pare condurre anzi ad una sorta di circolo vizioso sul piano

logico, poiché una chiara distinzione concretamente tracciabile non si intravede.⁶⁵²

La sforzo compiuto da molti, diretto a separare alcuni elementi (essenziali) del fatto da altri elementi del fatto (non essenziali) non può essere accolto appunto perché non supportato da alcun parametro di valutazione oggettiva.

Graduare la gravità non pare possibile: la separazione tra fatto e gravità del fatto appare operazione valutativa legittima dove, come nel diritto penale, esista una fattispecie incriminatrice a conformazione tendenzialmente tassativa; ma non nel diritto disciplinare del lavoro dove esiste solo un parametro generale di giusta causa, inteso come gravissimo inadempimento degli obblighi contrattuali che non consente neppure la prosecuzione provvisoria del rapporto; un parametro che assorbe all'interno della fattispecie risolutiva anche la valutazione di proporzionalità che permette di commisurare l'importanza dell'inadempimento.

Non pare quindi possibile separare l'esistenza del fatto dalla sua gravità, come si suggerisce; o almeno non è possibile senza guardare a come è costruita la fattispecie nella contestazione; ma fare della contestazione datoriale il parametro essenziale ai fini dell'applicazione graduale delle tutele non pare giusto, né razionale; perché significherebbe consegnare nelle mani del datore un potere per sua natura tendenzialmente arbitrario.

Separare fatto e gravità non pare possibile ove manchi un criterio oggettivo di identificazione del fatto. Si consideri d'altra parte che seguendo questo suggerimento bisognerebbe ammettere l'esistenza di 4 diversi stadi nel giudizio sulla gravità di un fatto (o della colpa) all'interno dell'ordinamento lavoristico; diversi quantitativamente e qualitativamente, perché dirette a giocare su due piani diversi.

La *gravità* "gravissima" dell'inadempimento costituente giusta causa, quella notevole (ma meno di gravissima) dell'inadempimento costituente giustificato motivo; e di seguito, quella che, in mancanza delle prime due, dovrebbe portare alla tutela indennitaria che non può che essere una gravità (non gravissima e neanche notevole, ma appunto) mediana; ed infine, vivadio, una gravità lieve del fatto che porti alla tutela reintegratoria.

La fiera delle gravità, dunque, dove ciascun può rivolgersi ed attingere alla bisogna, per trovarne una giusta dose in funzione dello scopo perseguito.

Non sembra possibile nemmeno accogliere il suggerimento di chi ritiene che per l'applicazione delle sanzioni (reale e indennitaria) si debba ripulire il fatto dal contesto; recuperare cioè una nozione "pura" del fatto; perché si tratta di operazione che non pare logicamente ammissibile

⁶⁵² In termini diversi si esprime invece il Tribunale di Taranto 3.6.2013 il quale ipotizza si possano distinguere ai fini della sanzione i "profili soggettivi dell'azione/omissione, quali la consapevolezza, l'intenzionalità o il grado di dolo, che attengono alla considerazione della sussistenza del "fatto", dagli altri "elementi estrinseci e dalla intrinseca gravità, oggetto di un vero e proprio momento valutativo". Infatti, in sede di valutazione della giustificazione, si tratta di sussumere il fatto, collocato nel contesto del rapporto, in una clausola generale ex lege, giusta causa o giustificato motivo, che di diritto resta aperta ad una serie non determinata di comportamenti; successivamente, in sede di applicazione della sanzione, si tratta di riportare il fatto scorporato dal contesto del rapporto, in una elencazione di previsioni disciplinari, che di fatto risulta limitata ad una serie determinata di condotte. Ed a questo punto, occorrerà ponderare adeguatamente la colpa del lavoratore, graduandola con riguardo alla sanzione: così grave da integrare una giusta causa o un giustificato motivo soggettivo, sì da legittimare un licenziamento in tronco o con preavviso; ovvero non così grave, ma abbastanza grave da giustificare una sanzione superiore a quella massima conservativa, sì da fondare un licenziamento con preavviso e con l'indennità risarcitoria.

dato che lo stesso datore deve pur sempre contestualizzare (per motivi sostanziali e per rispetto delle garanzie difensive) il fatto addebitato al lavoratore.

La formula legale (“insussistenza del fatto contestato”) non pare in grado di operare sul terreno della scelta della sanzione, se non affidando al giudice di distinguere tra mancanza dell’inadempimento grave contestato che deve portare preliminarmente all’annullamento del licenziamento e nondimeno *“sussistenza del fatto contestato”* che attraverso un giudizio di valore decrescente possa portare fino alla tutela indennitaria; e ciò in virtù di una pretesa diversità di valutazione che nessun giudice potrà però effettuare oggettivamente, non esistendo criterio che possa guidarlo ad individuare quali elementi del primo momento valutativo devono rimanere oppure mancare per condurre all’una o all’altra tutela.

Questo criterio di giudizio non esiste nell’ordinamento che al contrario conosce solo il criterio ampio ed inclusivo della giusta causa. Né fino ad oggi qualcuno è riuscito ad individuarlo in maniera convincente, nemmeno in dottrina. A partire da coloro che accogliendo la concezione del fatto materiale muovono da una nozione ristretta di fatto che potrebbe condurre però a conseguenze logicamente abnormi, corrette poi attraverso criteri evanescenti o opinabili (come il fatto pretestuoso del datore; il torto marcio del datore; il fatto disciplinarmente rilevante del lavoratore).

Ma un criterio di valutazione oggettiva utile allo scopo non è stato individuato neppure da coloro che, pur sposando la teoria del fatto giuridico (unica teoria fino ad oggi seguita dai giudici⁶⁵³), si sono trovati poi nella necessità (essi più dei primi) di accordare funzionalità ad un giudizio sul fatto che, non volendo replicare la nozione della prima fase anche nella seconda, servisse a recuperare un ruolo autonomo al criterio della mancanza del fatto contestato.

Sforzi meritori , in quanto diretti a trovare spazi applicativi alle norme; ma inani, perché non paiono approdati a criteri oggettivi: né la tesi del nucleo (o del disvalore) “essenziale” del fatto, né la depurazione del contesto, né la distinzione tra elementi più o meno essenziali, né la separazione tra intrinseco ed estrinseco nel fatto; né la gravità della colpa, né la gravità intermedia, né il giudizio tra inadempimento e gravità dell’inadempimento; paiono formule in grado di separare e distinguere univocamente nell’ambito di un giudizio dove il fatto contestato - della cui insussistenza si tratta – è, a seconda delle vicende, inevitabilmente ed inestricabilmente intrecciato (a volte più, a volte meno) con quel notevole inadempimento che conduce all’annullamento del licenziamento.

Separare e distinguere senza doversi rimettere al soggettivismo arbitrario del giudicante non è dunque possibile; e senza parametro di valutazione ex ante non ci può essere giudizio certo. A meno che non si ammetta che quello che voleva essere un’operazione diretta a ridurre, se non annullare, gli spazi di discrezionalità del giudicante si sia tradotta in una clamorosa clausola aperta ad ogni soggettivismo interpretativo, e dunque totalmente incontrollabile.

Una conferma in questo senso viene dall’ordinanza emessa dal giudice del lavoro del Tribunale di Taranto (3.6.2013) il quale aderisce alla teoria del fatto giuridico, ma sostiene nel contempo che *“in assenza di codice disciplinare ed in mancanza, nel contratto collettivo, di una graduazione di condotte inadempienti e di sanzioni, occorre non di meno ipotizzare una scala simile (ad opera*

⁶⁵³ Tra le tante Trib. Bologna 15 ottobre 2012; Trib. Ravenna 18.3.2013; Trib. di Palmi 24.4.2013; Trib. di Roma 4.4.2013.

del giudice, che dovrà distinguere tra condotte inadempienti che sarebbero astrattamente passibili di licenziamento disciplinare e condotte, pur inadempienti ma meno gravi, che sono astrattamente passibili solo di sanzioni conservative)".

Un'operazione di questo tipo sembra però aperta ad ogni genere di soggettivismo.⁶⁵⁴ Una volta esclusa la sussistenza del notevole inadempimento ai fini della legittimità dell'atto, non si intuisce attraverso quale ragionamento il giudice (partendo dal fatto insussistente) possa tornare ad individuare una astratta catalogazione di illeciti che possa essere più o meno grave ai fini della scelta della sanzione.

Ad es. se il lavoratore è licenziato per l'assenza ingiustificata di un giorno, in mancanza di codice disciplinare, a quale astratto criterio il giudice si ispirerà per scegliere la sanzione?

In realtà senza parametro non ci può essere valutazione, ed è per questo che bisogna concludere nel senso che il criterio del fatto appaia inutilizzabile ai fini dell'applicazione della tutela indennitaria. Una conclusione che conduce comunque ad un risultato di maggiore certezza per il diritto, sicuramente più di quanto ne possa scaturire dagli sforzi di chi ha tentato di rendere utilizzabile quel criterio formulando però criteri generici che affidano al giudice di ricercare un parametro che non c'è.

Deve ritenersi allora, con una conclusione sostenibilissima anche sul piano letterale, oltre che dal punto di vista logico, che dove contempla le *"altre ipotesi"* di tutela solo indennitaria la norma non si riferisca minimamente ad *ipotesi* che abbiano a vedere con *l'insussistenza del fatto contestato*. Pertanto tutte le volte in cui annulla il licenziamento per insussistenza del fatto inteso in senso giuridico il giudice non potrà far altro che applicare la reintegra, come avveniva prima della riforma dell'art.18; quale che sia lo scostamento rispetto al fatto contestato (che abbia beninteso già prodotto l'annullamento per mancanza della giusta causa).

Né ha senso formulare contro questo ragionamento l'obiezione secondo cui, così dicendo, dovrebbe ammettersi che qualsiasi scostamento dal fatto, anche minimo, porti inevitabilmente alla reintegra.

Per capire l'inconsistenza dell'obiezione basta riflettere su che cosa si stia ragionando: al punto in cui siamo, si ragiona soltanto della scelta della sanzione. Ciò significa che lo scostamento del fatto (la sua mancanza) deve aver già prodotto un primo fondamentale risultato ovvero la caducazione del licenziamento per mancanza della giusta causa. Il licenziamento deve essere stato già dichiarato illegittimo; se lo scostamento non fosse rilevante, se caduto un pezzo, o anche interi fatti, ne rimanessero altri pezzi o altri interi fatti, idonei a sorreggere la legittimità del licenziamento, non saremmo a quel punto; nulla quaestio; il licenziamento sarebbe legittimo e non si porrebbe il problema di scegliere alcuna tutela (v. ad es. Tribunale di Palermo 3.6.2013 che riconosce l'esistenza del fatto e la proporzionalità degli addebiti, respinge il ricorso).

⁶⁵⁴ E la stessa considerazione suggerisce il criterio indicato dal Tribunale di Palmi 24.4.2013 secondo cui ai fini della scelta della tutela (reintegra o tutela indennitaria), in ipotesi di discrasia parziale tra il fatto contestato e quello accertato in sede giudiziale (come solitamente avviene), il giudice deve stabilire "se la non coincidenza incida su quello che può considerarsi *"il disvalore essenziale"* caratterizzante il tipo di inadempimento contestato."

Ma se quello che manca per intero o in parte (del fatto o dei fatti) conduce all'illegittimità, allora al giudicante non può darsi altra soluzione che applicare la reintegra (salvo quanto si dirà a proposito del confronto con la disciplina collettiva).

Se il fatto (giuridico) non c'è come giusta causa perché è lieve; il giudice non può, dopo aver annullato il licenziamento, recuperare una presunta gradualità della sua gravità (o della sua lievità) ai fini della scelta della sanzione sostenendo invece che il fatto c'è o che ci sia "un qualcosa" dello stesso fatto : ovvero che esista un suo nucleo più o meno caratterizzante; oppure che lo stesso fatto appartenga in astratto ad un tipologia di fatti gravi; o che manchino solo, più o meno, elementi di contesto; oppure che manchi, di più o di meno, soltanto "la gravità" dell'inadempimento e che si possa quindi comunque applicare la tutela indennitaria.

Se si annulli il licenziamento perché manca l'elemento della gravità (che incide sul fatto giuridico) il giudice non può certamente dire poi che ci sia il fatto materiale, perché non c'è un criterio univoco che consenta di separare il fatto materiale dalla sua gravità ai fini della scelta della sanzione.

Si consideri di nuovo: se il lavoratore si assenti ingiustificatamente per due giorni e venga licenziato ed il giudice annulla dicendo che il fatto è *lieve*; non potrà dire che comunque *un fatto* esista e che sia un po' meno lieve oppure un po' più grave (rispetto a cosa?); e concedere soltanto la tutela indennitaria; se egli non disponga di parametri che possano condurlo alla applicazione di questa tutela. Nemmeno può dire che comunque "in astratto" il fatto potrebbe anche configurare una fattispecie tale da poter condurre al licenziamento (perché con lo stesso criterio dovrebbe scegliere la medesima tutela anche se il licenziamento fosse stato intimato soltanto per un'ora di assenza).

D'altra parte prescindendo dai fatti concreti sarebbe sempre possibile costruire tipologie astratte di fatti gravi che possano condurre al licenziamento; con risvolti negativi evidentissimi per i lavoratori che si vedono comminare licenziamenti per fatti in concreto assai lievi (ad es. anche l'impossessamento di uno spillo può in astratto portare alla tipologia del furto che conduca al licenziamento) e però ritenuti in astratto un po' gravi dai giudici ed in quanto tali meritevoli di una tutela soltanto pecuniaria.

Come si è già detto, sarebbe assai aleatorio e frutto di giudizio incontrollabile se, una volta accertata l'illegittimità del licenziamento per mancanza di una parte del fatto (anche soltanto attinente alla sua gravità), si desse ai giudici la possibilità di dire nondimeno che resti comunque fermo un nucleo più o meno inafferrabile di gravità (intermedia o astratta), tale da portare alla tutela monetaria.

Né meno generica e problematica risulta la tesi di chi ritiene⁶⁵⁵ che al fine in discorso si debba distinguere tra fatto storico e sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo; ovvero appunto tra inadempimento e sua qualificazione come notevole (o tale da impedire la prosecuzione anche provvisoria del rapporto); si tratterebbe cioè ancora una volta di distinguere tra inadempimento e gravità dell'inadempimento. Il fatto sarebbe insussistente quando non appartenga

⁶⁵⁵ P. SORDI, Il nuovo art.18 della legge n.300 del 1970, in La riforma del lavoro, a cura di L. Di Paola, Milano, Giuffrè, 2013, pag. 280 ss.

neppure in astratto alla categoria della giusta causa o del giustificato talchè non sarebbe imputabile al lavoratore alcun inadempimento. Sarebbe invece sussistente se un inadempimento esista, sia imputabile al lavoratore ma non sia grave ex artt. 3 l. 604/66 o ex art. 23119 c.c. talchè si dovrebbe applicare al lavoratore soltanto la tutela indennitaria.

Il giudizio di proporzionalità dell'inadempimento non avrebbe alcuna rilevanza; e le circostanze afferenti alla "gravità in concreto" del fatto (es. intensità del dolo o colpa, esistenza ed entità del danno azzeccato al dolore, esistenza di precedenti, tipologia delle mansioni, ecc.) non rileverebbero ai fini della reintegra.

Ancora una volta però si suppone che il giudice dopo aver giudicato dell'illegittimità di uno specifico caso di licenziamento debba dividere il fatto astratto dalle circostanze concrete, facendo pur sempre della contestazione datoriale il parametro esclusivo di ogni interruzione del rapporto per qualsivoglia genere di inadempimenti, anche di infima gravità (se non per "fatti" del tutto irrilevanti sul piano disciplinare).

Il correttivo proposto, di ricorrere in questi casi⁶⁵⁶ di inadempimenti di lieve entità, alla nullità per frode alla legge (come onere della prova a carico del lavoratore), condurrebbe poi all'assurdo riconoscimento di una tutela più forte, come la reintegra piena prevista nel primo comma dell'art. 18, per i casi in cui una parvenza di inadempimento comunque esiste; laddove in base al 5° comma occorrerebbe riconoscere la reintegra debole nei casi in cui un inadempimento manchi del tutto.

5. Il criterio delle sanzioni conservative tipizzate. Necessità del suo rovesciamento.

L'altro criterio che dovrebbe condurre il giudice all'individuazione della tutela secondo il IV comma dell'art.18 è la tipizzazione del comportamento nel codice disciplinare o nei contratti collettivi applicabili: a) se il fatto sussista (ma non costituisca giusta causa) e rientri in una sanzione conservativa, il giudice applicherà la reintegra; b) per converso, se il fatto sussista - non costituisca giusta causa e nondimeno - rientri in una sanzione espulsiva il giudice applicherà la tutela indennitaria.

Anche questa disciplina pone diversi problemi a cominciare da quello generale del ruolo da attribuire al principio di proporzionalità ex art. 2106 c.c. nella scelta della sanzione, per finire a quello della lacuna e dalla mancata tipizzazione puntuale del comportamento nel codice disciplinare.

Fa sorridere l'ingenuità, non si sa se apparente o reale, di chi – tanto più dopo l'emendamento espulsivo che ha portato ad eliminare il riferimento all'art.2106 c.c. dal testo della riforma - sostiene che i rinvii alla contrattazione collettiva possano rappresentare dati inequivoci e dunque certi, o comunque il meno possibile incerti, idonei ad individuare automaticamente i casi in cui bisogna applicare la reintegra e i casi in cui bisogna applicare la tutela indennitaria.

Al contrario si tratta di dati equivoci ed elastici che suggeriscono essi stessi risultati estensivi sul piano interpretativo; e che non consentono di separare quasi mai con certezza (tanto meno nella tecnica di redazione che li ha contraddistinti fino ad oggi) il discrimine da individuare in materia

⁶⁵⁶ P. SORDI, Il nuovo art.18 della legge n.300 del 1970, in La riforma del lavoro, cit., 289.

di sanzione; né quindi di estromettere l'apprezzamento del giudice ex 2106 c.c. per rimediare a lacune, ambiguità ed indeterminatezza delle fonti disciplinari.

Ad ogni modo nessuna questione può porre la disciplina positiva quando il codice disciplinare preveda la sanzione conservativa; poiché in questo caso il giudice, se non deve risolvere altre questioni di fatto, potrebbe addirittura anticipare ogni valutazione e non farsi carico di altro: applicando immediatamente la reintegra (come ha fatto il giudice di Roma).

I veri problemi che la norma pone sono diversi: ed anzitutto il problema della lacuna. Quando manchi una previsione disciplinare applicabile, o manchi addirittura un codice disciplinare o un CCNL applicabile: cosa deve fare il giudice dinanzi a fatto sussistente ma inidoneo a configurare giusta causa? Qui si innesta il tema della gravità dell'illecito disciplinare e della proporzionalità della sanzione.

In mancanza di previsioni tipizzate il giudice per identità di *ratio* e di disciplina dovrà senz'altro applicare la reintegra in tutti i casi in cui il comportamento esista e non sia grave: anche se non sia previsto come tale dal codice disciplinare o dal CCNL.

Non si può porre a carico dell'incolpevole lavoratore la mancata tipizzazione della sanzione conservativa: a meno che non si assuma l'ottica rovesciata di una tutela ex art.18 modulata non sulla mancanza del lavoratore ma sul comportamento del datore da orientare al momento nell'intimazione del licenziamento e dunque sulla gravità della sua colpa nella scelta della sanzione. Ma, oltre alla legge 604/1996 che riporta il licenziamento disciplinare esclusivamente all'inadempimento del lavoratore (contrariamente alla disciplina dell'art.1455 c.c.) , la stessa nuova formula di legge parla al comma 4 dell'art.18 di insussistenza del fatto *contestato al lavoratore* e di condotte *del lavoratore* punibili con sanzioni conservative; e ciò dimostra che il *focus* del giudizio in punto di scelta della tutela resta ancora l'illecito del lavoratore: che se manca va tutelato con la reintegra; e se non è grave va ancora tutelato con la reintegra (a meno, come si dirà, il CCNL non preveda espressamente una legittima sanzione espulsiva).

La scelta della reintegra il giudice dovrà adottarla anche quando manchi una esplicita tipizzazione del comportamento disciplinare e sia però previsto un catalogo generico di comportamenti costituenti infrazioni disciplinari accompagnati da una clausola di graduazione ("*nei casi più gravi*"). Ed inoltre in tutti i casi in cui il codice disciplinare nel comminare un licenziamento si limiti a rinviare a sua volta all'art.2119 c.c.; ossia dinanzi a casi in cui le violazioni disciplinari non siano tipizzate neppure in astratto e vengano richiamate solo attraverso il rinvio alla giusta causa ("*per l'ipotesi in cui configuri giusta causa*"). In questi casi non c'è alcuna espressa previsione disciplinare e la scelta della sanzione reintegratoria ripete da quella stessa mancanza della giusta causa che porta all'annullamento dell'atto.

Se manca la previsione espressa di licenziamento nel codice disciplinare e c'è un rinvio al giudice ai fini della identificazione della sanzione espulsiva; non viene limitata in alcun modo – neppure ai fini della sanzione - la discrezionalità del giudice secondo la *ratio legis* che si assume sottesa nella nuova normativa; il giudice non potrà far altro che applicare la reintegra come nel caso in cui applichi la reintegra quanto non vi sia alcuna identificazione del fatto e nessuna comminazione della sanzione in corrispondenza del codice disciplinare.

In tutti questi casi, dunque, se il comportamento esista e sia lieve il giudice dovrà applicare la reintegra.

Diverso problema è cosa accada quanto il comportamento esista, sia lieve ed il CCNL preveda il licenziamento e non la sanzione conservativa. Preveda cioè il licenziamento, senza alcuna gradualità e senza rinviare all'art. 2119 c.c. Ovviamente se fossero previste entrambe le sanzioni disciplinari (espulsiva e conservativa), rimettendosi al giudice la scelta di quella più adeguata, il problema non si porrebbe; poiché al momento della scelta della sanzione il giudice che abbia già annullato l'atto dovrà applicare la reintegra.

Se invece il codice disciplinare preveda soltanto il licenziamento ed il fatto sia lieve in concreto il giudice si troverà in una po' strana situazione. Come avrebbe fatto una volta ai fini del giudizio sulla legittimità del licenziamento (cui seguiva de plano la reintegra dell'art. 18), egli deve anzitutto disapplicare motivatamente la previsione collettiva in sede di giudizio sulla legittimità del licenziamento per violazione dell'art. 2106 c.c.; facendosi così carico di rispettare anche "il collegato lavoro" (l'art. 30 della legge 183/2010) che gli prescrive di tener "solo" conto delle tipizzazioni collettive in materia di giusta causa. Come prima dovrà continuare a fare ancora oggi, dunque, ai fini della preliminare valutazione di legittimità del licenziamento.

Ma oltre a ciò, oggi il giudice deve fare i conti con la norma del comma 4° dell'art. 18 che non consente di applicare la reintegra qualora il CCNL non preveda in astratto una sanzione conservativa o meglio, secondo quanto si è detto prima, preveda in astratto che un fatto conduca al licenziamento: perché proprio questo è il senso da riservare alla previsione secondo cui il giudice applica la reintegra se sia prevista sanzione conservativa; dalla quale deriva, per converso, che se sia prevista sanzione espulsiva il giudice la reintegra non la possa mai applicare.

Questa fattispecie però si può declinare in due diverse configurazioni. Nella prima potrebbe accadere che il fatto tipizzato sia lieve già in astratto (ad es. per una assenza momentanea si commini il licenziamento). Nella seconda, la fattispecie astratta appaia invece grave (es. furto), tale da poter giustificare il licenziamento, è però il fatto sia lieve solo in concreto (es. il furto di modico valore).

Nel primo caso (fattispecie astratta priva di proporzionalità, di per sé inidonea a configurare la giusta causa) si tratta di una norma contrattuale illegittima per violazione dell'art. 2119 c.c. che il giudice disapplica a qualsiasi fine; anche al fine della scelta della sanzione; non può una clausola contrattuale siffatta prevalere sull'art. 2106 c.c. e vincolare il giudice se la previsione è illegittima in astratto. Diversamente i dubbi di costituzionalità della norma parrebbero consistenti per irrazionalità della disciplina e violazione del principio di effettività della tutela del lavoro; in quanto si consentirebbe di rimettere ad una mera classificazione disciplinare collettiva o addirittura unilaterale, priva di qualsiasi proporzionalità, la continuazione de facto del rapporto. Fino al punto ad es. di prevedere che il licenziamento segua a fatti di rilievo disciplinare molto lievi e comunque meno gravi di quelli che lo stesso codice disciplinare punisca con sanzione conservativa, già a livello della astratta rilevanza della condotta. Si tratta in definitiva di una violazione del principio di civiltà che promana dalla direttiva di proporzionalità in materia di licenziamento disciplinare che è codificata nell'art. 2106 c.c. ma costituzionalizzata negli artt. 3 e 4 della Costituzione; e senza controllo del giudice sulla legittimità astratta della previsione disciplinare potrebbe prodursi ogni sorta di irrazionalità ed ingiustizia.

Residua la trattazione dell'altro caso in cui il fatto esista, sia lieve in concreto (furto di modico valore) e tuttavia il codice disciplinare preveda questa volta una previsione disciplinare astratta-

mente legittima (il licenziamento in caso di furto senza aggettivi, di per sé, è previsione disciplinare legittima).

Qui se c'è l'inadempimento (il fatto completo dei suoi requisiti oggettivi e soggettivi e l'imputabilità, e mancano scriminanti); e se il codice disciplinare non prevede, come non prevede, una sanzione conservativa; che cosa deve fare il giudice sul piano della tutela? Dopo aver escluso che si tratti di licenziamento illecito (perché non ci sono profili che riconducano a ritorsione), o discriminatorio (perché non emergono indizi neppure labili ma solo una illegittima e rigoristica valutazione del datore) e dopo aver escluso la frode alla legge (perché il fatto c'è e non è pretestuoso), il giudice - dopo un serrato confronto con il testo contrattuale onde escludere una possibile previsione circa la graduazione in generale della sanzione - pare si debba arrendere alla valutazione del codice disciplinare che non contempla alcuna graduazione, neppure in generale (né ad es. alcuna considerazione del danno arrecato dal datore o del valore in sé del bene asportato) e dovrà quindi applicare la tutela indennitaria.

Vero è che anche una generica previsione disciplinare richiede sempre di essere integrata e graduata dalla valutazione del giudice condotta alla stregua del principio di proporzionalità ex art. 2106 c.. e della stessa nozione legale di giusta causa; ed è strano immaginare che mentre il giudice debba prescindere ai fini della valutazione principale condotta sulla legittimità del licenziamento, rimanga poi vincolato alla stessa tipizzazione ai fini della scelta della tutela.

Il profilo di concreta ingiustizia che l'applicazione della norma potrebbe comunque produrre, potrebbe sembrare qui attenuato, ma non certo eliso, dal fatto che la legge abbia voluto trovare uno spazio applicativo alla tutela indennitaria rimettendo ad una legittima previsione ex ante delle parti collettive di individuare in generale fatti che individuati in astratto siano suscettibili di giustificare legittimamente il licenziamento sotto il profilo della gravità; ma che solo in concreto appaiono meno gravi. I fatti esistono sul piano fattuale e normativo (esistono gli elementi costitutivi essenziali) ma nondimeno esistono circostanze estrinseche rispetto agli elementi essenziali che li rendono meno gravi. E va pure evidenziato che rispetto ad una fattispecie tipizzata e codificata di comportamento disciplinare punito col licenziamento anche la distinzione tra elementi essenziali ed elementi circostanziali del fatto - di cui si è prima esclusa la praticabilità - sembra invece possibile, ed è anzi normalmente presente e frequente nella valutazione della responsabilità disciplinare. Questo soltanto parrebbe essere il punto di caduta della vecchia disciplina dell'art.18 rispetto alla nuova in materia di invalidità sostanziale del licenziamento disciplinare: se il fatto esiste, se è previsto come fattispecie legittima di licenziamento dal CCNL, ma è lieve solo in concreto allora il giudice dovrà dichiarare illegittimo il licenziamento; perché ai fini della valutazione della legittimità del licenziamento deve impiegare tutta la nozione di giusta causa che conosciamo (come inadempimento più che notevole); dopo di che dirà però che il codice disciplinare non preveda la sanzione conservativa e preveda bensì la sanzione espulsiva ed in questo caso non potrà applicare alcuna delle due ipotesi in cui è legale la reintegra nel nuovo art. 18 (mancanza dell'inadempimento, riconducibilità a sanzione conservativa).

Su questo punto la nuova legge avrebbe quindi vincolato il giudice alla previsione collettiva nella scelta della sanzione; andando oltre il mero obbligo di valutazione previsto nel collegato lavoro (art. 30 della legge 183/2010).

Tale discorso reca ovviamente la possibilità che potranno essere implementate, e di molto, le

previsioni casistiche di licenziamento nei codici disciplinari. Perché solo in tal modo sembra possibile limitare la reintegra nel contesto normativo vigente; attraverso appunto l'opera mediatoria delle parti collettive. Questo però non significa rimettere al codice disciplinare una delega in bianco; perché i fatti tipizzati devono essere tali da rientrare almeno astrattamente nel concetto di giusta causa (altrimenti si applicherà sempre la reintegra); e nessuna autorizzazione viene data, tanto meno in via unilaterale al datore, di punire col licenziamento fatti di infima gravità.

Quanto alla legittimità costituzionale della norma tutto sta, anzitutto, nel capire se la discrezionalità attribuita dalla Costituzione al legislatore in materia di delineazione delle tutele possa esercitarsi anche attraverso la mediazione delle parti collettive, e se sia stata esercitata in questo caso in modo ponderato e congruo. Se il legislatore può rimettere alla tutela collettiva di individuare (in modo astrattamente legittimo) sanzioni diverse dalla reintegra per i casi di illegittimità del licenziamento il criterio è conforme alla Costituzione, altrimenti no. Ma se la Costituzione, come si sa, non impone la reintegra in caso di illegittimità di licenziamento, la scelta di una tutela indennitaria mediata dalla previsione collettiva non sembra illegittima, tanto più all'interno di un composito sistema che non emargina la reintegra (tutt'altro).

Rimane però insuperabile il profilo della violazione del principio di eguaglianza per disparità di trattamento che può essere prodotta in concreto da una norma che rimette alla presenza eventuale di una contrattazione di diritto comune - non vincolante per tutti i lavoratori, e con possibili discipline differenti a seconda dei settori - di incidere in modo così profondo sulle tutele da riservare a casi di *licenziamenti* illegittimi che potranno essere quindi trattati in modo molto diverso pur essendo tra di essi del tutto simili.

Conclusione

Risulta in conclusione che anche l'interpretazione letterale della seconda parte del comma IV si presenti come irrazionale; soprattutto se diretta a legare la applicazione della reintegra soltanto alla previsione tassativa di una sanzione conservativa contenuta nel codice disciplinare

Una lettura restrittiva del disposto normativo sarebbe diretta a far pesare sul dipendente la mancata espressa tipizzazione della sanzione conservativa. Si impone perciò, come si è già detto, una interpretazione rovesciata della norma che consenta di superare tutte le problematiche questioni suscitate dalle lacune contenute nei codici disciplinari, dalla mancanza di codici disciplinari, dalla genericità delle stesse previsioni disciplinari, dai rinvii ivi contenuti; nel senso che l'applicazione della tutela indennitaria venga legata non alla mancanza della sanzione conservativa, ma alla previsione di una puntuale previsione espulsiva (di licenziamento) sempre che sia astrattamente legittima.

Si tratta di una valutazione che è già ammessa dalla giurisprudenza sulle previsioni astratte, allo scopo di giudicare sulla legittimità del licenziamento; è che qui opera invece anche ai fini della individuazione della tutela. Voler speculare a danno del lavoratore dall'omissioni dei codici disciplinari contraddice qualsiasi razionalità, nega l'art. 2106 c.c. e significherebbe affermare che la tutela vada rapportata al comportamento del datore piuttosto che a quello del lavoratore.

Tutto ciò indica che la tutela reintegratoria andrà disposta in ogni caso in cui pur sussistendo il fatto esso sia però previsto all'interno di una tipizzazione di sanzione conservativa; ma quand'anche non previsto sia comunque riconducibile ad un'ipotesi di sanzione conservativa (dalla sospensione, al rimprovero passando per la multa).

La formula legislativa deve essere intesa in modo rovesciato. Si tratta di un criterio di maggiore certezza per gli interpreti; e di maggiore orientamento per il datore che, come pare anche giusto, dovrà essere più oculato quando intima un licenziamento in mancanza di una corrispondente previsione disciplinare tipizzata, assumendo su di sé il rischio che possa essere sanzionato in modo più forte in caso di scostamento anche normativo.

Si tratta di una lettura della norma che potrebbe avvicinare anche molti commentatori della riforma; sia coloro che puntano al mantenimento del ruolo dell'art. 2106 c.c. anche sul terreno della scelta della sanzione quante volte si riscontrino lacune oppure illegittime tipizzazioni già in astratto; sia coloro che invocano una maggiore certezza per il datore in materia di giusta causa di licenziamento.

Il legislatore avrebbe affidato quindi alla codificazione disciplinare la previsione dei casi in cui in ipotesi di illegittimità potrà applicarsi soltanto la tutela indennitaria; il datore di lavoro sa che la mancata tipizzazione del fatto come punibile col licenziamento condurrà in caso di illegittimità alla reintegra; né in tal caso potrà mai lamentare giustificatamente un possibile disorientamento da parte del codice disciplinare che (appunto mancando) in nessun caso avrà potuto condizionarlo.

Riforma della *tutela reale* contro il licenziamento *illegittimo* e rapporto di lavoro *privatizzato* alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: problemi e prospettive di coordinamento*

Michele De Luca

1. Riforma della *tutela reale* contro il licenziamento *illegittimo* e rapporto di lavoro *privatizzato* alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: definizione del tema di indagine. 239
2. Riforma della *tutela reale* (legge n. 92 del 2012): problemi di coordinamento con la disciplina *speciale* del licenziamento nel rapporto di lavoro *privatizzato* alle dipendenze di amministrazioni pubbliche. 240
3. Segue: applicazione ai licenziamenti di dipendenti pubblici. 242
4. Segue: linee essenziali della riforma. 242
5. Segue: differenze essenziali dalla *tutela reale originaria*. 243
6. Segue: prospettive di coordinamento con la disciplina *speciale* del licenziamento nel rapporto di lavoro *privatizzato* alle dipendenze di amministrazioni pubbliche. 243
7. Licenziamento di dirigente pubblico: *tutela reintegratoria* in caso di *spoil system oneroso*, potenzialità espansivo della *ratio*, ipotesi di reintegrazione previste dalla contrattazione collettiva. 245
8. *Procedimento specifico* per l'impugnativa dei licenziamenti (commi 47 ss. dell'articolo 1 della legge n. 92 del 2012): applicabilità ai licenziamenti nel rapporto di lavoro *privatizzato* alle dipendenze di amministrazioni pubbliche. 246

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 178/2013

1. Riforma della *tutela reale* contro il licenziamento *illegittimo* e rapporto di lavoro *privatizzato* alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: definizione del tema di indagine.

Forse segnalano il problema.

Non sembrano offrirne, tuttavia, la soluzione: almeno per quanto riguarda il *sistema di tutela* contro il licenziamento *illegittimo* dei dipendenti pubblici.

Intendo riferirmi alle disposizioni della *riforma* (legge n. 92 del 2012), che contemplano – esplicitamente – i rapporti di lavoro *privatizzati* alle dipendenze di amministrazioni pubbliche (commi 7 e 8 dell'articolo 1)⁶⁵⁷

Ai nostri fini, non pare dirimente la, quantomeno controversa, *configurazione* (comma 7) – come “*principi e criteri per la regolazione*” degli stessi rapporti di lavoro (di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, appunto) – di tutte le *disposizioni* della riforma (di cui alla legge n. 92 del 2012), “*per quanto da esse non espressamente previsto*”.⁶⁵⁸

C'è da domandarsi, infatti, se ne risulti univocamente esclusa la efficacia regolativa delle stesse *disposizioni* per i rapporti di lavoro *privatizzati* alle dipendenze di amministrazioni pubbliche.

C'è da domandarsi, altresì, se ne risultino enunciati soltanto i *principi e criteri* per la delega, che viene contestualmente conferita (comma 8) al Ministro *competente* (per la pubblica amministrazione, appunto, e la semplificazione), perché provveda – “*sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche*” – ad “*individua(re) e defini(re), anche mediante iniziative normative, gli ambiti, le modalità e i tempi di armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche*”.

In tale ipotesi, infatti, l'attuazione della delega risulterebbe, bensì, avviata – mediante la stipulazione di *protocollo d'intesa* con le *organizzazioni sindacali*⁶⁵⁹ – ma sarebbe ancora ben lungi dall'essere conclusa.

Tanto basterebbe per concludere che la perseguita “*armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche*” non incide, almeno immediatamente, sulla *riforma* (di cui alla legge n. 92 del 2012, cit.).

Anche a voler prescindere dalle superiori considerazioni – che sono state prospettate, in termini problematici – le disposizioni in esame (commi 7 e 8 dell'articolo 1 della legge n. 92 del 2012, cit.) – ancorché escludessero la efficacia regolativa delle *disposizioni* della riforma, per i rapporti di lavoro *privatizzati* alle dipendenze di amministrazioni pubbliche – non potrebbero riguardare,

⁶⁵⁷ Articolo 1, commi 7 e 8, legge n. 92 del 2012:

7. 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.

8. 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.

⁶⁵⁸ Sulla distinzione fra principi, disposizioni e regole, vedi G. Zagrebelsky, *Intorno alla legge*, Torino, Einaudi, 2009, spec. capitolo quinto, spec. 95 ss.; A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, Bologna-Roma 2011, spec. 171 ss., 701 ss.

⁶⁵⁹ Vedi Protocollo per l'impiego pubblico 3/19 maggio 2012.

tuttavia, la disposizione (articolo 51, secondo comma, del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165), che – per la disciplina degli stessi rapporti di lavoro – reca il *rinvio formale* allo *statuto dei lavoratori* (legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni ed integrazioni) e, per quel che qui interessa, alla *tutela reale* contro i licenziamenti *illegittimi* (di cui all'articolo 18 dello *statuto*).

Infatti si tratta, all'evidenza, di disposizione affatto estranea alla riforma (di cui alla legge n. 92 del 2012, cit.), ancorché rechi il rinvio a disposizione (art. 18 dello *statuto*, appunto), che risulta *sostituita* dalla riforma stessa.

La costruzione della riforma – “*a misura del lavoro privato*”⁶⁶⁰ – sembra imporre, tuttavia, il coordinamento – che pare segnalato dalle disposizioni in esame (commi 7 e 8 dell'articolo 1 della legge n. 92 del 2012, cit.) – della *tutela reale riformata* con la disciplina – in tema di licenziamento, appunto – per i rapporti di lavoro *privatizzati* alle dipendenze di amministrazioni pubbliche.⁶⁶¹

2. Riforma della *tutela reale* (legge n. 92 del 2012): problemi di coordinamento con la disciplina speciale del licenziamento nel rapporto di lavoro *privatizzato* alle dipendenze di amministrazioni pubbliche.

La *tutela reale*, infatti, era comminata (dall'articolo 18 SL, nel testo originario) – quale *sanzione automatica* – per tutti i licenziamenti *illegittimi* (nulli, annullabili ed inefficaci).⁶⁶²

L'applicazione della stessa *tutela reale* alle pubbliche amministrazioni – “*a prescindere dal numero dei dipendenti*” (articolo 51, secondo comma, decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165, cit.) – consentiva, quindi, la *sanzione* di qualsiasi licenziamento *illegittimo*, ancorché dipendente dalla violazione di norme specifiche dettate per le pubbliche amministrazioni.⁶⁶³

⁶⁶⁰ Cos, testualmente, F. CARINCI, Art. 18 St. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2012, 2, 247 ss.

Vedi, altresì, ID., *Pubblico impiego privatizzato e art. 18*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2013, 1, 27 ss.

⁶⁶¹ Vedi A. BOSCATI, *la difficile convivenza tra il nuovo articolo 18 e il lavoro pubblico*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona” – 170/2013, di prossima pubblicazione sul n. 6/2012 di LPA, al quale si rinvia per completi riferimenti di dottrina e giurisprudenza.

⁶⁶² Vedi articolo 18, 1° comma, SL (prima della riforma), significativamente intitolato *reintegrazione nel posto di lavoro*:

“(.....) il giudice con la sentenza con cui dichiara inefficace il licenziamento ai sensi dell'art. 2 della predetta legge o annulla il licenziamento intimato senza giusta causa o giustificato motivo, ovvero ne dichiara la nullità a norma della legge stessa, ordina al datore di lavoro (.....) di reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro. (.....)”.

⁶⁶³ Vedi articoli 51 ss. decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165:

Articolo 51

1. Il rapporto di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche è disciplinato secondo le disposizioni degli articoli 2, commi 2 e 3, e 3, comma 1.

2. La legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni ed integrazioni, si applica alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti.

Articolo 55

Responsabilità, infrazioni e sanzioni, procedure conciliative (1) (2)

1. 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. (...).

Articolo 55 bis

Forme e termini del procedimento disciplinare (1) (2)

La *tutela reale* – quale risulta dopo la *riforma* – commina, invece, sanzioni diverse in relazione ad ipotesi di *illegittimità* del licenziamento – parimenti diverse – che risultano costruite, tuttavia, “a misura del lavoro privato”⁶⁶⁴.

Accade, pertanto, che ipotesi di *illegittimità* – previste per il licenziamento dei dipendenti di pubbliche amministrazioni – non corrispondano ad alcuna delle ipotesi di *illegittimità del licenziamento* previste – per il lavoro privato – e dalla riforma assoggettate alla sanzione per ciascuna comminata.

Infatti non trovano riscontro – nella riforma della *tutela reale* contro i licenziamenti *illegittimi* (di cui alla legge n. 92 del 2012) – né la disciplina sostanziale – concernente, essenzialmente, la *giustificazione* del licenziamento – né le regole procedurali, che sono previste per i rapporti di lavoro *privatizzati* alle dipendenze di amministrazioni pubbliche (art. 51 ss. decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e successive modifiche, cit.).

1. Per le infrazioni di minore gravità, per le quali è prevista l'irrogazione di sanzioni superiori al rimprovero verbale ed inferiori alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione per più di dieci giorni, il procedimento disciplinare, se il responsabile della struttura ha qualifica dirigenziale, si svolge secondo le disposizioni del comma 2. Quando il responsabile della struttura non ha qualifica dirigenziale o comunque per le infrazioni punibili con sanzioni più gravi di quelle indicate nel primo periodo, il procedimento disciplinare si svolge secondo le disposizioni del comma 4. Alle infrazioni per le quali è previsto il rimprovero verbale si applica la disciplina stabilita dal contratto collettivo.

2. (...).

3. (...).

4. Ciascuna amministrazione, secondo il proprio ordinamento, individua l'ufficio competente per i procedimenti disciplinari ai sensi del comma 1, secondo periodo. Il predetto ufficio contesta l'addebito al dipendente, lo convoca per il contraddittorio a sua difesa, istruisce e conclude il procedimento secondo quanto previsto nel comma 2, ma, se la sanzione da applicare è più grave di quelle di cui al comma 1, primo periodo, con applicazione di termini pari al doppio di quelli ivi stabiliti e salva l'eventuale sospensione ai sensi dell'articolo 55-ter. Il termine per la contestazione dell'addebito decorre dalla data di ricezione degli atti trasmessi ai sensi del comma 3 ovvero dalla data nella quale l'ufficio ha altrimenti acquisito notizia dell'infrazione, mentre la decorrenza del termine per la conclusione del procedimento resta comunque fissata alla data di prima acquisizione della notizia dell'infrazione, anche se avvenuta da parte del responsabile della struttura in cui il dipendente lavora. La violazione dei termini di cui al presente comma comporta, per l'amministrazione, la decadenza dall'azione disciplinare ovvero, per il dipendente, dall'esercizio del diritto di difesa.

(...).

Articolo 55 quater

Licenziamento disciplinare (1) (2)

1. Ferma la disciplina in tema di licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo e salve ulteriori ipotesi previste dal contratto collettivo, si applica comunque la sanzione disciplinare del licenziamento nei seguenti casi:

a) falsa attestazione della presenza in servizio, (.....);

b) assenza priva di valida giustificazione per un numero di giorni, anche non continuativi, superiore a (...);

c) ingiustificato rifiuto del trasferimento disposto dall'amministrazione per motivate esigenze di servizio;

d) falsità documentali o dichiarative (...);

e) reiterazione nell'ambiente di lavoro di gravi condotte aggressive o moleste o minacciose o ingiuriose o comunque lesive dell'onore e della dignità personale altrui;

f) condanna penale definitiva, in relazione alla quale è prevista l'interdizione perpetua dai pubblici uffici ovvero l'estinzione, comunque denominata, del rapporto di lavoro.

2. Il licenziamento in sede disciplinare è disposto, altresì, nel caso di prestazione lavorativa, riferibile ad un arco temporale non inferiore al biennio, per la quale l'amministrazione di appartenenza formula, (...), una valutazione di insufficiente rendimento e questo è dovuto alla reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione stessa, stabiliti da (...)

3. Nei casi di cui al comma 1, lettere a), d), e) ed f), il licenziamento è senza preavviso.

(...).

⁶⁶⁴ Vedi art. 18, commi 4 ss. SL *riformato* (dai commi 42 ss. legge n. 92 del 2012), nel quale risultano *sostituiti* – per quel che qui interessa – *i commi dal primo al sesto* del testo precedente dello stesso articolo 18.

Parimenti non trova riscontro – nella riforma – la configurazione come *norme imperative* (ai sensi e per gli effetti degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile) – e la nullità conseguente alla loro violazione – che è prevista per la disciplina – sostanziale e procedurale – dei licenziamenti, negli stessi rapporti di lavoro *privatizzati* alle dipendenze di amministrazioni pubbliche (dall'art. 55, 1° comma, decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e successive modifiche, cit.).

Palese risulta, quindi, la difficoltà del coordinamento prospettato.

3. Segue: applicazione ai licenziamenti di dipendenti pubblici.

Intanto il palese carattere *formale* del rinvio (di cui all'articolo 51, cpv.) – alla “*legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni ed integrazioni*” – induce a ritenere che la *tutela reale* contro i licenziamenti *illegittimi* (di cui all'articolo 18 della stessa legge) debba essere applicata – quale risulta dalla *riforma* (di cui alla legge n. 92 del 2012) – (anche) ai dipendenti di amministrazioni pubbliche.⁶⁶⁵

Anche a voler prescindere dalla proposta conclusione – peraltro assorbente – la disciplina precedente della *tutela reale* (di cui all'articolo 18 SL, nel testo originario) risulta, comunque, esplicitamente *sostituita* dalla riforma (commi 42 ss. legge n. 92 de 2012).⁶⁶⁶

Né la sopravvivenza di tale disciplina precedente – soltanto per il licenziamento dei dipendenti pubblici – può discendere dalla difficile conciliabilità della *tutela reale riformata* con la disciplina speciale dello stesso licenziamento.

Tuttavia si impone – come è stato ripetutamente anticipato – il coordinamento fra la *tutela reale riformata*, appunto, e la disciplina speciale del licenziamento per i dipendenti pubblici.

4. Segue: linee essenziali della riforma.

Per quel che qui interessa, la disciplina della *tutela reale riformata* (di cui all'art. 18 SL, come *sostituito* dai commi 42 ss. legge n. 92 de 2012) conserva, da un lato, la *tutela reale originaria* (commi 1-3) – anche – per il licenziamento “*riconciliabile a (...) casi di nullità previsti dalla legge*” oppure “*dichiarato inefficace perché intimato in forma orale*”.

Mentre commina la *tutela anche reintegratoria* o, in alternativa, la *tutela meramente indennitaria*

⁶⁶⁵In tal senso, vedi: A. BOSCATI, *op. cit.*, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori. Adde: G. GENTILE, *I dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), *IL NUOVO MERCATO DEL LAVORO dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Torino, Giappichelli, 2013, 220 ss., spec. §2 ed, ivi, riferimenti a nota13.

In senso contrario, vedi F. CARINCI, *Art. 18 St. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, cit., al quale parimenti si rinvia per riferimenti ulteriori.

⁶⁶⁶Affatto diversa è la disposizione (articolo 1, comma2, decreto legislativo 9 ottobre 2003, n. 276, *Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30*), che – senza incidere sulla disciplina precedente nelle stesse materie, rimasta di conseguenza in vigore – sancisce, tuttavia, testualmente: “*Il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale*”.

In questo caso, infatti, la disciplina precedente ha continuato a trovare applicazione – “*per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale*” – mentre la disciplina sopravvenuta ha trovato applicazione soltanto al lavoro privato.

Sul punto, vedi G. GENTILE, *op. loc. ult. cit.*

per ipotesi diverse di difetto di giusta causa o giustificato motivo (commi 4-5).

La tutela esclusivamente *indennitaria* – peraltro *dimidiata* – risulta comminata, infine, per vizi formali o procedurali, diversi dall'oralità (comma 6).⁶⁶⁷

4.1. Ora i “*casi di nullità previsti dalla legge*” (di cui al comma 1 dell'articolo 18 riformato) non sembrano riguardare i *casi di nullità*, appunto, per vizi formali o procedurali.

Infatti é separatamente previsto (nello stesso comma 1) – e parimenti assoggettato, tuttavia, alla *tutela reale originaria* – il licenziamento – affetto da vizio formale, appunto – quale il licenziamento “*dichiarato inefficace perché intimato in forma orale*”.

5. Segue: differenze essenziali dalla *tutela reale originaria*.

Peraltro i requisiti *formali* e *procedurali* prescritti a pena di *inefficacia*⁶⁶⁸ – per il cui difetto risulta comminata (dal comma 6) soltanto la *tutela indennitaria dimidiata* – riguardano, all'evidenza, il lavoro privato.

Comunque, sono affatto diversi dai requisiti – parimenti formali e procedurali – che sono prescritti – a pena di nullità (art. 55 decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e successive modifiche, cit.) – per il licenziamento dei dipendenti pubblici (art. 55 bis ss. dello stesso decreto legislativo, cit.).

5.1. Parimenti diversi risultano, altresì, *giusta causa* e *giustificato motivo* previsti, a pena di *annullamento*, per licenziamento nel lavoro privato – come le *tutele* comminate per il loro difetto⁶⁶⁹ – rispetto alle ipotesi di *giustificazione*⁶⁷⁰, che sono previste – a pena di nullità (art. 55 decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e successive modifiche, cit.) – per il licenziamento dei dipendenti pubblici (art. 55 quater dello stesso decreto legislativo).

6. Segue: prospettive di coordinamento con la disciplina *speciale* del licenziamento nel rapporto di lavoro *privatizzato* alle dipendenze di amministrazioni pubbliche.

Tanto basta per concludere che i licenziamenti *illegittimi* dei dipendenti pubblici vanno, bensì,

⁶⁶⁷Vedi, per tutti, M. DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, in Riv. It. dir. lav., 2013, I, 1 ss., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori. Adde: F. CARINCI, *Ripensando il “nuovo” articolo 18 dello Statuto dei lavoratori – che costituisce lo sviluppo del (suo) pensiero, riprendendo ed ampliando quanto già scritto in saggi precedenti* – in corso di pubblicazione su WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT e su ADL, al quale parimenti si rinvia per riferimenti ulteriori.

⁶⁶⁸Quali: “*requisito di motivazione di cui all'articolo 2, comma 2, della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni, della procedura di cui all'articolo 7 della presente legge, o della procedura di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni*”

⁶⁶⁹Il cui difetto di giusta causa e giustificato motivo dà luogo – per quanto si è detto – alla *tutela anche reintegratoria* oppure, alternativamente, alla tutela *meramente indennitaria*, in relazione a ciascuna delle ipotesi considerate (ai sensi dei commi 4 ss. dell'art. 18 SL riformato).

⁶⁷⁰Quali, oltre a giusta causa e giustificato motivo, ipotesi previste dal contratto collettivo od elencate contestualmente.

assoggettati alla riforma della *tutela reale* (di cui alla legge n. 92 del 2012).

Ad essi si applica, tuttavia, la *tutela reale originaria*, che la *riforma* conserva – per quanto si è detto – (anche) per i licenziamenti riconducibili a *casi di nullità previsti dalla legge* e per il *licenziamento dichiarato inefficace perché intimato oralmente*.⁶⁷¹

L'applicazione diretta si coniuga, in tale prospettiva, con la *forza espansiva* della stessa *tutela*.⁶⁷²

6.1. Intanto il licenziamento *illegittimo* del pubblico dipendente – per difetto di *giustificazione* o di altri requisiti parimenti sostanziali, prescritti a pena di *nullità* (art. 55 e 55 quater decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e successive modifiche, cit.) – sembra rientrare tra i licenziamenti riconducibili a *casi di nullità previsti dalla legge*, ai quali continua ad applicarsi la *tutela reale originaria* (ai sensi dell'art. 18, 1° comma, SL riformato).

Comunque, il difetto di *giusta causa* o di *giustificato motivo* – previsto per il licenziamento del dipendente privato, a pena di *annullamento* (e sanzionato con *tutela anche reintegratoria* oppure, alternativamente, *meramente indennitaria*, ai sensi dell'art. 18, commi 4° ss., SL riformato) – risulta affatto diverso dal difetto corrispondente di *giustificazione*, che è previsto – peraltro a pena di *nullità* – per il licenziamento dei dipendenti pubblici (art. 55 e 55 quater decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e successive modifiche, cit.).

6.2. Il licenziamento *illegittimo* del pubblico dipendente – per difetto di requisiti formali o procedurali, prescritti a pena di *nullità* (art. 55 e 55 bis decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e successive modifiche, cit.) – sembra esulare, per quanto si è detto, dai licenziamenti riconducibili a *casi di nullità previsti dalla legge* – per difetto di giustificazione o di altri requisiti sostanziali – ai quali continua ad applicarsi la *tutela reale originaria* (ai sensi dell'art. 18, 1° comma, SL riformato).

Resta soggetto, tuttavia, alla medesima *tutela*, in quanto contestualmente comminata (dallo stesso art. 18, 1° comma, SL riformato, cit.) per il licenziamento *“dichiarato inefficace perché intimato in forma orale”*.

Sembra doversi, infatti, confermare – nel vigore della riforma – la *forza espansiva* della stessa *tutela reale* – parimenti comminata, anche allora, per il *licenziamento orale* (dall'art. 18 SL, nel testo originario) – e la conseguente *estensione* al licenziamento *disciplinare* affetto da vizio pro-

⁶⁷¹ Nello stesso senso pare A. BOSCATI, *op. cit.*

In senso contrario, tuttavia, vedi L. CAVALLARO, *L'art. 18 St. lavoratori e i pubblico impiego: breve (per ora) storia di un equivoco*, LPA, 2012, I, 1019 ss.; ID, *Pubblico impiego e (nuovo) articolo 18 statuto dei lavoratori: difficile convivenza o coesistenza pacifica?*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 176/2013 – nonché la giurisprudenza conforme (Trib. Perugia, ord. 10 novembre 2012 ed, a seguito di *reclamo*, 15 gennaio 2013, ivi annotate, oltre Trib. Terni, ord. 10/14 dicembre 2012) – al quale si rinvia per riferimenti di dottrina e giurisprudenza – secondo cui l'articolo 18 SL riformato si applica, integralmente, al licenziamento dei dipendenti pubblici.

⁶⁷² Ne risulta la sostanziale equivalenza, almeno nelle linee essenziali (vedi *infra*) – con la tesi che ritiene applicabile l'articolo 18 nel testo originario (vedi *retro*) – quanto a *tutela reale* applicabile al licenziamento dei dipendenti pubblici: in altri termini, la *tutela reale* (di cui all'articolo 18 SL, nel testo originario) pare sostanzialmente confermata (dai commi 1-3 dello stesso articolo 18 SL riformato), nelle linee essenziali appunto, per i licenziamenti *nulli* e i licenziamenti *orali*.

cedurale (quale il licenziamento disciplinare intimato, nel caso allora considerato dalla Corte costituzionale, senza osservare il procedimento preliminare, di cui all'art. 7 SL, contestualmente esteso dalla Corte allo stesso licenziamento), trattandosi di *vicende accomunate* dalla "natura formale delle due violazioni".⁶⁷³

Non trova applicazione, invece, la *tutela indennitaria dimidiata* – comminata per il difetto di requisiti *formali* e *procedurali* prescritti, a pena di *inefficacia*, per il lavoro privato (comma 6 dell'art. 18 SL riformato) – in quanto si tratta di requisiti costruiti – "*a misura del lavoro privato*", appunto – e, comunque, affatto diversi dai requisiti – parimenti formali e procedurali – che sono prescritti – a pena di nullità (art. 55 decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e successive modifiche, cit.) – per il licenziamento dei dipendenti pubblici (art. 55 bis ss. dello stesso decreto legislativo, cit.).

6.3. La conclusione raggiunta non si discosta, nella sostanza, da quella che discende dalla ultrattività, talora affermata (vedi *retro*) – per i dipendenti pubblici – dell'intera disciplina originaria della tutela reale (di cui all'articolo 18 dello statuto dei lavoratori, quale risultava prima della riforma).

Tale disciplina – che la riforma, per quanto si è detto, ha *sostituito* – commina infatti, per qualsiasi *licenziamento illegittimo*, la *tutela reale*, che la riforma ha sostanzialmente conservato (art. 18, commi 1-3 statuto dei lavoratori *novellato*), fra l'altro, per i *casi di nullità previsti dalla legge* e per il *licenziamento dichiarato inefficace perché intimato oralmente*.

E tale *tutela reale* – per quanto si è detto – si applica – a qualsiasi *licenziamento illegittimo* – nei rapporti di lavoro *privatizzati* alle dipendenze di amministrazioni pubbliche.

7. Licenziamento di dirigente pubblico: *tutela reintegratoria* in caso di *spoil system oneroso*, potenzialità espansivo della *ratio*, ipotesi di reintegrazione previste dalla contrattazione collettiva.

"A differenza di quanto accade nel settore privato, nel quale il potere di licenziamento del datore di lavoro è limitato allo scopo di tutelare il dipendente, nel settore pubblico il potere dell'amministrazione di esonerare un dirigente dall'incarico e di risolvere il relativo rapporto di lavoro, è circondato da garanzie e limiti che sono posti non solo e non tanto nell'interesse del soggetto da rimuovere, ma anche e soprattutto a protezione di più generali interessi collettivi.(.....) . Le garanzie non mirano soltanto a proteggere il direttore generale come dipendente, ma discendono anche da principi costituzionali posti a protezione di interessi pubblici: l'imparzialità amministrativa, con cui, secondo quanto affermato da questa corte, contrasta un regime di automatica cessazione dell'incarico che non rispetti il giusto procedimento; il buon andamento, che risulta pregiudicato, sempre in base alla giurisprudenza di questa corte, da un sistema di automatica sostituzione dei dirigenti che prescinda dall'accertamento dei risultati conseguiti".

⁶⁷³Vedi Corte costituzionale 30 novembre 1982, n. 204, in Foro it., 1983, I, 855, con nota di M. DE LUCA., *I licenziamenti disciplinari dopo l'intervento della corte costituzionale: profili problematici e prospettive*.

Vedi, altresì, M. DE LUCA M., *I licenziamenti disciplinari dalla corte costituzionale alle sezioni unite: opzione per la tesi «ontologica», chiara definizione di ruoli, coerente assetto di fonti* (Nota a Cass., sez. un., 1 giugno 1987, n. 4823), ID., 1987; I, 2012.

Non saprei dire meglio della Corte costituzionale⁶⁷⁴ – né, tantomeno, con pari autorità – le *ragioni diverse* – per il lavoro privato ed il lavoro pubblico – della *tutela* contro i licenziamenti *illegittimi*.

Quantomeno con riferimento agli stessi dirigenti apicali (quali i direttori generali di aziende sanitarie locali) – nonché alla stessa o, comunque, analoga *forma onerosa di spoils system* – sembra continuare ad imporsi la *tutela reintegratoria*.

Infatti “*un ristoro economico non attenua in alcun modo il pregiudizio da quella rimozione (del dirigente) arrecato all’interesse collettivo all’imparzialità e al buon andamento della pubblica amministrazione*”.⁶⁷⁵

Resta da interrogarsi, tuttavia, sulla *forza espansiva* del principio, suscettibile di più ampia applicazione – enunciato dalla stessa Corte costituzionale – secondo cui il potere di licenziamento della pubblica amministrazione “*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*”.⁶⁷⁶

Resta da domandarsi, poi, se – nel vigore della riforma – continui a trovare applicazione la *tutela reintegratoria*, prevista – parimenti per i dirigenti pubblici – dalla contrattazione collettiva.

Sembra trattarsi, tuttavia, di domanda meramente retorica.⁶⁷⁷

8. *Procedimento specifico per l’impugnativa dei licenziamenti (commi 47 ss. dell’articolo 1 della legge n. 92 del 2012): applicabilità ai licenziamenti nel rapporto di lavoro privatizzato alle dipendenze di amministrazioni pubbliche.*

Il *procedimento specifico* per l’impugnativa dei licenziamenti (di cui ai commi 47 ss. dell’articolo 1 della legge n. 92 del 2012) risulta limitato, fra l’altro, alle “*ipotesi regolate dall’articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni*”.

Il carattere *formale* del rinvio (anche alle *successive modificazioni* dell’art. 18 SL, appunto) include – nell’oggetto del *procedimento specifico* – tutti i licenziamenti che rientrano nel campo di applicazione della *tutela reale*, sia *originaria* che *riformata*.

Coerentemente, ne risulta l’esclusione dal *rito speciale* soltanto per i licenziamenti – che esulano, appunto, dal campo di applicazione della *tutela reale*^{678 679} – e l’inclusione, invece, per tutti gli

⁶⁷⁴ Vedi Corte cost. 24 ottobre 2008, n. 351, in Foro it. 2009, I, 606, con nota di DALFINO.

⁶⁷⁵ Così, testualmente, Corte cost. 24 ottobre 2008, n. 351, cit.

⁶⁷⁶ Così, testualmente, Corte cost. 24 ottobre 2008, n. 351, cit.

⁶⁷⁷ Sul punto, vedi A. BOSCATI, *op. cit.*, spec. § 7, che richiama i contratti collettivi (a nota 50) e sottolinea, nel testo, che la *tutela reale* – di fonte contrattuale – presenta “*significativi profili di specialità (...) rispetto alla tutela reale legale*”.

⁶⁷⁸ A mero titolo esemplificativo: da quelli inclusi nell’area della *tutela obbligatoria* o nell’area di non applicazione delle tutele ai licenziamenti esclusi dalla *tutela reale* (quali i licenziamenti nelle organizzazioni di tendenza).

⁶⁷⁹ Sul punto, vedi M.DE LUCA, *Procedimento specifico in materia di licenziamenti*: per una lettura coerente con la strumentalità del processo, sintesi della rielaborazione – corredata di note essenziali – di: relazione (spunti della) al corso di formazione su La disciplina del licenziamento fra tradizione e innovazione, organizzato dalla Scuola superiore della magistratura (Villa di Castel Pucci, Scandicci, sede della Scuola, 25-27 marzo 2013); relazione al Convegno sul tema Disciplina dei licenziamenti: profili processuali e sostanziali, organizzato da Università degli studi di Napoli Federico II-Dipartimento di giurisprudenza, AGI-Avvocati giuslavoristi italiani- Sezione Campania, Cesipeco-Centro studi giuridici ed economici Luigi Limatola (Napoli, Università degli studi di Napoli Federico II, Aula Pessina,

altri.⁶⁸⁰

Fra questi rientra, indubbiamente, il licenziamento dei dipendenti pubblici, quale che sia – per quanto si è detto – l'opzione in ordine al regime sostanziale applicabile (vedi *retro*).⁶⁸¹

Infatti non ne risulta controversa l'applicabilità della *tutela reale* – al licenziamento dei dipendenti pubblici – mentre non rileva, ai fini di che trattasi, l'opzione – alternativamente prospettata (vedi *retro*) – per la *tutela originaria* oppure per la *tutela riformata*.

4 aprile 2013); relazione introduttiva al convegno sul tema Processo del lavoro: nuovi scenari e vecchi problemi, organizzato dall'Ordine degli avvocati di Roma (Roma, Sala Europa – Corte d'appello, 10 aprile 2013), in WP CSDLE "Massimo D'Antona" – 173/2013, in corso di pubblicazione su ADL, spec. § 3.9., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

Vedi, altresì, C. MUSELLA, Il rito speciale in materia di licenziamento, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), IL NUOVO MERCATO DEL LAVORO dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013, Torino, Giappichelli, 2013, 348 ss., spec. 369 (licenziamenti inclusi nel campo d'applicazione della tutela obbligatoria), 360 (licenziamenti nelle *organizzazioni di tendenza* e quello dei dirigenti), al quale parimenti si rinvia per riferimenti ulteriori.

⁶⁸⁰ Sul punto, vedi C. MUSELLA, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, cit., spec. 358 (licenziamenti collettivi), 359 (licenziamento nel lavoro pubblico), al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.

Vedi, altresì, P. ALBI, *I licenziamenti collettivi*; G. GENTILE, *I dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in M. CINELLI, G. FERRARO, O. MAZZOTTA (a cura di), IL NUOVO MERCATO DEL LAVORO dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013, cit., 310, 220.

⁶⁸¹ Sul punto, vedi A. BOSCATI, *op. cit.*, spec. § 7, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.