

La regolazione asintotica del licenziamento:  
*ratio* ed effetti della differenziazione tra lavoro pubblico e lavoro privato

Loredana Zappalà

1. La disciplina del licenziamento tra tendenze di ri-pubblicizzazione centrifughe e tentativi di ricostruzione sistemica. 214
2. Il protagonismo della regolazione *command and control* e il *deficit* di autonomia disciplinare della dirigenza. 215
3. Le fattispecie “tipizzate” di licenziamento: il tentativo di oggettivizzazione della responsabilità. 219
- 3.1. Il licenziamento per scarso rendimento: oggettivizzazione *versus* efficienza, uno a zero. 221
4. *Ratio* e paradossi della tutela reintegratoria generalizzata. 223
- 4.1. La lettura panpubblicistica della reintegra quale rimedio unico a protezione dell’interesse pubblico... 225
- 4.2. ...e la sua presunta «costituzionalizzazione». 226
- 4.3. Debolezza argomentativa della lettura panpubblicistica. 228
- 4.4. L’opportunità di una lettura “lavoristica” della reintegra anche nel pubblico impiego. 230
- 4.5. Punti di equilibrio e criticità dell’operazione di bilanciamento parametrata alla complessità organizzativa delle p.a. 233
5. Differenziazioni irragionevoli e ingiustificate: il licenziamento discriminatorio e il licenziamento ritorsivo “tipizzato” del *whistleblower*. 236

## 1. La disciplina del licenziamento tra tendenze di ri-pubblicizzazione centrifughe e tentativi di ricostruzione sistemica.

Nell'ultimo decennio la disciplina del licenziamento nel pubblico impiego è stata oggetto di una pluralità di interventi legislativi, per lo più animati – in una logica spesso emergenziale – dalla finalità di «ripulire l'immagine della PA, sull'onda dell'emotività indotta da fenomeni di malcostume e illegalità balzati agli onori della cronaca»; fenomeni riconducibili ai frequenti e noti casi dei cosiddetti “furbetti del cartellino”<sup>806</sup>. L'onda punitiva emozionale che ha condotto alle riforme<sup>807</sup> ha impedito al legislatore un pacato ripensamento della disciplina del licenziamento nel lavoro pubblico e delle eventuali ragioni di una differenziazione pubblico-privato, che avrebbe invece rappresentato l'occasione per l'iniezione di spinte efficientiste<sup>808</sup>, non meramente finalizzate – in un'ottica moralizzatrice- all'incremento di «obbligazioni speciali di *status*»<sup>809</sup>.

Il tema del licenziamento, tuttavia, è stato oggetto di una tensione centrifuga che ha indotto il legislatore a una serie di interventi sull'istituto ispirati, da una parte, dalla necessità di dare risposta alle “pulsioni di forza”<sup>810</sup> nei confronti dei furbetti<sup>811</sup>, dall'altra, di colmare il vuoto normativo (presunto o reale) venutosi a creare dopo la modifica dell'art. 18 dello Statuto e del conseguente acceso contrasto giurisprudenziale sul regime rimediabile applicabile in caso di accertamento giudiziale della illegittimità del licenziamento.

In entrambi i casi, come si chiarirà nelle pagine che seguono, il dibattito che ha accompagnato il frammentato processo di riforma del licenziamento si è sedimentato all'ombra della tesi (dottrinale e giurisprudenziale) della necessaria ri-pubblicizzazione del lavoro alle dipendenze delle p.a., che però, nel caso di specie, è stato sottoposto alla tensione di due diverse forze centrifughe, entrambe derivanti dalla presunta diversità ontologica fra datore di lavoro pubblico e datore privato: da una parte, la necessità, avvertita come impellente, di licenziare chiunque abbia provocato un danno reputazionale alla p.a., dall'altra, quella – per un verso antitetica alla prima- di preservare il presunto interesse generale della p.a. medesima a reintegrare i lavoratori illegittimamente licenziati (magari solo per un vizio procedurale), anche a fronte di condotte potenzialmente molto gravi.

<sup>806</sup> Così M. Militello, *Etica comportamentale, procedimento disciplinare e sanzioni. L'homo novus nel pubblico impiego?* in questo Volume. Sulla finalità emergenziale, v. pure la ricostruzione di S. Mainardi, *Il licenziamento disciplinare per falsa attestazione di presenza in servizio*, in GDA, 2016, p. 585 ss.; M. Quaranta, *Illeciti rilevanti e tipologia di sanzioni*, in M. Esposito e al. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento ai d.lgs. nn. 74 e 75 2017 (cd. riforma Madia)*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 233 ss.

<sup>807</sup> Sul lungo processo di riforme, v. B. Caruso, *Le riforme e il lavoro pubblico: la 'legge Madia' e oltre (Miti, retoriche, nostalgie e realtà nell' 'eterno ritorno' allo statuto speciale del lavoratore pubblico)*, in questo Volume; R. Voza, *Il riassetto del sistema disciplinare nel lavoro pubblico*, in LPA, 2018, p. 1 ss. che distingue fra le riforme paragonabili a veri e propri «terremoti» (quelle del biennio 1992-1993, e quella del 2009), e quelle più simili a semplici «scosse di assestamento» (quelle successive al 2015). Sulla *ratio* della «quarta riforma» del lavoro pubblico, v. L. Zoppoli, *Perché una quarta riforma del lavoro pubblico?* in questo Volume.

<sup>808</sup> Sulle origini del dibattito sul licenziamento dei “nullafacenti” e sulla proposta, alternativa, di una riconsiderazione in chiave efficientista del ruolo della dirigenza pubblica come datore di lavoro, si rinvia a B. Caruso – L. Zappalà, *La riforma “continua” delle Pubbliche amministrazioni: licenziare i nullafacenti o riorganizzare la governance*, in LPA, 2007, p. 1 ss. Critico sulla correlazione stretta e diretta fra sanzioni disciplinari ed efficienza/produktività, come se la scarsa efficienza/produktività della p.a. fosse un problema disciplinare e non piuttosto organizzativo, V. Bavaro, *Note sul potere disciplinare, nel lavoro pubblico fra aziendalismo e amministrativismo*, in RGL, 2018, 507 ss.

<sup>809</sup> In tal senso, cfr. la lettura critica di B. Caruso, *Le riforme e il lavoro pubblico*, cit. V. pure P. Tullini, *L'inadempimento e la responsabilità disciplinare del dipendente pubblico: tra obblighi giuridici e vincoli deontologici*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”. IT – 229/14.

<sup>810</sup> B. Caruso, *Le riforme e il lavoro pubblico*, cit.

<sup>811</sup> Solo in parte bilanciati da disposizioni finalizzate a incrementare l'efficienza, come nel caso del licenziamento per scarso rendimento, che comunque pone non pochi problemi applicativi (su cui v. oltre par. 3.1.).

L'effetto dell'impatto delle forze centrifughe enunciate è stata la produzione di una regolazione asintotica del licenziamento, vale a dire una regolazione che tende ad avvicinarsi alla regolazione privata, senza tuttavia mai coincidere con essa, al cui interno, poi, convivono, a loro volta, due distinte- e in alcuni tratti confliggenti- anime (frutto del tentativo di ri-pubblicizzazione di cui si dirà), che espongono la disciplina medesima a possibili censure di irragionevolezza<sup>812</sup>, se non proprio di illogicità.

Nella consapevolezza che la stratificazione normativa della disciplina del licenziamento è, evidentemente, il frutto di una pluralità di interventi ispirati, senza un coerente disegno complessivo, alla presunta necessità di una ri-pubblicizzazione dell'istituto, nelle pagine che seguono si proverà: per un verso, a verificare la tenuta concettuale della lettura panpubblicistica che, nelle sue anche antitetiche finalità di tutela della diversità ontologica del datore di lavoro pubblico<sup>813</sup>, ha ispirato le riforme in materia; per altro verso, a proporre una rilettura (necessariamente sistematica e, evidentemente, non del tutto in linea con l'idea originaria che in quel momento storico-contingente ha ispirato il legislatore) dell'istituto in chiave "lavoristica".

L'operazione interpretativa da ultimo enunciata, ad avviso di chi scrive, si rende necessaria a seguito della significativa trasformazione delle tecniche di regolazione del lavoro pubblico, confermando ancora una volta l'anomalia postpositivista del diritto del lavoro che, come scriveva Massimo D'Antona, storicamente ha giustificato lo sviluppo di una elaborazione giuridica che, consapevolmente, controlla e seleziona i punti di vista e le argomentazioni in un ordinamento giuridico che tende sempre di più alla differenziazione e alla frammentazione in un «sistema di sistemi»<sup>814</sup>, quale oggi si presenta il sistema del lavoro pubblico privatizzato.

Nel solco della citata lettura "lavoristica", si proverà, pertanto, a rileggere la differenziazione della disciplina del licenziamento all'insegna della griglia valutativa e interpretativa della stessa, proposta da Bruno Caruso nel saggio introduttivo del presente volume, in termini di differenziazione necessaria, opportuna/inopportuna, illegittima.

## 2. Il protagonismo della regolazione *command and control* e il deficit di autonomia disciplinare della dirigenza.

La disciplina del licenziamento è, innanzitutto, caratterizzata dal ruolo pervasivo della legge<sup>815</sup>, che non solo ha reso obbligatorio l'esercizio del potere disciplinare, ma si è anche spinta a "tipizzare" una pluralità di comportamenti illeciti che comportano la sanzione del licenziamento medesimo. Tale disciplina è il frutto di un decennio di riforme, spesso come si è detto

<sup>812</sup> B. Caruso, *Le riforme e il lavoro pubblico*, cit.

<sup>813</sup> Per una lettura critica della giurisprudenza costituzionale che, in certa misura, ha fatto «proprio l'argomento, assiomatico e divenuto nel frattempo ritualistico, delle perduranti differenze strutturali tra pubblico e privato – che di per sé giustificerebbero, tautologicamente, le difformità di trattamento, sol perché asseverate dal legislatore», si rinvia a Caruso, *Le riforme e il lavoro pubblico*, cit. Critico nei confronti delle operazioni di «sterilizzazione» della riforma del lavoro pubblico nel dialogo interpretativo, v. già M. D'Antona, *La neolingua del pubblico impiego riformato*, ora in *Opere*, vol. V, Giuffrè, 2000, (a cura di) B. Caruso- S. Sciarra, p. 83 ss., Id. *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle «leggi Bassanini»*, ivi, p. 233 ss.

<sup>814</sup> Fondamentale, in questa prospettiva, la lezione di M. D'Antona, *L'anomalia post positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo*, in *RCDP*, 1990, p. 202 ss., ora in ora in *Opere*, vol. I, Giuffrè, 2000, B. Caruso- S. Sciarra (a cura di), p. 53 ss.

<sup>815</sup> Sul ruolo della legge nella definizione delle fattispecie di illecito disciplinare e sulla marginalizzazione della contrattazione collettiva, si rinvia a M. Militello, *Etica comportamentale, procedimento disciplinare*, cit.; v. pure C. Zoli, *L'esercizio del potere disciplinare nel settore pubblico riformato*, in *GDLRI*, 2018, 3, p. 689 ss.

“emergenziali”, performanti il potere datoriale in materia disciplinare, che hanno dato vita alla prima delle forze centrifughe di ri-pubblicizzazione, di cui si è prima detto.

Se, in generale, con la regolamentazione giuridica, e con gli elementi di «*command*» che ad essa ineriscono, si è storicamente realizzata una restrizione intenzionale dell’ambito delle scelte d’azione dei soggetti privati, per la soddisfazione di certi valori, beni, interessi e posizioni ritenuti meritevoli di tutela, alla luce di una nozione più o meno esplicita e ampia di interesse pubblico<sup>816</sup>, la regolazione eteronoma del potere disciplinare nel lavoro pubblico – soprattutto a partire dalla cosiddetta riforma Brunetta – si è progressivamente allontanata dalla sua tradizionale funzione protettiva del contraente debole, sulla quale è stata costruita la norma inderogabile<sup>817</sup>. La disciplina del procedimento disciplinare e, con essa, quella del licenziamento, è infatti sintomatica di una nuova stagione della regolazione del lavoro pubblico, caratterizzata per espressa previsione del legislatore – tramite il rinvio espresso agli artt. 1339 e 1419 c.c. – dal requisito della imperatività<sup>818</sup>.

La torsione funzionale della norma lavoristica, che abbandona la funzione protettiva del lavoratore, divenendo strumento di imposizione coattiva di attivazione del potere disciplinare<sup>819</sup> e di irrogazione della sanzione tipizzata dallo stesso legislatore, è frutto della evidente sfiducia del legislatore stesso, sia nel ruolo della contrattazione collettiva<sup>820</sup>, sia, soprattutto, nel ruolo gestionale-manageriale che dovrebbe essere svolto dalla dirigenza, quale datore di lavoro. Sotto l’egida della tesi della «ri-pubblicizzazione carsica» del lavoro pubblico, in particolare, il legislatore ha sposato un modello di ricerca dell’efficienza per legge, di cui l’esercizio del potere disciplinare e del licenziamento sembra essere la massima espressione performativa. La prima forza centrifuga cui è stato sottoposto il licenziamento è stata, pertanto, quella tendente a garantire, attraverso un accentuato particolarismo legislativo<sup>821</sup>, che il pubblico dipendente incarni le vesti «di un fantomatico *homo novus*, dalla cui rettitudine morale prima ancora che professionale – imposta

<sup>816</sup> A. La Spina-G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna 2000; A. Ogus, *Regulation. Legal form and economic theory*, Clarendon Law Series, Londra, 1994; v. pure G. Marcou, *Esiste una nozione giuridica di regolazione?*, in *Rass. dir. pubb.*, 2006, 1, p. 13 ss.,

<sup>817</sup> Sulla norma inderogabile v. R. De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976; per alcuni ulteriori riferimenti v. M. Novella, *Considerazioni sul regime giuridico della norma inderogabile nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2003, p. 514 ss.; Id. *L’inderogabilità nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2009; R. Voza, *L’inderogabilità come attributo genetico del diritto del lavoro. Un profilo storico*, in *ADL*, 2006, p. 2 ss.; C. Cester, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *GDLRI*, 2008, p. 341 ss.; G. Fontana, *Dall’inderogabilità alla ragionevolezza*, Giappichelli, Torino, 2010.

<sup>818</sup> “Le disposizioni del presente articolo e di quelli seguenti, fino all’articolo 55-octies, costituiscono norme imperative, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile, e si applicano ai rapporti di lavoro di cui all’articolo 2, comma 2, alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche di cui all’articolo 1, comma 2. La violazione dolosa o colposa delle suddette disposizioni costituisce illecito disciplinare in capo ai dipendenti preposti alla loro applicazione” (art. 55. co. 1).

<sup>819</sup> Sull’obbligatorietà dell’azione disciplinare si rinvia a M. Militello, *Etica comportamentale, procedimento disciplinare*, cit., nonché alla dottrina unanime sul punto S. Mainardi, *Il “dovere” del dirigente di sanzionare il demerito: il procedimento disciplinare*, in *GI*, 2010, 12, p. 2720; C. Zoli, *L’esercizio del potere disciplinare nel settore pubblico riformato*, cit., p. 693; F. Ravelli, *Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici*, in *Commentario sistematico al decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150 – attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15 in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni*, a cura di M. Napoli e A. Garilli, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2011.

<sup>820</sup> Cfr. M. Militello, *Etica comportamentale, procedimento disciplinare*, cit.; A. Tampieri, *Contrattazione collettiva e potere disciplinare nel lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 1996; V. Bavaro, *Note sul potere disciplinare*, cit., p. 507 ss.

<sup>821</sup> Sul nuovo dominio della legge nelle dinamiche organizzative delle pubbliche amministrazioni, cfr. pure V. Pinto, *Il lavoro pubblico nella transizione: dall’autogoverno responsabile delle pp.aa. al rinnovato protagonismo della legge*, in *Le riforme del diritto del lavoro. Politiche e tecniche normative*, in M. P. Iadiccio-V. Nuzzo, (a cura di), ESI, Napoli, 2016, p. 108 ss.

attraverso la minaccia della sanzione – dovrebbe discendere l'efficienza della Pubblica Amministrazione»<sup>822</sup>.

L'effetto è stato quello dell'adozione di un sistema di gestione del potere disciplinare rigido e iperregolato, che delinea «un modello di amministrazione senza autonomia e senza discrezionalità amministrativa, tecnica e gestionale ai suoi vertici; il *deficit* di autonomia costituisce un evidente ossimoro della funzione manageriale»<sup>823</sup>.

Ampie e pienamente condivisibili sono state le critiche rivolte a tale impostazione militarizzata del potere disciplinare, sintomatica di una ricerca dell'etica e dell'efficienza *ope legis*<sup>824</sup>; ad avviso di chi scrive, tuttavia, il vero *vulnus* della disciplina non è solo, e non è tanto, la imperatività conclamata della disciplina, quanto il suo effetto di sottrazione alla dirigenza del proprio e naturale ruolo datoriale di gestione, anche tramite l'esercizio del potere disciplinare, dei dipendenti. Nel lavoro privato, il licenziamento per g.m.s. incarna la sanzione emblematica che suggella e punisce la rottura del rapporto fiduciario che sussiste fra il datore di lavoro e il lavoratore, rispetto a fatti e circostanze che, pertanto, *solo* e prioritariamente il datore di lavoro può valutare come gravi, nel solco di quanto ovviamente stabilito dai codici di comportamento, e salvo il controllo giudiziale *ex post* di giustificatezza del licenziamento medesimo. A seguito del tentativo di ripubblicizzazione avviato con la riforma Brunetta, e della progressiva tipizzazione delle causali di licenziamento, il legislatore ha, di fatto, posto le basi per una gestione quasi "burocratica" dello stesso<sup>825</sup>, che ha snaturato il dibattito sulla necessaria giustificatezza del licenziamento medesimo e che ha condotto la giurisprudenza a intervenire, in chiave correttiva, riaffermando il «divieto di automatismi sanzionatori, non essendo, in definitiva, possibile introdurre, con legge o con contratto, sanzioni disciplinari automaticamente conseguenziali ad illeciti disciplinari»<sup>826</sup>.

Nonostante il correttivo giurisprudenziale citato, che di fatto ha recuperato per via giudiziale il principio di proporzionalità, la spinta di ri-pubblicizzazione centrifuga di cui si è detto, confidando nel potere performativo della legge, ha tentato una sterilizzazione-spersonalizzazione dell'esercizio del potere datoriale, finalizzato ad annullare la contingenza e le valutazioni in termini di intenzionalità del comportamento posto in essere, di proporzionalità della sanzione rispetto ad altre caratteristiche della persona (affidabilità lavorativa, carriera impeccabile), ecc. Tale impostazione sembra dimenticare la circostanza che la responsabilità disciplinare non è finalizzata solo a sanzionare l'inadempimento negligente (*ex art. 2014 c.c., comma 1*), ma anche la violazione

<sup>822</sup> In tal senso, l'efficace descrizione di M. Militello, *Etica comportamentale, procedimento disciplinare*, cit. In chiave critica, sull'ultima stagione normativa e sui «nuovi modelli organizzativi del lavoro imposti dalla legge anticorruzione, tutti di matrice unilaterale, che hanno riproposto con forza il tema della progressiva introduzione, in chiave pubblicistica, di limiti "interni" nell'ambito della disciplina dei rapporti di lavoro pubblico, come tali proiettati a garanzia di interessi "terzi" rispetto alle parti», v. S. Mainardi, *Il licenziamento disciplinare per falsa attestazione*, cit., p. 587. In una posizione parzialmente diversa, la lettura sull'inserimento nei codici di comportamento di disposizioni di carattere generale, finalizzati a «conformare la condotta a principi di stampo prettamente pubblicistico», che tuttavia escluderebbe «che si possa dare rilievo a valutazioni di carattere meramente etico», v. A. Boscati, *Il licenziamento disciplinare nel settore pubblico e in quello privato nell'evoluzione legislativa recente: una diversa tecnica di intervento, ma un convergente obiettivo di incremento dell'efficienza e della produttività*, in *DML*, 2016, 1, p. 69 ss.

<sup>823</sup> Così B. Caruso, *Le riforme e il lavoro pubblico*, cit.; v. pure V. Pinto, *Il lavoro pubblico nella transizione*, cit., p. 116 ss.

<sup>824</sup> Cfr. M. Militello, *Etica comportamentale, procedimento disciplinare*, cit.; B. Caruso, *Le riforme e il lavoro pubblico*, cit.; V. Bavaro, *Note sul potere disciplinare*, cit., 507 ss.

<sup>825</sup> V. art. 55-quater, del d.lgs. n. 165/2001, secondo il quale «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», cui segue elencazione.

<sup>826</sup> Così Cass., 7 marzo 2017, n. 5796. Sul punto, v. già A. Boscati, *Il licenziamento disciplinare nel settore pubblico e in quello privato*, cit., p. 73; R. Voza, *Fondamento e fonti del potere disciplinare nel lavoro pubblico*, in *LPA*, 2011, p. 663 ss.

del dovere di obbedienza alle regole e alle disposizioni stabilite dal datore di lavoro a difesa dell'*organizzazione* (ex art. 2014 c.c., comma 2). in tale prospettiva, il potere disciplinare è l'altra faccia del potere direttivo, ed è diretto a soddisfare un interesse più ampio al coordinamento e all'organizzazione del lavoro, a presidio del quale viene riconosciuto il potere del datore di lavoro di reagire attraverso gli strumenti disciplinari per assicurare la migliore efficienza e funzionalità dell'organizzazione del lavoro. Tale finalità, che pure connota l'esercizio del potere disciplinare nel lavoro pubblico, non può che risultare soffocata in una procedura di gestione del licenziamento acefala, perché di fatto incanalata in un procedimento disciplinare gestito non dal naturale datore di lavoro, ma da un ufficio "terzo", vale a dire l'ufficio per i procedimenti disciplinari, che dovrebbe valutare asetticamente il ricorrere della fattispecie tipizzata, cui consegue (almeno nelle intenzioni del legislatore) *automaticamente* la sanzione del licenziamento. Una procedura di gestione, come si è detto, acefala, che snatura il ruolo datoriale della dirigenza pubblica, privandola di una autonoma e responsabile valutazione<sup>827</sup> sulla reale scorrettezza del comportamento del dipendente, sulla sua improduttività, ecc. L'effetto è una frammentazione del potere disciplinare in capo a una pluralità di soggetti che non incarnano il datore di lavoro e che annulla e mortifica l'autonomia gestionale di tipo manageriale della dirigenza<sup>828</sup>, nel solco dell'atavico problema del sistema organizzativo pubblico italiano e della difficoltà d'identificazione della figura, reale e non formale (la *fictio iuris*) del datore di lavoro<sup>829</sup>.

La conseguenza di tale impostazione, frutto del tentativo di ri-pubblicizzazione di cui si è detto, è inevitabilmente una valutazione in termini di inopportunità, se non di irrazionalità, della differenziazione tra lavoro pubblico e lavoro privato, che rischia di produrre «un ingorgo regolativo e alla fine una minore efficacia complessiva del sistema disciplinare»<sup>830</sup>, astrattamente e asetticamente finalizzato ad assicurare l'onesta morale dei dipendenti, piuttosto che l'effettiva utilità della loro prestazione lavorativa, secondo una valutazione gestionale-manageriale che solo un vero e proprio datore di lavoro potrebbe e dovrebbe dare<sup>831</sup>. Non è un caso, infatti, che – al di fuori delle ipotesi di licenziamento finalizzate a "ripulire" l'immagine della p.a. – il potere disciplinare rischi di soccombere nelle strettoie regolative<sup>832</sup> imposte dal legislatore: emblematico è l'esempio del subsistema normativo della responsabilità disciplinare in ambito sanitario, laddove, spesso, l'accertamento della responsabilità per l'errore medico (sia esso errore nell'atto medico, sia esso errore organizzativo e/o di non corretta osservanza delle direttive impartite al medico stesso dal proprio datore di lavoro) è da ritenere incompatibile con la rigida tempistica imposta dall'art. 55-bis<sup>833</sup>.

<sup>827</sup> In tal senso, v. pure S. Mainardi, *Il licenziamento disciplinare per falsa attestazione*, cit., p. 586.

<sup>828</sup> Sulla ratio dell'attribuzione della procedura disciplinare in capo agli U.P.D. vedi, però, le osservazioni di C. Zoli, *L'esercizio del potere disciplinare nel settore pubblico riformato*, cit., p. 696, che razionalizza l'integrale attribuzione della gestione e della responsabilità disciplinare all'U.P.D. "terzo", sulla base di una presunta maggiore competenza tecnico-giuridica-procedurale dell'ufficio stesso.

<sup>829</sup> Su cui v. E. Ales, *L'esercizio partecipato del potere di organizzazione*, in M. Esposito e al. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento ai d.lgs. nn. 74 e 75 2017 (cd. riforma Madia)*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 41 ss. V. pure B. Caruso, *Le riforme e il lavoro pubblico*, cit.; sulla necessità di ripartire proprio dalla dirigenza quale datore di lavoro, v. invece B. Caruso – L. Zappalà, *La riforma "continua" delle Pubbliche amministrazioni*, cit., p. 7 ss.

<sup>830</sup> Così B. Caruso, *Le riforme e il lavoro pubblico*, cit.

<sup>831</sup> Sulla necessità di valorizzazione del potere organizzativo della dirigenza anche in materia disciplinare, v. pure le considerazioni di V. Bavaro, *Note sul potere disciplinare*, cit., p. 517 ss.

<sup>832</sup> Parla di «ipertrofica proceduralizzazione dell'esercizio del potere», R. Voza, *Il riassetto del sistema disciplinare*, cit., p. 2.

<sup>833</sup> Le difficoltà derivano dal fatto che in materia di responsabilità sanitaria, il procedimento disciplinare potrebbe incrociarsi con la contemporanea attivazione di un procedimento penale e civile a carico del medico e della struttura. Se, tuttavia, nell'ipotesi di contestuale avvio di un procedimento disciplinare e di un procedimento penale a carico del medico stesso, la struttura sanitaria

### 3. Le fattispecie “tipizzate” di licenziamento: il tentativo di oggettivizzazione della responsabilità.

Nel solco della spinta centrifuga di ri-pubblicizzazione di cui si è detto, l’art. 55-quater del d.lgs. n. 165/2001 enuncia le ipotesi “tipizzate” di comportamenti cui dovrebbe conseguire, *comunque*, la sanzione del licenziamento<sup>834</sup>. La tecnica legislativa utilizzata consta di un’elencazione d’ipotesi, aggiuntive o specificative delle ipotesi già previste dai contratti collettivi e dai codici di comportamento, che non incidono (per espressa previsione di legge) sulla nozione di giusta causa e di g.m.s., cui pertanto dovrebbe seguire – secondo l’auspicio del legislatore, *automaticamente* – la sanzione del licenziamento. Il tentativo legislativo è stato, evidentemente, quello di una tendenziale oggettivizzazione della responsabilità, finalizzata a sterilizzare valutazioni giustificative del comportamento “tipizzato” fondate sull’intenzionalità/non intenzionalità del comportamento posto in essere e/o sulla gravità/tenuità della rilevanza disciplinare del comportamento medesimo.

Uno dei problemi maggiori derivanti dalla formulazione legislativa, affrontato dalla dottrina e dalla giurisprudenza in materia, ha riguardato pertanto l’individuazione dei residui spazi valutativi, in capo, ai responsabili del procedimento disciplinare, prima, e al giudice, dopo. Se è vero, come si è prima accennato, che la giurisprudenza ha con forza già riaffermato l’ineludibilità del sindacato giudiziale *a valle* circa «l’elemento intenzionale o colposo, ossia la valutazione se vi sono elementi che assurgono a scriminante della condotta del lavoratore»<sup>835</sup>, è però anche vero che l’operazione di “tipizzazione” è destinata a produrre comunque un effetto di *oggettivizzazione a monte* della responsabilità in capo al lavoratore il cui comportamento ricade nella fattispecie astratta delineata dal legislatore. Se, infatti, il giudice ha istituzionalmente la forza e l’autonomia per reintrodurre nel giudizio sulla legittimità del licenziamento una valutazione sulla gravità e sull’intenzionalità del fatto contestato, considerazioni diverse devono essere fatte per la valutazione del comportamento medesimo che, a monte, viene fatta dall’ufficio per i procedimenti disciplinari e/o dal soggetto che ha il dovere di segnalare la presunta rilevanza disciplinare del comportamento. A fronte della corrispondenza formale tra la fattispecie astratta e il comportamento del lavoratore, cui secondo il legislatore dovrebbe seguire la sanzione del licenziamento, gli spazi di valutazione dell’ufficio per i procedimenti disciplinari si restringono sotto la spada di Damocle della minaccia punitiva che incombe su chi deve punire e non esercita efficacemente il proprio “dovere” di sanzionare.

---

potrebbe sospendere il procedimento disciplinare in attesa della definizione di quello penale, una simile possibilità di sospensione non è ipotizzabile in caso di avvio di un’azione di responsabilità civile, nei confronti del medico o della struttura. In altre parole, prima ancora che i periti e il Giudice decidano sulla sussistenza di una responsabilità, la struttura datore di lavoro è chiamata a decidere sulla responsabilità disciplinare del medico, di fatto, dando vita all’accertamento di una responsabilità (anche se lavoristica) del medico dipendente medesimo che, quasi automaticamente, costituirà prova della responsabilità contrattuale risarcitoria della struttura stessa; su tale profilo, sia consentito rinviare a L. Zappalà, *Il subsistema normativo della responsabilità sanitaria*, in *RIDL*, 2018, p. 399.

<sup>834</sup> Per una disamina delle diverse ipotesi, si rinvia all’analisi di U. Gargiulo, *Il licenziamento disciplinare*, in M. Esposito e al. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento ai d.lgs. nn. 74 e 75 2017 (cd. riforma Madia)*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 249 ss.; P. Monda, *Il licenziamento disciplinare del dipendente pubblico*, in *DRI*, 2010, p. 1073 ss. Sull’eccessiva “tipizzazione” degli illeciti, v. S. Mainardi, *Il licenziamento disciplinare per falsa attestazione*, cit., p. 587. Sul punto, v. pure C. Zoli, *L’esercizio del potere disciplinare nel settore pubblico riformato*, cit., p. 688 ss.

<sup>835</sup> Così, Cass. 19 marzo 2016, n. 18326; sul punto v. pure C. Zoli, *L’esercizio del potere disciplinare nel settore pubblico riformato*, cit., p. 691, il quale, tuttavia, evidenzia come se il giudizio sulla proporzionalità sia inevitabile, è però anche vero che il giudizio del giudice sia maggiormente vincolato alla verifica della sussistenza della riconducibilità del comportamento alla fattispecie astratta. V. pure C. De Marco, *Licenziamento disciplinare per falsa attestazione di presenza in servizio: prevalenza della legge sulla contrattazione collettiva e margini valutativi del giudice*, in *LPA*, 1, 2019,

L'art. 55-sexies, comma 3, infatti precisa che «Il mancato esercizio o la decadenza dall'azione disciplinare, dovuti all'omissione o al ritardo, senza giustificato motivo, degli atti del procedimento disciplinare, inclusa la segnalazione di cui all'articolo 55-bis, comma 4, ovvero a valutazioni manifestamente irragionevoli di insussistenza dell'illecito in relazione a condotte aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare, comporta, per i soggetti responsabili, l'applicazione della sospensione dal servizio fino a un massimo di tre mesi, salva la maggiore sanzione del licenziamento prevista nei casi di cui all'articolo 55-quater, comma 1, lettera f-ter), e comma 3-quinquies». Disposizione questa che non rappresenta solo una «sollecitazione a punire in maniera adeguata»<sup>836</sup>, presupponendo invece un vero e proprio obbligo di giustificazione (con conseguente inversione dell'onere della prova) in capo a coloro che dovevano sanzionare e non lo hanno fatto<sup>837</sup>. La disposizione di legge citata, pertanto, nel delineare la fattispecie astratta, non si limita a configurare in via esemplificativa una possibile ipotesi di licenziamento, ma si spinge a imporre un vero e proprio schema logico del giudizio disciplinare: laddove il comportamento integra la fattispecie astratta, scatta la presunzione di necessaria applicabilità del licenziamento, salvo che chi doveva sanzionare e non lo ha fatto non espliciti e giustifichi (evidentemente in un atto che possa essere controllabile *ex post*, e utilizzabile ai fini di una futura difesa avverso una contestazione disciplinare per mancato o scorretto esercizio del potere disciplinare) le valutazioni che hanno condotto a ritenere l'«insussistenza dell'illecito in relazione a condotte aventi *oggettiva* e palese rilevanza disciplinare». In altre parole, nel sistema quasi “militarizzato” di cui si discute, un possibile verbale di archiviazione del procedimento disciplinare a carico di un dipendente, in cui magari si è scelto di non applicare la sanzione in quanto (nonostante l'oggettiva sussistenza della fattispecie astratta) si è effettuata una valutazione sulla non intenzionalità e/o sulla non particolare gravità del comportamento stesso, deve avere, già di per sé, le caratteristiche di una sorta di lettera di giustificazione producibile a fronte di una possibile contestazione disciplinare per aver irragionevolmente archiviato.

A fronte dell'imposizione di un simile schema logico che deve essere seguito nel giudizio disciplinare, è evidente il tentativo di *oggettivizzare* la responsabilità, sterilizzando valutazioni giustificative fondate sull'intenzionalità/non intenzionalità del comportamento posto in essere e/o sulla gravità/tenuità della rilevanza disciplinare del comportamento medesimo, il tutto – come si è detto – sotto la spada di Damocle della rigida tempistica che caratterizza il procedimento e dei rischi di responsabilità disciplinari “a cascata”.

La *ratio* della legge di irrigidire il giudizio sulla applicabilità della sanzione espulsiva sembra essere stata recepita supinamente dai più recenti CCNL sottoscritti, che espressamente escludono dalla possibilità (per l'autorità disciplinare competente e per il dipendente) di determinazione in via conciliativa della sanzione «i casi per i quali la legge e il contratto collettivo prevedono la sanzione del licenziamento, con o senza preavviso»<sup>838</sup>, così confermando gli stretti margini valutativi del comportamento che caratterizzano la verifica della sussistenza delle ipotesi di licenziamento “tipizzate” dal legislatore.

<sup>836</sup> Come pure sostenuto da F. Borgogelli, *Sui poteri della dirigenza pubblica nella disciplina dei rapporti di lavoro: il nuovo modello regolativo*, in AA.VV., *Studi in onore di Tiziano Treu*, 2011, p. 1554 ss.

<sup>837</sup> Così A. Boscati, *Il licenziamento disciplinare nel settore pubblico e in quello privato*, cit., p. 74.

<sup>838</sup> Così l'art. 63 del CCNL del comparto funzioni locali del 21 maggio 2018; l'art. 66 del CCNL del comparto funzioni centrali del 12 febbraio 2018; ma anche l'art. 70 dell'ipotesi di CCNL del comparto sanità del 23 febbraio 2018.

In questa logica, strettissimi appaiono gli spazi di considerazione delle possibili scriminanti fondate sulla non intenzionalità e non gravità del comportamento, laddove ricorra la fattispecie della falsa attestazione della presenza in servizio, mediante l'alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente<sup>839</sup>, ovvero della giustificazione dell'assenza dal servizio mediante una certificazione medica falsa o che attesta falsamente uno stato di malattia; ovvero ancora dell'assenza priva di valida giustificazione per un numero di giorni, anche non continuativi, superiore a tre nell'arco di un biennio o comunque per più di sette giorni nel corso degli ultimi dieci anni ovvero mancata ripresa del servizio, in caso di assenza ingiustificata, entro il termine fissato dall'amministrazione; oppure anche delle falsità documentali o dichiarative commesse ai fini o in occasione dell'instaurazione del rapporto di lavoro ovvero di progressioni di carriera. Tutte ipotesi nelle quali, almeno per i soggetti cui è attribuito l'esercizio del potere disciplinare, l'eventuale "coraggiosa" presa in considerazione di scriminanti per il lavoratore rischia di trasformarsi in una specie di boomerang, per ripararsi dal quale occorre adeguatamente motivare le ragioni della non applicazione della sanzione del licenziamento.

### 3.1. Il licenziamento per scarso rendimento: oggettivizzazione *versus* efficienza, uno a zero.

Se molte delle ipotesi "tipizzate" dal legislatore nell'art. 55-quater del d.lgs. n. 165/2001, appaiono ispirate alla sopra descritta finalità moralizzatrice, un discorso diverso merita di essere fatto con riguardo alla fattispecie descritta alla lettera f-quinquies), del medesimo articolo, che individua quale causa di licenziamento l'«insufficiente rendimento, dovuto alla reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa, stabiliti da norme legislative o regolamentari, dal contratto collettivo o individuale, da atti e provvedimenti dell'amministrazione di appartenenza, e rilevato dalla costante valutazione negativa della performance del dipendente per ciascun anno dell'ultimo triennio, resa a tali specifici fini ai sensi dell'articolo 3, comma 5-bis, del decreto legislativo n. 150/2009».

Si tratta di una delle ipotesi in cui, più che in altre, sembra intravedersi una relazione diretta e proporzionale fra obiettivi di *performance* e potere disciplinare, con una valorizzazione dell'impostazione aziendalista che, secondo taluni, ha pure caratterizzato la disciplina del lavoro pubblico a partire dalla riforma Brunetta<sup>840</sup>. È stato sottolineato come scopo della disposizione sia di connettere l'insufficiente rendimento alla disciplina sulla valutazione delle *performance*<sup>841</sup>. Sulla scorta di tale connessione, la fattispecie dell'insufficiente rendimento si configura allorquando concorrano una serie di elementi, tutti ritenuti qualificanti la fattispecie medesima, vale a dire: *i*) il comportamento del lavoratore concretante un inadempimento; *ii*) il nesso causale fra l'inadempimento citato e la reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa, stabiliti da norme legislative o regolamentari, dal contratto collettivo o individuale, da atti e provvedimenti dell'amministrazione di appartenenza; *iii*) la rilevazione dei punti *i*) e *ii*) dalla

<sup>839</sup> Su tale fattispecie, v. C. De Marco, *Licenziamento disciplinare per falsa attestazione di presenza in servizio*, cit., la quale evidenzia le ragioni per cui, in questo caso, non sia possibile prescindere dal valutare l'intenzionalità e la proporzionalità. L'autrice evidenzia come la «disposizione punisce l'assenteismo fraudolento; ed infatti, il riferimento esplicito alla fraudolenza consente di poter considerare quali scriminanti alcune circostanze quali ad esempio la mera dimenticanza della timbratura del cartellino ovvero un'uscita anticipata non registrata determinata da un'esigenza familiare. Pertanto elemento costitutivo della fattispecie risulta essere, e tale dovrà essere provato dall'Amministrazione, l'intento di raggio del dipendente che ben potrebbe essere integrato, e questo è il caso oggetto della sentenza, dalla abitualità del comportamento».

<sup>840</sup> V. Bavaro, *Note sul potere disciplinare*, cit., p. 509 ss.

<sup>841</sup> P. Monda, *Contratto di lavoro pubblico, potere organizzativo e valutazione*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 151 ss.; nonché U. Gargiulo, *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 264.

costante valutazione negativa della performance del dipendente per ciascun anno dell'ultimo triennio, resa a tali specifici fini ai sensi dell'articolo 3, comma 5-bis, del d.lgs. n. 150/2009.

Com'è noto, per quanto la disciplina in commento suggerisca l'idea di una riforma innovativa, lo scarso rendimento degli impiegati pubblici è un tema classico<sup>842</sup> del pubblico impiego<sup>843</sup>, che mantiene tutta la sua attualità, specie per quanto riguarda le ipotesi di scarso rendimento di alcune specifiche categorie di personale non contrattualizzato: così, per esempio, la giurisprudenza amministrativa prevalente ha costantemente affermato che la valutazione oggettiva del comportamento del dipendente militare, in relazione all'andamento del servizio, ben possa essere condotta prendendo in considerazione fatti che, pur suscettibili di censura anche in sede disciplinare, siano nondimeno idonei, globalmente considerati, a denotare l'insufficiente rendimento del dipendente e a consentire all'amministrazione un giudizio negativo sull'attività da questi svolta<sup>844</sup>. Al di fuori di alcuni ambiti specifici del lavoro pubblico non privatizzato, le valutazioni sullo scarso rendimento dei dipendenti pubblici non hanno, tuttavia, trovato alcun riscontro, così relegando per molti anni il dibattito sull'istituto nel silenzio<sup>845</sup>.

La "tipizzazione" dello scarso rendimento, quale fattispecie che può condurre al licenziamento rappresenta, pertanto, il tentativo di riaprire un dibattito sull'efficienza delle p.a., perseguita non solo tramite l'incremento dei profili etici dell'adempimento cui è tenuto il prestatore, ma anche tramite una valutazione sull'efficienza e sulla utilità della prestazione resa dal dipendente eticamente ineccepibile. In questa prospettiva si colloca la fattispecie descritta dalla lettera f-quinquies), che tuttavia – per come formulata- sconta numerosi rischi di ineffettività. La fattispecie citata, innanzitutto, risente del tentativo complessivo di *oggettivizzazione* delle ipotesi di licenziamento di cui si è detto, configurando una sorta di *automatismo* fra fattispecie astratta e conseguenza sanzionatoria, che ancora una volta mortifica e annulla l'autonomia manageriale, prediligendo una gestione "burocratica" del licenziamento, più attenta alla forma, che alla sostanza. A ben guardare, tuttavia, l'eccesso definitorio in cui, anche in questo caso, è caduto il legislatore sembra aver creato una gabbia definitoria di una fattispecie astratta in cui difficilmente potranno essere sussunti i reali e concreti casi di scarso rendimento, sicuramente presenti nelle amministrazioni pubbliche. Nel tentativo di *oggettivizzare* i comportamenti cui deve seguire il licenziamento, il legislatore ha, da una parte, previsto un meccanismo quasi automatico del quale è difficile ipotizzare le concrete modalità operative: il dirigente che valuta per tre anni

<sup>842</sup> Così R. Salomone, *Scarso rendimento e lavoro pubblico: perché no?* in *LPA*, 2008, p. 37 ss.

<sup>843</sup> V. l'art. 129 del d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3, Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato, il quale già prevedeva l'istituto della Dispensa, stabilendo che «Può essere dispensato dal servizio l'impiegato divenuto inabile per motivi di salute, salvo che non sia diversamente utilizzato ai sensi dell'art. 71, nonché quello che abbia dato prova di incapacità o di persistente insufficiente rendimento. Ai fini del precedente comma è considerato di persistente insufficiente rendimento l'impiegato che, previamente ammonito, riporti al termine dell'anno nel quale è stato richiamato una qualifica inferiore al "buono". All'impiegato proposto per la dispensa dal servizio è assegnato un termine per presentare, ove creda, le proprie osservazioni».

<sup>844</sup> V. T.A.R. Catania, (Sicilia), sez. III, 26/04/2013, (ud. 10/04/2013, dep.26/04/2013), n. 1214; nonché, di recente, sulla polizia penitenziaria, Consiglio di Stato, sez. IV, 24/02/2017, (ud. 16/02/2017, dep.24/02/2017), n. 884, in cui si afferma «la dispensa dal servizio per scarso rendimento risponde innanzitutto all'esigenza di tutelare la funzionalità e l'assetto organizzativo della pubblica amministrazione nei riguardi del comportamento del dipendente, che, complessivamente, denoti insufficiente rendimento dell'attività da lui prestata, con riguardo all'insussistenza di risultati utili, per quantità e qualità, alla funzionalità dell'ufficio, ed ha pertanto natura diversa da quella disciplinare, potendo tuttavia basarsi anche su fatti disciplinarmente rilevanti (indipendentemente dall'esito del relativo procedimento) e idonei ad apprezzare la scadente attività lavorativa e lo stesso comportamento (cfr. sul punto, ad es., Cons. Stato, sez. IV, 28 novembre 2006 n. 6955)». Sul tema v. F. Bassetta, *L'istituto dello scarso rendimento in ambito militare*, in *LPA*, 2005, p. 224 ss.

<sup>845</sup> Con l'unica eccezione, della polemica sollevata da P. Ichino, *I nullafacenti. Perché e come reagire alla più grave ingiustizia della nostra amministrazione pubblica*, Mondadori, Milano, 2006.

negativamente un dipendente ha l'obbligo, dopo il terzo anno, di inviare gli atti all'ufficio per i procedimenti disciplinari? L'ufficio per i procedimenti disciplinari ha margini per valutare il *quantum* della valutazione negativa? La contestazione al dipendente può consistere nel mero invio delle valutazioni dallo stesso ottenute negli ultimi tre anni? Lo stesso potrà addurre giustificazioni attinenti a profili organizzativi complessivi e/o a carenze più generali che hanno determinato una valutazione negativa? Dall'altra, a una più attenta lettura della disposizione, emerge una aporia concettuale presente nella fattispecie stessa, che rischia di renderla inapplicabile: la lettera f-quinquies) fa, infatti, esplicito riferimento a un insufficiente rendimento, dovuto alla reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa, stabiliti da norme legislative o regolamentari, dal contratto collettivo o individuale, da atti e provvedimenti dell'amministrazione di appartenenza; tale previsione sembra far discendere l'insufficiente rendimento dal mero inadempimento degli obblighi contrattuali "di base", laddove invece il sistema di valutazione delle *performance* dei dipendenti dovrebbe essere finalizzato a premiare il merito per attività o contributi ulteriori rispetto all'assolvimento dell'attività meramente ordinaria (grado di collaborazione a specifici progetti o agli obiettivi della struttura, capacità particolari di *problem solving*, ecc.). In un sistema in cui la *performance* è realmente finalizzata a premiare il merito e collegata, come dovrebbe essere, a obiettivi specifici, i risultati della valutazione non fotograferanno di certo «la reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa, stabiliti da norme legislative o regolamentari, dal contratto collettivo o individuale, da atti e provvedimenti dell'amministrazione di appartenenza», ma semplicemente il contributo di quel lavoratore al raggiungimento degli obiettivi dati; con la conseguenza che, detta fotografia, da una parte, non sempre sarà in grado di individuare i dipendenti con insufficiente rendimento, e dall'altra, una valutazione negativa su obiettivi specifici non sempre è sintomatica di un effettivo scarso rendimento.

In altre parole, anche in questo caso, l'eccesso di iper formalizzazione di cui è espressione la regolazione *command and control* in commento, priva la dirigenza del suo naturale ruolo datoriale, esponendo la disposizione stessa al rischio di ineffettività, sia per la non perfetta corrispondenza fra ipotesi di reale scarso rendimento e valutazioni negative delle *performance*, sia per le difficoltà applicative derivanti da una presunta automaticità, destinata a crollare a fronte di un più analitico e necessario giudizio di adeguatezza, proporzionalità, intenzionalità, ma anche di rilevanza del comportamento per il quale si prevede la sanzione del licenziamento.

#### 4. *Ratio* e paradossi della tutela reintegratoria generalizzata.

L'apice della divaricazione regolativa pubblico-privato è rappresentato dalla disciplina rimediabile applicabile nel caso di licenziamento ingiustificato, la cui evoluzione è stata frutto della seconda spinta di ri-pubblicizzazione centrifuga cui si è accennato e nella quale - come si vedrà nelle pagine che seguono - il dibattito dottrinale e l'evoluzione giurisprudenziale (più che per altri istituti) hanno affrontato la questione abbracciando e rinviando la tesi della presunta diversità ontologica del lavoro alle dipendenze delle p.a.

A fronte dell'ascesa della prevalente tutela risarcitoria nel lavoro privato<sup>846</sup>, con i temperamenti di recente definiti nella sentenza della Corte Costituzionale n. 194/2018 che ha ridisegnato il

<sup>846</sup> Sul dibattito nel lavoro privato si rinvia a P. Saracini, *Reintegra monetizzata e tutela indennitaria nel licenziamento ingiustificato*, Giappichelli, Torino, 2018.

sistema delle tutele economiche previste dal cd. *Jobs Act* in caso di licenziamento individuale ingiustificato, a partire dal 2012, dottrina e giurisprudenza hanno cominciato a interrogarsi sulla necessità/possibilità/opportunità di preservare la specificità regolativa del lavoro pubblico, confermando in quest'ambito la centralità della tutela reintegratoria, quale rimedio applicabile sempre e comunque nell'ipotesi di licenziamento illegittimo del dipendente pubblico.

L'art. 63 del d.lgs. n. 165/2001, come modificato dall'art. 21 del d.lgs. n. 75/2017, prevede espressamente il diritto del dipendente pubblico licenziato illegittimamente di ottenere la reintegrazione nel posto di lavoro e il «pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegra, e comunque in misura non superiore alle ventiquattro mensilità, dedotto quanto il lavoratore abbia percepito per lo svolgimento di altre attività lavorative. Il datore di lavoro è condannato, altresì, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali».

A differenza del lavoro privato, dove- come è noto- dal 2012 si è avuto un moltiplicarsi di regimi di tutela (con reintegra e indennizzo variabile, o solo con indennizzo variabile), nel lavoro pubblico la tutela reintegratoria (unita a quella risarcitoria definita nel *quantum*) continua pertanto ed essere lo strumento rimediabile unico (o quasi, con l'unica eccezione della tutela riservata al *wistheblower*, su cui v. oltre par. 5).

La scelta del legislatore del 2017 si colloca, come detto, nel solco di una rinnovata differenziazione del lavoro alle dipendenze delle p.a. e, a prescindere dalla condivisibilità o meno della forma di tutela prescelta, sicuramente aderente al dna "storico" del diritto del lavoro e alla sua funzione di tutela prevalente della persona e del lavoratore quale contraente debole, è figlia della tesi della "pubblicizzazione ontologicamente resistente", che – alla luce della lettura che ne è stata data dalla dottrina e, soprattutto, dalla giurisprudenza - confermerebbe l'errore concettuale di considerare la "specialità" del lavoro pubblico un predicato della fattispecie, e non solo della disciplina<sup>847</sup>.

Consapevole della genesi ispiratrice della differenziazione, nelle pagine che seguono, si proverà a ricostruire il sostrato dottrinale e giurisprudenziale che ha portato il legislatore a disciplinare la materia confermando la tutela rimediabile unica, evidenziando, tuttavia, come la mera riproposizione della tesi giustificativa fondata sulla presunta diversità ontologica del lavoro pubblico sconti una serie di debolezze e contraddizioni che, da sole, fanno apparire la differenziazione inopportuna, se non addirittura illegittima<sup>848</sup>.

Nel tentativo di ricondurre a razionalità la disciplina del licenziamento, sia dal punto di vista sostanziale, sia dal punto di vista rimediabile, nelle pagine che seguono, si proverà a individuare la *ratio* della differenziazione in un diversa e legittima operazione di bilanciamento effettuata dal legislatore, tenuto conto della necessità di parametrare il regime di tutela all'esigenza di assicurare l'effettività della sua funzione riparatorio-compensativa in un sistema organizzativo ad elevata complessità, ma anche a quella di dissuadere il datore di lavoro pubblico (astrattamente inteso, attesa la gestione acefala e burocratizzata del procedimento disciplinare di cui si è detto) dal porre

<sup>847</sup> Lettura criticata da V. Pinto, *Il lavoro pubblico nella transizione*, cit., p. 107 ss., il quale, in maniera condivisibile, afferma invece che la «specialità altro non sarebbe che un predicato della disciplina e non della fattispecie», cit. p. 120. Nello stesso senso B. Caruso, *Le riforme e il lavoro pubblico*, cit.

<sup>848</sup> Così B. Caruso, *Le riforme e il lavoro pubblico*, cit.

in essere comportamenti arbitrari e/o ingiustificati, o anche solo non sufficientemente ponderati. Operazione di bilanciamento trasparente e legittima (semmai potenzialmente discutibile nel merito), ma comunque riconducibile al dibattito lavoristico sulle tutele rimediali nel diritto “comune” del lavoro pubblico-privato, che ormai si è abituato a convivere con regimi di tutela rimediale sempre più specifici e differenziabili. Come si vedrà nelle pagine che seguono, anche alla luce della lettura “lavoristica” dell’istituto, diverse sono le differenziazioni fra lavoro pubblico e lavoro privato, comunque, connotate da irragionevolezza, se non proprio da illogicità (v. oltre par. 5).

#### 4.1. La lettura panpubblicistica della reintegra quale rimedio unico a protezione dell’interesse pubblico...

Nell’arco del quinquennio che ha preceduto la novella dell’art. 63 del d.lgs. n. 165/2001, ad opera dell’art. 21 del d.lgs. n. 75/2017, dottrina e giurisprudenza si sono divise sull’applicabilità o meno al pubblico impiego dell’art. 18 dello Statuto, come riformato dalla l. n. 92/2012; nell’ambito di tale dibattito, alla tesi di coloro i quali ritenevano il nuovo testo dell’art. 18 direttamente applicabile ai rapporti di lavoro pubblico privatizzati<sup>849</sup>, si è contrapposta la tesi di quanti escludevano l’applicabilità della nuova disciplina al pubblico impiego<sup>850</sup>; secondo questo orientamento, infatti, il licenziamento disciplinare nel pubblico impiego doveva ritenersi disciplinato da un subsistema normativo che avrebbe radicalmente escluso l’applicabilità del nuovo art. 18, ritenuto ontologicamente incompatibile con la perdurante specificità del rapporto di impiego alle dipendenze delle p.a.<sup>851</sup>

Nell’ambito del dibattito citato, non è mancato chi ha evidenziato che negare l’ingresso del nuovo art. 18 nel pubblico impiego fosse un’operazione bizantina, tanto più in un’ottica strettamente

<sup>849</sup> Questo orientamento si è basato essenzialmente sul doppio rinvio mobile contenuto nel d. lgs. n. 165/2001: vale a dire, nell’art. 2 (contenente il rinvio generale alle disposizioni del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell’impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel decreto medesimo); nonché nell’art. 51, comma 2 (il quale precisa che le disposizioni di cui alla legge n. 300 del 1970, «e successive modificazioni ed integrazioni», si applichino alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti).

<sup>850</sup> Solo per alcuni richiami al citato dibattito dottrinale, cfr. F. Carinci, *Art. 18 St. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in *LG*, 2012, p. 1136 ss.; Id., *Ripensando il “nuovo” articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *ADL*, 2013, p. 472 ss.; Id., *È applicabile il novellato art. 18 St. al pubblico impiego privatizzato? (Una domanda ancora in cerca di risposta)*, in *LPA*, 2013, p. 913 ss.; L. Fiorillo, *Il licenziamento nel lavoro pubblico contrattualizzato: la Cassazione applica l’art. 18 dello Statuto e la giurisprudenza di merito (minoritaria) dissente*, in *DLM*, 2016, 1, p. 166 ss.; M. Gerardo – A. Mutarelli, *Il licenziamento nel pubblico impiego dopo la Riforma Fornero (ovvero il cubo di Rubik)*, in *LPA*, 2013, 1, p. 191 ss.; 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. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Bari, 2013, p. 843 s.; E. Gragnoli, *L’inapplicabilità della legge n. 92/2012 ai rapporti di lavoro pubblico privatizzato*, in L. Fiorillo- A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, IV, Torino, 2014, p. 143 ss.; S. Giubboni, A. Colavita, *La nuova disciplina dei licenziamenti e i rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *W.P. Csdle «Massimo D’Antona»*.IT, 2016, n. 304; A. Tampieri, *La legge n. 92/2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in G. Pellacani (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 33 ss.; L. Cavallaro, *Perché il nuovo art. 18 st. lav. si applica al pubblico impiego*, in *LPA*, 2013, 6, p. 926 ss.; il dibattito è riassunto da M. Martone, *La riforma della riforma. Il licenziamento illegittimo e la reintegrazione del pubblico dipendente tra contrasti dottrinali, incertezze giurisprudenziali e modifiche legislative*, in *ADL*, 2017, 2, p. 366 ss.

<sup>851</sup> Nell’ambito del citato dibattito, una notazione particolare (per la sua non collocabilità né nell’uno, né nell’altro filone interpretativo) merita la tesi sostenuta da A. Boscati, *La difficile convivenza tra il nuovo art. 18 e il lavoro pubblico*, in *LPA*, 2012, 1, p. 993 ss., nonché Id., *Il licenziamento disciplinare nel settore pubblico e in quello privato*, cit., p. 77 e M. De Luca, *Riforma della tutela reale contro il licenziamento illegittimo e rapporto di lavoro privatizzato alle dipendenze di amministrazioni pubbliche: problemi e prospettive di coordinamento*, in *LPA*, 2013, 1, p. 1 ss. secondo cui, nel caso di licenziamento illegittimo di un pubblico dipendente, sarebbe stata possibile solo la sanzione «ripristinativa», in quanto il licenziamento illegittimo sarebbe da considerare sempre e comunque atto nullo per violazione di norme imperative. In tale ultimo senso v. Cass., 26 novembre 2015, n. 24157, in *RIDL*, 2016, II, p. 370 ss., con nota di C. Cester, *Lavoro pubblico e licenziamento davanti alla Corte di Cassazione*, p. 383 ss.

politica, adombrandosi cripticamente su una posizione vetero-corporativa, nonché incauta sul piano della ragionevolezza costituzionale<sup>852</sup>.

Nel silenzio del legislatore (come detto, intervenuto solo nel 2017, con la novella dell'art. 63 cit.), la tesi della inapplicabilità del nuovo art. 18 al pubblico impiego è stata sostenuta anche dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 11868 del 9 giugno 2016; con la sentenza citata, la Corte esercitando un ruolo propulsivo di “differenziatore istituzionale”<sup>853</sup> della regolazione pubblico-privata – ha, di fatto, suggerito al legislatore le basi teoriche per la successiva ri-differenziazione della disciplina rimediale. La Corte – oltre all'utilizzo di un argomento formale sull'impossibilità di recezione automatica delle modifiche introdotte dalla riforma Fornero, sulla base del cd. rinvio mobile – si è spinta a motivare l'esclusione sulla base di una serie di considerazioni di ordine logico-sistematiche che, di fatto, hanno fornito una lettura panpubblicistica della tutela reintegratoria, come tutela rimediale unica, che tuttavia – come si vedrà – si espone a una serie di critiche in termini di efficacia dell'argomentazione, ma anche e soprattutto di ragionevolezza della stessa<sup>854</sup>.

Nel riassumere le ragioni della perdurante applicabilità del “vecchio” art. 18, la Corte (punto 3.3.): a) ha richiamato la presunta diversa *ratio* della disciplina del licenziamento nel lavoro privato introdotta nel 2012, secondo la quale tale disciplina avrebbe «tenuto conto unicamente delle esigenze proprie dell'impresa privata, alla quale solo può riferirsi la lettera c), che pone una inscindibile correlazione fra flessibilità in uscita ed in entrata, allargando le maglie della prima e riducendo nel contempo l'uso improprio delle tipologie contrattuali diverse dal rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato»; b) ha giustificato la necessità di differenziazione argomentando sulla base della circostanza secondo la quale nel lavoro pubblico il legislatore «ha dettato una disciplina inderogabile, tipizzando anche illeciti disciplinari ai quali deve necessariamente conseguire la sanzione del licenziamento»; c) ha affermato la inconciliabilità della nuova normativa con le disposizioni contenute nel d.lgs. n. 165/2001, tenuto conto che la disciplina ivi contenuta ha – per espressa previsione del legislatore – carattere inderogabile ai sensi e per gli effetti degli artt. 1339 e 1419 c.c.; d) ma soprattutto, ha affermato che «una eventuale modulazione delle tutele nell'ambito dell'impiego pubblico contrattualizzato richiede da parte del legislatore una ponderazione di interessi diversa da quella compiuta per l'impiego privato, poiché, come avvertito dalla Corte Costituzionale, mentre in quest'ultimo il potere di licenziamento del datore di lavoro è limitato allo scopo di tutelare il dipendente, nel settore pubblico il potere di risolvere il rapporto di lavoro, è circondato da garanzie e limiti che sono posti non solo e non tanto nell'interesse del soggetto da rimuovere, ma anche e soprattutto a protezione di più generali interessi collettivi (Corte Cost. 24.10.2008 n. 351)».

#### 4.2. ...e la sua presunta «costituzionalizzazione».

La sentenza della Cassazione n. 11868 del 9 giugno 2016, prima citata, ha richiamato esplicitamente la pregressa giurisprudenza costituzionale – vale a dire alla sentenza n. 351 del 24

<sup>852</sup> In tal senso, la critica di M. Esposito, “*Quo usque tandem...?*”: politica, giudici e realtà nel dibattito sul licenziamento dei pubblici dipendenti, in *DML*, 2016, 3, p. 665 ss.

<sup>853</sup> B. Caruso, *Le riforme e il lavoro pubblico*, cit.

<sup>854</sup> V. pure la critica di M. Esposito, “*Quo usque tandem...?*”, cit., p. 668 ss.

ottobre 2008<sup>855</sup> - che sembra aver fornito le basi argomentative per una operazione di «costituzionalizzazione» della reintegra nel pubblico impiego<sup>856</sup>. A ben guardare, tuttavia, le argomentazioni della Corte Costituzionale sul presunto fondamento costituzionale della reintegra riguardavano uno specifico caso di *spoil system contra legem* dei vertici della sanità<sup>857</sup>, rispetto al quale la Corte – richiamando la precedente sentenza n. 104 del 23 marzo 2007- ha puntellato costituzionalmente la necessità di circondare di garanzie di indipendenza il *management* delle aziende sanitarie, in modo da garantire e rendere effettivo il principio della distinzione tra funzione di indirizzo politico-amministrativo degli organi di governo e funzione di gestione e attuazione amministrativa; ciò, soprattutto con riguardo a figure dirigenziali apicali, quali i vertici della sanità, per i quali si pone maggiormente il problema del rispetto dei principi di imparzialità e di buon andamento, che storicamente hanno giustificato la necessità di evitare pericolosi meccanismi di dipendenza della dirigenza dalla politica<sup>858</sup>. In questa logica, la Corte ha affermato la contrarietà di una sanzione solo risarcitoria nel caso di *spoil system* dei dirigenti *contra legem*, in quanto un «ristoro economico, non attenuerebbe in alcun modo il pregiudizio da quella rimozione arrecato all'interesse collettivo all'imparzialità e al buon andamento della pubblica amministrazione».

Il ragionamento della Corte costituzionale<sup>859</sup>, lungi dal «costituzionalizzare», *sic et simpliciter*, la necessità della reintegra nel pubblico impiego, va pertanto contestualizzato alla specifica fattispecie alla quale era riferito, vale a dire alla questione delle identificazione della figura del datore di lavoro nella p.a. e alla più complessiva questione degli strumenti di garanzia del rispetto del principio di separazione fra attività politica e attività di gestione<sup>860</sup>; sulla scorta di tale principio, che ha caratterizzato il passaggio da un modello burocratico-accentratore della dirigenza, fondato sulla gerarchia, a un modello decentrato, organizzato per sfere di competenza autonome nell'attività di concreta gestione<sup>861</sup>, nel pubblico impiego – nel sistema organizzativo ideato dal legislatore della privatizzazione- la dirigenza di vertice identifica il datore di lavoro, per cui la maggiore stabilità, anche con riguardo al licenziamento, si giustifica con la finalità di preservare la

<sup>855</sup> Su cui A. Zoppoli, *Licenziamento del dirigente pubblico e organizzazione dopo la sentenza della Consulta n. 351 del 2008*, in *DML*, 2009, 1, p. 111 ss., che profeticamente annunciava come la sentenza «al di là della fattispecie legislativa considerata, poteva influenzare tanto l'interpretazione di altre regole attualmente in vigore, quanto la futura produzione normativa», p. 114.

<sup>856</sup> A. Zoppoli, *Licenziamento del dirigente pubblico e organizzazione*, cit., p. 117; C. Cester, *Lavoro pubblico e licenziamento davanti alla Corte di Cassazione*, cit., p. 383 ss.

<sup>857</sup> La pronuncia aveva ad oggetto la questione di legittimità costituzionale, per violazione dell'art. 97 Cost., dell'art. 1, commi 1 e 2, della legge della Regione Lazio 13 giugno 2007, n. 8 (Disposizioni concernenti cariche di organi di amministrazione di enti pubblici dipendenti decaduti ai sensi di norme legislative regionali dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale) che escludevano la obbligatoria reintegrazione del dirigente che fosse automaticamente decaduto dall'incarico in base ad una disposizione dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale.

<sup>858</sup> Sulle nomine dei vertici della sanità a seguito delle recenti riforme, sia consentito rinviare a L. Zappalà, *La proceduralizzazione bifasica delle nomine dei manager della sanità: problemi applicativi del nuovo dosaggio di fonti regolative dopo la riforma Madia*, in *LPA*, 2019, 1.

<sup>859</sup> Già presente in alcune precedenti sentenze della Corte di Cassazione, cfr. Cass. 1 febbraio 2007, n. 2333, che però poi fonda l'applicabilità dell'art. 18 (nella versione allora vigente) alla dirigenza sulla scorta del ragionamento, tutto "civilistico", della applicabilità dello Statuto dei lavoratori alle p.a. a prescindere dal numero dei dipendenti.

<sup>860</sup> A. Zoppoli, *Licenziamento del dirigente pubblico e organizzazione*, cit., p. 131 ss.

<sup>861</sup> La letteratura sul punto è, ovviamente, molto vasta e in questa sede non richiamabile, solo per alcuni riferimenti essenziali v. M. Rusciano, *La dirigenza amministrativa fra pubblico e privato*, in M. D'Alberti (a cura di), *La dirigenza pubblica*, Il Mulino, Bologna, 1990, 83; C. D'Orta, *Politica e amministrazione*, in F. Carinci - M. D'Antona (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Dal d.lgs. 29/93 ai d.lgs. nn. 396/97, 80/98 e 387/98*, *Commentario*, Milano, 2000, pag. 391 ss.; G. D'Auria, *La tormentata riforma della dirigenza pubblica*, in *LPA*, 2001, 2001, pag. 29 ss.; A. Zoppoli, *Dirigenza. Contratto di lavoro e organizzazione*, Napoli, 2000; M.G. Garofalo, *La dirigenza pubblica rivisitata*, in *LPA*, 2002, 2, p. 873 ss; M. Cammelli, *Politica ed amministrazione: modelli costituzionali, realizzazione e problemi aperti*, in *LPA*, 2003, 2, p. 258 ss.

stabilità del datore di lavoro/manager e la sua indipendenza dalla politica. Tale ragionamento non è in alcun modo replicabile per tutte le ipotesi di tutela rimediale applicabile in caso di cessazione del rapporto di lavoro. Proprio per la specificità delle argomentazioni che avevano condotto la Corte Costituzionale a ritenere illegittima la mera monetizzazione dello *spoil system* illegittimo, parte della dottrina aveva già cautamente escluso l'estensibilità del ragionamento sulla «costituzionalizzazione» della reintegra al di fuori dei casi citati, riguardanti la dirigenza<sup>862</sup>. Più cautamente, la stessa Corte di Cassazione, in molte delle successive pronunce riguardanti la dirigenza non apicale, si è ben guardata dal pronunciarsi sulla sussistenza di un preciso nesso causale fra reintegra e principi costituzionali, di fatto, giustificando la necessità della tutela reintegratoria dei dirigenti, di volta in volta illegittimamente licenziati, con il ricorso ad argomentazioni civilistiche che hanno reso, comunque, applicabile l'art. 18 dello Statuto<sup>863</sup>.

La tutela reintegratoria generalizzata, come detto, è stata fatta propria dal legislatore con l'art. 63 del d.lgs. n. 165/2001, come modificato dall'art. 21 del d.lgs. n. 75/2017, che ha, pertanto, messo fine al contrasto interpretativo di cui si è detto. Tale disciplina è stata salutata con favore da parte della dottrina che ha considerato la novella una scelta «obbligata», in quanto imposta dai principi costituzionali di buon andamento e imparzialità, che verrebbero violati se si consentisse al datore di lavoro pubblico di monetizzare un atto illegittimo, che ha avuto l'effetto di espellere un lavoratore vincitore di un concorso pubblico, per giunta costringendo la p.a. a ricoprire con un nuovo concorso il posto resosi vacante<sup>864</sup>.

Le argomentazioni della dottrina citata, di fatto, richiamano e fanno proprie le argomentazioni della pregressa giurisprudenza sulla «costituzionalizzazione» della reintegra e sulla funzionalizzazione della reintegra stessa a garanzia del valore della imparzialità, in quanto l'applicazione di una tutela meramente indennitaria «avrebbe condotto a un quadro in cui si ammetteva che un dipendente pubblico potesse essere costretto a lasciare il posto di lavoro, ottenuto per concorso». Secondo questa lettura, pertanto, la *ratio* della reintegra è finalizzata a garantire «i principi del merito e dell'imparzialità, che sono alla base del meccanismo concorsuale che viene imposto a chiunque aspiri a stipulare un contratto di lavoro con la pubblica amministrazione»; principi che, pertanto, «non possono non produrre riverberi anche sulla fase estintiva del rapporto»<sup>865</sup>.

#### 4.3. Debolezza argomentativa della lettura panpubblicistica.

La lettura panpubblicistica di cui si è detto ha rimesso al centro del discorso la presunta diversità ontologica “sopravvenuta”<sup>866</sup> fra datore di lavoro pubblico e datore di lavoro privato, addirittura spingendosi – attraverso una operazione di eterogenesi dei fini della disciplina rimediale – a

<sup>862</sup> Così C. Cester, *Lavoro pubblico e licenziamento davanti alla Corte di Cassazione*, cit., p. 383 ss. Sull'evoluzione del regime sanzionatorio applicabile al recesso del rapporto di lavoro dirigenziale e sulla regolazione della materia da parte della contrattazione collettiva v. R. Voza, *In attesa della riforma: il licenziamento del dirigente pubblico e i regimi di tutela*, in *LPA*, 2016, 1-2, p. 145 ss.

<sup>863</sup> Cfr. Cass. 29 luglio 2013, n. 18198.

<sup>864</sup> Così V. Luciani, *Il licenziamento illegittimo del dipendente pubblico e la tutela reintegratoria «universale»*, in M. Esposito e al. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento ai d.lgs. nn. 74 e 75 2017 (cd. riforma Madia)*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 397 ss.; nonché, L. Zoppoli, *Tre pareri sulla costituzionalità della disposizione del decreto legislativo Madia in tema di reintegrazione dei lavoratori pubblici nel posto di lavoro*, in *Rassegna Astrid*, 2017, n. 7, 18 ss.; considera tali argomentazioni insuperabili pure M. Nicolosi, *Licenziamento disciplinare e tutela reale nel settore pubblico dopo le riforme della disciplina del licenziamento individuale*, in *ADL*, 2016, 3, p. 600 ss.

<sup>865</sup> In tal senso, V. Luciani, *Il licenziamento illegittimo del dipendente pubblico*, cit., p. 404.

<sup>866</sup> V. Luciani, *Il licenziamento illegittimo del dipendente pubblico*, cit., p. 405.

considerare la reintegra quale strumento finalizzato a garantire il pubblico interesse alla continuazione del rapporto con il dipendente illegittimamente licenziato.

Tale lettura dottrina e giurisprudenziale ha dato vita ad una vera e propria operazione di ri-pubblicizzazione dell'istituto, sull'onda, tuttavia, di una forza centrifuga di segno opposto a quella che ha ispirato la ri-pubblicizzazione del potere disciplinare, in chiave punitivo-efficientista. L'argomentazione della diversità ontologica del datore di lavoro pubblico è stata, infatti, utilizzata (con effetti di evidente irragionevolezza) sia a sostegno della necessità di un sistema disciplinare burocratizzato fortemente punitivo, a prescindere dal concreto grado di "colpa" del lavoratore pubblico (in quanto, comunque finalizzato a promuovere una classe di dipendenti eticamente ineccepibili); sia a sostegno della necessità della reintegra, sempre e comunque, a prescindere dalla concreta correttezza del comportamento posto in essere dal lavoratore, in quanto – ove sia accertata l'illegittimità del licenziamento (per qualunque vizio) – la necessità di soddisfare l'interesse pubblico (astrattamente considerato) a rimettere il lavoratore nel posto di lavoro (per il quale ha vinto un concorso pubblico) prevarrebbe su qualunque valutazione, in termini etici e di efficienza, sulle ragioni che avevano determinato il licenziamento.

Il sovrapporsi delle diverse anime della ri-pubblicizzazione ha avuto l'effetto di sottoporre la disciplina del licenziamento a due forze centrifughe di segno opposto che, come accennato, conducono un giudizio di inopportunità, se non di irragionevolezza, della differenziazione, di cui si è detto, e che spingono a una rilettura complessiva della disciplina in una diversa chiave "lavoristica".

A tal fine, occorre innanzitutto illustrare le ragioni per le quali la lettura panpubblicistica della presunta «costituzionalizzazione» della reintegra, sposata dalla dottrina e dalla giurisprudenza sopra citata, non appare convincente. Foriera di critiche è, innanzitutto, la posizione della Cassazione di cui alla sentenza n. 11868 del 9 giugno 2016 che, di fatto, ha avallato la lettura panpubblicistica citata. Le argomentazioni della Corte cui si è accennato, si espongono, infatti, a una serie di critiche in termini di coerenza e di efficacia dell'argomentazione medesima, ma anche di ragionevolezza della stessa. Se da una parte, ragionevole, anche se particolarmente complesso, appare il riferimento a una presunta *ratio* di differenziazione dell'utilizzo della flessibilità in entrata e in uscita nel lavoro pubblico e nel lavoro privato; dall'altra, non si comprende come e perché la regolazione inderogabile sul procedimento disciplinare e sulle ipotesi tassative di licenziamento dovrebbe necessariamente giustificare la tutela rimediale della reintegra in caso di illegittimità del licenziamento medesimo; in altre parole, perché l'ipotetica violazione di un termine procedurale, renderebbe necessaria la reintegra? Dall'altra ancora, la Corte si spinge a considerare la reintegra come uno strumento a tutela non solo del lavoratore, ma anche della p.a. e dell'interesse pubblico a non perdere un dipendente licenziato illegittimamente. Anche tale argomentazione, tuttavia, si rivela poco convincente, in quanto l'interesse della p.a. che giustificerebbe la reintegra sembra riferirsi alla ipotesi di un licenziamento assolutamente ingiustificato, o addirittura ritorsivo, rispetto al quale la sola monetizzazione concluderebbe una situazione sostanziale di ingiustizia; diversamente, non si vede quale possa essere, in concreto, l'interesse pubblico nel reintegrare sempre e comunque un lavoratore, licenziato perché ha tenuto un comportamento infedele e/o negligente, a fronte magari di un errore del procedimento compiuto dalla p.a., oppure un lavoratore realmente improduttivo, il cui scarso rendimento è stato possibilmente accertato dagli organismi di valutazione competenti, ma nell'ambito di una procedura viziata in qualche passaggio formale o temporale.

Né, d'altra parte, come pure è stato sottolineato, tale rinnovata differenziazione regolativa può trovare una giustificazione nell'argomentazione secondo la quale, avendo il lavoratore superato un pubblico concorso, lo stesso andrebbe sempre e comunque reintegrato, in ragione di una presunzione insuperabile di utilità pubblica della sua prestazione, quale vincitore di concorso. Come, infatti, è stato rilevato, se fosse vera questa tesi, portandola sino alle estreme conseguenze, non potrebbe mai giustificarsi concettualmente il licenziamento per ragioni riorganizzative del dipendente vincitore di concorso, in quanto in situazione di *job property* per meriti concorsuali<sup>867</sup>.

Nel ritenere insoddisfacente la tesi della «costituzionalizzazione» della reintegra, parte della dottrina ha provato a fornire una spiegazione più pragmatica della differenziazione pubblico privato in materia di licenziamento per ragioni soggettive, cioè quella di evitare i costi eccessivi per la pubblica amministrazione del licenziamento ingiustificato senza un corrispettivo prestazionale (una sorta di danno erariale legittimato dalla legge)<sup>868</sup>. Tale lettura, di fatto, riecheggia – senza tuttavia necessariamente rinvenire un fondamento costituzionale della reintegra – le stesse argomentazioni della Consulta che (a proposito della tutela rimediabile applicabile al dirigente pubblico) avevano evidenziato i costi collettivi di un ristoro meramente economico da corrispondere al dirigente licenziato, in quanto oltre al costo della sostituzione del licenziato medesimo, graverebbe sulla collettività anche il costo del risarcimento dovuto al lavoratore<sup>869</sup>. Tale argomentazione che fa leva su una valutazione economico-finanziaria che dovrebbe maggiormente tutelare la p.a. si espone, tuttavia, a profili d'irrazionalità, in quanto se appunto la *ratio* fosse solo quella di non gravare la collettività di costi non necessari, non si spiegherebbe il diverso regime di risarcimento in caso di reintegra: sino a 24 mensilità per il lavoratore pubblico, e solo sino a 12 per quello privato (fatto salvo il licenziamento discriminatorio, ritorsivo o altrimenti nullo). Né, tale lettura, sarebbe giustificabile, se comparata alla diversa disciplina sanzionatoria applicabile in caso di utilizzo illegittimo del lavoro a termine, la quale, piuttosto che ammettere la conversione dei contratti a termine illegittimi (anche dei lavoratori che hanno superato una selezione pubblica e che, magari, per anni, sono stati adibiti al soddisfacimento di esigenze assolutamente fisiologiche della p.a.) in contratti a tempo indeterminato, prevede sempre e comunque la monetizzazione del danno-sanzione a favore del lavoratore.

#### 4.4. L'opportunità di una lettura "lavoristica" della reintegra anche nel pubblico impiego.

La difficoltà di fondare la reintegra sui valori costituzionali e, di conseguenza, di piegare il citato strumento rimediabile al soddisfacimento dei principi di merito, di imparzialità e di buon andamento è, tuttavia, criticabile anche da un diverso punto di vista. Il dibattito sulla necessità ontologica della reintegra e l'approdo alla tesi della «costituzionalizzazione» spostano il piano discorsivo della tutela rimediabile capovolgendo il bene tradizionalmente tutelato dal diritto del lavoro attraverso la strumentazione reintegratoria: in altre parole, la tesi citata fa propria una grammatica discorsiva che, puntando prioritariamente – se non esclusivamente – sull'esigenza di soddisfacimento degli interessi generali che ispirano l'operato della p.a., omette di confrontarsi con il dna tipico del diritto del lavoro che, storicamente, ha svolto la funzione di riequilibratore delle situazioni di disparità di potere. Paradossalmente, il dibattito sulla necessità della tutela

<sup>867</sup> Così B. Caruso, *Le riforme e il lavoro pubblico*, cit.

<sup>868</sup> Così B. Caruso, *Le riforme e il lavoro pubblico*, cit.

<sup>869</sup> Cfr. Corte Cost. 24 ottobre 2008, n. 351.

reintegratoria nel pubblico impiego è fortemente sintomatico della perdita di identità del diritto del lavoro che, per giustificare la *ratio* della reintegra all'interno di un sistema sempre più diversificato di regimi sanzionatori per il licenziamento ingiustificato, ha bisogno di stravolgerne la funzione di protezione del contraente debole (quale è comunque anche il dipendente della p.a. illegittimamente licenziato), piegando la reintegra al soddisfacimento di presunte – ma il più delle volte irrazionali e ingiustificabili – esigenze di tutela degli interessi generali cui dovrebbe ispirarsi l'operato delle p.a.

Il rispolvero della natura ontologica del lavoro pubblico, quale spiegazione per giustificare la differenziazione dei regimi sanzionatori applicabili al licenziamento fra lavoro pubblico e lavoro privato, pertanto, da una parte, si incanala nel solco di quella lettura che confida nella convinzione che i vincoli legali «costituiscano di per sé forze capaci di conformare effettivamente i comportamenti organizzativi e gestionali di tutte le pubbliche amministrazioni»<sup>870</sup>. D'altra parte, tale lettura, è sintomatica delle difficoltà concettuali di giustificare la *ratio* della disciplina inderogabile a tutela del lavoratore (che è e resta debole) proprio nel lavoro pubblico, nel quale (ormai da anni) il legislatore ha distorto l'utilizzo della norma inderogabile a tutela dell'effettività delle disposizioni di legge "speciali" finalizzate ad assicurare coattivamente il rispetto del principio di legalità, dell'imposizione *ex lege* di un'etica del lavoro che dovrebbe considerarsi quale prerequisito di qualunque valutazione sul rapporto, dell'attivazione di procedimento disciplinari obbligatori, dei vincoli finanziari di volta in volta ritenuti necessari.

La lettura panpubblicistica, attraverso l'etica moralizzatrice<sup>871</sup>, in altre parole, tanto ha spostato l'asse sugli interessi della p.a. e sulla logica punitiva, nonché sulla retorica dei "furbetti del cartellino", che paradossalmente ai giuristi del lavoro risulta quasi difficile spiegare perché il legislatore possa pure, nell'ambito di una ormai schizofrenica frammentazione e differenziazione delle tutele, ritenere che nel lavoro pubblico la reintegra possa essere la tutela più adatta a bilanciare gli interessi in gioco. Nel solco delle citate difficoltà di sistematizzazione e di ricerca di significato della disciplina, la lettura panpubblicistica ha, pertanto, dato vita a una forza centrifuga di ri-pubblicizzazione di segno opposto che, addirittura, prova a «costituzionalizzare» la reintegra, come rimedio sempre e comunque ispirato agli interessi pubblici; tutto ciò, anche se il fortunato reintegrato è un "furbetto", graziato da un errore procedurale.

A fronte del giudizio di inopportunità e di irragionevolezza della disciplina del licenziamento, di cui si è detto, e della progressiva frammentazione del diritto del lavoro in un «sistema di sistemi» ad elevata complessità, nelle pagine che seguono si proporrà, pertanto, una lettura della tutela rimediabile, normativamente collocata «sulla traccia di più sistemi normativi, o di più ordinamenti generali e particolari, a diversa razionalità, formale e materiale», integralmente "lavoristica", in grado di semplificare e ricondurre a razionalità la scelta del legislatore, che si immagina fedele alla persistente natura privatistica del datore di lavoro pubblico. L'operazione ermeneutica citata, consapevole di incorrere in un utilizzo tanto *opportunistico*, quanto dichiarato, *del metodo*,

<sup>870</sup> Così, criticamente, V. Pinto, *Il lavoro pubblico nella transizione*, cit., p. 116. In questa chiave di lettura, si colloca la lettura di P. Saracini, *Licenziamento ingiustificato e reintegrazione nel lavoro pubblico*, in *RGL*, 2018, 3, p. 524 ss., la quale – pur non richiamando la tesi della diversità ontologica e non ritenendo condivisibile la tesi della «costituzionalizzazione» della reintegra – individua la *ratio* della disciplina speciale, ritenendo che «l'estensione delle regole sui licenziamenti, previste tanto dalla legge n. 92/2012 quanto dal d.lgs. n. 23/2015, avrebbe finito per rimettere le decisioni in materia di licenziamenti a scelte datoriali prive di intrinseci meccanismi di regolazione, e quindi di controllo, circa l'effettiva corrispondenza alle esigenze dell'organizzazione», p. 530.

<sup>871</sup> In chiave critica, v. B. Caruso, *Le riforme e il lavoro pubblico*, cit.

proverà a fornire una lettura “lavorista” della scelta del legislatore di mantenere nel pubblico impiego la tutela reintegratoria. Si tratta di una soluzione interpretativa<sup>872</sup> che, consapevolmente, seleziona i punti di partenza “lavoristici” del ragionamento e «finge l’ordine perduto del sistema chiuso e logicamente ordinato, ricavandone il vantaggio di una (opportunistica) semplificazione delle operazioni ermeneutiche»<sup>873</sup>; una operazione, tuttavia, che - a fronte della complessità sempre più elevata del diritto del lavoro pubblico – giustifica, secondo l’insegnamento di Massimo D’Antona, un intervento interpretativo «in grado di abbracciare nel suo campo visivo la pluralità, le analogie, le interazioni e le lacune degli ordinamenti»<sup>874</sup>.

Alla luce di tali premesse, senza bisogno di richiamare la diversità ontologica fra lavoro pubblico e lavoro privato, una lettura “lavorista” della riforma del 2017<sup>875</sup> consente di sostenere che, con l’introduzione della tutela rimediale unica, si sia scelto – in un panorama di tutele rimediali ormai frammentato- di mantenere la tutela reale nel pubblico impiego, sulla scorta di una operazione di bilanciamento che, tenuto conto della specificità del datore di lavoro pubblica, è stata ritenuta più adatta all’attuazione del diritto al lavoro previsto dagli artt. 4 e 35 Cost. Se, come pare ormai associato, la reintegra non è ritenuta l’unico paradigma possibile per l’attuazione dei citati principi costituzionali, è però anche vero che essa possa essere stata considerata dal legislatore, nella citata operazione di bilanciamento, la più adeguata a tutelare il lavoratore che opera alle dipendenze di un datore di lavoro pubblico<sup>876</sup>. In questa chiave di lettura, non è il diritto del lavoro pubblico che si è differenziato, questo è rimasto fermo al dna originario; è il diritto del lavoro privato che si è distaccato da questo, in una logica regressiva, per ragioni che non sono immediatamente ribaltabili nel lavoro pubblico. In questo caso, la “specialità” piuttosto che essere figlia di una operazione di ri-pubblicizzazione, potrebbe essere letta come un ritorno o un mantenimento – più o meno consapevole- del dna tipico del diritto del lavoro che, laddove, nella «topografia del conflitto, ossia nell’individuazione degli elementi da contemperare»<sup>877</sup>, risulta essere meno messo alle strette dalle esigenze di competizione e dalle mere logiche di mercato, riapre gli spazi a tecniche di bilanciamento legislative, in cui il valore della dignità della persona naturalmente riacquista il terreno perso sull’altare degli imperativi della flessibilità. In tal senso, la

<sup>872</sup> Sulla concezione della norma come “prodotto”, anziché come “oggetto” dell’interpretazione giuridica, fondamentale la lezione di G. Tarello, *Introduzione al linguaggio precettivo*, in *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Il Mulino, Bologna 1974, p. 135 ss.; nonché, Id., *L’interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano 1980, p. 38 e ss. Più in generale, sull’interpretazione come «costruzione giuridica» v., di recente, R. Guastini, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 427 ss.

<sup>873</sup> Le citazioni sono tratte da M. D’Antona, *L’anomalia post positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo*, cit., p. 60 ss.

<sup>874</sup> L. Lombardi Vallauri, *Delegificazione, neogiuridicizzazione, secolarizzazione*, in *Jus*, 1987, p. 355 ss.; M. D’Antona, *L’anomalia post positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo*, cit., p. 72.

<sup>875</sup> La proposta di una lettura unificante della disciplina del licenziamento nel lavoro pubblico e nel lavoro privato, è sostenuta – anche se con diverse argomentazioni- da A. Boscati, *Il licenziamento disciplinare nel settore pubblico e in quello privato*, cit., p. 95 ss., e M. Ricci, *Lavoro privato e lavoro pubblico: rapporti tra le due ipotesi di riforma, estensione delle regole e modelli*, in *LPA*, 2014, p. 476 ss., il quale rileva come nonostante «negli ultimi anni anche in materia di licenziamento disciplinare si siano accentuati i profili di specificità della normativa del lavoro pubblico rispetto a quella del settore privato, si da far pensare alla coesistenza di due sistemi, non totalmente separati fra loro, ma in cui i caratteri di unificazione risultano meno marcati rispetto a quelli di differenziazione».

<sup>876</sup> Nell’ambito di una riflessione più generale sull’evoluzione del sistema sanzionatorio nella divaricazione fra lavoro pubblico e lavoro privato, C. Zoli, *L’evoluzione del sistema rimediale: privato e pubblico a confronto*, in *LD*, 2017, 3-4, p. 425 ss., afferma infatti, in maniera condivisibile, che, nel lavoro pubblico, «la tutela in forma specifica costituisce tuttora il presidio unico a fronte dei licenziamenti illegittimi e a garanzia dei diritti fondamentali dei lavoratori, ivi compreso quello alla professionalità», p. 439.

<sup>877</sup> A. Zoppoli, *Rilevanza costituzionale della tutela reale e tecnica del bilanciamento nel contratto a tutele crescenti*, in *DML*, 2015, p. 291 ss.; il dibattito sul punto è, ovviamente, molto acceso e non richiamabile in questa sede, per alcuni riferimenti v. pure B. Caruso, *Il licenziamento disciplinare: la prospettiva rimediale tra bilanciamento della Corte costituzionale e diritto vivente giurisprudenziale*, in *DRI*, 2018, p. 483; R. De Luca Tamajo, *La sentenza costituzionale 194 del 2018 sulla quantificazione dell’indennizzo per licenziamento illegittimo*, in *DLM*, 2018, 3, p. 634 ss.

disciplina rimediatale introdotta per il lavoro pubblico – riletta attraverso le lenti lavoristiche – rappresenta l'occasione per un recupero proprio nel pubblico impiego di principi e di regole di tutela riconducibili alla dignità della persona, alla valorizzazione delle sue capacitazioni e alla stabilità, ma anche l'enfaticizzazione dei doveri di leale collaborazione che, ove sia accertata l'illegittimità del licenziamento, consentono al pubblico dipendente di ritornare nel proprio posto di lavoro. Il tutto, in un'ottica di valorizzazione della dignità e delle capacità personali, in cui il profilo della «maggiore stabilità, oggettivamente inerente al *work profile* del lavoratore pubblico, rispetto a profili di lavoro più caratterizzati da precarietà e insicurezza, consentirebbe, invece, il pieno dispiegamento della "relazione personale di lavoro" nella struttura organizzativa dell'amministrazione, in funzione di una consapevole e partecipata realizzazione dei fini di interesse generale al servizio dei cittadini utenti»<sup>878</sup>.

#### 4.5. Punti di equilibrio e criticità dell'operazione di bilanciamento parametrata alla complessità organizzativa delle p.a.

Se la specialità della tutela rimediatale è, pertanto, predicato non della fattispecie, ma della disciplina<sup>879</sup>, che – nell'operazione di bilanciamento – ha condotto a ponderare diversamente l'interesse della p.a. (non paragonabile all'interesse sotteso all'art. 41 Cost., come nel lavoro privato) con il diritto del lavoratore alla stabilità, il discorso sulla *ratio* della differenziazione deve essere necessariamente riportato al dibattito lavoristico tutto interno all'operazione di bilanciamento nella disciplina rimediatale<sup>880</sup>. Secondo l'insegnamento della Corte Costituzionale, l'operazione di bilanciamento deve essere effettuata sul presupposto che i principi cui si ispira l'art. 4 della Cost. «esprimono l'esigenza di un contenimento della libertà del recesso del datore di lavoro dal contratto di lavoro, e quindi dell'ampliamento della tutela del lavoratore, quanto alla conservazione del posto di lavoro»; come chiarito dalla stessa Corte, «l'attuazione di questi principi resta tuttavia affidata alla discrezionalità del legislatore ordinario, quanto alla scelta dei tempi e dei modi, in rapporto ovviamente alla situazione economica generale»<sup>881</sup>, ma anche al rispetto del principio di «ragionevolezza». Proprio nel rispetto del citato principio di ragionevolezza, la definizione legislativa delle conseguenze dell'atto invalido deve essere parametrata tenendo conto di una pluralità di fattori, finalizzati a "calare" la sanzione (reintegratoria e/o risarcitoria) nella realtà aziendale; fattori che incidono sull'entità del pregiudizio causato dall'ingiustificato licenziamento e conseguentemente sulla misura del risarcimento, «all'interno di un sistema equilibrato di tutele, bilanciato con i valori dell'impresa (...), all'esigenza di personalizzazione del danno subito dal lavoratore»<sup>882</sup>.

<sup>878</sup> È la lettura suggerita opportunamente da B. Caruso, *Le riforme e il lavoro pubblico*, cit., diretta a valorizzare la rilevanza strutturale del *personal work nexus* nel lavoro pubblico, che richiamando la tesi di M. Freedland e N. Kountoris, *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oup, Oxford, 2011, p. 369 ss., nonché quella sul cd. *capability approach* (sulla quale v., da ultimo, B. Langille (a cura di), *The capability approach to Labour Law*, OUP, Oxford, 2019) ritiene che, proprio in tale «contesto si accentui, ancora più che nell'impresa, la relazione personale di lavoro che sta alla base del relativo contratto, che va inteso non più negativamente come cristallizzazione di rapporti di scambio e di potere sfavorevoli al lavoratore, bensì come complessa costruzione legale di una relazione personale di lavoro unitaria, anche se articolata, complessa e differenziata per diversi profili tipologici (uno dei quali certamente è costituito dal contratto di lavoro pubblico)».

<sup>879</sup> V. Pinto, *Il lavoro pubblico nella transizione*, cit., p. 119.

<sup>880</sup> Per una lettura sull'evoluzione del dibattito sul bilanciamento e sui limiti alla discrezionalità legislativa, v. A. Zoppoli, *Rilevanza costituzionale della tutela reale*, cit., p. 301 ss.; L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra "principi" costituzionali*, in *DLRI*, 2007, p. 593 ss.;

<sup>881</sup> Così, Corte Cost. sentenza 28 dicembre 1970, n. 194, ripresa dalla più recente e discussa sentenza 8 novembre 2018, n. 194.

<sup>882</sup> Così, Corte Cost. sentenza 8 novembre 2018, n. 194.

Sarà in quest'ottica che, pertanto, nelle pagine che seguono si proverà a individuare la *ratio* della differenziazione del regime rimediabile fra lavoro pubblico e lavoro privato, giungendo a una valutazione di opportunità della stessa<sup>883</sup>.

Sicuramente, nel caso di specie, l'operazione di bilanciamento deve essere effettuata senza doversi confrontare, a torto o a ragione, con la vulgata di quanti sostengono la correlazione tra riduzione delle tutele contro il licenziamento e incremento quantitativo dell'occupazione<sup>884</sup>. Senza il fiato sul collo di tale "pesante" e pressante ideologia riformista, l'operazione di bilanciamento sulla tutela rimediabile più idonea a tutelare gli interessi in gioco nel lavoro pubblico, deve essere evidentemente effettuata nella consapevolezza che, di per sé, la generalizzazione della reintegra nel lavoro pubblico non è produttiva di significativi effetti in termini di incremento quantitativo dell'occupazione<sup>885</sup>.

Il diritto al lavoro, ai sensi degli art. 4 e 35 Cost. va, dunque, bilanciato con l'interesse organizzativo del datore di lavoro pubblico a "sopportare" la reintegra del lavoratore illegittimamente licenziato: ebbene, nel lavoro pubblico – una volta accertata giudizialmente l'invalidità del licenziamento per g.m.s. – l'interesse organizzativo della p.a. ad opporsi alla reintegra è di difficile configurazione, soprattutto tenuto conto si tratta di un posto in dotazione organica che, comunque, dovrà essere ricoperto. Se è, pertanto, giudizialmente accertato che il licenziamento era illegittimo, la reintegra coincide con l'interesse organizzativo della p.a. medesima a coprire quel posto. In questa prospettiva, una tutela meramente indennitaria, implicherebbe una indebita compressione degli art. 4 e 35 e non risulterebbe finalizzata a soddisfare un preciso interesse organizzativo della p.a., che non avrebbe ragione alcuna per non rimuovere gli effetti prodotti da un atto (il licenziamento), che giudizialmente è stato ritenuto illegittimo.

In questa logica, la lettura "lavorista" della reintegra anche nel settore pubblico, non mette in crisi i principi cardine della contrattualizzazione, anzi – quasi in una sorta di contemperamento con il tentativo di rendere automatica l'applicazione della sanzione espulsiva di cui si è detto all'inizio del presente lavoro – apre gli spazi a una tutela rimediabile disposta in via giudiziaria, potenzialmente in grado da fungere da "correttivo" agli eccessi derivanti dalla auspicata (dal legislatore) *automaticità* del licenziamento, in cui il recupero e la verifica della proporzionalità – nell'ambito del procedimento disciplinare acefalo di cui si è detto - sembra operazione più riservata al giudice, che non all'ufficio per i procedimenti disciplinari, a sua volta "minacciato" dall'applicazione di sanzioni per non avere punito. La sanzione della reintegra, pertanto, diventa il rimedio naturale nei casi di licenziamenti in tronco, eccessivamente "frettolosi"<sup>886</sup> posti in essere

<sup>883</sup> Nell'ottica della griglia interpretativa di catalogazione della differenziazione come necessaria, opportuna/inopportuna, illegittima suggerita da B. Caruso, *Le riforme e il lavoro pubblico*, cit.

<sup>884</sup> Il dibattito sulla necessità o meno della riforma del licenziamento nel lavoro privato è troppo ampio e, certamente, non riepilogabile in questa sede, per alcuni riferimenti essenziali all'ideologia economica sottesa alla progressiva riforma v. V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *RIDL*, 2012, I, p. 530 ss.; Id., *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, in *RGL*, 2014, 1, p. 344 ss.; L. Zoppoli, *Il licenziamento tra costituzionalismo e analisi economica del diritto*, in *DML*, 2000, p. 435 ss.

<sup>885</sup> Sulla necessità di applicare «criteri di efficientismo economico» al fine di assicurare il buon funzionamento delle p.a. v. invece E. Fragale, *Il licenziamento del dipendente pubblico dopo la riforma Madia*, in *GDA*, 2018, 4, p. 453 ss.

<sup>886</sup> In questa logica, si colloca del resto la previsione dell'art.63, comma 2-bis del d.lgs. n.165, introdotta ad opera del d.lgs. n.75 del 2017, che in sede di impugnativa di sanzioni disciplinari, autorizza il giudice, qualora ravvisi un difetto di proporzionalità della sanzione inflitta dalla P.A. al proprio dipendente, a sostituire, anche senza domanda di parte, la sanzione eccessiva con quella proporzionata (in *melius* e non in *peius*), convertendola in ossequio al principio di proporzionalità. Con tale novella, infatti, da una parte, si attribuisce al giudice il potere reintegrare il lavoratore, ma d'altra, di procedere ad un'equa rideterminazione punitiva per fatti che avevano comunque rilievo disciplinare, anche se non giustificativi del licenziamento.

dai soggetti responsabili del procedimento, per non incorrere in una ipotesi di decadenza dall'azione, da cui poi possa derivare una responsabilità disciplinare "a cascata".

La lettura "lavorista" della reintegra nel settore pubblico, inoltre, lontana dagli echi del dibattito ideologico sulla flessibilità in uscita cui prima si è fatto cenno, consente di riflettere anche sugli effetti dell'osmosi tra metodi di gestione dell'impresa privata e della pubblica amministrazione, in virtù dei quali la reintegra di un lavoratore illegittimamente licenziato può configurarsi come strumento utile e conveniente per le p.a., poiché reintegrare un dipendente illegittimamente licenziato, che però era già formato e integrato nell'assetto organizzativo, evita alla p.a. medesima un danno in termini di perdita di *know how*. Un interesse della p.a. alla reintegra che, pertanto, solo marginalmente coincide con l'interesse della p.a. medesima a non perdere un dipendente che comunque ha superato un concorso pubblico.

Non ultimo, infine, come insegna la Consulta<sup>887</sup>, l'operazione di bilanciamento deve tenere conto anche della necessità che la sanzione sia dissuasiva. Ebbene, stante le difficoltà di assunzione di responsabilità nell'ambito di un procedimento disciplinare acefalo, che si conclude con un licenziamento illegittimo (sulla scorta, magari, di un procedimento integralmente gestito dall'ufficio per i procedimenti disciplinari) pare difficile ipotizzare che una mera sanzione indennitaria possa ritenersi dissuasiva. Nel licenziamento per g.m.s., pertanto, stante lo "sdoppiamento" di ruoli fra chi gestisce il procedimento disciplinare e il vero e proprio datore di lavoro, è da ritenere legittimo il convincimento che la sanzione reintegratoria possa ritenersi confacente all'interesse organizzativo della p.a., ma anche maggiormente dissuasiva (in termini di ricadute "reputazionali" interne a carico dei soggetti che hanno eventualmente sbagliato il procedimento, o comunque hanno proceduto all'irrogazione della sanzione del licenziamento senza la giusta motivazione). La lettura "lavoristica" proposta, in altre parole, fornisce l'opportunità per una applicazione dei principi costituzionali di riferimento (diritto al lavoro, libertà e vincolo di scopo) che riduce, anziché accentuare, le divergenze fra lavoro pubblico e lavoro privato, evidenziando come i principi di imparzialità e di buon andamento, cui costituzionalmente si ispira l'operato delle p.a. possono – senza riattribuire singoli istituti in una forzata e a volte irragionevole ottica di ri-pubblicizzazione – funzionalizzare l'agire datoriale dall'interno, preservando la natura privatistica del rapporto di lavoro.

Vero è che la tutela reintegratoria generalizzata si presta anche a una critica di eccessivo protezionismo dei lavoratori pubblici<sup>888</sup> (si pensi ai casi, numerosi, in cui la reintegra di fatto venga riconosciuta a fronte di errori solo procedurali), e dunque a una critica di irragionevolezza intrinseca (perché tanta tutela se l'intento del legislatore è prevalentemente punitivo?). Si tratta

<sup>887</sup> Così, Corte Cost. sentenza 8 novembre 2018, n. 194. Su tale sentenza si è già sedimentato un dibattito dottrinale articolato, per alcuni riferimenti S. Giubboni, Il licenziamento del lavoratore con contratto "a tutele crescenti" dopo l'intervento della Corte costituzionale, in CSDLE "Massimo D'Antona".IT –379/2018; A. Perulli, Il valore del lavoro e la disciplina del licenziamento illegittimo, in *Libro dell'anno del diritto 2018*, Treccani ed.; M.T. Carinci, La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento ingiustificato nel "Jobs Act", e oltre, CSDLE "Massimo D'Antona".IT –378/2018; G. Fontana, La Corte costituzionale e il decreto n. 23/2015: one step forward two step back, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT –382/2018.

<sup>888</sup> V. E. Fragale, Il licenziamento del dipendente pubblico, cit., p. 458 ss., il quale sostiene che «esigenze di corretta trasmissione dell'indirizzo politico lungo la catena di comando ben potrebbero giustificare la rottura della monoliticità del sistema di garanzie della burocrazia, introducendo forme di diversificazione soggettiva delle garanzie di stabilità», così confermando – in contrasto con la scelta del legislatore del 2017- l'idea che «la disciplina racchiusa nel novellato testo dell'art. 18 Stat. lav.- là dove sembra limitare la tutela reintegratoria alle sole ipotesi di licenziamento illegittimo per insussistenza del fatto oltre che nei casi di licenziamento nullo- mostra di realizzare un non irragionevole equilibrio tra i diversi principi costituzionali, sì da prestarsi ad essere impiegata come utile paradigma di riferimento anche nel modellamento del regime di stabilità dei dipendenti pubblici».

di una critica di irragionevolezza forte, che sicuramente denota un punto di debolezza del sistema sanzionatorio difficilmente giustificabile se comparato ai diversi regimi vigenti nel settore privato; tuttavia, è anche vero che nell'operazione di bilanciamento il legislatore non può che guardare agli interessi in gioco dal punto di vista generale. E, d'altronde, nemmeno nella vigenza del "vecchio" art. 18 dello Statuto, la dottrina lavoristica si è mai sognata di contestare la *ratio* della tutela per i possibili casi di attribuzione della stessa a lavoratori non meritevoli della tutela a loro dall'ordinamento attribuita.

In ogni caso, va evidenziato che la riforma del 2017 di cui si discute ha fatto proprie alcune posizioni ormai consolidate anche nel lavoro privato, vale a dire l'imposizione di un tetto massimo al risarcimento pari a ventiquattro mensilità, dedotto quanto dal lavoratore percepito per lo svolgimento di altre attività lavorative. Nella stessa logica, nell'art. 63, comma 2, scompare anche qualunque riferimento alla indennità sostitutiva della reintegra, che nell'originaria previsione dell'art. 18 dello Statuto poteva essere sempre richiesta dal lavoratore che aveva ottenuto una sentenza di condanna alla reintegra medesima, e tuttavia – non intendendo tornare in azienda – preferiva richiedere una somma pari a ulteriori quindici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

I descritti contemperamenti possono ritenersi anch'essi frutto dell'operazione di bilanciamento, che in un *mix* di *property rule* e *liability rule* disegna un sistema di tutela assolutamente in linea con la natura contrattuale del rapporto e con la tradizione lavorista; il tutto, in un'ottica parzialmente riformata (con le limitazioni economiche di cui si è appena detto), che evidentemente – in una logica di razionalità economicistica – si è ritenuto debba trovare applicazione pure presso le p.a. datrici di lavoro.

#### **5. Differenziazioni irragionevoli e ingiustificate: il licenziamento discriminatorio e il licenziamento ritorsivo "tipizzato" del *whistleblower*.**

La lettura "lavorista" proposta non risolve, tuttavia, alcuna persistenti differenziazioni della disciplina fra lavoro pubblico e lavoro privato; differenziazioni che, non trovando giustificazione alcuna, né nella lettura panpubblicistica criticata, né in quella "lavoristica" proposta, devono ritenersi assolutamente irragionevoli, anzi in questo caso, del tutto illegittime.

Il riferimento riguarda la disciplina rimediabile applicabile nel caso di licenziamento discriminatorio e di licenziamento nullo per le altre cause previste dalla legge. Si tratta di una diversità fra lavoro pubblico e lavoro privato che non appare in alcun modo giustificabile e che, probabilmente, è forse frutto di un errore di formulazione finale del testo: la norma originariamente approvata dalla Camera prevedeva l'applicabilità del vecchio regime della reintegra e del risarcimento integrale, sia per i licenziamenti annullabili, sia per i licenziamenti affetti da nullità (come i licenziamenti per motivi discriminatori, o per le altre cause di nullità previste dalla legge). Con l'inserimento del tetto massimo di risarcimento delle ventiquattro mensilità nella versione finale, di fatto, è invece accaduto che – nel nuovo regime sanzionatorio della tutela rimediabile "unica" – ai licenziamenti discriminatori si applica la tutela reintegratoria, ma – a differenza del lavoro privato – il lavoratore discriminato otterrà una tutela risarcitoria, che potrebbe non coprire l'intero danno subito; ciò soprattutto tenuto conto che, a questo punto, il rito di impugnazione del licenziamento non sarà più il rito Fornero, bensì il rito ordinario (cui potrebbe precedere una fase cautelare, che potrebbe ritornare in auge come rimedio per evitare danni gravi e irreparabili).

L'irragionevolezza di tale differenziazione è ancora più inspiegabile, ove si osservi che, a ben guardare, la tutela rimediale "unica", in realtà "unica" non è. La legge n. 179/2017, infatti, a distanza di soli sei mesi dal precedente d.lgs. 75/2017, ha riscritto l'art. 54 bis del d.lgs. n. 165, individuando il regime applicabile a tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti<sup>889</sup>. Si tratta di un'ipotesi "tipizzata" di licenziamento ritorsivo, frutto delle intersezioni tematico-disciplinari tra tutela dell'etica pubblica, politiche anticorruptive e diritto del lavoro<sup>890</sup>, finalizzata a tutelare – in chiave promozionale-incentivante- la posizione del soggetto che segnala illeciti con una serie di tutele sostanziali e processuali. Il nuovo comma 8, dell'art. 54-bis, introdotto dopo solo qualche mese dalla nuova disciplina rimediale di cui si è detto, a sorpresa, prevede che «il segnalante che sia licenziato a motivo della segnalazione è reintegrato nel posto di lavoro ai sensi dell'art. 2 del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23», vale a dire ai sensi della disposizione che prevede il regime sanzionatorio pieno (reintegra e risarcimento senza tetto), generalmente applicabile per il licenziamento discriminatorio o nullo.

Come è stato evidenziato da chi ha analizzato l'istituto nel suo complesso, si tratta di «opzione regolativa scarsamente intellegibile, se non nei limiti dell'enunciazione di una norma-manifesto, presumibilmente preordinata a evidenziare, quasi retoricamente, la fiducia del legislatore nelle potenzialità taumaturgiche della nuova disciplina»<sup>891</sup>. La disciplina citata individua una serie di "privilegi" per il *whistleblower*, che tuttavia – analizzati nel complesso – si trasformano in veri e propri elementi di irragionevolezza: il legislatore sembra aver delineato, innanzitutto, un particolare regime probatorio, che non prevede solo (come per il licenziamento discriminatorio) una parziale inversione dell'onere della prova, bensì un vero e proprio capovolgimento dell'onere probatorio, puntellato dalla presunzione, difficilmente superabile, della ritorsività del licenziamento medesimo<sup>892</sup>. A differenza di qualunque altro lavoratore (privato e pubblico) che viene licenziato per un motivo illecito ai sensi dell'art. 1345 c.c.<sup>893</sup> e che, quindi, deve dimostrare il carattere unico e determinante di un motivo rigidamente ancorato al piano psicologico (*animus vindicandi*), il *whistleblower* è iper tutelato da una presunzione assoluta di nullità del recesso che lo esonera dal difficilissimo onere di provare che la sua denuncia sia stata l'unica causa/motivo del recesso medesimo. In altre parole, il denunciante gode di un regime protettivo basato su un divieto di licenziamento assistito dalla sanzione di nullità, operante, in connessione con lo stato oggettivo di aver denunciato<sup>894</sup>. Una presunzione quasi assoluta – destinata a cessare ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 54-bis – solo nei casi in cui «sia accertata, anche con sentenza di primo grado, la responsabilità penale del segnalante per i reati di calunnia o di diffamazione [...] ovvero la sua responsabilità civile, per lo stesso titolo, nei casi di dolo o colpa grave», rispetto alla quale la prova della sussistenza di altre ragioni che potrebbero aver dato vita al licenziamento per g.m.s.

<sup>889</sup> Cfr. V. Papa, *Contrasto alla maladministration e segnalazione di irregolarità: il whistleblowing e la (ri)conversione etica dei dipendenti pubblici*, in questo Volume; nonché A. Avio, *La tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti nella l. 30 novembre 2017 n. 179*, in M. Esposito e al. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018) con particolare riferimento ai d.lgs. nn. 74 e 75 2017 (cd. riforma Madia)*, Giappichelli, Torino, 2018, p. 314 ss.; M. Vitaletti, *Il lavoratore "segnalante" nell'impresa privata. Il perimetro della tutela del "whistleblower"*, in corso di pubblicazione in *DRI*, 2019, n. 2.

<sup>890</sup> P. Tullini, *L'inadempimento e la responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, cit., p. 6.

<sup>891</sup> Cfr. V. Papa, *Contrasto alla maladministration*, cit.

<sup>892</sup> V. Papa, *Contrasto alla maladministration*, cit.

<sup>893</sup> Sul tema si rinvia a F. Marinelli, *Il licenziamento discriminatorio e per motivo illecito. Contributo allo studio della fattispecie*, Giuffrè, Milano, 2017, e M. Biasi, *Saggio sul licenziamento per motivo illecito*, Cedam, Padova, 2017.

<sup>894</sup> Inquadra tale ipotesi di illiceità del licenziamento ritorsivo nelle finalità di contrasto all'ordine pubblico, M. Biasi, *Il licenziamento per motivo illecito: dialogando con la giurisprudenza*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 2018, I.

diventa difficilissima, se non del tutto irrilevante. L'effetto della descritta iper tutela potrebbe essere, pertanto, quello di un utilizzo "opportunistico" della segnalazione da parte di dipendenti che si sentono "a rischio" di licenziamento per motivi disciplinari.

Il lavoratore che segnala illeciti, paradossalmente, allo stato, è inoltre l'unico coperto da una tutela risarcitoria integrale. Non solo. il lavoratore che segnala illeciti, a differenza di qualunque altro lavoratore pubblico illegittimamente licenziato, ha pure diritto a optare per la possibilità di non rientrare in servizio e richiedere l'indennità sostitutiva in misura pari a quindici mensilità.

Tale profilo di differenziazione interna, tuttavia, appare irragionevole, soprattutto se rapportato al vizio del licenziamento: perché a un dipendente che segnala illeciti, e che quindi viene tutelato proprio per la sua etica e la sua "fedeltà" all'amministrazione, dovrebbe essere data – oltre alla reintegra e alla tutela risarcitoria piena – la possibilità di optare per un non rientro al lavoro, a fronte di un esborso economico di ulteriori quindici mensilità? L'irragionevolezza, in questo caso, deriva proprio dalla *ratio* interna dell'istituto: tutelare il dipendente "fedele", che merita la tutela piena; se è così, l'opzione *exit*<sup>895</sup> *ex post* appare irragionevole, non tanto rispetto alla disciplina "lavoristica" generale che sanziona i licenziamenti ritorsivi, quanto rispetto alla *ratio* interna dell'istituto di assicurare la diffusione dell'etica e della responsabilità *dentro* l'amministrazione.

Se rispetto alla disciplina rimediabile del *whistleblower* sono riscontrabili solo dei dubbi di irragionevolezza, veri e propri profili di illegittimità sono invece rinvenibili nella disciplina del licenziamento discriminatorio. La disciplina che prevede una differenziazione ingiustificata di tutela applicabile al licenziamento discriminatorio è evidentemente frutto di una svista e dovrà essere modificata, non solo per i profili di irragionevolezza rispetto sia alla vigente disciplina nel lavoro privato (sia quella applicabile agli assunti prima del marzo 2015, sia agli assunti dopo), sia rispetto alla disciplina applicabile al dipendente che segnala illeciti, ma anche per la sua evidente contrarietà al diritto comunitario. In materia di discriminazioni, infatti, la Corte di Giustizia ha più volte affermato che gli Stati membri sono tenuti ad adottare i provvedimenti necessari a consentire a tutti coloro che si ritengono lesi da una discriminazione per i fattori tipizzati dall'ordinamento di far valere in giudizio i propri diritti; come tuttavia chiarito dalla Corte a partire dagli anni ottanta, i provvedimenti atti a ristabilire l'effettiva parità devono assicurare una tutela giurisdizionale *effettiva e efficace* ed avere nei confronti del datore di lavoro un effetto *dissuasivo reale*. Tanto premesso, come esplicitamente affermato nella recente sentenza *Camacho* in materia di discriminazioni per ragioni di sesso, affinché il danno subito a causa di una discriminazione sia effettivamente riparato o indennizzato in modo dissuasivo e proporzionato, l'articolo 18 della direttiva 2006/54 «impone agli Stati membri che optano per la forma pecuniaria di introdurre nei rispettivi ordinamenti giuridici nazionali disposizioni che prevedano il versamento alla persona lesa di un risarcimento che copra *integralmente* il danno subito, secondo le modalità da questi fissate»<sup>896</sup>.

In maniera ancora più incisiva, la Corte di Giustizia, con la successiva sentenza *Milkova*, in un caso di discriminazione nei confronti di una lavoratrice disabile, a fronte del quale lo Stato membro prevedeva un diverso regime di tutela applicabile ai lavoratori pubblici e ai lavoratori privati, ha affermato come sia compito del giudice nazionale effettuare il raffronto tra le diverse situazioni,

<sup>895</sup> Sull'opzione *voice*, v. V. Papa, *Contrasto alla maladministration*, cit.

<sup>896</sup> Corte di Giustizia UE, sentenza 17 dicembre 2015, *Camacho*, causa C-407/14. Su tale sentenza, v. F. Malzani, *Licenziamento discriminatorio e danno "punitivo ragionevole": verso il superamento di un (apparente) ossimoro*, in *NGCC*, 2016, 5, p. 717 ss.

tramite un'analisi incentrata sull'insieme delle norme di diritto nazionale pertinenti che disciplinano le posizioni dei lavoratori subordinati con una determinata disabilità, da un lato, e le posizioni dei pubblici impiegati con la medesima disabilità, dall'altro lato, tenuto conto in particolare dell'oggetto della tutela contro il licenziamento di cui al procedimento principale. Ove, a seguito di tale verifica, il giudice accertasse una differenza in contrasto con l'articolo 7, paragrafo 2, della direttiva 2000/78, letto alla luce della convenzione delle Nazioni Unite relativa ai diritti delle persone con disabilità e in combinato disposto con il principio generale di parità di trattamento, l'obbligo di rispettare il diritto dell'Unione europea esigerebbe che l'ambito di applicazione delle norme nazionali che tutelano i lavoratori subordinati con una determinata disabilità fosse esteso, affinché di dette norme di tutela beneficino anche i pubblici impiegati con la stessa disabilità<sup>897</sup>.

Già sulla scorta di tali precedenti giurisprudenziali, oltre che tramite il ricorso al regime delle nullità di diritto civile, si potrebbe pertanto pervenire a un'applicazione estesa della tutela dell'art. 18 dello Statuto, nella sua formulazione reintegratoria e risarcitoria piena, per i licenziamenti discriminatori anche nel pubblico impiego, così ponendo rimedio a una dimenticanza del legislatore che, paradossalmente (in questo clima di "caccia alle streghe"), tutela più efficacemente il lavoratore pubblico che denuncia, rispetto al lavoratore pubblico discriminato, individuando una insostenibile, irragionevole e illegittima differenziazione che tutela la presunta etica del lavoratore, più della dignità del lavoratore medesimo.

---

<sup>897</sup> Corte di Giustizia UE, sentenza 9 marzo 2017, *Milkova*, causa C-406/15.