

Versione definitiva ... ma non troppo.

## **E' applicabile il novellato art. 18 St. al pubblico impiego privatizzato?**

(una domanda ancora in cerca di risposta)\*

di

**Franco Carinci**

1. Nell'affrontare la l. n. 92/2012, bisogna prendere atto che condivide con tutta la legislazione sul mercato del lavoro emanata nel corso dell'ultimo quarto di secolo una gestazione tormentata ed una redazione compromissoria ben testimoniata da una evidente carenza di sistematicità e di proprietà tecnica.

Il che non esime affatto l'interprete dal procedere oltre una puntuale ricognizione delle contraddizioni e delle lacune esistenti; tutt'altro, perché costituisce un onere per lo studioso ed un obbligo per il giudice "tradurre" il linguaggio del legislatore, sì da renderlo comprensibile ed utilizzabile.

Ma da studioso ho creduto di dovermi attenere all'insegnamento di due grandi studiosi tedeschi, Hans Kelsen e Max Weber: del giurista, sostenitore della "purezza del diritto" come presupposto della scienza giuridica, quello per

---

\* Ritorno qui su due miei scritti precedenti che, come dico in testo, adottavano una diversa argomentazione, peraltro a sostegno della stessa conclusione tecnica, *Art. 18 St. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2012, 2, pag. 247 e segg., ripubblicato con un aggiornamento relativo alla ordinanza di Perugia del 9 novembre 2012, v. *Pubblico impiego privatizzato e art. 18*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2013, 1, pag. 27 e segg.; Id., *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei Lavoratori*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, 3, pag. 461 e segg.; in *Dir. Rel. Ind.*, 2013, 2, pag. 287 e segg., e in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 172/2013.

cui per l'interprete è sempre possibile più di una lettura della norma, se pur nell'ambito di una rosa ermeneutica più o meno ristretta; del sociologo, inventore del "tipo ideale" come strumento essenziale per la conoscenza storica, quello per cui per l'intellettuale è sempre doveroso esplicitare in premessa quale sia la scala di valori adottata.

Il che vale a maggior ragione quando la norma è generica o equivoca o incompleta, sì da lasciare aperta all'esegeta un'area più o meno ampia di discrezionalità, dove *bon gré, mal gré* pesa la convinzione personale, se pur filtrata attraverso l'osservanza formale di un codice ermeneutico, peraltro, così come fornito dall'art. 12 delle preleggi c.c., molto simile ad un *selfservice* con una notevole offerta di piatti e vini.

Questo è il caso offerto dall'art. 1, co. 7 e 8 l. n. 92/2012, c.d. legge Fornero, circa l'applicabilità/inapplicabilità delle disposizioni contenutevi al pubblico impiego privatizzato; peraltro qui con una attenzione concentrata sul co. 42 (*"All'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, sono apportate le seguenti modificazioni:..."*) che prelude al co. 47 (*"Le disposizioni dei commi da 48 a 68 si applicano alle controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro"*).

A costo di togliere un pizzico di sale al confronto col dott. Cavallaro, confesserò che non ritengo priva di fondamento nessuna delle due tesi circa l'applicabilità/inapplicabilità del novellato art. 18 St. e del rito speciale al pubblico impiego privatizzato; e che la mia opzione a favore dell'inapplicabilità è riconducibile ad una ben precisa scelta di politica del diritto, peraltro pur sempre tale da essere pienamente compatibile con la norma.

Posso così compensare rispetto al mio interlocutore l'*handicap* a me derivante dal suo essere giudice, che non solo parla oggi a colleghi, ma ha deciso, ieri, in senso favorevole all'applicabilità, facendo, con la sua decisione abilmente motivata, "giurisprudenza". Dico compensare, perché ad un "laico" è permesso mettere a nudo quelle ragioni sostanziali di una scelta ermeneutica non certa ma possibile, che un "chierico" dovrebbe tener celate in quella specie di camera oscura pudicamente etichettata come "pre-comprensione". Sì che, una volta confessate le ragioni sostanziali, non è condannato a estrarre dalla norma una interpretazione in tutto e per tutto conforme ad una tavola di valori tenuta celata; ma è libero di trarre da quella stessa norma una lettura compatibile con una tavola di valori apertamente dichiarata.

La prima ragione è costituita dalla importanza assegnata all'*intentio* del legislatore o - a dirla con un'espressione più colta e raffinata che la nobilita col collocarla nella teoria generale dell'interpretazione dei testi - *dall'intentio auctoris*. Una ragione che, appena espressa, incontra l'obiezione che l'*intentio*, come volontà soggettiva dei singoli parlamentari, non rilevarebbe *vis-à-vis* della *ratio* o *intentio operis*, come volontà oggettiva della legge, a meno che non vi coincida. Ma, il voler ridurre l'*intentio* del legislatore ad una volontà soggettiva dei singoli parlamentari fa parte di quella critica superficiale nella sua radicalità alla rilevanza della formazione storica della legge, che trova in quelli una volta battezzati come lavori preparatori la sua fase di attualizzazione. Critica, questa, al servizio, di una concezione astratta della legge, per cui questa avrebbe una *ratio* sua deducibile solo da sé stessa.

Ora una siffatta critica era al servizio di una concezione neo-positivistica della legge, che una volta emanata, viveva di vita sua, non come una monade, ma come parte di un sistema completo e coerente, ricostruito e messo a punto da

una dottrina dotata se non di autorità, certo di indiscutibile ed indiscussa autorevolezza. Ma, a prescindere d'altro, questa era una concezione compatibile con un diritto "solido", che trovava il suo oggetto principale e il suo modello di riferimento nel codice; mentre da tempo quel diritto è diventato "liquido", caratterizzato da un flusso legislativo inarrestabile, discontinuo, se non contraddittorio nell'indirizzo, per l'alternarsi di Governi di segno opposto, congiunturale per il crescente *pressing* di una crisi ormai cronica, tecnicamente approssimativo per l'eccesso di mediazione, richiesto da un Parlamento privo di un robusto ancoraggio maggioritario.

E non desta stupore che, tramontata qualsiasi autorevolezza della dottrina, di questa concezione se ne faccia sostenitrice la giurisprudenza, che, peraltro, non è portata per vocazione professionale a privilegiare la riconduzione a sistema della sua decisione sulla fattispecie concreta sottoposta. Non desta stupore perché tale concezione è di per sé tale da restituire a chi interpreta una più ampia discrezionalità ermeneutica, dato che, staccata del tutto dall'*intentio*, la *ratio* nel nostro attuale diritto "liquido" può ben essere paragonata a quell'araba fenice che "*ognuno sa che c'è, ma nessuno sa dov'è*".

Per quanto detto, mi sento legittimato a partire dall'*intentio* sottesa all'art. 1, co. 7 e 8 l. n. 92/2012, per farne il capo del gomito da srotolare al fine di conoscere una *ratio* che appaia non contraddetta ma confermata dalla lettera certo non chiara e trasparente di quei commi.

A questa prima ragione, che si potrebbe indicare come di fedeltà al legislatore storico, se ne aggiunge una seconda dettata dalla crescente consapevolezza di una irriducibilità dell'intera disciplina dell'impiego pubblico a quella del lavoro privato. Consapevolezza, questa, acquisita anche da uno come il sottoscritto, partecipe non secondario, come "consulente del Principe", della c.d. privatizzazione, che se, in

vigenza della versione originaria del d.lgs. n. 165/2001, dava per scontata questa irriducibilità per il solo diritto sindacale, l'ha recuperata anche per il diritto del rapporto individuale ad opera, prima, della giurisprudenza costituzionale, poi del d. lgs. n. 150/2009, c.d. riforma Brunetta.

E questa seconda fa da premessa alla terza ragione, che, cioè, ormai, l'estensione di una norma costruita a stretta misura del lavoro privato non può essere automatica, senza una precisa disciplina di armonizzazione, a costo di rivelarsi una forzatura contrastante con l'attuale regolamentazione del pubblico impiego privatizzato; sì da sottrarsi alla regola per cui *lex posterior generalis non derogat priori specialis*, ma, fuor da massime latine più o meno spendibili, certo da destrutturare e destabilizzare quella regolamentazione pur dotata di una sua sistematicità.

Se questo è vero in generale, lo è ancor più in particolare per quanto riguarda l'applicabilità di un novellato art. 18 St. con riguardo se non esclusivo, certo prioritario, al licenziamento disciplinare di cui ai co. 4, 5 e 6; applicabilità argomentata e decisa, senza tener conto che al riguardo il precedente art. 18 St. era assai meglio "mutuabile" e la versione originaria del d.lgs. n. 165/2001 era assai più "disponibile" a recepirlo.

Sono state queste ragioni a farmi ripensare l'argomentazione già proposta in precedenti contributi a supporto di una soluzione tecnica che qui viene mantenuta invariata, cioè articolata sulla sopravvivenza del vecchio art. 18 St. per l'impiego pubblico privatizzato e sulla vigenza del nuovo solo per il lavoro privato.

Era una argomentazione prodotta da una reazione quasi automatica ad una prima giurisprudenza, poi destinata a consolidarsi, circa la rilevanza dirimente dell'art. 51, co. 2 d. lgs. n. 165/2001. Ma è proprio tale rilevanza dirimente che ritengo ora di poter mettere in dubbio, senza alcuna presunzione di originalità; ma certo con la maliziosa

consapevolezza che il farlo qui potrebbe costituire la classica mossa del cavallo rispetto ad un interlocutore come il Dott. Cavallaro, certo ancor fresco di una rilettura del mio scritto precedente.

2. Riprendendo la metafora dell'*intentio* come capo di un gomito da srotolare per cogliere la *ratio*, ma accompagnandola con la consapevolezza della difficoltà di individuarla essa stessa in un diritto "liquido", mi sembra cosa significativa che l'esclusione dell'applicabilità all'impiego pubblico privatizzato di una disciplina all'insegna di una ritrovata flessibilità nel lavoro privato costituisca una costante della legislazione di questo primo decennio del secolo, se pur non senza una qual certa discontinuità dovuta all'alternanza fra centro-sinistra e centro-destra al Governo.

Semplificando al massimo, sembra di poter individuare in tale tendenza una sorta di riflusso con riguardo alla c.d. privatizzazione dell'impiego pubblico, realizzata nel decennio '90 e consacrata nell'art. 2, co. 2, primo periodo, del d.lgs. n. 165/2001, per cui *"I rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa"*, peraltro *"fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto, che costituiscono disposizioni a carattere imperativo"*.

Tale sorta di riflusso è ben individuabile nella l.d. n. 30/2003, *"Delega al Governo in materia di occupazione e mercato del lavoro"*, all'art. 6, per cui *"Le disposizioni degli art. 1 a 5 non si applicano al personale delle pubbliche amministrazioni ove non siano espressamente richiamate"*, che, peraltro, negli articoli in parola non solo non contempla alcuna estensione all'impiego pubblico, ma addirittura prevede qualche riconferma esplicita dell'esclusione (art. 3, co. 1 sul *part-time*; art. 5, co. 1 sulla certificazione dei

rapporti di lavoro). E, a sua volta, il d.lgs. n. 276/2003, al suo art. 1, co. 2 è ancor più secco, perché recita testualmente *“Il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale”*, ma, poi, comprende alcune esplicite eccezioni (art. 86, co. 9 sulla somministrazione a tempo determinato; artt. 19 e 86, co. 9 sulle sanzioni amministrative in materia di collocamento pubblico; artt. 59, co. 3 e 86, co. 9 sul nuovo e più limitativo regime dei benefici contributivi per il contratto di formazione e lavoro; art. 54, sui contratti di inserimento, limitatamente agli enti di ricerca).

Importa qui mettere in evidenza come sia proprio la finalità perseguita, a' sensi dell'art. 1, co. 1 d.lgs. n. 276/2003, di incrementare il livello occupazionale tramite l'utilizzo di una flessibilità in entrata, a dar di per sé ragione della netta e recisa esclusione di cui al co. 2. Difatti nell'impiego pubblico privatizzato c'è l'esigenza contraria, di diminuire l'organico, come ben testimonia il ripetuto contingentamento se non addirittura blocco del *turn-over*; e, comunque, il ricorso ad una flessibilità in entrata provoca inevitabilmente una corsa alla stabilizzazione *ex lege*.

E questa *intentio* esplicitata nella stessa individuazione della finalità si fa *ratio* nella disciplina posta dal decreto legislativo, che nella sua quasi totalità riguarda istituti esclusivi del lavoro privato; ma incrocia anche istituti condivisi anche dall'impiego pubblico privatizzato, come tali già assoggettati ad una regolamentazione più o meno comune, come il trasferimento d'azienda e il *part-time*.

Che ci sia stata la piena consapevolezza che si sarebbe così “sdoppiato” il precedente regime comune, ma lo si considerasse un effetto accettabile da ammortizzare in futuro, è dimostrato dall'art. 86, co. 8, a' sensi del quale *“Il Ministro della funzione pubblica convoca le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche per esaminare i profili di*

*armonizzazione conseguenti all'entrata in vigore del presente decreto legislativo entro sei mesi ai fini dell'eventuale predisposizione di provvedimenti legislativi in materia".*

Sostenere, come pur si è fatto, che un doppio regime sarebbe stato incompatibile o impraticabile o inaccettabile oppure che, scaduto il termine di sei mesi, peraltro previsto per una convocazione in vista di un'"eventuale" iniziativa legislativa, il nuovo regime si sarebbe esteso dal lavoro privato all'impiego pubblico, è frutto di un'opzione di politica del diritto del tutto estranea alla lettera ed alla *ratio* del decreto in parola.

3. Ed ecco, a distanza di poco meno di un decennio, ritornare per via della l. n. 92/2012 l'opzione per una modifica limitata al solo lavoro privato, con una formulazione che riecheggia quella di cui agli artt. 1, co. 2 e 86, co. 6 del d.lgs. n. 276/2003. L'art. 1, co. 7 recita che le *"disposizioni della presente legge, per quanto da esse non espressamente previsto, costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, in coerenza con quanto disposto dall'articolo, comma 2 del medesimo decreto legislativo"*; ed il successivo co. 8 precisa chi, come e perché dovrebbe dedurre tali *"principi e criteri"*, per cui il Ministro *"sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative ... individua e definisce, anche mediante iniziative normative, gli ambiti, le modalità e i tempi dell'armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche"*.

Ora l'*intentio* del legislatore, come tradotta nella finalità perseguita a' sensi dell'art. 1, co. 1, è pur sempre quella di accrescere il livello occupazionale nel lavoro privato, ma tramite una flessibilità non più solo in entrata, ma anche in uscita, secondo una qual sorta di relazione sinallagmatica:



una attenuazione della preesistente flessibilità in entrata come contropartita di una riduzione della precedente rigidità in uscita.

Sicché doveva apparire del tutto scontato a chi al Ministero del lavoro sovrintendeva alla formazione della legge che l'intera partita fosse giocata sul solo tavolo del lavoro privato, sì da non far conto alcuno dell'eventuale effetto di trascinamento nei confronti dell'impiego pubblico privatizzato. Ma scontato non appariva all'occhio attento del mondo sindacale, proprio con particolare riguardo a quell'art. 18 St. su cui si stava consumando il confronto più duro, ravvisandosi proprio un rischio di tale trascinamento nel rinvio mobile di cui all'art. 51, co. 2 d.lgs. n. 165/2001. Ne doveva seguire un allarme alquanto vivace, che il Ministero della funzione pubblica credé di tacitare facendosi carico dell'inserimento, in "zona Cesarini", dei co. 7 e 8 dell'art. 1 l. 92/2012.

Questo è un fatto "storico" non contestato neppure da chi lo considera irrilevante, perché rimasto nel limbo della mera *intentio*. Ma così, non solo si sottovaluta, ma addirittura si ignora, che tale *intentio*, così come esplicitata nella finalità perseguita ai sensi dell'art. 1, co. 1 e tradotta in *ratio* di una legge tutta costruita a misura del lavoro privato, lega e correla indissolubilmente flessibilità in entrata e in uscita.

Sicché suonerebbe contraddittorio rispetto a quella stessa *ratio* considerare inapplicabile al pubblico impiego privatizzato la flessibilità in entrata; e, viceversa, applicabile quella in uscita. E che di certo sia inapplicabile la flessibilità in entrata ce lo dice l'art. 1, co. 7, perché il "*per quanto ... non espressamente previsto*", deve essere ritenuto riferibile solo a quanto è considerato esplicitamente esteso anche all'impiego pubblico privatizzato (v. art. 1, co. 32 che sostituisce l'art. 70 d.lgs. n. 276/2003 e co. 38 che modifica l'art. 6 l. n. 604/1966), a costo altrimenti di considerarlo *tanquam non esset*.

Se a' sensi di quel co. 7 rimangono confinate al solo lavoro privato tutte quelle disposizioni non espressamente estese all'impiego pubblico privatizzato, segue che le precedenti discipline comuni ne risultano più o meno differenziate. Niente di più e niente di meno rispetto al d.lgs. n. 276/2003, dato che pure qui trattasi di un effetto consapevolmente previsto, tanto da mutuare da quel decreto il meccanismo di armonizzazione.

4. Dunque occorre riconsiderare l'art. 51 d.lgs. n. 165/2001, a partire da quel suo co. 1, per cui *"Il rapporto di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche è disciplinato secondo le disposizioni degli articoli 2, commi 2 e 3, e 3, comma 1"*, che solo ci permette di cogliere appieno il senso, non di rado travisato, del suo co. 2.

Come ben si sa, l'art. 2, co. 2, primo paragrafo, recita *"I rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e delle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto, che costituiscono disposizioni a carattere imperativo"*. Se pure coniugato al presente, è chiaro che il co. 2, primo paragrafo, è riferibile anche al futuro, nel senso che le "leggi" e le diverse "disposizioni" saranno quelle vigenti: di fatto nel corso del dodicennio trascorso dal varo del d.lgs. n. 165/2001 sono cambiati sia il "codice" del lavoro, sia il Testo Unico sull'impiego pubblico privatizzato.

Se ora si passa al co. 2 dell'art. 51, d.lgs. n. 165/2001, risulta evidente che, allorché recita: *"La legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni ed integrazioni si applica alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti"*, dà affatto per scontato che in forza del richiamo effettuato dal co. 1 all'art. 2, co. 2, fra le "leggi sui rapporti di lavoro subordinato applicabili nell'impresa" ci

sia anche lo Statuto; e si limita a prevedere che, diversamente da quanto stabilito per il lavoro privato, lo stesso Statuto sia applicabile a prescindere dal numero dei dipendenti.

A ritenere il contrario, che, cioè, solo in forza del co. 2 dell'art. 51, lo Statuto sia applicabile all'impiego pubblico privatizzato, si arriverebbe all'assurdo per cui dovrebbe esserlo nel suo contenuto integrale, non essendovi il limite contestuale posto dall'art. 2, co. 2, primo paragrafo, alle *"leggi sui rapporti di lavoro subordinato applicabili nell'impresa"* a salvaguardia delle *"diverse disposizioni contenute nel presente decreto"*, con l'unico *aliquid novi* costituito dall'eliminazione della soglia dimensionale.

Se quel che conta è il rinvio effettuato dal co. 1 dell'art. 51 all'art. 2, co. 2 dello stesso d.lgs., allora anche per lo Statuto rimane fermo quanto ivi previsto, per cui esso vale nel testo in vigore, peraltro così come considerato applicabile da un Testo Unico profondamente rivisitato. Sicché l'art. 2, co. 2 avrebbe ben potuto fare a meno dell'inciso *"e successive modificazioni ed integrazioni"*, che estraneo al d.lgs. n. 29/1993, vi è stato introdotto dal Testo Unico, perché anche in sua assenza lo Statuto da assumere a referente sarebbe stato non quello imbalsamato nel passato, ma quello vivo nel presente.

Se con rispetto alla contrattazione collettiva la formula adottata risulta rilevante in vista di una qualificazione come disciplina o come fonte, con riguardo alla legge sembra solo di rito, quasi notarile, in ragione della presunzione che, salva esplicita previsione contraria, valga nella sua versione attuale. A pensare qui il contrario, si dovrebbe concludere che lo Statuto, in quanto ricompreso dall'art. 2, co. 2, primo paragrafo, fra le *"leggi sui rapporti di lavoro subordinato applicabili nell'impresa"*, dove non c'è la formula delle *"successive modificazioni ed integrazioni"* dovrebbe essere coniugato al passato; mentre l'estensione dello stesso *"a*

*prescindere dal numero dei dipendenti*", in quanto prevista dall'art. 51, co. 2, dove c'è quella formula, potrebbe essere coniugata al presente, fra l'altro solo se non sia "sterilizzata" proprio in forza di leggi successive.

5. Così, come si partecipasse al gioco dell'oca, bisogna ritornare alla casella di partenza, cioè al co. 7 dell'art. 1 della l. n. 92/2012, con riguardo all'*an* ed al *quantum* della esclusione dell'applicabilità della legge all'impiego pubblico privatizzato. Ma ci si ritorna, a giudizio di chi scrive, con un chiarimento: la risposta passa attraverso un confronto di questo co. 7 non più con l'art. 51, co. 2, ma con l'art. 2, co. 2, primo paragrafo d.lgs. n. 165/2001.

Bisogna vedere se tale co. 7 dell'art. 1 l. n. 92/2012, come parte di una delle "leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa" cui fa rinvio l'art. 2, co. 2 d.lgs. n. 165/2001, sia interpretabile nel senso di escludere l'applicabilità della riforma Fornero al pubblico impiego privatizzato, salvo sia "espressamente" previsto il contrario. Ma, come visto, il problema se il co. 42 dell'art. 1 l. n. 92/2012, col nuovo testo dell'art. 18 St., preveda "espressamente" il contrario non può essere risolto positivamente facendo ricorso all'art. 51, co. 2 d.lgs. n. 165/2001. E chi lo fa ne è poco o tanto avvertito, tanto da far uso anche di altri argomenti: per la lettera, perché il vecchio art. 18 St. risulterebbe abrogato, parlando il co. 42 dell'art. 1 l. n. 92/2012 nei termini di una "sostituzione"; per la *ratio*, perché il nuovo art. 18 St. risulterebbe idoneo proprio rispetto al pubblico impiego privatizzato, vero "vaso a perdere", essendo finalizzato a contenere il costo del lavoro, coll'aumentarne il rendimento; alla Costituzione, perché il nuovo art. 18 St., se ristretto al solo impiego privato, risulterebbe illegittimo, essendo in contrasto con l'art. 3 Cost. e, in quanto preclusivo rispetto all'accesso al rito speciale, anche con l'art. 24 Cost.

Mi sia permesso prescindere da questi ulteriori argomenti, per evidenziare un dato che emerge da una rilettura coordinata dei co. 7 e 8 dell'art. 1, della l. n. 92/2012: cioè, un criterio sostanziale utilizzabile per tracciare il confine fra un disposto applicabile ed uno non applicabile al pubblico impiego privatizzato, allorché quello formale non sembra conclusivo.

Tale criterio sostanziale è costituito dall'essere il disposto sotto esame immediatamente integrabile o meno nel sistema regolato dal d.lgs. n. 165/2001 e quindi tale da richiedere o meno un successivo intervento legislativo di armonizzazione.

6. Si tratta, ora, di chiedersi, se il co. 42 dell'art. 1 l. n. 92/2012 sia immediatamente integrabile nel d.lgs. n. 165/2001 o richieda un intervento legislativo di armonizzazione. Non v'è dubbio alcuno che esso sia stato costruito a stretta misura del settore privato, sia riconfermando il distinguo ed al tempo stesso il collegamento fra licenziamento individuale e collettivo; sia articolando lo stesso licenziamento individuale secondo un *continuum* a scalare con riguardo al tipo di tutela assicurata in caso di licenziamento illegittimo o ingiustificato o affetto da un vizio procedimentale o formale, certo in modo stratiforme, ma non per questo privo di un suo criterio ordinatore per quanto approssimativo.

Sicché alla fin fine chi sostiene che il co. 42 dell'art. 1 sia immediatamente integrabile nel d.lgs. n. 165/2001, è costretto a riconoscere che questo vale solo parzialmente. Il caso con cui ha dovuto confrontarsi fino ad oggi la giurisprudenza di merito è stato quello del licenziamento disciplinare; e lo ha fatto, scorporando dal nuovo art. 18 St. i co. 4, 5 e 6, per poi applicarli non senza evidenti forzature letterali e sostanziali.

Si dirà niente di più e niente di meno di quanto si doveva fare col vecchio art. 18 St. Ma si dimentica che, da un lato, il

vecchio art. 18 St., al suo co. 1 si limitava a prevedere in mancanza di una giusta causa o di un giustificato motivo soggettivo la reintegra; ed in assenza della forma scritta l'inefficacia insanabile a' sensi dell'art. 2, co. 3 l. n. 604/1966, sì da risultare poco o nulla invasivo rispetto al d.lgs. n. 165/2001. E il *corpus* sostanziale e procedimentale del pubblico impiego era già prima della riforma Brunetta sufficientemente autonomo, fondato su quel peculiare sistema delle fonti costituito da norme imperative e da disposizioni collettive dotate di efficacia *erga omnes*.

Sicché l'applicazione del vecchio art. 18 St. all'impiego pubblico privatizzato ne usciva ridimensionata alla sola mutuazione della tutela reale statutaria per la non dirigenza, peraltro altrimenti deducibile come tutela reale c.d. di diritto civile, se non altro per contrapposizione a quella obbligatoria prevista per la dirigenza, prima della giurisprudenza "creatrice" della Corte di Cassazione.

Ora, invece, il nuovo art. 18 St., ai suoi co. 4 e 5, contempla, in mancanza della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo, la concessione della reintegra solo "*per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili*"; e, al suo co. 6, vara un'inefficacia "falsa", perché sanzionata con una mera indennità risarcitoria, per violazioni chiaramente pensate e scritte con l'occhio fisso sul lavoro privato, tanto da riferirsi alla "*violazione del requisito di motivazione di cui all'art. 2, della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni della procedura di cui all'art.7 della presente legge o della procedura di cui all'art. 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604 e successive modificazioni*".

Il fatto è che questi co. 4, 5 e 6 del nuovo art. 18 St. dovrebbero essere integrati con un d.lgs. n. 165/2001, uscito fortemente modificato dalla riforma Brunetta, proprio con

particolare riguardo al codice disciplinare. Si deve qui sottolineare come l'art. 55, co. 1, preveda che "*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...*".

Solo per ricordare le due disposizioni più importanti, c'è l'art. 55-*bis*, che regola puntualmente e dettagliatamente le forme e i termini del procedimento disciplinare, la cui violazione comporta una nullità assoluta ed insanabile, non certo una inefficacia "falsa", come quella prevista dal nuovo art. 18 St., co. 6.

C'è poi l'art. 55-*quater*, che da sì per ferma la disciplina in tema di licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo, ma fatte salve le ulteriori ipotesi previste dal contratto collettivo, e soprattutto introduce specifiche e puntuali fattispecie, la cui rispondenza alle nozioni di giusta causa e giustificato motivo soggettivo è data per presunta *iuris et de iure*, senza poter essere sindacata dal giudice.

E se anche si può discutere circa l'esistenza di un'opzione a favore della sola tutela reale, certo non manca qualche forte argomentazione a favore, quale data in positivo da una applicazione del c.d. parallelismo delle tutele, operante qui all'inverso, perché dalla nullità derivante dall'inosservanza delle forme e termini del procedimento disciplinare dovrebbe dedursi quella riconducibile all'assenza di giusta causa o di giustificato motivo soggettivo; e in negativo dalla difficile, se non impossibile, applicabilità della tutela obbligatoria costituita da una indennità, costruita a strettissima misura del lavoro privato dal novellato art. 18, co. 5.

Per non parlare della problematica sollevata dalla dirigenza, già per l'intrecciarsi e il sovrapporsi di una responsabilità dirigenziale e di una responsabilità disciplinare: ma anche, se non soprattutto, per la necessità di garantire per l'una e per l'altra responsabilità, a' sensi della stessa giurisprudenza

costituzionale, una procedura trasparente e una tutela forte, come tale non assicurata da una mera indennità risarcitoria.

7. Sospetto, senza peraltro il necessario approfondimento, che se si sente il bisogno di sostenere l'applicabilità del nuovo art. 18 St. anche per l'impiego pubblico privatizzato, lo si fa soprattutto per assicurare l'accesso al rito speciale. Ma certo se si dovesse escludere tale applicabilità, non si potrebbe evitare di difendere la contestuale sopravvivenza del vecchio art. 18 St., perché tale da assicurare, in assenza di una giusta causa o di un giustificato motivo soggettivo una reintegra statutaria alla non dirigenza, che altrimenti l'avrebbe solo di diritto comune; nonché garantire tale reintegra alla dirigenza che altrimenti dovrebbe accontentarsi di un'indennità risarcitoria.

Questo vale almeno per me, che, dopo aver cambiato l'argomentazione, mi sento di riproporre invariata la soluzione tecnica sostenuta nei miei scritti precedenti, cioè di una sopravvivenza del vecchio art. 18 St. per l'impiego pubblico privatizzato e di una vigenza del nuovo solo per il lavoro privato.

Se si ritiene condivisibile il senso qui attribuito al co. 7, ne segue che l'art. 1, co. 42, l. n. 92/2012 per cui "*a) la rubrica è sostituita ...*" e "*b) i commi dal primo al sesto sono sostituiti ...*" con riguardo all'art. 18 St. è da intendersi come limitato al lavoro privato: esso pone un problema non di abrogazione, ma di disapplicazione, per cui il vecchio testo non è soppresso, ma affiancato dal nuovo, che lo limita all'impiego pubblico privatizzato, col solo fatto di espropriarlo del lavoro privato.

Per quanto questo possa suscitare un primo moto di istintivo rigetto, per il fatto di far convivere sotto il comune elemento distintivo di art. 18 dello Statuto dei lavoratori un doppio testo, costituisce un modulo non solo tecnicamente fondato ma anche e soprattutto praticamente utilizzato. Quella



politica di differenziazione di una regolamentazione prima comune, realizzata col mantenerla per il lavoro pubblico privatizzato e col modificarla solo per il lavoro privato per renderlo maggiormente flessibile, ha partorito non solo regimi ma anche disposti diversamente modulati a seconda degli ambiti di riferimento.

Lo ha fatto, ieri, il d.lgs. n. 276/2003 e lo ha fatto, oggi, la l. n. 92/2012 con riguardo ai contratti di lavoro flessibile. Anche qui, dunque, sarebbe stato e sarebbe operante il rinvio dinamico fatto dall'art. 36, co. 2 d.lgs. n. 165/2001, che delega i *"contratti collettivi nazionali ... a disciplinare la materia dei contratti di lavoro a tempo determinato, dei contratti di formazione e lavoro, degli altri rapporti formativi e della somministrazione di lavoro ... in applicazione di quanto previsto"* dai relativi testi normativi *"e successive modificazioni ed integrazioni"*, secondo un'elencazione considerata in dottrina non esaustiva, con l'identico risultato di ridurre ad un mero *flatus vocis* del legislatore quanto sancito dall'art. 1, co. 2 d.lgs. n. 276/2003 e dall'art. 1, co. 7 e 8, l. n. 92/2012.

8. Col privilegio che ritengo provenirmi dall'essere un vecchio professore, ancora dedito al suo mestiere di studioso, mi concedo il lusso di chiudere con un rilievo critico rispetto all'indirizzo giurisprudenziale, perché a mio avviso esprime un qual certo disagio verso un legislatore che discriminerebbe un lavoro privato "laborioso" rispetto ad un impiego pubblico privatizzato "ozioso"; e addirittura lo farebbe tradendo lo stesso testo costituzionale.

Ora, a prescindere dal fatto che un giudice ed un professore fanno parte di quell'impiego pubblico non privatizzato, che forse non si merita appieno tutto il regime super-garantista ancora attribuitogli, rimane opportuno tenere presente che, nonostante tutto, il lavoro privato e l'impiego pubblico privatizzato restano due universi distinti, per il tipo, il modo,

il fine dell'attività svolta, destinati a riflettersi inevitabilmente sul regime giuridico.

A puntare l'obbiettivo sul licenziamento disciplinare, c'è da tener conto che sanzionare non solo con la reintegra ma anche solo con un'indennità risarcitoria l'eventuale mancanza di una giusta causa o di un giustificato motivo soggettivo ha una rilevanza ben diversa nell'uno e nell'altro caso. Nel lavoro privato non è in gioco l'interesse pubblico a salvaguardare un esercizio quanto più imparziale del ruolo ricoperto; e neppure è in gioco il posto di lavoro conquistato tramite un concorso.

Se il legislatore non interviene in modo consapevole e coerente, può risultare non solo inutile, ma controproducente, che il giudice gli si sostituisca, sottraendo un pezzo di stoffa destinato al lavoro privato, per fare un rattoppo al vestito dell'impiego pubblico privatizzato. E se ha qualche sentore di un vizio di legittimità costituzionale, è sempre consigliabile nel dubbio sollevare la questione di costituzionalità, piuttosto che battere la strada di un'interpretazione *secundum constitutionem*.

Come direbbe De Andrè, i vecchi sono condannati a dare buoni consigli, perché non sono più in grado di offrire cattivi esempi; ma i giovani sono ben capaci di sbagliare da soli.