

ANTONIO PILEGGI

20.
LA GIURISDIZIONE

 GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

Isbn 9788828805984

Estratto dal volume:

G. Amoroso - V. Di Cerbo - L. Fiorillo - A. Maresca

IL LAVORO PUBBLICO

2019

LA GIURISDIZIONE

NORME GENERALI

D.lg. 30 marzo 2001, n. 165. — Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche (G.U. 9 maggio 2001, n. 106, suppl. ord. n. 112).

12 **Uffici per la gestione del contenzioso del lavoro.** (Art. 12-bis del d.lg. n. 29 del 1993, aggiunto dall'art. 7 del d.lg. n. 80 del 1998). — 1. *Le amministrazioni pubbliche provvedono, nell'ambito dei rispettivi ordinamenti, ad organizzare la gestione del contenzioso del lavoro, anche creando appositi uffici, in modo da assicurare l'efficace svolgimento di tutte le attività stragiudiziali e giudiziali inerenti alle controversie. Più amministrazioni omogenee o affini possono istituire, mediante convenzione che ne regoli le modalità di costituzione e di funzionamento, un unico ufficio per la gestione di tutto o parte del contenzioso comune.*

63 **Controversie relative ai rapporti di lavoro.** (Art. 68 del d.lg. n. 29 del 1993, come sostituito prima dall'art. 33 del d.lg. n. 546 del 1993 e poi dall'art. 29 del d.lg. n. 80 del 1998 e successivamente modificato dall'art. 18 del d.lg. n. 387 del 1998). — 1. *Sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, ad eccezione di quelle relative ai rapporti di lavoro di cui al comma 4, incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale, nonché quelle concernenti le indennità di fine rapporto, comunque denominate e corrisposte, ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti. Quando questi ultimi siano rilevanti ai fini della decisione, il giudice li disapplica, se illegittimi. L'impugnazione davanti al giudice amministrativo dell'atto amministrativo rilevante nella controversia non è causa di sospensione del processo ⁽¹⁾.*

2. *Il giudice adotta, nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati. Le sentenze con le quali riconosce il diritto all'assunzione, ovvero accerta che l'assunzione è avvenuta in violazione di norme sostanziali o procedurali, hanno anche effetto rispettivamente costitutivo o estintivo del rapporto di lavoro. Il giudice, con la sentenza con la quale annulla o dichiara nullo il licenziamento, condanna l'amministrazione alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, e comunque in misura non superiore alle ventiquattro mensilità, dedotto quanto il lavoratore abbia percepito per lo svolgimento di altre attività lavorative ⁽²⁾. Il datore di lavoro è condannato, altresì, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali ⁽²⁾.*
2-bis. *Nel caso di annullamento della sanzione disciplinare per difetto di proporzionalità, il giudice può rideterminare la sanzione, in applicazione delle disposizioni*

normative e contrattuali vigenti, tenendo conto della gravità del comportamento e dello specifico interesse pubblico violato ⁽³⁾.

3. Sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, le controversie relative a comportamenti antisindacali delle pubbliche amministrazioni ai sensi dell'articolo 28 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni ed integrazioni, e le controversie, promosse da organizzazioni sindacali, dall'ARAN o dalle pubbliche amministrazioni, relative alle procedure di contrattazione collettiva di cui all'articolo 40 e seguenti del presente decreto.

4. Restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, nonché, in sede di giurisdizione esclusiva, le controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all'articolo 3, ivi comprese quelle attinenti ai diritti patrimoniali connessi.

5. Nelle controversie di cui ai commi 1 e 3 e nel caso di cui all'articolo 64, comma 3, il ricorso per cassazione può essere proposto anche per violazione o falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi nazionali di cui all'articolo 40.

⁽¹⁾ Ai sensi dell'art. 30 comma 1 l. 4 novembre 2010, n. 183 (come modificato dall'art. 1 comma 43 l. 28 giugno 2012, n. 92, che ha aggiunto l'ultimo periodo), in tutti i casi nei quali le disposizioni di legge, nelle materie di cui all'art. 409 c.p.c. e al presente comma, « contengano clausole generali, ivi comprese le norme in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento di azienda e recesso, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente. L'inosservanza delle disposizioni di cui al precedente periodo, in materia di limiti al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro, costituisce motivo di impugnazione per violazione di norme di diritto ». Inoltre, ai sensi dell'art. 31 comma 9 l. n. 183, cit., anche alle controversie di cui al presente comma si applicano le disposizioni degli artt. 410, 411, 412, 412-ter e 412-quater c.p.c.

⁽²⁾ Periodo aggiunto dall'art. 21 comma 1 lett. a) d.lg. 25 maggio 2017, n. 75.

⁽³⁾ Comma inserito dall'art. 21 comma 1 lett. b) d.lg. n. 75, cit.

69

Norme transitorie. (Art. 25, comma 4 del d.lg. n. 29 del 1993; art. 50, comma 14 del d.lg. n. 29 del 1993, come sostituito prima dall'art. 17 del d.lg. n. 470 del 1993 e poi dall'art. 2 del d.lg. n. 396 del 1997; art. 72, commi 1 e 4 del d.lg. n. 29 del 1993, come sostituiti dall'art. 36 del d.lg. n. 546 del 1993; art. 73, comma 2 del d.lg. n. 29 del 1993, come sostituito dall'art. 37 del d.lg. n. 546 del 1993; art. 28, comma 2 del d.lg. n. 80 del 1998; art. 45, commi 5, 9, 17 e 25 del d.lg. n. 80 del 1998, come modificati dall'art. 22, comma 6 del d.lg. n. 387 del 1998; art. 24, comma 3 del d.lg. n. 387 del 1998). — 1-6. (Omissis).

7. Sono attribuite al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, le controversie di cui all'articolo 63 del presente decreto, relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro successivo al 30 giugno 1998. Le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro anteriore a tale data restano attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo qualora siano state proposte, a pena di decadenza, entro il 15 settembre 2000.

8-11. (Omissis).

NORME SU MATERIE SPECIFICHE A VALENZA GENERALE

Tentativo di conciliazione: art. 31, comma 9, l. 4 novembre 2010, n. 183.

Condotta antisindacale: art. 28, l. 20 maggio 1970, n. 300.

Sezione II

I POTERI DEL GIUDICE ORDINARIO

di ANTONIO PILEGGI

BIBLIOGRAFIA

ALBENZIO, *L'esecuzione delle sentenze del giudice del lavoro nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, FI, 1999, 3475 ss.; AMOROSO, *L'interpretazione del contratto collettivo*, in *Dialoghi tra dottrina e giurisprudenza*, Milano, 2004, 1; ANTONINI, *La misurazione del dato associativo ai fini delle rappresentatività sindacale di cui all'art. 43, comma 1, del d.lg. n. 165 del 2001: una questione di legittimità costituzionale?*, LPA, 2001, 1084; APICELLA, *Incarichi dirigenziali nelle amministrazioni pubbliche e tutela giurisdizionale*, TAR, 2000, II, 402; APICELLA, *Concorsi interni nelle pubbliche amministrazioni, posizioni soggettive del dipendente pubblico e riparto della giurisdizione*, DP AMM, 2005, 1157; AURILIO, *Concorsi interni e riparto di giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo*, LPA, 2000, 1155; BARBIERI, *Impugnazione dei lodi arbitrali in materia disciplinare e giudice competente*, LPA, 1998, II, 521; BARBIERI, *Privatizzazione del pubblico impiego e interessi legittimi*, MGL, 1999, 1036; BARBIERI, *Considerazioni sulla tutela dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni davanti al giudice ordinario*, MGL, 2006, 801; BARBIERI, *Sulla natura del conferimento di incarichi dirigenziali*, MGL, 2008, 893; BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, 2000, 401 ss.; BIGLIAZZI GERI, *Interesse legittimo: diritto privato*, D. CIV., 1993, XI, 527; BORGHESI, *La giurisdizione*, in CARINCI F. (diretto da), *Commentario*, Milano, 1995, II, 1129 ss.; BORGHESI, *La giurisdizione del giudice ordinario*, in CARINCI F.-ZOPPOLI L. (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commentario*, Milano, 2004, 1236; BRIGUGLIO, *Le funzioni della Corte di cassazione e l'accertamento pregiudiziale sui contratti collettivi*, in PERONE-SASSANI (a cura di), *Processo del lavoro e rapporto alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Padova, 1999, 80; CAMPANELLA, *Contrattazione integrativa e pluralismo sindacale: a proposito della legittimazione a trattare e stipulare il contratto collettivo*, LPA, 2001, 399; CARINCI F., *Concertazione e rappresentatività sindacale (a proposito di due recenti testi)*, LPA, 1998, 1023; CARINCI F., *Le fonti della disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, ADL, 2000, 55 ss.; CARINCI F., *La dirigenza nelle amministrazioni dello Stato ex capo II, titolo II, del d.lg. n. 29 del 1993 (il modello "universale")*, ADL, 2001, 40; CARINCI F., *Una riforma "conclusa". Fra norma scritta e prassi applicativa. Prefazione*, in CARINCI F.-ZOPPOLI L. (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commentario*, Milano, 2004, I ss.; CASSESE, *Il sofisma della privatizzazione del pubblico impiego*, RIDL, 1993, I, 287; CLARICH-IARIA, *La riforma del pubblico impiego*, Rimini, 1999, 114; COLACITO, *Funzioni, competenze, poteri, costituzione e vicende del rapporto di lavoro dirigenziale*, LPA, 1999, 944; CORPACI, *La giurisdizione dopo la seconda fase della riforma*, LPA, 1999, 1029; CORPACI, *Il nuovo regime del conferimento degli incarichi dirigenziali e la giurisdizione sugli incarichi dirigenziali*, in *Atti del Seminario del 31 gennaio 2003*, LPA, 2003, 217 ss.; CORSO, *L'elemento soggettivo nel risarcimento del danno per lesioni di interessi legittimi in una controversia relativa a un rapporto di impiego pubblico non privatizzato*, RIDL, 2005, II, 335; D'ALESSIO, *Gli incarichi di funzioni dirigenziali*, in CARINCI F.-D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, II ed., Milano, 2000, tomo I, 771; D'ALESSIO, *La riforma della dirigenza amministrativa nella prima elaborazione giurisprudenziale*, LPA, 2001, 45; DANIELE, *Problematiche della privatizzazione del pubblico impiego*, CS, 1998, II, 111; D'ANTONA, *Contratto collettivo, sindacati e processo del lavoro dopo la "seconda privatizzazione" del pubblico impiego (osservazioni sui d.lg. n. 396 del 1997, n. 80 del 1998 e n. 387 del 1998)*, FI, 1999, I, 629; D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle leggi Bassanini*, in CARINCI F.-D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, II ed., Milano, 2000, tomo I, XLIII; D'ANTONA, *Autonomia negoziale, discrezionalità e vincolo di scopo nella contrattazione collettiva delle pubbliche amministrazioni*, in CARUSO-SCIARRA (a cura di), *Opere*, Milano, 2000; D'AURIA, *L'organizzazione, il lavoro pubblico e i controlli*, GDA, 2006, 255; DE ANGELIS, *Lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni e giurisdizione*, ADL, 2000, 559; DELL'OLIO, *La tutela dei diritti del dipendente pubblico dinanzi al giudice ordinario*, ADL, 1999, 131; D'ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra pubblico e privato*, in CARINCI F.-D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle*

amministrazioni pubbliche, II ed., Milano, 2000, tomo I, 145 ss.; FERRAU, *Quale giudice è competente per i concorsi interni dei pubblici dipendenti?*, LG, 2006, 351; FILARDO, *Alcune riflessioni su aspetti problematici del passaggio di giurisdizione al giudice ordinario in materia di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, GC, 1999, II, 333; FIORILLO, *Il reclutamento di personale pubblico: forme contrattuali stabili e flessibili*, in CARINCI F.-D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, II ed., Milano, 2000, 1041; FORLENZA, *La giurisdizione sulle controversie di lavoro*, in FORLENZA-TERRACCIANO-VOLPE, *La riforma del pubblico impiego*, Roma, 1998, 142 ss.; GAROFALO, *Il trasferimento di giurisdizione nel lavoro pubblico*, LPA, 1999, I, 499; GHEZZI, *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in Atti del convegno AIDLASS, L'Aquila 31 maggio-1° giugno 1996, Milano, 1997, 91 ss.; IANIGRO, *I concorsi interni nel pubblico impiego privatizzato alla ricerca del giudice naturale*, TAR, 2002, II, 31; IARIA, *L'ambito oggettivo della giurisdizione del giudice del lavoro e del giudice amministrativo dopo il d.lg. n. 80 e 387 del 1998*, LPA, 1999, I, 302; IARIA, *Titolo VI, Giurisdizione*, in CLARICH-IARIA (a cura di), *La riforma del pubblico impiego, Commentario*, Rimini, 1999, 587; IARIA, *La giurisdizione del giudice del lavoro e del giudice amministrativo sulle controversie di lavoro pubblico*, DL, 2000, 617; IARIA, *La Cassazione e gli interessi legittimi nel rapporto di lavoro pubblico*, GDA, 2001, 812; LISO, *La più recente giurisprudenza sul lavoro pubblico*, ADL, 1998, 206; MARAZZA, *Il contratto collettivo ad oggetto pubblico*, ADL, 2006, I, 483; MARESCA, *Le trasformazioni del rapporto di lavoro pubblico e il sistema delle fonti*, Atti del convegno AIDLASS, L'Aquila 31 maggio-1° giugno 1996, Milano, 1997, 20; MAZZAMUTO, *Verso la giurisdizione esclusiva del giudice ordinario?*, GI, 1999, 1129; MIANI CANEVARI, *Privatizzazione del pubblico impiego e poteri del datore di lavoro*, LPA, 2001, 761; NAPPI, *Inattività del lavoratore per demansionamento totale e rimedi giudiziari a tutela della professionalità*, DL, 1993, II, 597; NICOSIA, *I nuovi meccanismi di responsabilizzazione della dirigenza pubblica: gli incarichi di funzione dirigenziale*, FI, 2001, I, 726; NICOSIA, *La giurisdizione del giudice ordinario sulla revoca degli incarichi dirigenziali al vaglio della consulta: un freno alla riforma?*, LPA, 2001, 194; NOGLER, *Il contratto collettivo nel prisma dell'accertamento pregiudiziale*, GDLRI, 2000, 26; ORSI BATTAGLINI-CORPACI, *Sub art. 2. La riforma della organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, NLC, 1999, 1065 ss.; PACI, *I nuovi poteri della p.a. datore di lavoro: inapplicabilità dell'art. 2103 c.c. ai dirigenti e incoercibilità dell'ordine di reintegrazione nelle mansioni*, LPA, 2000, 630 ss.; PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1995, 130; PANARIELLO F., *Commento sub art. 68*, in CORPACI-RUSCIANO-ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, NLC, 1999, 1447; PANTANO, *Progressioni interne nel pubblico impiego e giurisdizione del giudice ordinario*, ADL, 2006, II, 299; PERRINO, *In tema di remunerazione delle mansioni superiori del pubblico dipendente: brevi note sull'insanabile contrasto tra il Consiglio di Stato e la giurisprudenza costituzionale e ordinaria*, FI, 2006, III, 385; PERSI, *Osservazioni in tema di condanna alla reintegrazione conseguente a mancata adibizione alle mansioni*, RGL, II, 1994, 797; PERSIANI, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina del pubblico impiego*, DL, 1993, I, 250; PILEGGI, *Comparti, materie, livelli di contrattazione collettiva*, QDLRI, 1995, 16, 143; PILEGGI, *Riflessi sostanziali del ricorso per Cassazione per violazione e falsa applicazione dei contratti collettivi*, in PERONE-SASSANI (a cura di), *Processo del lavoro e rapporto alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Padova, 1999, 100 ss.; PILEGGI, *Efficienza della pubblica amministrazione e diritto del lavoro*, Roma, 2005; PISANI, *Azioni cautelare e dequalificazione nel rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione*, LPA, 2001, 393; ROMANO, *Giudice amministrativo, risarcimento del danno e rapporto di pubblico impiego*, RA, 2002, 427; ROMANO TASSONE, *Sul contratto di lavoro del dirigente pubblico*, GC, 2000, II, 149; RUSCIANO, *Introduzione*, in RUSCIANO-ZOPPOLI L., *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Torino, 1993, XXVII; RUSSO, *Recenti orientamenti in tema di incarichi di funzioni dirigenziali*, LPA, 2001, 685; SASSANI, *Sul commissario dell'ottemperanza quale organo dell'esecuzione forzata*, RD PROC, 1992, 1143 ss.; SASSANI, *Il passaggio alla giurisdizione ordinaria del contenzioso sul pubblico impiego: poteri del giudice, esecuzione della sentenza, comportamento antisindacale, contratti collettivi in Cassazione*, in PERONE-SASSANI (a cura di), *Processo del lavoro e rapporto alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Padova, 1999, 7; SASSANI, *L'esecuzione delle sentenze civili di condanna dell'amministrazione nei rapporti di lavoro*, REF, 2005, 1; SGARBI, *Le posizioni organizzative nei nuovi sistemi di inquadramento tra conferimento di incarico e svolgimento di mansioni superiori*, LPA, 2000, 141; SGARBI, *La Cassazione nega il riconoscimento giudiziale dei quadri nelle amministrazioni pubbliche*, ADL, 2006, II, 577; SORDI, *I confini della giurisdizione ordinaria nelle controversie di pubblico impiego*, ADL, 1999, 181 ss.; SORDI, *I poteri del giudice nelle controversie di pubblico impiego*, GC, 1999, n. 4, 509; SORDI, *I concorsi interni nel pubblico impiego privatizzato*, ND, 2000, 151; SORDI, *Le controversie in tema di incarichi dirigenziali*, LPA, 2005, 765; STANCANELLI, *Il ruolo unico della dirigenza dello Stato*, GDA, 1999, 828; SUPPEJ, *Nove*

anni di travaglio del trapasso di giurisdizione per i lavoratori pubblici, RIDL, 2001, I, 308; TALAMO, *Concorsi interni: prassi vecchie e nuove del legislatore davanti alla Corte Costituzionale*, GDA, 1999, 536; TALAMO, *Contratti integrativi delle pubbliche amministrazioni*, GDA, 2001, 587; TAMPIERI, *Il "demansionamento" del dirigente pubblico e la tutela giurisprudenziale*, LPA, 2005, I, 573; TAORMINA, *L'attuazione del ruolo unico della dirigenza: prima ricognizione dei criteri applicativi alla luce delle circolari del Ministero della Funzione Pubblica*, LPA, 1999, III, 1324; TENORE, *Devoluzione al giudice ordinario del contenzioso sul pubblico impiego*, in NOVIELLO-SORDI-CARUGNO-TENORE (a cura di), *Le controversie sul pubblico impiego privatizzato e gli uffici del contenzioso*, Milano, 1999, 23, 50 ss.; TENORE, *Riparto di giurisdizione sui concorsi interni delle pubbliche amministrazioni*, FA, 2001, 1706; TISCINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni di fronte al giudice ordinario (art. 68 del d.lg. n. 80/1998)*, RDP, 2000, 467; TORCHIA, *Giudice amministrativo e pubblico impiego dopo il d.lg. n. 80 del 1998*, LPA, 1998, 1061; TORCHIA, *La responsabilità dirigenziale*, Padova, 2000, 46; TRAVI, *La giurisdizione civile nelle controversie di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, DP AMM, 2000, 310 ss.; TRISORIO LIUZZI, *Controversie relative a rapporti di lavoro*, in CARINCI F.-D'ANTONA (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Milano, 2000, 1822; VACCARELLA, *Appunti sul contenzioso del lavoro dopo la privatizzazione del pubblico impiego e sull'arbitrato in materia di lavoro*, ADL, 1998, 720; VICECONTE, *L'azione ex art. 28 della legge n. 300/1970 nei confronti della Pubblica Amministrazione in caso di rapporti "non privatizzati". Identità o diversità dell'azione collettiva e dell'azione individuale. Possibilità di conflitto di giudicati*, GI, 2006, 1156; VIDIRI, *L'interpretazione del contratto collettivo nel settore privato e nel pubblico*, RIDL, 2003, I, 103 ss.; VIRGA, *Diritto amministrativo, II, Atti e ricorsi*, Milano, 1999, 268; ZOLI, *Amministrazione del rapporto e tutela delle posizioni soggettive dei dipendenti pubblici*, DRI, 1993, 636; ZOPPOLI A., *Il contratto di lavoro del dirigente pubblico dopo il d.lg. n. 80 del 1998*, in *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, NLC, 1999, 1165.

SOMMARIO

1. Efficienza della pubblica amministrazione e poteri del giudice del lavoro: il *favor* per la pubblica amministrazione. — **2.** Limiti funzionali della privatizzazione e poteri del giudice del lavoro. — **3.** Le tutele "disinnescate" ed i conseguenti limiti ai poteri del giudice ordinario nelle controversie di lavoro pubblico privatizzato: **3.1.** *Segue. a)* Inammissibilità di pronunce costitutive di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato per violazione di norme imperative; **3.2.** *Segue. b)* Inammissibilità di pronunce di accertamento del diritto al superiore inquadramento in relazione all'esercizio di fatto di mansioni superiori; **3.3.** *Segue. c)* La sottrazione al giudice ordinario della materia delle progressioni di carriera. — **4.** Privatizzazione dei poteri micro-organizzativi e poteri del giudice ordinario: *a)* l'affrancamento dei poteri organizzativi dal diritto amministrativo; **4.1.** *Segue. b)* I provvedimenti macro-organizzativi e la disapplicazione degli stessi se rilevanti ai fini della decisione. — **5.** Dall'interesse legittimo di diritto amministrativo all'interesse legittimo di diritto privato. — **6.** Poteri del giudice ordinario e licenziamento. — **7.** Il potere del giudice di rideterminare la sanzione disciplinare.

1. Efficienza della pubblica amministrazione e poteri del giudice del lavoro: il favor per la pubblica amministrazione. Esamineremo, qui di seguito, i poteri del giudice ordinario non soltanto dal punto di vista strettamente processuale, ma anche dal punto di vista sostanziale, valutando, cioè, se, come e quanto i poteri del giudice ordinario siano condizionati dalle finalità della privatizzazione e dalla specialità della disciplina applicabile ai rapporti di lavoro privatizzati.

Invero, le dichiarate finalità pubblicistiche della privatizzazione (art. 1, d.lg. n. 165 del 2001: « accrescere l'efficienza delle amministrazioni [...] razionalizzare il costo del lavoro pubblico, contenendo la spesa complessiva per il personale, diretta e indiretta, entro i vincoli di finanza pubblica; realizzare la migliore

utilizzazione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni») sono decisive per comprendere come l'attribuzione delle controversie di lavoro pubblico al giudice ordinario abbia comportato, in linea di massima, un arretramento nei livelli di tutela processuale (e sostanziale) per il dipendente pubblico, anche in conseguenza dei minori poteri del giudice ordinario nelle controversie di lavoro pubblico rispetto alle controversie di lavoro privato (o dei maggiori poteri se finalizzati a salvaguardare l'interesse pubblico: cfr. art. 63, comma 2-*bis*, d.lg. n. 165 del 2001). Un esito, quello di una minore tutela processuale del dipendente pubblico davanti al giudice ordinario (rispetto alla tutela accordata al dipendente privato), che, agli esordi, poteva apparire inimmaginabile. Ed invero, non era mancato chi aveva messo a nudo l'intima contraddizione tra le finalità della privatizzazione e la devoluzione delle controversie di lavoro al giudice ordinario: se è « la pubblica amministrazione datrice di lavoro [...] il vero soggetto debole » che la privatizzazione mira a tutelare, potrebbe ritenersi « inopportuno che le controversie promosse contro di essa venissero affidate ad un giudice ritenuto tradizionalmente orientato in favore del lavoratore » (così GAROFALO, 1999, 450, che così sintetizza criticamente la risoluzione del CSM, in FI, III, 56), incidendo, oltretutto, « su un sistema giurisdizionale ormai collaudato e sperimentato e che [...] ha dato prova di saper rispondere alla domanda di giustizia dei dipendenti pubblici » (così nel noto parere CS, AG, 31 agosto 1992 n. 146, FI 1993, III, 4 ss.).

Non è affatto detto, però, come dimostrano i primi anni di giurisdizione ordinaria, che il giudice del lavoro mantenga il proprio (vero o presunto) orientamento favorevole al lavoratore, quando debba conoscere di una controversia di lavoro nella quale sia parte una pubblica amministrazione. Ed anzi, l'esperienza insegna che è accaduto il contrario.

La dottrina aveva infatti intuito come « la tutela dell'interesse del lavoratore pubblico ben potrebbe risultare attenuata a ragione della prevalenza che deve essere assegnata, a differenza di quanto avviene per l'interesse del datore di lavoro privato, all'interesse pubblico »: un criterio, quello della prevalenza dell'interesse pubblico, che può trovare applicazione quando si tratti di interpretare le disposizioni della legge che regolano il lavoro privato per applicarle al pubblico impiego. Ritenere che queste disposizioni si applichino alle pubbliche amministrazioni con le identiche modalità con le quali sono state tradizionalmente applicate all'imprenditore sarebbe, a mio avviso, opinione superficiale (PERSIANI, 1993).

Sviluppando l'autorevole intuizione potrebbe ritenersi che se il diritto del lavoro privatizzato dovesse essere interpretato dal giudice ordinario chiamato ora ad applicarlo alla luce della *ratio* che ne ha giustificato l'estensione ai dipendenti da pubbliche amministrazioni, il criterio interpretativo da seguire (al prezzo di un cambiamento di mentalità che rischia di trasmodare in schizofrenia) dovrebbe essere quello del *favor* per la pubblica amministrazione, per quanto paradossale (se non addirittura provocatorio) possa apparire un simile rilievo. E rasenta altresì il paradosso che il diritto del lavoro sia stato esteso al settore pubblico in quanto strumento di efficienza organizzativa, di conteni-

mento del costo del lavoro, e di gestione flessibile dei rapporti di lavoro, ove si consideri come nel suo terreno d'origine — cioè nel settore privato — quel medesimo diritto del lavoro sieda da tempo sul banco degli imputati come principale responsabile di disfunzioni organizzative, eccessivo costo del lavoro e di rigidità nella gestione del personale. E, proseguendo nel paradosso, se il diritto del lavoro si evolve (con le recenti riforme del mercato del lavoro, dalla “Biagi” al “Jobs Act”) per rispondere alla domanda di flessibilità delle imprese, onde accrescerne la competitività e l'efficienza, non si comprende la ragione per cui da una siffatta evoluzione sia stato “tagliato fuori” proprio il (diritto del) lavoro alle dipendenze da pubbliche amministrazioni, che pure era stato ad esse esteso al dichiarato fine di accrescerne l'efficienza (sia consentito il rinvio a PILEGGI, 2005).

2. Limiti funzionali della privatizzazione e poteri del giudice del lavoro. Abbiamo già segnalato una prima differenza tra controversie di lavoro pubblico privatizzato e controversie di lavoro privato in relazione ai diversi criteri di interpretazione del diritto del lavoro (privatizzato o non) che dovrebbero essere utilizzati dal giudice ordinario a seconda che sia investito delle prime o delle seconde.

Ma non è solo una questione di *ratio legis*. È anche una questione di (diversa) disciplina sostanziale applicabile al rapporto di lavoro a seconda che si tratti, oppure no, di rapporto di lavoro privatizzato, con evidenti riflessi sui poteri del giudice ordinario (ben più ampi, con riferimento alle controversie di lavoro privato).

Invero, a differenza di ciò che è accaduto per gli enti pubblici “privatizzati” — laddove la trasformazione della natura giuridica del soggetto datore di lavoro ha comportato la integrale ed automatica applicazione della medesima disciplina applicabile ai dipendenti privati, cosicché ben può parlarsi, in tal caso, di un autentico “diritto comune del lavoro” e di una vera privatizzazione — l'estensione del diritto “comune” del lavoro ai dipendenti da pubbliche amministrazioni è stata attentamente “dosata” dal legislatore e sottoposta ad un accurato filtraggio, così da “scartare”, del diritto del lavoro, tutto quanto potesse contaminare la taumaturgica ricetta prescritta per accrescere l'efficienza delle amministrazioni e contenere il costo del lavoro pubblico.

Invero, il legislatore — disinnescato qualsiasi pernicioso automatismo, che, determinando l'integrale applicazione dei principi di tutela del lavoratore privato, potesse contraddire le finalità di efficienza organizzativa e di risanamento finanziario — ha potuto scegliere a proprio piacimento quanta e quale parte del diritto “comune” del lavoro applicare ai dipendenti da pubbliche amministrazioni. Con ciò costruendo per i dipendenti pubblici un diritto del lavoro *ad hoc* (ma sarebbe meglio parlare di un diritto dell'organizzazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni), connotato da rilevanti elementi di specialità, perché tarato non già sulle esigenze di tutela del pubblico impiegato come lavoratore subordinato, bensì sulle esigenze organizzative della pubblica

amministrazione. Ed anzi, le “norme generali sull’ordinamento del lavoro alle dipendenze da pubbliche amministrazioni” (così il titolo del d.lg. n. 165 del 2001) regolano il rapporto di lavoro nella prospettiva organizzativa della “gestione del personale” (e non già in quella lavoristica della protezione del lavoro), quale profilo strumentale, del più generale processo di riforma organizzativa della pubblica amministrazione, e, dunque, non già dall’angolo visuale del lavoratore, e delle sue esigenze di tutela, bensì dall’opposto angolo visuale (inconsueto per il diritto del lavoro) del datore di lavoro pubblico, e delle sue esigenze di riorganizzazione per finalità pubblicistiche di efficienza e di contenimento del costo del lavoro. Se, pertanto, nel settore privato il diritto del lavoro ha tradizionalmente assolto alla funzione essenziale di limitare, sostanzialmente e formalmente, il potere organizzativo del datore di lavoro, nel settore pubblico lo stesso diritto del lavoro è stato strumentalmente utilizzato in una direzione diametralmente opposta, cioè per potenziare il potere organizzativo della dirigenza, consentire una “migliore utilizzazione delle risorse umane” ed accrescere l’efficienza delle pubbliche amministrazioni. Non a caso il d.lg. n. 165 del 2001 è soprattutto un provvedimento in materia di “razionalizzazione dell’organizzazione delle amministrazioni pubbliche” (secondo il vecchio “titolo” del d.lg. n. 29 del 1993), nel quadro di una più complessiva riforma delle stesse. I primi due titoli del decreto sono infatti diretti, rispettivamente, a fissare i “principi generali” di una siffatta “razionalizzazione organizzativa” (artt. da 1 a 10), ed a dettare specifiche disposizioni in tema di “organizzazione” (così la rubrica del titolo II). Ed attiene all’organizzazione delle pubbliche amministrazioni soprattutto la “tormentata” disciplina della dirigenza pubblica, cui è dedicato il capo II, di gran lunga il più corposo dell’intero decreto. Poco a che vedere con l’ordinamento del personale hanno poi le disposizioni relative alle “relazioni con il pubblico” (cui è intitolato il capo I del suddetto titolo II), e precisamente alla “trasparenza delle amministrazioni pubbliche” (art. 10) ed all’istituzione dell’“ufficio relazioni con il pubblico” (art. 11), lungo un’evidente linea di continuità con la l. n. 241 del 1990, entro cui troverebbero più opportuna collocazione. Nel medesimo titolo II, intitolato alla “organizzazione”, e non già nel titolo IV, relativo al “rapporto di lavoro”, e precisamente nel capo III (“Uffici, piante organiche, mobilità e accessi”) sono infine inserite quelle poche disposizioni relative all’assunzione (anzi, al “reclutamento del personale”) ed alla gestione delle eccedenze di personale, a conferma dell’opposta prospettiva (organizzativa e datoriale) assunta dal legislatore della privatizzazione. Quanto alla scarna disciplina del “rapporto di lavoro” (tit. IV), liquidata in una quindicina di articoli, di contenuto in gran parte derogatorio (*in peius*) rispetto alla disciplina “comune” del diritto del lavoro, appare evidente come il legislatore non abbia minimamente inteso tutelare “meglio” la persona del lavoratore pubblico secondo un modello di importazione (quello proprio del diritto del lavoro tradizionale), quanto, piuttosto, preservare l’organizzazione pubblica dagli indesiderati effetti collaterali della privatizzazione, al fine di assicurare la più proficua, sicura ed efficiente “gestione delle risorse umane” nell’interesse della pubblica amministrazione.

3. Le tutele “disinnescate” ed i conseguenti limiti ai poteri del giudice ordinario nelle controversie di lavoro pubblico privatizzato. Il legislatore della privatizzazione — nell’estendere (nell’interesse della pubblica amministrazione) il diritto del lavoro ai dipendenti da pubbliche amministrazioni per finalità di accrescimento dell’efficienza delle pubbliche amministrazioni e di contenimento del costo del lavoro pubblico — non ha concesso ai dipendenti pubblici privatizzati l’autorizzazione al porto dell’arma più micidiale concessa ai dipendenti privati: la tutela costitutiva, o reale, del diritto lesa.

L’apparato anticonversione predisposto dal legislatore della privatizzazione — a tutela dell’efficienza della pubblica amministrazione — risulta da una congerie di norme, e sembra assurgere a principio generale, a garanzia dell’imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione: un principio diametralmente opposto a quello vigente nel settore privato, laddove la tutela effettiva del lavoratore prevale sempre sulla tutela dell’interesse organizzativo del datore di lavoro.

Se dunque è vero che il giudice ordinario, ai sensi dell’art. 63, c. 2, d.lg. n. 165 del 2001, può adottare « nei confronti delle pubbliche amministrazioni tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati », è però altresì vero lo stesso giudice non può adottare nei confronti delle pubbliche amministrazioni alcuni dei più significativi provvedimenti che potrebbe adottare, a tutela del lavoratore, nei confronti dei privati datori di lavoro o anche degli enti pubblici economici.

3.1. Segue. a) Inammissibilità di pronunce costitutive di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato per violazione di norme imperative. Il legislatore della privatizzazione sembra aver voluto “incoraggiare” le pubbliche amministrazioni ad avvalersi « delle forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale previste dal codice civile », quasi “rassicurandole” sul fatto che « in ogni caso, la violazione di disposizioni imperative riguardanti l’assunzione o l’impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione » (art. 36, comma 5, d.lg. n. 165 del 2001). Una previsione, questa, che, curiosamente, è stata introdotta proprio dal legislatore della seconda privatizzazione, pur chiamato a « completare l’integrazione della disciplina del lavoro pubblico con quella del lavoro privato », e che, invece, in vista della imminente devoluzione delle controversie di lavoro pubblico al giudice ordinario, ha pensato bene di introdurre una formidabile misura sostanziale « diretta a prevenire disfunzioni dovute al sovraccarico del contenzioso » (rendendo inammissibili domande dirette ad ottenere la stabilizzazione di rapporti precari) ed allo stesso tempo (ed anzi principalmente) a salvaguardare l’integrità delle dotazioni organiche, rendendole del tutto impermeabili alla pretesa di stabilizzazione di rapporti precari.

Ma già la legge sul lavoro temporaneo tramite agenzia (anteriore alla seconda privatizzazione) aveva previsto che « nei confronti delle pubbliche amministrazioni non trovano comunque applicazione le previsioni relative alla trasforma-

zione del rapporto a tempo indeterminato nei casi previsti dalla presente legge ». E dopo aver abrogato quella legge (peraltro, in difetto di espressa delega) il legislatore della riforma del mercato del lavoro, si è affrettato a chiarire innanzitutto che « la previsione della trasformazione del rapporto di lavoro di cui all'articolo 27, comma 1, non trova applicazione nei confronti delle pubbliche amministrazioni cui la disciplina della somministrazione trova applicazione solo per quanto attiene alla somministrazione di lavoro a tempo determinato ».

Infine, il principio dell'intangibilità assoluta dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni è stato riaffermato anche in materia di *part time*. Nei confronti delle pubbliche amministrazioni non operano infatti le "sanzioni" inerenti alla « dichiarazione della sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo pieno » dalla data dell'accertamento giudiziale dell'omessa indicazione della durata della prestazione lavorativa, ovvero della « determinazione delle modalità temporanee di svolgimento della prestazione lavorativa a tempo parziale » in caso di « omessa indicazione della collocazione oraria della prestazione ».

Il principio anticonversione di cui all'art. 36, comma 5, d.lg. n. 165 del 2001 è stato ritenuto conforme agli artt. 3 e 97 Cost., nella sua idoneità a neutralizzare le sanzioni reali previste dall'abrogata disciplina del contratto a termine, avendo la Corte costituzionale confutato la "premessa" da cui il giudice *a quo* aveva desunto l'illegittimità costituzionale della norma denunciata in quanto contrastante con il principio di uguaglianza, è cioè che « il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni sia assimilato, sotto ogni aspetto, a quello svolto alle dipendenze di datori di lavoro privati ». E « limitando l'esame al solo profilo genetico del rapporto », la Corte ha rilevato che « il principio fondamentale in materia di instaurazione del rapporto di impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni è quello, del tutto estraneo alla disciplina del lavoro privato, dell'accesso mediante concorso [...] posto a presidio delle esigenze di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione ». Il giudice ordinario può dunque adottare esclusivamente, nei casi sopra considerati, pronunce di condanna al risarcimento del danno.

3.2. Segue. b) Inammissibilità di pronunce di accertamento del diritto al superiore inquadramento in relazione all'esercizio di fatto di mansioni superiori. Alla stessa perentoria logica di intangibilità delle dotazioni organiche delle pubbliche amministrazioni risponde la deroga ai fondamentali principi di tutela della professionalità del lavoratore, propri del diritto comune del lavoro. Già sin dalla prima legge delega, del resto, il Governo era vincolato a prevedere espressamente, "in deroga all'articolo 2103 del codice civile", che l'esercizio temporaneo di mansioni superiori non attribuisse il diritto all'assegnazione definitiva delle stesse. Pur senza riferimenti all'art. 2103 c.c., l'attuale art. 52, comma 1, d.lg. n. 165 del 2001 (come modificato dall'art. 62 del d.lg. 27 ottobre 2009 n. 150) prevede che « l'esercizio di fatto di mansioni non corrispondenti alla qualifica di appartenenza non ha effetto ai fini dell'inquadramento del lavoratore e dell'assegnazione di incarichi di direzione », ed il sesto comma che « in nessun caso lo svolgimento di mansioni superiori rispetto alla

qualifica di appartenenza, può comportare il diritto ad avanzamenti automatici nell'inquadramento professionale del lavoratore » (salva diversa previsione dei contratti collettivi).

Ne consegue un rilevante limite al tipo di pronuncia che il giudice ordinario può adottare nei confronti delle pubbliche amministrazioni.

V'era stato poi un ulteriore scostamento, assai significativo, rispetto all'art. 2103 c.c. laddove si prevede che il « prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o alle mansioni » (non già « equivalenti alle ultime effettivamente svolte », ma) « equivalenti nell'ambito dell'area di inquadramento ». Con riferimento al dipendente privatizzato il giudice non può dunque sindacare la valutazione di equivalenza professionale tra le varie mansioni espressa dai contratti collettivi, come invece poteva fare con riferimento a dipendente privato prima che il legislatore del settore privato (art. 3, d.lg. n. 81 del 2015) riscrivesse il primo comma dell'art. 2103 c.c. ispirandosi proprio dall'art. 52, d.lg. n. 165 del 2001, e, dunque, al principio dell'equivalenza meramente formale, consentendo l'adibizione a qualsiasi nuova mansione riconducibile « allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte ».

La deroga ai principi di tutela reale della professionalità (così come quella ai principi di tutela contro gli abusi nell'utilizzo flessibile del lavoro) si è dimostrata un'efficace misura "sostanziale" per prevenire disfunzioni legate al sovraccarico di contenzioso, e contribuisce a spiegare perché sui giudici del lavoro non si sia abbattuto, con la violenza temuta, il maremoto del contenzioso seriale dei dipendenti privatizzati, dopo le ondate alluvionali provocate dal contenzioso promosso dai dipendenti degli enti pubblici privatizzati. Resta salva, ovviamente, la possibilità di promuovere controversia in materia di violazioni degli artt. 2103 e 2087 c.c. in relazione al declassamento ovvero a danni alla integrità fisica ed alla personalità morale del lavoratore (in materia v. *supra* n. 5, TRICOMI, *Le mansioni*).

3.3. Segue. c) La sottrazione al giudice ordinario della materia delle progressioni di carriera. Come è noto, al giudice ordinario è sottratta la giurisdizione in materia di procedure concorsuali, siano esse finalizzate alla prima assunzione, siano essere finalizzate alla progressione di carriera (o successiva assunzione in un diverso posto della dotazione organica). Ed invero, il concetto di "assunzione", rilevante nel pubblico impiego va inteso in senso molto più ampio che nell'impiego privato, secondo il costante ammonimento del giudice delle leggi. E ciò, manco a dirlo, per ragioni di efficienza della pubblica amministrazione, tenuta a selezionare i più meritevoli, attraverso "procedure concorsuali" non solo in caso di prima assunzione, ma anche in caso di progressione di carriera o di accesso ad una qualifica o ad una fascia superiore (intesa quale "figura di reclutamento"), da non riservare a personale già assunto, così da garantire, anche in tale ipotesi, un « adeguato accesso dall'esterno ».

Estendere quel concetto significa dunque estendere il vincolo costituzionale del concorso pubblico, quale strumento di efficienza, a qualsiasi assunzione-progressione di carriera, anche se successiva alla (prima) assunzione. Ma estendere

quel concetto significa anche restringere la sfera di giurisdizione devoluta al giudice ordinario. E così tra le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione, che restano devolute al giudice amministrativo, la più recente giurisprudenza di legittimità tende ora a comprendere, dopo una repentina inversione di marcia — meno pericolosa dell'impatto frontale con l'intransigenza del giudice delle leggi — anche quelle (da non riservare solo agli interni) « dirette a permettere l'accesso del personale già assunto ad una fascia o area superiore ».

Una delle più rilevanti vicende modificative del rapporto di lavoro (quella inerente alla progressione di carriera) viene in tal modo sottratta al diritto comune (ed al giudice) del lavoro, ed alla gestione con i poteri del privato datore di lavoro, ed assoggettata ad un regime pubblicistico incompatibile con quello vigente nel settore privato.

È certamente una minore tutela processuale per il dipendente pubblico privatizzato consegue alla complicazione nei criteri di riparto di giurisdizione in relazione alle varie ipotesi di progressione all'interno di un'area o al di fuori di essa [cfr. CC, SU, 7 maggio 2010 n. 11084, secondo cui « In tema di lavoro pubblico contrattualizzato, per "procedure concorsuali di assunzione" ascritte al diritto pubblico e all'attività autoritativa dell'amministrazione (alla stregua dell'art. 63, comma 4, del d.lg. n. 165 del 2001), si intendono non soltanto quelle preordinate alla costituzione *ex novo* dei rapporti di lavoro (essendo tali tutte le procedure aperte a candidati esterni, ancorché vi partecipino soggetti già dipendenti pubblici), ma anche le prove selettive dirette a permettere l'accesso del personale già assunto ad una fascia o area funzionale superiore e cioè ad una progressione verticale che consista nel passaggio ad un posizione funzionale qualitativamente diversa, tale da comportare una novazione oggettiva del rapporto di lavoro; tale accesso deve avvenire per mezzo di una pubblica selezione, comunque denominata ma costituente, in definitiva, un pubblico concorso. Alla stregua dell'interpretazione enunciata, assume rilevanza determinante, ai fini dell'indicato criterio di riparto della giurisdizione, il contenuto della contrattazione collettiva, sicché in presenza di progressioni, secondo disposizioni di legge o di contratto collettivo, che comportino una progressione verticale nel senso indicato, la cognizione della controversia resta riservata al giudice amministrativo; sussiste invece la giurisdizione del giudice ordinario nelle controversie attinenti a concorsi per soli dipendenti interni che comportino il passaggio da una qualifica all'altra, ma nell'ambito della stessa area (o categoria) sia con acquisizione di posizioni più elevate meramente retributive, sia con il conferimento di qualifiche superiori, in base a procedure che l'amministrazione pone in essere con le capacità e i poteri del privato datore di lavoro »].

Ed anche situazioni di confine (come, ad esempio, quella di chi pretenda di far valere il diritto al cd. scorrimento della graduatoria di un concorso) sono ormai pacificamente attratte dalla giurisdizione amministrativa qualora si contesti il potere della pubblica amministrazione di bandire un nuovo concorso (si veda già CC 18 ottobre 2005 n. 20107, secondo cui « quando del suddetto diritto

viene dedotta l'esistenza necessariamente consequenziale alla negazione degli effetti del provvedimento di indizione di un nuovo concorso, l'interessato, in effetti, intende chiedere tutela nei confronti dell'esercizio del potere amministrativo, con la conseguenza che a quest'ultimo corrisponde una situazione di interesse legittimo, la cui tutela deve essere accordata dal giudice amministrativo ». Da ultimo, CC, SU, 22 ottobre 2018 n. 26596; CS, V, 23 novembre 2018 n. 6645. È invece devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario « La controversia in materia di diritto allo scorrimento della graduatoria di concorso, nel corso della quale il ricorrente, a fronte di una pluralità di tali graduatorie, deduca la violazione del principio dell'utilizzo di quella cronologicamente più risalente » (CC 3 gennaio 2019 n. 29).

4. Privatizzazione dei poteri micro-organizzativi e poteri del giudice ordinario. a) *L'affrancamento dei poteri organizzativi dal diritto amministrativo.* Nella prospettiva di rafforzare il potere organizzativo del datore di lavoro pubblico, e di porre rimedio al "folle" criterio di riparto di giurisdizione concepito originariamente (così lo definisce SUPPIEJ, 2001, 308) il legislatore della seconda privatizzazione ha introdotto il fondamentale principio organizzativo, poi più volte ritoccato, secondo cui « le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro, nel rispetto del principio di pari opportunità, e in particolare la direzione e l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici, sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro ». Rientrano in particolare nell'esercizio dei poteri dirigenziali « le misure inerenti la gestione delle risorse umane nel rispetto del principio di pari opportunità, nonché la direzione, l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici » (art. 5, comma 2, d.lg. n. 165 del 2001, già art. 4, comma 2, d.lg. n. 29 del 1993 come sostituito dall'art. 4, d.lg. n. 80 del 1998 ed ora dall'art. 34, d.lg. 150 del 2009), sia pure "nell'ambito", ma con netta distinzione rispetto agli "atti organizzativi" (cd. macro organizzazione) che « definiscono [...] le linee fondamentali di organizzazione degli uffici; individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; determinano le dotazioni organiche complessive » (art. 2, comma 1). Ma nel prevedere che non solo la gestione dei rapporti di lavoro, ma anche « le determinazioni per l'organizzazione degli uffici » (cd. micro organizzazione), sono assunte dagli organi preposti alla gestione con « la capacità e i poteri del datore di lavoro », e, dunque, non più con atti amministrativi, nell'esercizio di un potere di supremazia speciale, il legislatore ha avuto cura di premettere e di precisare (art. 5, comma 1) che « ogni determinazione organizzativa » deve rispondere « al fine di assicurare l'attuazione dei principi » ai quali la pubblica amministrazione « ispira » la propria organizzazione ai sensi dell'art. 2, comma 1, e deve assicurare « la rispondenza al pubblico interesse dell'azione amministrativa » (sul punto v. *supra* n. 1, sez. III, FIORILLO, *La capacità di diritto privato dell'amministrazione nell'organizzazione e nella gestione del rapporto di lavoro*).

Di qui il cruciale interrogativo se, perché sia realizzata la finalità di accrescere l'efficienza della pubblica amministrazione, i poteri organizzativi debbano "accettare" di essere funzionalizzati all'interesse pubblico (e dunque di essere per ciò stesso "diversi" da quelli propri del privato datore di lavoro), o se, viceversa, alla privatizzazione di quei poteri (da esercitarsi come se davvero la circostanza che datore di lavoro è una pubblica amministrazione significasse poco o nulla) il legislatore si sia affidato incondizionatamente, con una sorta di delega in bianco, sul presupposto che l'esercizio "libero" di quei poteri sia di per sé idoneo ad accrescere l'efficienza della pubblica amministrazione (per tutti, cfr. CARINCI F., 2004).

È, questo, un nodo nevralgico del discorso, sciolto nell'unico modo che, evidentemente, è parso coerente sia con la finalità ideale di preservare e custodire il valore della privatizzazione (mediante unificazione "vera" dei poteri organizzativi del datore di lavoro pubblico e privato); sia con la finalità di accrescere l'efficienza della pubblica amministrazione: efficienza che, secondo l'opinione recepita dalla più recente giurisprudenza, non sarebbe affatto "accresciuta" se al giudice ordinario fosse affidato lo stesso controllo già affidato a quello amministrativo, circa la rispondenza di ogni singolo atto organizzativo al « fine di assicurare la economicità, speditezza e rispondenza al pubblico interesse dell'azione amministrativa » (come prevedeva l'art. 2, comma 1, lett. g, l. n. 421 del 1992). In particolare, la giurisprudenza, riprendendo, spesso testualmente, le "istruzioni per l'uso" (e l'interpretazione autentica) del padre della seconda privatizzazione (D'ANTONA, *Autonomia negoziale*, 2000, 35, ed in numerosi altri scritti coevi) ritiene che a seguito della c.d. privatizzazione del lavoro pubblico, attuata con le norme raccolte nel d.lg. 30 marzo 2001 n. 165 e contraddistinta dalla contrattualizzazione della fonte dei rapporti di lavoro e dall'adozione di misure organizzative non espressamente riservate ad atti di diritto pubblico e realizzate mediante atti di diritto privato (art. 5, comma 2, del d.lg. cit.), deve ritenersi che la conformità a legge del comportamento dell'amministrazione — negli atti e procedimenti di diritto privato posti in essere ai fini della costituzione, gestione e organizzazione dei rapporti di lavoro finalizzati al proseguimento di scopi istituzionali — deve essere valutata esclusivamente secondo gli stessi parametri che si utilizzano per i privati datori di lavoro, secondo una precisa scelta del legislatore (nel senso dell'adozione di moduli privatistici dell'azione amministrativa) che la Corte costituzionale ha ritenuto conforme al principio di buon andamento dell'amministrazione di cui all'art. 97 Cost. (così, CC 19 marzo 2004 n. 5565, FI 2004, I, 2431, che richiama in motivazione, tra le altre, C. cost. 23 luglio 2001 n. 275, FI 2002, I, 2965, con nota di D'AURIA, *La "privatizzazione" della dirigenza pubblica, tra decisioni delle corti e ripensamenti del legislatore*).

Anche quanto all'identificazione delle « determinazioni per l'organizzazione degli uffici » da assumersi con la capacità ed i poteri del privato datore di lavoro — e dunque, quanto alla materia sottratta al diritto amministrativo — ha fatto scuola l'insegnamento autorevole del rimpianto padre della seconda privatizzazione. Al punto che le sue testuali parole di commento alla seconda privatizzazione vivono ora in una massima giurisprudenziale della Suprema Corte, che

vale la pena riportare: « l'unificazione normativa dei poteri di gestione del personale comporta che siano definitivamente ricondotte alla capacità di diritto privato le determinazioni riguardanti il funzionamento degli apparati, che si collocano al di sotto della configurazione strutturale degli uffici pubblici, la quale rimane riservata a fonti normative primarie o secondarie o atti organizzativi in regime pubblicistico » (la frase di D'ANTONA, in *Lavoro pubblico*, 2000, è ripresa testualmente da numerose ordinanze delle Sezioni unite della Cassazione in sede di regolamento di giurisdizione, nonché in alcune sentenze delle sezioni semplici, ad es. CC 15 maggio 2003 n. 7621, in materia di conferimento di incarichi dirigenziali nel settore sanitario: « la disciplina dei rapporti di pubblico impiego [...] si impernia sul principio per cui gli atti che si collocano al di sotto della soglia di configurazione strutturale degli uffici pubblici e che riguardano il funzionamento degli apparati sono espressione della capacità di diritto privato e, correlativamente, i poteri di gestione del personale rispondono nel lavoro pubblico, come in quello privato, ad uno schema normativamente unificato, che non è quello del potere pubblico ma quello dei poteri privati »; nello stesso senso, TAR Lazio, Roma, I, 4 marzo 2019 n. 2798; CS, V, sent. 20 dicembre 2011 n. 6705; CC 14 aprile 2008 n. 9814; CC 26 giugno 2009 n. 15065).

4.1. Segue. b) I provvedimenti macro-organizzativi e la disapplicazione degli stessi se rilevanti ai fini della decisione. Solo con riferimento agli atti che attingono alla “configurazione strutturale degli uffici pubblici” possono venire in questione atti amministrativi presupposti, che il giudice ordinario, disapplica, se illegittimi, ove rilevanti ai fini della decisione, mentre per le determinazioni che stanno al di sotto di quella “soglia” non vengono in considerazione atti amministrativi presupposti, trattandosi di materia bonificata dal diritto amministrativo e da cui sono banditi provvedimenti amministrativi ed interessi legittimi. Anche se, qualora la lesione sia ricollegabile direttamente all'atto amministrativo presupposto, si renderà necessario impugnare lo stesso davanti al giudice amministrativo per ottenerne l'annullamento.

Dovranno essere così « attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario tutte le controversie riguardanti il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni in ogni sua fase, dalla instaurazione sino all'estinzione, mentre sono devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie concernenti gli atti amministrativi adottati dalle pubbliche amministrazioni nell'esercizio del potere loro conferito dall'art. 2, comma primo, del d.lg. n. 29 del 1993 (riprodotto nell'art. 2 del d.lg. n. 165 del 2001) aventi ad oggetto la fissazione delle linee e dei principi fondamentali delle organizzazioni degli uffici — nel cui quadro i rapporti di lavoro si costituiscono e si svolgono — caratterizzati da uno scopo esclusivamente pubblicistico, sul quale non incide la circostanza che gli stessi, eventualmente, influiscono sullo *status* di una categoria di dipendenti, costituendo quest'ultimo un effetto riflesso, inidoneo ed insufficiente a connotarli delle caratteristiche degli atti adottati *iure privatorum* » (CC, SU, ord. 13 luglio 2006 n. 15904, che ha dichiarato la giurisdizione del giudice amministrativo in ordine all'impugnazione dell'atto di determinazione del personale degli assistenti tecnici ed amministrativi dipendenti del Ministero

dell'Istruzione, siccome espressione di un potere di organizzazione della P.A., configurandosi gli inconvenienti lamentati dai predetti dipendenti come effetti, per l'appunto, riflessi ed indiretti dell'atto medesimo, inidonei come tali a determinare il riconoscimento della giurisdizione del giudice ordinario; CC, SU, ord. 8 novembre 2005 n. 21592 che ha dichiarato la giurisdizione del giudice amministrativo a conoscere della controversia avente ad oggetto l'impugnazione, da parte di organizzazioni sindacali, di un regolamento della Regione Lazio, di attuazione della l. rg. n. 25 del 1996, in materia di inquadramento del personale, che aveva consentito il conferimento della qualifica dirigenziale a numerosi dipendenti; da ultimo, CC, SU, 15 luglio 2008 n. 19344; CC, SU, 30 novembre 2009 n. 25097).

Pur con i rilevati (e rilevanti) limiti il giudice ordinario può adottare, ai sensi dell'art. 63, comma 2, d.lg. n. 165 del 2001, « tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati », compresa la condanna della pubblica amministrazione all'adozione di un determinato atto (CC 14 ottobre 2005 n. 19900, che ha cassato la sentenza di merito che aveva dichiarato inammissibile la domanda di condanna di un'università al conferimento di incarichi di insegnamento in favore degli aventi diritto; sul superamento del principio di tassatività di cui all'art. 2908 c.c., cfr. BORGHESI, 2004). Sembrano, però, perdute per sempre (anche per incoerenza con i valori ideali della privatizzazione) tutele processuali significative, quale quella assicurata dal giudizio di ottemperanza, tanto che proprio in base a detto rilievo autorevole dottrina avversa alla privatizzazione aveva osservato che « la ripartizione della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo è tanto più criticabile in quanto il primo non potrà assicurare maggior tutela di quella che il pubblico dipendente ottiene dal giudice amministrativo » (così, CASSESE, 1993, 287; per una attenta ricognizione delle diverse posizioni dottrinali in ordine alla sopravvivenza del giudizio di ottemperanza cfr. TENORE, 1999, 46 ss. Da ultimo, SASSANI, 2005, 1). Ed in effetti, le prime applicazioni giurisprudenziali sembrano escludere la possibilità di promuovere il giudizio di ottemperanza davanti al giudice amministrativo per le controversie devolute al giudice ordinario (cfr. T Roma ord. 30 ottobre 2001, GC 2003, I, 223, secondo cui « attraverso l'applicazione del disposto dell'art. 2932 c.c. il giudice non può giungere alla costituzione automatica ed autoritativa della titolarità di uffici dirigenziali, che richiede necessariamente l'intervento della volontà delle parti ai fini della concreta specificazione del suo contenuto in ordine ad elementi essenziali quali la durata, la retribuzione, l'oggetto. Né trova attuazione, a seguito dell'intervenuta privatizzazione del rapporto d'impiego e della devoluzione al giudice ordinario del relativo contenzioso, lo strumento del giudizio di ottemperanza davanti al giudice amministrativo »).

5. Dall'interesse legittimo di diritto amministrativo all'interesse legittimo di diritto privato. A parte qualche residuo dubbio con riferimento a determinate "materie", ad esempio, con riferimento alla materia degli incarichi

dirigenziali (laddove sembra tuttora controverso se il criterio di riparto di giurisdizione sia per materia, o quanto meno, per “blocchi di materia”, con conseguente giurisdizione esclusiva “invertita” del giudice ordinario, sul presupposto che sarebbero ancora configurabili provvedimenti amministrativi e interessi legittimi, ovvero se il criterio di riparto sia quello generale della consistenza della situazione giuridica dedotta in giudizio, sul presupposto contrario della non configurabilità di provvedimenti amministrativi ed interessi legittimi, nonostante il riferimento al “provvedimento” di conferimento dell’incarico dirigenziale) sembra ormai assodato che l’interesse legittimo di diritto amministrativo sia la vittima più illustre della riforma, specie da quando, con la seconda privatizzazione, il legislatore ha previsto che gli organi preposti alla gestione assumano, con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, non solo le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro, ma anche le determinazioni per l’organizzazione degli uffici.

La mutata natura di quei “poteri” gestionali sembra però essere destinata ad incidere in funzione limitativa sui poteri di un terzo: il giudice del lavoro. Si tratta, in altri termini, di capire se il controllo del giudice sia di natura diversa (sia, cioè, più o meno invasivo) se inerente ai poteri del privato datore di lavoro esercitati dalla pubblica amministrazione ovvero se inerente a quei medesimi poteri esercitati dal privato datore di lavoro.

Ed al riguardo, viene naturale ricordare che — quasi in coincidenza con l’avvio della lunga marcia di affrancamento del lavoro pubblico dal diritto amministrativo — venne avviato, nel settore del lavoro privato, un inverso processo di importazione dal diritto amministrativo di tecniche di controllo dei poteri della pubblica amministrazione da estendere al privato datore di lavoro, come se lo stesso operasse « con la capacità ed i poteri » della pubblica amministrazione. Come, allora, per limitare e controllare i poteri del privato datore di lavoro, si presero in prestito le categorie pubblicistiche del provvedimento e dell’interesse legittimo (nel quadro di una più generale tendenza della dottrina civilistica: per tutti, BIGLIAZZI GERI, 1993, 527), così, ora, per accrescere, e sottrarre a controllo, i poteri del pubblico datore di lavoro, si abbandonano le “vecchie” categorie pubblicistiche, e si attribuiscono alle pubbliche amministrazioni i poteri dei privati datori di lavoro (considera acutamente il carattere specularmente inverso di quel processo MIANI CANEVARI, 2001, 763).

Non a caso, secondo la più recente giurisprudenza « la conformità a legge del comportamento dell’amministrazione — negli atti e procedimenti di diritto privato posti in essere ai fini della costituzione, gestione e organizzazione dei rapporti di lavoro finalizzati al proseguimento di scopi istituzionali — deve essere valutata esclusivamente secondo gli stessi parametri che si utilizzano per i privati datori di lavoro » (giurisprudenza ormai consolidata, come detto; per un’autorevole opinione dottrinale contraria cfr. DELL’OLIO, 1999, 134).

Anche se, proprio in conseguenza della privatizzazione, sembra essere in fase di rilancio, anche con riferimento al lavoro privato, la figura dell’interesse legittimo di diritto privato (“eclissata” dalle clausole generali di correttezza e buona fede), sulla quale incombe il gravoso onere di non far rimpiangere troppo la

scomparsa dell'interesse legittimo di diritto amministrativo, che, certo, assicurava al dipendente pubblico una ben maggiore tutela.

È certo, comunque, che con riferimento all'area dei poteri privatizzati il pubblico dipendente non potrà invocare residuali tutele pubblicistiche, quali quelle previste dalla legge sulla trasparenza amministrativa, né pretendere che l'atto gestionale debba essere sempre e comunque motivato, anche in difetto di specifica previsione, dovendo ad esempio escludersi che debba motivarsi un provvedimento di assegnazione ad altro ufficio, essendo la ricorrenza di comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive espressamente richiesta solo in caso di trasferimento in senso tecnico (CC 16 maggio 2006 n. 11103; CC 19 giugno 2009 n. 14478).

6. Poteri del giudice ordinario e licenziamento. L'art. 21, d.lg. n. 75 del 2017 ha aggiunto al comma 2 dell'art. 63 d.lg. n. 165 del 2001, in fine, i seguenti periodi: « Il giudice, con la sentenza con la quale annulla o dichiara nullo il licenziamento, condanna l'amministrazione alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, e comunque in misura non superiore alle ventiquattro mensilità, dedotto quanto il lavoratore abbia percepito per lo svolgimento di altre attività lavorative. Il datore di lavoro è condannato, altresì, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali ».

E così, per la prima volta nella storia dell'impiego pubblico privatizzato, la tutela nei confronti del licenziamento "nullo" o "annullabile" trasloca dalla "casa comune" condivisa con il lavoro privato — quella dell'art. 18, l. n. 300 del 1970 — per andare a "vivere da sola" nella disposizione processuale sulle controversie relative ai rapporti di lavoro dei dipendenti da pubbliche amministrazioni e, precisamente, nella norma (comma 2) che definisce i poteri del giudice del lavoro nelle suddette controversie.

Una norma sostanziale (sulle conseguenze del licenziamento nullo o annullabile) impropriamente ospitata da una norma processuale, dunque. Una norma processuale della quale però, nell'esposizione che precede, si sono sottolineati i risvolti sostanziali.

Lo "sfratto" dall'art. 18, l. n. 300 del 1970 è stato provocato dalle "modificazioni" (meglio, dagli stravolgimenti) che la norma-manifesto, la madre di tutte le tutele, ha subito ad opera dell'art. 1, comma 42, l. n. 92 del 2012, avendo la Suprema Corte ritenuto che « le modifiche apportate dalla l. n. 92 del 2012 alla l. n. 300 del 1970, art. 18, non si applicano ai rapporti di pubblico impiego privatizzato, sicché la tutela del dipendente pubblico, in caso di licenziamento illegittimo intimato in data successiva all'entrata in vigore della l. n. 92 del 2012, resta quella prevista dalla l. n. 300 del 1970, art. 18 nel testo antecedente la riforma » (CC 1° dicembre 2017 n. 28891; CC 9 giugno 2016 n. 11868).

Ai fini della suddetta soluzione interpretativa (impostasi su quella contraria espressa da CC 26 novembre 2015 n. 24157, in un caso nel quale comunque la reintegrazione è stata assicurata ad un dirigente pubblico ai sensi comma 1 dell'art. 18, l. n. 300 del 1970, per un vizio formale ritenuto integrante violazione di norma imperativa), la Suprema Corte ha ritenuto rilevasse « il rinvio ad un intervento normativo successivo ad opera dell'art. 1, comma 8, della l. n. 92 del 2012, l'inconciliabilità della nuova normativa, modulata sulle esigenze del lavoro privato, con le disposizioni di cui al d.lg. n. 165 del 2001, neppure richiamate al comma 6 dell'art. 18 nuova formulazione, la natura fissa e non mobile del rinvio di cui all'art. 51, comma 2, del d.lg. n. 165 del 2001, incompatibile con un automatico recepimento di ogni modifica successiva che incida sulla natura della tutela del dipendente licenziato ».

Hanno dunque convissuto, per un certo tempo, da separati in casa, due articoli 18: il "vecchio" (ma sopravvissuto) art. 18, "duro e puro", per i dipendenti da pubbliche amministrazioni, basato, sin dal titolo, sulla "reintegrazione nel posto di lavoro" ed il "nuovo" o "novellato" art. 18, per i soli dipendenti privati, evirato della reintegrazione, espunta dal titolo, ed articolato in differenziate e più anodine e rassicuranti (per le imprese) "tutele del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo".

Ma la strana idea (un rompicapo da costituzionalisti) di un doppio art. 18, cioè un'unica disposizione dal doppio contenuto (vecchio e nuovo) per due platee di destinatari, non è durata a lungo ed il vecchio art. 18, "duro e puro" è stato tacitamente abrogato anche per i dipendenti da pubbliche amministrazioni per regolazione dell'intera materia, che è quella delle tutele in caso di licenziamento nullo o annullabile (o, dovendo riferirci al "vecchio" art. 18) della reintegrazione nel posto di lavoro.

Ma la nuova disciplina (il cui esame esula dal presente contributo) è diversa da quella del ("vecchio") art. 18.

Il dipendente pubblico perde « la facoltà di chiedere al datore di lavoro, in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, un'indennità pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, la cui richiesta determina la risoluzione del rapporto di lavoro », prevista ora solo per i dipendenti privati (per ragioni evidentemente connesse alla natura pubblica del rapporto di lavoro), ma, soprattutto, perde il diritto all'integrale risarcimento del danno (cosiddetta tutela reintegratoria piena) nei casi in cui il giudice dichiara « la nullità del licenziamento "perché discriminatorio", o perché "intimato in concomitanza di matrimonio" o in violazione dei divieti di licenziamento in materia di tutela della maternità, o in violazione di norma imperativa, o per motivo illecito, o in forma orale ». Ed invero, alla tutela risarcitoria, conseguente alla condanna alla reintegrazione, pur se « commisurata al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione », è posto un tetto massimo di 24 mensilità, non riferito al periodo pre-sentenza, ma all'intero periodo fino all'effettiva reintegrazione. Dunque, una tutela unica (che prescinde dalla gravità del vizio), assimilabile alla cosiddetta tutela reintegratoria debole di cui all'art. 18, comma 4, salvo il raddoppio (da 12 a 24) del tetto

massimo dell'indennità risarcitoria. Il differenziale di tutele tra lavoratori pubblici e privati, in danno dei primi, con riferimento alle ipotesi di nullità del licenziamento solleva un dubbio di legittimità costituzionale.

È invece condivisa con il dipendente privato, ma aggravata dalla natura pubblica del rapporto, la non meditata scelta legislativa di non prevedere un tetto massimo dell'indennità risarcitoria, riferito unicamente al periodo fino alla sentenza di reintegrazione (così com'è nell'art. 28, comma 2, d.lg. n. 81 del 2015, laddove l'indennità dovuta nei casi di trasformazione dei contratti a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato « ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore, comprese le conseguenze retributive e contributive relative al periodo compreso tra la scadenza del termine e la pronuncia con la quale il giudice ha ordinato la ricostituzione del rapporto di lavoro »). Una eventuale inottemperanza all'ordine di reintegrazione non dovrebbe essere favorita da un tetto massimo di indennità risarcitoria che comprenda anche la parte relativa al periodo post sentenza, per quanto non dovrebbe essere nemmeno concepibile l'inottemperanza di una pubblica amministrazione ad un ordine giudiziale di reintegrazione.

7. Il potere del giudice di rideterminare la sanzione disciplinare. L'art. 21, d.lg. n. 75 del 2017 ha inserito dopo il comma 2 dell'art. 63 d.lg. n. 165 del 2001, un comma 2-bis del seguente tenore testuale: « Nel caso di annullamento della sanzione disciplinare per difetto di proporzionalità, il giudice può rideterminare la sanzione, in applicazione delle disposizioni normative e contrattuali vigenti, tenendo conto della gravità del comportamento e dello specifico interesse pubblico violato ».

Si tratta di una norma assai rilevante ai nostri fini, perché nelle controversie di lavoro pubblico, e solo in esse, attribuisce al giudice del lavoro un potere funzionale alla tutela dell'interesse punitivo della pubblica amministrazione, inconcepibile nelle controversie di lavoro privato. Si tratta di un risvolto processuale della prospettiva (organizzativa, a tutele dell'efficienza della pubblica amministrazione) assunta dal legislatore del pubblico impiego, del tutto opposta a quella giuslavoristica (di limitazione dei poteri del datore di lavoro a tutela del lavoratore): il potere disciplinare visto dal lato di chi lo esercita non di chi lo subisce. Il legislatore del lavoro privato non ha mai avvertito la necessità di modificare le pochissime norme di legge relative alle sanzioni disciplinari (art. 2106 c.c., art. 7, l. n. 300 del 1970).

Al contrario, il legislatore del lavoro pubblico interviene ossessivamente sul potere disciplinare delle pubbliche amministrazioni per potenziarlo, incentivarne e sollecitarne l'esercizio, renderlo effettivo, e perché, possibilmente, non vada sprecato, una volta esercitato. Qualcuno, nel pubblico impiego, deve essere sempre punito (perché responsabile dell'illecito o perché responsabile di non avere sanzionato l'autore dell'illecito: art. 55-sexies, primo comma), ed una sanzione deve essere sempre applicata, anche, per l'appunto, se quella origi-

naia è stata annullata per difetto di proporzionalità dal giudice che, dunque, “può rideterminare la sanzione”.

Alla stessa logica punitiva rispondono le previsioni di riapertura del procedimento disciplinare non sospeso, sia in caso di assoluzione con formula piena del dipendente sanzionato (ma solo ad istanza di parte ed entro un termine di decadenza di sei mesi), sia in caso di condanna del dipendente già assoggettato a procedimento disciplinare archiviato. Se invece era stato sospeso il procedimento disciplinare può essere riattivato in presenza di nuovi elementi (art. 55-ter).

Quelle sul potere disciplinare delle pubbliche amministrazioni (e, addirittura, del giudice chiamato ad applicare la sanzione proporzionata dopo avere annullato quella eccessiva) sono norme imperative, assolutamente inderogabili, inconcepibili nell'impiego privato, e la cui « violazione dolosa o colposa costituisce illecito disciplinare in capo ai dipendenti preposti alla loro applicazione » (art. 55). E, del resto, con riferimento al licenziamento disciplinare l'art. 55-*quater* “pubblica” per così dire il codice disciplinare senza concedere margini di discrezionalità alle pubbliche amministrazioni con riferimento ad una serie di casi ai quali « si applica comunque la sanzione del licenziamento ». Ed anche il giudice del lavoro, posto di fronte ad ipotesi tipizzate per legge di licenziamento disciplinare non ha margine di discrezionalità, ove, all'esito del giudizio di sussunzione, la fattispecie concreta coincidesse con quella astratta, salvo rivolgersi alla Corte costituzionale per violazione del principio di ragionevolezza. Per quanto collocate nel titolo IV del d.lg. n. 165 del 2001, relativo alla disciplina del rapporto di lavoro, le numerosissime e tormentate norme sul potere disciplinare della pubblica amministrazione avrebbero trovato più appropriata collocazione nel titolo II, relativo alla “organizzazione”, trattandosi perlopiù di norme di azione, più che di relazione, riferite ai dirigenti, ed al rapporto d'ufficio (e non al rapporto di servizio).

Con riferimento alle controversie di licenziamento nel lavoro privato viene riconosciuto al giudice esclusivamente il potere di riqualificare in termini di licenziamento per giustificato motivo soggettivo il licenziamento intimato come giusta causa, e ciò, secondo un orientamento, anche d'ufficio, sul presupposto che i due concetti « costituiscono qualificazioni giuridiche di comportamenti ugualmente idonei a legittimare la cessazione del rapporto di lavoro l'uno con effetto immediato e l'altro con preavviso », cosicché la modificazione del titolo di recesso si basa « sul dovere di valutazione, sul piano oggettivo, del dedotto inadempimento colpevole del lavoratore » e « costituisce soltanto il risultato di una diversa qualificazione della situazione di fatto posta a fondamento del provvedimento espulsivo » (tra le tante, CC 18 luglio 2016 n. 14621; CC 4 gennaio 2016 n. 21; CC 9 giugno 2014 n. 12884).

Non sarebbe invece possibile, e, come detto, sarebbe inconcepibile per il giudice del lavoro, con riferimento a controversia di lavoro privato, rideterminare la sanzione, anche ove chiesto in giudizio dalla parte (né quanto ad entità, né quanto a tipologia della sanzione).

Ed invece, nelle controversie di lavoro pubblico il giudice “può”, anzi, a nostro avviso, “deve” rideterminare la sanzione, in conformità alla *ratio* della norma (non lasciare che un illecito disciplinare rimanga impunito), ove tuttavia lo ritenga possibile (in questo senso, “può”), sulla base di una valutazione discrezionale, « in applicazione delle disposizioni normative e contrattuali vigenti, tenendo conto della gravità del comportamento e dello specifico interesse pubblico violato ».

Riforma dopo riforma della pubblica amministrazione si accresce dunque il solco tra la disciplina (anche processuale) del lavoro pubblico rispetto alla disciplina del lavoro privato. E, del resto, anche tutte le riforme del mercato del lavoro succedutesi negli anni (dalla “Biagi”, alla “Fornero”, dal “Jobs act” al “Decreto Dignità”) hanno escluso i dipendenti dalle pubbliche amministrazioni.

È stata dunque smentita la solenne profezia annunciata agli esordi della privatizzazione: « d’ora in avanti il legislatore dovrà scrivere leggi applicabili tanto ai dipendenti da imprenditori e datori di lavoro privati quanto ai dipendenti da amministrazioni pubbliche »: RUSCIANO, 1993, XXVII).

Le ultime parole famose.

Sezione V

IL RICORSO IN CASSAZIONE PER VIOLAZIONE O FALSA APPLICAZIONE DEI CONTRATTI E ACCORDI COLLETTIVI NAZIONALI

di ANTONIO PILEGGI

BIBLIOGRAFIA

V. *supra*, Sezione II.

SOMMARIO

1. Il ricorso in cassazione per violazione e falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi nazionali come misura processuale deflativa del contenzioso seriale. — 2. Le misure nomofilattiche collegate: 2.1. L'interpretazione autentica "d'ufficio" o su "istanza" del giudice; 2.2. L'efficacia dell'accordo di interpretazione autentica senza il consenso delle parti interessate; 2.3. La funzione nomofilattica "subordinata" della Corte di cassazione; 2.4. La pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dei contratti collettivi assoggettati a controllo di legittimità. — 3. Il ricorso in cassazione per violazione e falsa applicazione delle norme dei contratti o accordi collettivi nazionali. — 4. Il diverso regime riservato alla contrattazione collettiva integrativa. — 5. Riflessi del descritto regime processuale sulla natura del contratto collettivo nazionale. — 6. L'inversione del modello: il contratto collettivo del settore pubblico come "modello" per il contratto collettivo del settore privato.

1. Il ricorso in cassazione per violazione e falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi nazionali come misura processuale deflativa del contenzioso seriale. Il legislatore della seconda privatizzazione avrebbe dovuto, tra l'altro, « completare l'integrazione della disciplina del lavoro pubblico con quella del lavoro privato » (art. 11, comma 4, lett. a, l. 15 marzo 1997, n. 59), « semplificare e rendere più spedite le procedure di contrattazione collettiva » (art. 11, comma 4, lett. c, della stessa legge), « prevedere che la struttura della contrattazione collettiva, le aree di contrattazione ed il rapporto fra i diversi livelli (fossero) definiti in coerenza con quelli del settore privato » (art. 2, lett. i, l. 23 ottobre 1992, n. 421, nel testo sostituito dall'art. 11, comma 6, l. n. 59 del 1997), in tal modo ponendo rimedio alla più grave delle contraddizioni in termini in cui era incappata la prima privatizzazione: l'iperlegificazione del sistema di contrattazione collettiva cioè della fonte stessa della delegificazione (così, MARESCA, 1997, 20; per "l'interpretazione autentica" degli obiettivi della seconda privatizzazione cfr. D'Antona, in vari scritti, in particolare cfr. D'ANTONA, *Lavoro pubblico e diritto del lavoro*, 2000).

All'esito della seconda privatizzazione tuttavia, nonostante i buoni propositi del legislatore delegante (attuati principalmente con il d.lg. n. 396 del 1997), il sistema di contrattazione collettiva del settore pubblico privatizzato è parso ancor più incoerente rispetto al "modello" della contrattazione collettiva del settore privato, principalmente per effetto della norma in commento (art. 63, comma 5), sull'ammissibilità di un ricorso in cassazione per violazione e falsa

applicazione dei contratti o accordi nazionali e di altre ad essa intimamente collegate (tutte introdotte dal d.lg. n. 80 del 1998).

Deve tuttavia sin d'ora osservarsi come a ristabilire un minimo di coerenza tra la contrattazione collettiva nei due settori avrebbero inaspettatamente provveduto, appena otto anni dopo, le « modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica », introdotte (in attuazione dell'art. 1, comma 2, l. 14 maggio 2005, n. 80), dall'art. 8 d.lg. 2 febbraio 2006, n. 40, che ha aggiunto all'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., la previsione di un ricorso in cassazione per violazione o falsa applicazione anche delle norme « dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro », oltre che delle « norme di diritto »; nonché dell'art. 18, del medesimo d.lg. n. 40 del 2006, che ha inserito nel codice di procedura civile l'art. 420-*bis*, “Accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti e accordi collettivi”, chiaramente ispirato, ad iniziare dalla rubrica, all'art. 64, d.lg. n. 165 del 2001 (salvo una profonda ed incolmabile differenza di cui si dirà nel paragrafo conclusivo).

Le recenti modifiche al codice di procedura civile, dirette ad estendere la funzione nomofilattica della Suprema Corte di cassazione anche alle norme dei contratti collettivi nazionali di lavoro del settore privato, confermano la previsione, che sarebbe stata giudicata blasfema agli esordi della privatizzazione, di una inversione del “modello”, cioè di una funzione trainante ed ispiratrice svolta dal sistema di contrattazione collettiva del settore pubblico (ben lungi dall'assumere a modello, a sua volta, la contrattazione collettiva di diritto comune del settore privato).

Ma si tratta ora di chiarire la genesi e la *ratio* della norma qui in commento (art. 63, comma 5, d.lg. 165 del 2001, già art. 68, comma 5, d.lg. n. 29 del 1993, innestato dall'art. 29, d.lg. n. 80 del 1998), parsa, all'epoca, incoerente con l'asserita natura privatistica del contratto collettivo del settore pubblico ed oggetto, da parte della prevalente dottrina giuslavoristica di una edulcorazione interpretativa (tra i più solerti, apodittici ed insofferenti, cfr. NOGLER, 2000, 26). Non era certo intenzione del legislatore della seconda privatizzazione contraddirsi, rinnegando la delega a completare la privatizzazione ed a rendere la contrattazione collettiva del settore pubblico più coerente con quella del settore privato. V'era, però, da dare attuazione ad un'altra parte, della medesima delega: quella relativa alla devoluzione, entro il 30 giugno 1998, al giudice ordinario, di tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro dei dipendenti privatizzati: delega, questa, corredata dalla delega accessoria a fronteggiare la temuta alluvione biblica di cause seriali, con « misure organizzative e processuali anche a carattere generale atte a prevenire disfunzioni dovute al sovraccarico del contenzioso » (art. 11, comma 4, lett. g, l. n. 59 del 1997).

E così il legislatore delegato, nell'attuare il trapasso di giurisdizione (art. 45, comma 17, d.lg. n. 80 del 1998), ha introdotto una serie di misure, non solo processuali, intimamente connesse, che hanno impresso sulle norme del contratto collettivo pubblico le “stimate” della norma giuridica, cioè l'assoggettamento delle stesse al controllo di legittimità della Suprema Corte (cfr. GHEZZI,

1997, 91 ss., che escludeva che i contratti collettivi del pubblico impiego fossero fonti del diritto perché, all'epoca, quelle stimate non erano ancora comparse): un "miracolo" che la prevalente dottrina giuslavorista, preoccupata per l'immagine della privatizzazione, si è, però, rifiutata di riconoscere, per quanto lo stesso principale artefice della seconda privatizzazione non avesse avuto remore ad ammettere che ai contratti collettivi nazionali « la legge riserva, anche sul piano processuale, il trattamento tipico degli atti normativi » (D'ANTONA, 1999, 288).

Un trattamento, quello tipico degli atti normativi, che si era ritenuto necessario applicare ai contratti collettivi del settore pubblico per pressanti esigenze di "certezza del diritto", cioè per assicurare l'uniforme interpretazione ed applicazione delle norme dei contratti collettivi, nella temutissima prospettiva (poi dimostratasi eccessivamente catastrofista) che un imponente contenzioso seriale (del tipo di quello provocato dalla "vera" privatizzazione di amministrazioni ed enti pubblici) fosse innescato dalla controversa interpretazione di norme di contratto collettivo, ove assoggettate al regime giuridico proprio delle clausole negoziali, per le quali, come è noto, non opera alcuna misura nomofilattica, con grave « rischio di una polverizzazione delle decisioni che nel concreto avrebbe vanificato la perseguita uniformità dell'applicazione del contratto collettivo » C. cost. 5 giugno 2003 n. 199, LPA 2003, 885, con nota di BORGHESI, *Il rinvio a titolo pregiudiziale per l'interpretazione dei contratti collettivi del pubblico impiego resiste ai primi controlli della Corte costituzionale*.

Si volevano, più in particolare, neutralizzare « due conosciuti fattori di contenzioso seriale e di alterazione degli equilibri dei contratti collettivi: l'interpretazione giudiziale delle disposizioni contrattuali oscure e la sostituzione automatica delle disposizioni contrattuali in contrasto con norme imperative di legge » (così, D'ANTONA, 1999, 298). E ciò per non compromettere il fine dichiarato della privatizzazione, quello di accrescere l'efficienza della pubblica amministrazione (art. 1, d.lg. n. 165 del 2001), e non infliggere, col trapasso di giurisdizione (l'effetto più tangibile ed eclatante della privatizzazione), un colpo mortale all'efficienza di una particolare pubblica amministrazione: quella giudiziaria.

2. Le misure nomofilattiche collegate. Il ricorso per cassazione per violazione e falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi nazionali è misura processuale deflativa del contenzioso seriale da leggere necessariamente nel quadro unitario composto da altre tre misure contestualmente introdotte dal legislatore delegato: l'accordo di « interpretazione autentica del contratto collettivo » con effetto sulle controversie individuali in corso senza il consenso delle parti interessate (essendo stato abrogato, dall'art. 43, comma 1, d.lg. n. 80 del 1998, il secondo comma dell'art. 53, d.lg. n. 29 del 1993, ora art. 49, d.lg. n. 165 del 2001); « l'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione del contratto collettivo » (art. 68-bis, d.lg. n. 29 del 1993, introdotto dall'art. 30, d.lg. n. 80 del 1998, ora art. 64, d.lg. n. 165 del 2001); la

pubblicazione dei contratti collettivi e accordi nazionali nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana (art. 44, comma 6, d.lg. n. 80 del 1998, il cui contenuto, curiosamente, non era stato trasfuso nel d.lg. n. 29 del 1993, quasi a non voler dare molta pubblicità alla norma destinata a dare pubblicità ai contratti collettivi; la norma è stata poi inserita nel cosiddetto testo unico, e precisamente nell'ultimo comma dell'art. 47, d.lg. n. 165 del 2001).

Si tratta, infatti, di “misure” intimamente collegate, basate sul presupposto che le norme di contratto collettivo siano vere e proprie norme giuridiche con efficacia *erga omnes* (come era ormai possibile sostenere senza più remore una volta aggirato lo scoglio dell'art. 39 Cost., grazie all'incondizionato sostegno alla privatizzazione offerto dalla coeva C. cost. 6 ottobre 1997 n. 309, LPA 1998, 131). Il collegamento tra le varie misure è rappresentato dall'essere tutte strumentali all'obiettivo di fronteggiare la temutissima eventualità di un imponente contenzioso seriale provocato dalla controversa interpretazione e, conseguente applicazione, di norme di contratto collettivo.

L'obiettivo era, ed è, quello di stroncare sul nascere, o comunque di definire il più rapidamente possibile, il suddetto contenzioso; lo strumento principale per conseguirlo è quello di un intervento immediato e risolutore delle stesse parti stipulanti, sia esso spontaneo o sollecitato dal giudice, o, in difetto (ed in subordine), di un intervento accelerato e potenziato della Suprema Corte di cassazione nell'esercizio della propria istituzionale funzione nomofilattica, estesa alle norme di contratto collettivo in quanto norme giuridiche (o comunque, assoggettate al medesimo trattamento tipico delle norme giuridiche).

2.1. L'interpretazione autentica “d'ufficio” o su “istanza” del giudice. Il legislatore della prima privatizzazione — non avendo vissuto, come il legislatore della seconda, la pur programmata (ma ancora lontana) devoluzione delle controversie del pubblico impiego privatizzato al giudice ordinario come una incombente emergenza — si era limitato a prevedere una blanda misura deflativa del contenzioso seriale: l'interpretazione autentica “domestica”, rimessa, cioè, alla buona volontà delle parti che avessero stipulato il contratto collettivo contenente una norma di controversa interpretazione. Ma l'eventuale accordo di interpretazione autentica spontaneamente raggiunto (non provocato, cioè, dal giudice), non era idoneo ad incidere d'imperio sul contenzioso già in atto, essendo espressamente previsto che esso avesse effetto sulle controversie individuali soltanto “con il consenso delle parti interessate” (così l'abrogato art. 53, comma 2, d.lg. n. 29 del 1993).

Il legislatore della seconda privatizzazione — condizionato, invece, dal *timor* panico di un impellente contenzioso seriale — ha ritenuto di dover incentivare al massimo la soluzione “domestica” (o anche “autonomofilattica”) delle controversie relative a norme di contratto collettivo, ed a tale fine ha introdotto due importanti “misure”.

La prima (art. 64, d.lg. n. 165 del 2001), consistente nell'introdurre un procedimento incidentale (definito “pregiudiziale”) diretto a promuovere o provocare (mediante ordinanza non impugnabile con cui si indica la questione da risolvere e si trasmettono gli atti all'ARAN) nel corso dei giudizi la cui defini-

zione dipenda dalla soluzione di una questione (rilevante e non manifestamente infondata) di efficacia, validità ed interpretazione dei contratti collettivi (art. 64, d.lg. n. 165 del 2001): questione che, secondo la valutazione del legislatore, è più opportuno siano le stesse parti stipulanti, e non il giudice, a decidere in via principale, e che, pertanto, viene affidata al secondo soltanto in via subordinata, cioè “se non interviene l'accordo” (art. 64, comma 3).

2.2. L'efficacia dell'accordo di interpretazione autentica senza il consenso delle parti interessate. La seconda misura, strumentale alla prima, è diretta a rendere immediatamente applicabile la norma di interpretazione autentica, rimuovendo l'ostacolo (alla definizione del giudizio stesso) rappresentato dal possibile dissenso delle parti della “controversia individuale in corso”, nonché di tutte le parti interessate alla medesima questione: ostacolo rimosso con l'abrogazione del vecchio secondo comma dell'art. 53, d.lg. n. 29 del 1993 (da parte dell'art. 43, comma 1, d.lg. n. 80 del 1998: la norma è ora ospitata dall'art. 49, d.lg. n. 165 del 2001, nel testo sostituito dall'art. 61, comma 1, d.lg. n. 150 del 2009, ed esibisce un nuovo comma 2, che, a scanso di equivoci, chiarisce, in positivo, che «l'eventuale accordo di interpretazione autentica, stipulato con le procedure di cui all'articolo 47, sostituisce la clausola in questione sin dall'inizio della vigenza del contratto»); abrogazione (poi trasformata in “sostituzione”) che ha sollevato qualche (non infondato) sospetto di legittimità costituzionale, per l'inusitata forza delle norme di contratto collettivo autenticamente interpretate, idonee ad imporsi non solo alle parti del contratto individuale senza il loro consenso, ma anche allo stesso giudice *a quo*, con conseguente concentrazione di poteri paralegislativi e paragiudiziari in capo alle parti stipulanti, chiamate ad interpretate e dunque (indirettamente) ad applicare al caso concreto le norme da esse parti medesime prodotte (cfr. VACCARELLA, 1998, 728: «l'incostituzionalità della disciplina sembra indiscutibile, risolvendosi essa non solo nella pretesa di vincolare il giudice a quanto convenuto dalle parti sociali in sede di interpretazione autentica [...] ma anche nella “sterilizzazione” dei diritti soggettivi scaturiti dal contratto collettivo nazionale nel momento stesso in cui, attraverso la modifica della clausola controversa, si riconosce la fondatezza della pretesa fondata su quella clausola»).

2.3. La funzione nomofilattica “subordinata” della Corte di cassazione. Solo in subordine ed in “denegata ipotesi”, per così dire, cioè «se non interviene l'accordo sull'interpretazione autentica o sulla modifica della clausola controversa» (art. 64, comma 3) il legislatore ha ritenuto necessario affidarsi alla funzione nomofilattica della Suprema Corte, opportunamente accelerata (decisione immediata della sola questione pregiudiziale ed immediato ricorso *per saltum* in Cassazione da parte del giudice *a quo*, nonché di altro giudice chiamato a decidere identica questione e che non ritenga di uniformarsi ad una già intervenuta pronuncia della Corte: art. 64, commi 3 e 6, d.lg. n. 165 del 2001); e potenziata (sospensione «dei processi la cui definizione dipende dalla risoluzione della questione sulla quale la Corte è chiamata a pronunciarsi»: art. 64, comma 6, d.lg. n. 165 del 2001).

Ma a tal fine era indispensabile, da un lato, che i contratti collettivi ed accordi nazionali fossero sempre conoscibili dal giudice; e, dall'altro lato, e soprattutto, che anche il giudice di legittimità, e non solo quello di merito, potesse procedere alla diretta interpretazione delle norme controverse, così da poter esercitare senza limiti la propria istituzionale funzione nomofilattica anche con riferimento alle norme dei contratti collettivi (per un più ampio commento all'art. 64, d.lg. n. 165 del 2001 si rinvia *infra* n. 21, PUTATURO DONATI, *L'accertamento pregiudiziale sui contratti collettivi*).

2.4. La pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dei contratti collettivi assoggettati a controllo di legittimità. Sotto il primo profilo, il legislatore della seconda privatizzazione ha previsto che i contratti e accordi collettivi nazionali, (fossero) pubblicati nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana (art. 47, comma 8, d.lg. n. 165 del 2001 che, nel testo sostituito dall'art. 59, d.lg. n. 150 del 2009, prevede ora, nel medesimo comma, la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana oltre che sul sito dell'ARAN e delle amministrazioni interessate, anche delle « eventuali interpretazioni autentiche »). Era infatti necessario — perché quel complesso congegno processuale, diretto a dare certezza assoluta alle norme dei contratti collettivi, funzionasse sempre e comunque, e senza intoppi processuali — che le norme controverse fossero sempre conoscibili e rilevanti nel giudizio *a quo*, anche a prescindere dal contributo delle parti. In caso contrario, il giudice non avrebbe potuto emettere l'ordinanza non impugnabile, indicando all'ARAN la questione da risolvere, qualora l'attore, esponendosi all'immediato rigetto del ricorso, non avesse tempestivamente invocato ed allegato il contratto collettivo recante la norma controversa, con conseguente “spreco” di un'occasione per sollevare, e risolvere il più rapidamente possibile, la “questione pregiudiziale” nell'interesse generale.

Appare dunque evidente come la pubblicazione dei contratti collettivi nazionali nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana (prevista dal legislatore delegato, in assenza di delega espressa, come tributo da pagare alle pressanti esigenze deflative del contenzioso, ma segno conclamato della diretta efficacia *erga omnes* del contratto collettivo) sia diretta a rendere operante, con riferimento quanto meno alle norme di contratto collettivo nazionale, il principio *iura novit curia* in base al quale, come insegna la dottrina costituzionalistica, « le norme giuridiche da applicare al caso si impongono ai giudici in qualsiasi tipo di giudizio, siano o non siano state dedotte dalle parti » (PALADIN, 1995, 130). Ciò che segna un'ulteriore grave incoerenza con i contratti collettivi di diritto comune, che il lavoratore privato ha l'onere di invocare e di produrre in giudizio. È invece da escludere che possa ritenersi onerato allo stesso modo il dipendente pubblico, e che ne possa essere rigettato il ricorso per la mancata invocazione o produzione in giudizio di un contratto collettivo pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana. Ed è altresì da escludere che al mancato deposito del contratto collettivo di diritto pubblico possa conseguire l'improcedibilità del ricorso per cassazione a norma dell'art. 369, secondo comma, n. 4, c.p.c. « atteso che, in considerazione del peculiare procedimento

formativo, del regime di pubblicità, della sottoposizione a controllo contabile della compatibilità economica dei costi previsti, l'esigenza di certezza e di conoscenza da parte del giudice era già assolta, in maniera autonoma, mediante la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, ai sensi dell'art. 47, comma 8, del d.lg. n. 165 del 2001, sì che la successiva previsione, introdotta dal d.lg. n. 40 del 2006, deve essere riferita ai contratti collettivi di diritto comune » (così, CC, SU, 4 novembre 2009 n. 23329).

Del resto, sarebbe stato del tutto incoerente ammettere il ricorso in cassazione per violazione e falsa applicazione di norme cui non fosse applicabile il principio *iura novit curia*, che, cioè, il giudice non fosse tenuto a conoscere e ad applicare, indipendentemente dal necessario contributo delle parti del processo.

Eppure, la prevalente dottrina giuslavoristica sembra preferire una simile incoerenza logico-giuridica, rispetto a quella (ideale) con i valori della privatizzazione. Magari approfittando di qualche "sponda" normativa, da parte di un legislatore che — nell'intento di attenuare a sua volta i motivi di incoerenza con la contrattazione collettiva di diritto comune, e nel timore di avvalorare l'idea, in odore di incostituzionalità, di un'efficacia diretta del contratto collettivo — ha innestato una parziale retromarcia, col far decorrere l'efficacia del contratto collettivo non già dalla data di pubblicazione, bensì dalla data della sottoscrizione definitiva (art. 40, comma 4, d.lg. n. 165 del 2001, comma non sostituito dall'art. 54 d.lg. n. 150 del 2009), così da dare "argomenti" ai fautori della natura privatistica del contratto collettivo (argomenti inquinanti ed ambigui diretti a contaminare la aborrita qualificazione in termini pubblicistici).

3. Il ricorso in cassazione per violazione e falsa applicazione delle norme dei contratti o accordi collettivi nazionali. Ma perché tutto questo farraginoso meccanismo processuale deflattivo del contenzioso seriale potesse funzionare e non si risolvesse in un clamoroso *flop* (come, peraltro, è avvenuto) era soprattutto necessario che il legislatore gettasse la maschera che fino a quel momento aveva fatto indossare al contratto collettivo pubblico (perché assumesse connotati "coerenti" con quelli del contratto collettivo di diritto comune), e ne mostrasse finalmente il vero volto: il volto di una vera e propria fonte di diritto oggettivo (sia consentito il rinvio, anche per i riferimenti, a PILEGGI, 2005, 340 ss.).

Sarebbe stato infatti perfettamente inutile accelerare e potenziare l'intervento della Suprema Corte (in funzione deflattiva del contenzioso seriale) per la definizione di quelle che autorevolmente sono state definite "questioni di diritto" (D'ANTONA, 1999, 296), se le Corte medesima non avesse potuto esercitare liberamente la propria istituzionale funzione nomofilattica; se anche con riferimento ai contratti collettivi pubblici si fosse ripetuto quanto la Suprema Corte suole affermare con riferimento a quelli di diritto comune, e cioè che « L'interpretazione dei contratti collettivi di diritto comune si risolve in un accertamento di fatto riservato al giudice di merito che, come tale, può essere denunciato in sede di legittimità solo per violazione dei canoni di ermeneutica contrattuale o

per vizio di motivazione » (così, tra le tantissime, CC 27 febbraio 2009 n. 4851); e che dunque « in ragione dei limiti del sindacato della Corte di cassazione in materia di interpretazione dei contratti collettivi di diritto comune — rappresentati dalla sola verifica della correttezza della motivazione e del rispetto dei canoni legali di ermeneutica contrattuale — è fisiologico che due opposte interpretazioni di giudici di merito di una medesima disposizione collettiva siano entrambe convalidate o censurate in sede di legittimità, a seconda del superamento a meno del suddetto limitato controllo » (così, da ultimo, CC 19 ottobre 2009 n. 22102; per la dottrina cfr. AMOROSO, 2004, 1).

Era invece assolutamente necessario — perché quel meccanismo processuale non fosse completamente svuotato e vanificato — che l'interpretazione dei contratti collettivi del pubblico impiego non fosse "riservata", in forma dispersiva e diffusa, ai soli giudici di merito, ma accentrata davanti alla Suprema Corte, così che la stessa potesse esercitare pienamente la propria istituzionale funzione nomofilattica anche con riferimento alle norme di contratto collettivo e che una sola fosse l'interpretazione da essa "convalidata", idonea, pertanto, a soffocare sul nascere i focolai di contenzioso seriale attizzati da norme collettive di controversa interpretazione o di dubbia efficacia o validità.

Ecco dunque che il legislatore (grazie al *timor* panico del contenzioso seriale, evidentemente più forte del "sentimento del giuslavorista") ha dovuto prevedere che non solo nel caso di ricorso immediato in cassazione, ma anche con riferimento a tutte le controversie devolute al giudice ordinario, « il ricorso per cassazione può essere proposto anche per violazione o falsa applicazione dei contratti o accordi collettivi nazionali ».

La "peculiare natura" dei contratti collettivi, fonti di norme giuridiche, e non già atti di autonomia negoziale privata, e l'attribuzione alla Corte di cassazione di un potere diretto di interpretazione degli stessi, per accertarne la eventuale violazione e falsa applicazione, potrebbe far supporre che le norme di contratto collettivo debbano interpretarsi sulla base dei criteri legali di interpretazione della legge, piuttosto che di quelli di interpretazione dei contratti (ed in tal senso, infatti, cfr. VIDIRI, 2003, 103 ss.). Ma la giurisprudenza di legittimità formatasi sul punto, pur ritenendo di poter, e di dover, procedere alla diretta interpretazione delle norme di contratto collettivo, eventualmente decidendo la causa nel merito, se non sono necessari ulteriori accertamenti in fatto, in applicazione analogica dell'art. 348, comma 1, c.p.c. (CC 4 marzo 2005 n. 4714, in base al rilievo che sarebbero « contraddetti i principi di ragionevolezza ed economicità se la Corte cassasse con rinvio nei casi in cui la decisione del merito della causa dipende interamente dall'interpretazione di una clausola contrattuale »), ha ritenuto di dover fare applicazione dei criteri di cui agli artt. 1362 ss. c.c. (CC 17 marzo 2005 n. 5892).

4. Il diverso regime riservato alla contrattazione collettiva integrativa. Pressato, però, dalla contrapposta esigenza di mantenere una certa coerenza con il contratto collettivo di diritto comune, il legislatore della seconda

privatizzazione ha preferito non esagerare, ed ha escluso dal regime sopra descritto (proprio delle fonti di diritto) i contratti integrativi che pure, dei contratti collettivi nazionali, sono una costola, condividendone, all'evidenza, la medesima natura giuridica, e rispetto ai quali si pone il medesimo problema di garantirne l'uniforme interpretazione ed applicazione.

Ferma restando la sicura non applicabilità dell'additivo rappresentato dal meccanismo (spontaneo o provocato) dell'interpretazione autentica, il legislatore ha inopinatamente escluso anche la possibilità di un ricorso in cassazione per violazione e falsa applicazione di norme di contratto collettivo integrativo, nonché l'applicabilità del principio *iura novit curia*, introducendo in tal modo una irragionevole disparità di trattamento tra dipendenti privatizzati a seconda che la loro pretesa in giudizio si basi su di una norma di contratto collettivo nazionale, ovvero di contratto collettivo integrativo, e determinando, complessivamente, un arretramento nei livelli di tutela processuale dei dipendenti pubblici rispetto al regime pubblicistico preesistente, laddove l'intera disciplina in base agli accordi (di qualunque livello) era assoggettata al principio *iura novit curia*. Ma, evidentemente, le finalità ideali della privatizzazione, il valore della coerenza con la contrattazione collettiva del settore privato, valgono bene qualche arretramento nei livelli di tutela del dipendente pubblico. Del resto, è per rendere più efficienti le pubbliche amministrazioni che è stato privatizzato il rapporto di lavoro pubblico.

La giurisprudenza di legittimità non ha potuto che prenderne atto con sollievo, sgravandosi così di un compito improbo (ad esempio, CC 5 dicembre 2008 n. 28859, secondo cui « con riguardo ai contratti collettivi di lavoro relativi al pubblico impiego privatizzato, la regola posta dall'art. 63 del d.lg. n. 165 del 2001, che consente di denunciare direttamente in sede di legittimità la violazione o falsa applicazione dei contratti ed accordi collettivi, deve intendersi limitata ai contratti ed accordi nazionali di cui all'art. 40 del predetto d.lg., con esclusione dei contratti integrativi contemplati nello stesso articolo, in relazione ai quali il controllo di legittimità è finalizzato esclusivamente alla verifica del rispetto dei canoni legali di interpretazione e dell'assolvimento dell'obbligo di motivazione sufficiente e non contraddittoria. Ne consegue che, in riferimento ai contratti integrativi, il ricorrente ha l'onere di riportare il testo della clausola contrattuale controversa, al fine di consentire il controllo nei limiti individuati, risultando altrimenti violata la regola dell'autosufficienza del ricorso »; si vedano da ultimo anche CC 30 marzo 2018 n. 7981; CC 16 settembre 2014 n. 19507; CC 21 settembre 2011 n. 19227).

5. Riflessi del descritto regime processuale sulla natura del contratto collettivo nazionale. L'esame delle suddette "misure processuali", incidenti sulla contrattazione collettiva pubblica, in funzione deflativa del contenzioso, conferma, quanto ora sembra riconoscere lo stesso giudice delle leggi (C. cost. n. 199 del 2003, cit.), e cioè che il contratto collettivo pubblico ha natura affatto diversa da quello di diritto comune, essendo fonte di vere e proprie norme

giuridiche: è infatti assoggettato al peculiare regime giuridico che, secondo la dottrina costituzionalista, è proprio delle fonti del diritto: “inderogabilità” (o “antigiuridicità” dei comportamenti contrari a norme di diritto); pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, con conseguente applicabilità dell’art. 113 c.p.c. (e del principio *iura novit curia*); ricorribilità in cassazione per violazione e falsa applicazione delle norme medesime; applicabilità del principio di parità di trattamento” (cfr. per tutti PALADIN, 1995, 128 ss. Per ulteriori riferimenti alla dottrina costituzionalistica sia consentito il rinvio a PILEGGI, 2005, 359 ss.). Non ci sarebbe pertanto bisogno alcuno di far ricorso ai criteri di individuazione delle fonti del diritto elaborati dalla dottrina costituzionalista al fine pratico di stabilire il regime giuridico applicabile ad atto di cui sia controversa la qualificazione come fonte del diritto. Nel caso, l’applicabilità del regime proprio della norma giuridica è stata espressamente e direttamente disposta dal legislatore (pur pressato da esigenze deflative del contenzioso, che imponevano di garantire la certezza delle norme di contratto collettivo), cosicché non v’è bisogno di ricorrere ai molteplici indici di individuazione delle fonti del diritto utilizzati dalla dottrina costituzionalista.

Nondimeno, parte, tuttora maggioritaria, della dottrina giuslavoristica, tende a negare che il contratto collettivo pubblico sia fonte del diritto, ed a ridimensionare il significato delle disposizioni che sembrano assoggettarlo al regime proprio delle fonti del diritto (per tutti, autorevolmente, CARINCI F., 2000).

L’obiettivo è quello di scongiurare il rischio che dall’applicabilità, alle norme dei contratti collettivi, del regime proprio delle norme giuridiche, si possa risalire alla qualificazione dei contratti collettivi come fonti di norme giuridiche: contratti collettivi che si vorrebbe poter continuare a qualificare come contratti collettivi di diritto comune, o al massimo *sui generis*.

Ed a tal fine, ci si astiene prudenzialmente da una valutazione sistematica ed organica delle suddette misure processuali, e degli altri profili di disciplina eteronoma del contratto collettivo pubblico, che convergono nella direzione obbligata della qualificazione in termini di fonte del diritto, e si contesta atomisticamente l’attitudine di ciascuna singola “misura” ad avvalorare l’abborrita qualificazione.

Si è sostenuto così, che il ricorso in cassazione per violazione e falsa applicazione di norme di contratto collettivo (secondo l’identica formula prevista per le “norme di diritto” dall’art. 360, n. 3, c.p.c.), non avrebbe ad oggetto una questione di diritto, ma una questione di fatto; che il giudice di legittimità, nel verificare se vi sia stata — oppure no — una violazione o falsa applicazione delle norme di contratto collettivo, non svolgerebbe la propria istituzionale funzione armonizzatrice e nomofilattica, e, dunque, non esprimerebbe un giudizio di legittimità, ma sarebbe eccezionalmente autorizzato a compiere un’indagine di fatto, quasi fosse un terzo giudice di merito; che la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale avrebbe carattere meramente notiziale, e non condizionerebbe l’efficacia dell’atto, ciò che comporterebbe la non operatività del principio *iura novit curia* anche con riferimento ai contratti ed accordi collettivi nazionali (per tutti, BRIGUGLIO, 1999, 80).

Ancora una volta, tra un'interpretazione che comporti una minor tutela processuale del dipendente pubblico (che nel precedente regime pubblicistico certamente poteva invocare senza limiti il principio *iura novit curia*, che, oltretutto, risponde certamente a finalità pubblicistiche di razionalità, imparzialità ed uniformità) ed un'interpretazione che renda meno evidente il baratro scavato tra contrattazione collettiva pubblica e contrattazione collettiva di diritto comune, è la seconda ad essere fortemente caldeggiata dai più agguerriti sostenitori della privatizzazione.

6. *L'inversione del modello: il contratto collettivo del settore pubblico come "modello" per il contratto collettivo del settore privato.* Come già abbiamo avuto modo di accennare, il sistema di contrattazione collettiva del settore pubblico, interamente regolato dal legislatore, e che, almeno in origine, si voleva fosse dichiaratamente ispirato al "sistema" di contrattazione collettiva del settore privato (che invece non è in alcun modo regolato dal legislatore), ha finito progressivamente per proporsi come modello per quest'ultimo. Tracce evidenti di questa inversione del modello di riferimento, e del prevalere di un modello di contrattazione collettiva di stampo pubblicistico possono rinvenirsi nell'art. 42, d.lg. n. 165 del 2001, laddove il legislatore nell'introdurre (con l'art. 6, d.lg. n. 396 del 1997), le nuove regole sulla rappresentatività nel settore pubblico, afferma espressamente che le disposizioni in questione sono destinate a rimanere in vigore transitoriamente « fino a quando non vengano emanate norme di carattere generale sulla rappresentatività che sostituiscano o modifichino tali disposizioni ».

Come è noto, i progetti di unificazione dei sistemi di contrattazione collettiva dei due settori sono stati sin qui accantonati (ricordiamo il disegno di legge "Gasperoni" recante "Norme sulle rappresentanze sindacali unitarie nei luoghi di lavoro, sulla rappresentatività sindacale e sull'efficacia dei contratti collettivi di lavoro", su cui, per tutti, cfr. CARINCI F., 1998, 1023), ma era comunque inevitabile che essi entrassero in attrito una volta privatizzato il rapporto di pubblico impiego e devolute le relative controversie al giudice del lavoro. Ciò che agli albori non si immaginava (o non si voleva immaginare) è che sarebbe stato il modello pubblico ad imporsi (in tal senso, cfr. PILEGGI, 1995, 143).

L'attrito si è recentemente manifestato in conseguenza delle più ampie possibilità di impugnare in cassazione sentenze di interpretazione dei contratti collettivi nazionali del settore pubblico rispetto ad analoghe questioni relative a contratti collettivi di diritto comune del settore privato e, come già accennato, ha dato luogo a questioni di legittimità costituzionale rigettate in base al rilievo della "peculiare natura" del contratto collettivo di diritto pubblico e della necessità di assicurare una uniforme interpretazione ed applicazione della disciplina del lavoro pubblico per finalità di contenimento della spesa e di accrescimento dell'efficienza della pubblica amministrazione.

Ad armonizzare, sotto il profilo considerato, i contratti collettivi nazionali dei due settori ha provveduto un po' a sorpresa, il legislatore, con norme di natura

esclusivamente processuale che non toccano affatto la disciplina sostanziale del contratto collettivo del settore privato, affidata tuttora al diritto comune. Ci riferiamo agli artt. 8 e 18, d.lg. n. 40 del 2006, già citati: il primo, ispiratosi all'art. 63, comma 5, d.lg. n. 165 del 2001 nel modificare l'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c.; il secondo ispiratosi all'art. 64 del medesimo decreto legislativo, nell'aggiungere l'art. 420-*bis* al codice di procedura civile. Sarà dunque possibile ricorrere per cassazione avverso le sentenze relative alle controversie di cui all'art. 409 c.p.c. pubblicate « a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto » (art. 27, d.lg. n. 40 del 2006), deducendo la violazione o falsa applicazione di norme di contratto collettivo nazionale. E sarà possibile un « accertamento pregiudiziale sull'efficacia validità ed interpretazione dei contratti e accordi collettivi » se rilevante per la definizione di una controversia di cui all'articolo “409”, mediante sentenza parziale « impugnabile soltanto con ricorso immediato per cassazione da proporsi entro sessanta giorni dalla comunicazione dell'avviso di deposito della sentenza ».

Ma il congegno processuale appena descritto (soltanto apparentemente identico a quello di cui all'art. 64, d.lg. n. 165 del 2001, espressamente richiamato dall'art. 146-*bis* disp. att. introdotto dall'art. 19, d.lg. n. 40 del 2006), non appare, però, agevolmente armonizzabile con la perdurante natura privatistica dei contratti collettivi di diritto comune e con la loro limitata efficacia soggettiva. Invero, è una questione (in fatto) che potrebbe porsi soltanto per i contratti collettivi di diritto comune quella relativa alla loro stessa applicabilità al concreto rapporto di lavoro dedotto in giudizio, in relazione a circostanze in fatto (iscrizione ai sindacati stipulanti o altra forma di consenso all'applicazione del contratto collettivo) il cui esame sembra essere precluso in sede di legittimità. Ma soprattutto l'art. 420-*bis* c.p.c. presenta, rispetto al modello di cui all'art. 64, d.lg. n. 165 del 2001, una evidente, quanto inevitabile lacuna: nella disposizione in questione manca infatti completamente quella parte — che rappresenta invece il cuore dell'art. 64, d.lg. n. 165 del 2001 — relativa alla promozione di un accordo di interpretazione autentica mediante l'ordinanza non impugnabile con cui il giudice *a quo* indica la questione da risolvere e rimette gli atti all'ARAN (accordo che, come detto, viene considerato il modo migliore per risolvere la questione controversa). Una lacuna non colmabile, allo stato, in quanto nel settore privato la contrattazione collettiva non è regolata dal legislatore, che non ne individua i soggetti (cui rimettere gli atti con l'ordinanza che indica la questione da risolvere), ed in quanto l'accordo di interpretazione autentica o di modifica della clausola controversa non potrebbe mai avere effetto nei confronti delle parti in causa senza il loro consenso (cfr. CC 23 agosto 2006 n. 18378).

Sconfessando un'interpretazione di taluni giudici di appello — che avevano ritenuto di dover cogliere, anche in secondo grado, le opportunità deflative del contenzioso offerte dalle rilevate modifiche processuali — la giurisprudenza di legittimità ha poi precisato che « il canone costituzionale della ragionevole durata del processo, coniugato con quello dell'immediatezza della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.), orienta l'interpretazione dell'art. 420-*bis* c.p.c. nel senso,

confortato anche da argomenti di interpretazione letterale, che tale disposizione trova applicazione solo nel giudizio di primo grado e non anche in quello d'appello, in sintonia con le scelte del legislatore delegato (d.lg. n. 40 del 2006) che, più in generale, ha limitato la possibilità di ricorso immediato per cassazione avverso sentenze non definitive rese in grado d'appello, lasciando invece inalterata la disciplina dell'impugnazione immediata delle sentenze non definitive rese in primo grado » (così, ad esempio, CC 19 febbraio 2007 n. 3770).