

Il jobs act e la sua inapplicabilità al pubblico impiego. Ovvero: il paradosso secondo il quale la disciplina del lavoratore pubblico è ora più conforme al diritto europeo di quella del lavoratore privato

di Sergio Galleano¹

1. Il quadro giuridico attuale e la legge delega

Questo è (dovrebbe essere) un intervento "di confine", limitato a commentare un quadro giuridico, quello del pubblico impiego, destinato ad una prossima evoluzione.

Come è noto, il parlamento italiano, subornato dalla bulimia riformatrice, almeno a parole, dell'attuale governo, dopo avere messo al varo rinnovamenti e sommovimenti dell'universo giuridico tutto, con particolare attenzione a quello del mondo del lavoro, ha approvato la legge delega n. 124 del 7 agosto 2015 ("Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche") con la quale, tra l'altro, si demanda all'esecutivo, e, per esso, al Ministero per la Semplificazione e la Pubblica Amministrazione, un intervento "in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche".

La legge, in particolare, reca l'art. 17, che prevede una delega specifica per il "riordino della disciplina del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche".

Ciò ha inizialmente creato l'aspettativa di un avvicinamento alla disciplina europea di quella nazionale, soprattutto nel settore del pubblico impiego, con particolare riferimento ad una rivisitazione generale della disciplina giuridica di quel rapporto e, soprattutto, alle misure che dovrebbero essere adottate per la soluzione del problema del precariato storico che ormai da anni opera alle dipendenze della pubblica amministrazione con contratti atipici, negli ultimi tempi prevalentemente a tempo determinato.

Per la verità, sotto questo profilo, la delega tace ma, come vedremo, la questione cova sotto la cenere e si va sviluppando sotto l'aspetto più propriamente giurisdizionale, che è quello che, con i ripetuti interventi della Corte europea, culminati con la sentenza Mascolo del 26 novembre 2014 nel settore scuola, ha smosso il tipico immobilismo italiano. Senza contare le procedure di infrazione che la Commissione europea da più parti è invitata ad avviare.

La norma, infatti, al di là delle roboanti affermazioni mediatiche dell'esecutivo, prefigura una serie di indirizzi che non paiono avere nulla di particolarmente rivoluzionario, concretizzandosi nel ribadire i soliti obiettivi già più volte perseguiti dal legislatore, razionalizzazione ed efficienza dell'attività e dei servizi forniti e già oggetto di interventi legislativi, più o meno organici, culminati da ultimo con la legge n. 150 del 17 ottobre 2009 (cd. Legge Brunetta); ma poco si dice, per esempio, sulla necessità di utilizzo di nuove tecnologie e la previsione, assolutamente necessaria, di corsi di specializzazione e di aggiornamento del personale, senza contare l'istituzione di corsi di laurea specializzati, dopo la chiusura della Scuola superiore della pubblica amministrazione (ricopertasi di non dimenticata gloria) e il mancato decollo della Scuola nazionale di amministrazione varata nel 2012 dal governo Monti, su proposta del Ministro Patroni Griffi.

¹ Avvocato del foro di Milano

La delega, in breve sintesi, tratta delle modalità di svolgimento dei concorsi, prevedendo la valorizzazione di alcuni titoli, quali i dottorati di ricerca e la conoscenza delle lingue, (lettere da "a" ad "f"), dispone la creazione di una banca dati nazionale per l'ottimizzazione nell'utilizzo delle risorse (lettera "g"), prefigura limiti e controlli dell'attività sindacale², ribadisce la necessità di verifiche delle assenze per malattia (lettere "l" ed "m"), auspica la flessibilità dell'orario di lavoro (anche al fine di liberarsi dei lavoratori anziani e fare posto ai giovani: lettera "p"³), prevede una revisione della normativa sulle performance (lettera "r": dopo il fallimento della disciplina "Brunetta"), e altri interventi di non particolare rilevanza (rilevazione dati, procedimenti disciplinari, ecc.), già oggetto di ripetuti interventi che fanno ormai parte della vasta normativa in vigore, che regola l'impiego pubblico e che si spera venga almeno semplificata in attuazione della delega.

Positive ed innovative, paiono invece le intenzioni di approntare misure finalizzate al più agevole inserimento dei portatori di handicap nel pubblico impiego (lettere "n" e "z"⁴) e di limitare le assunzioni di personale flessibile nell'ipotesi di effettiva sussistenza di ragioni obiettive (lettera "o").

Sotto quest'ultimo profilo, la novità più rilevante è la progressiva "sparizione" (finalmente!) della "dotazione organica come limite alle assunzioni" (fermi restando, ovviamente, i vincoli di bilancio: lettera "q"), che ha sempre rappresentato un inutile orpello (forse voluto, in omaggio al principio dell'obbligo del concorso, spesso connivente con le esigenze clientelari delle amministrazioni, soprattutto locali, ma anche centrali⁵), di fatto finalizzato solo ed unicamente ad ingessare la struttura organizzativa ed a consentire il reiterato ed abusivo – ma spesso molto redditizio sotto il profilo elettorale - ricorso al personale precario.

² Vedremo se e quanto in linea con l'art. 12 della carta di Nizza, tenuto conto del ridimensionamento operato negli ultimi anni sull'agibilità sindacale nel pubblico impiego, riscattato in parte dalla recente sentenza 178/2015 della Consulta sull'incostituzionalità del blocco della contrattazione collettiva.

³ Ma occorrerà che i provvedimenti siano modulati in modo da evitare possibilità di discriminazioni: vedi, in proposito, la sentenza Mangold del 22 novembre 2005 della Corte europea in causa C-144/04.

⁴ Anche come conseguenza della condanna in sede europea: in punto si veda la sentenza Commissione c/ Italia del 4 luglio 2013 in causa C-312/12. Si veda anche, circa il contraddittorio comportamento del legislatore in tema di disabili nel pubblico impiego: E. Pasqualetto, Lo stato di disoccupazione dei disabili idonei nei concorsi pubblici: un requisito in bilico tra giurisprudenza amministrativa, Corte di cassazione e interventi del legislatore, Argomenti Dir. Lav., 2015, 2, 399, dove si sottolinea l'intervento paradossalmente antitetico del recente legislatore rispetto alle prescrizioni della Corte europea.

⁵ Si ricordi solo il non commendevole esempio delle Authority, riempite di raccomandati, stabilizzati con decreti legge non convertiti, ma i cui effetti sono stati fatti salvi con leggina ad hoc.

La c.d. "dotazione organica", infatti, impedendo l'adeguamento dell'organico alle effettive e concrete esigenze dell'ente pubblico interessato, consentiva (o, meglio, obbligava) l'amministrazione a ricorrere all'utilizzo abusivo dei contratti atipici per garantire i servizi essenziali necessari ad una moderna struttura sociale in via di evoluzione⁶ ed a soddisfare i bisogni primari dei cittadini⁷, in palese violazione degli obblighi nascenti dalla direttiva UE 1999/70 che impone a tutti i datori di lavoro, pubblici e privati, di non abusare dei contratti a termine e, comunque, di quelli atipici, diversi dal rapporto di lavoro subordinato.

Ora, in una situazione in cui nella delega si dice tutto e niente, pare evidente che il contenuto del programmato intervento normativo non è al momento prevedibile, dipendendo tutto dalle vicissitudini della maggioranza di governo. E' anche chiaro che la dimensione degli interventi potrà spaziare da una semplice rimodulazione e compattazione della normativa vigente, sino a giungere ad interventi più decisivi, magari esondando dalla delega legislativa⁸, finalizzati ad una stretta nella gestione del personale pubblico che, come è noto, non gode di questo periodo di grande considerazione da parte del potere politico, che tende a sgravare buona parte delle sue incapacità di indirizzo e di gestione della cosa pubblica sul personale statale e parastatale, nei confronti del quale si opera un vero e proprio "transfert" della responsabilità per le pessime performance della amministrazione pubblica italiana.

⁶ Si consideri, un esempio per tutti, la situazione degli uffici immigrazione, operanti presso le questure e le prefetture, istituiti con la legge Bossi-Fini del 30 luglio 2002 n. 189 che per anni sono stati retti da personale (quasi un migliaio di addetti) assunto prima con contratti interinali e di somministrazione e, successivamente, con reiterati contratti a termine. Ed è solo in conseguenza del vasto contenzioso che ne è nato e che ha visto il Ministero soccombente, costretto a pagare ingenti risarcimenti del danno, il legislatore, con l'art. 4, co. 9 ter, del D.L. 101 del 31 agosto 2013, ha dato finalmente avvio ad un percorso di stabilizzazione, effettivamente avviato ma ad oggi interrotto con il cambio di governo.

⁷ Anche qui, si pensi solamente alla nota ed incredibile vicenda dei dirigenti dell'agenzia delle entrate, i cui maggiori uffici periferici sono stati retti, spesso per oltre un decennio, da funzionari incaricati di funzioni dirigenziali ex art. 19, D.Lgs. 165/2001, con incarichi a termine via via prorogati con legge sino alla sentenza 37/2015 della Corte costituzionale che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'ultima proroga, con conseguente decadenza di tutti i dirigenti nominati e l'impossibilità dell'Agenzia di proseguire nella sua ordinaria attività.

⁸ Che la Corte costituzionale ha poche volte censurato: si veda, sul punto: E. Frontoni, Il decreto legislativo al cospetto della Corte costituzionale tra vecchie questioni e nuovi profili problematici, su www.ilgruppodipisa.it, 10/2011. Si veda anche la questione della presentazione degli ultimi decreti sul jobs act già contestati sotto questo profilo: http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Resaula&leg=17&id=00938162&part=doc_dc-allegatob_ab-sezionetit_icdrsr-atto_404453&parse=no

Ad ogni buon conto, le questioni principali su cui si accentra qui l'attenzione sono, come è comprensibile, sia l'utilizzo dei contratti a termine (oltre che delle fattispecie similari atipiche) che la disciplina dei licenziamenti, fattispecie disciplinate oggi dai D.Lgs. 81/2011 (contratti a termine⁹) e 23/2015 (licenziamenti e tutele crescenti¹⁰).

A margine della applicabilità della relativa normativa, che ora si esaminerà, restano poi da risolvere, come già si è cennato, i problemi nati dai contratti a termine in corso che solo per pochi settori (scuola e personale uffici immigrazione) sembrano avere trovato una possibilità di soluzione, spesso complicata da alcune controverse scelte legislative¹¹.

Si vedrà quindi alla fine del processo da poco iniziato il quadro che ne uscirà.

In linea di massima va subito detto che non risultano previsti grandi cambiamenti, posto che, per quanto attiene i licenziamenti, sembrerebbe esclusa, per espressa ammissione del Ministro Madia, la applicabilità della nuova disciplina ai dipendenti pubblici, posizione recentemente ribadita dal Presidente del Consiglio Renzi alla Festa dell'Unità (v. Repubblica 6 settembre 2015), in ragione dell'assunzione a mezzo di concorso.

⁹ Sul punto si segnala V. De Michele, Il dialogo tra Corte costituzionale e Corte di giustizia sui diritti dei lavoratori nel pubblico impiego, in *absentia legum et contra legem*, su questo sito, Commenti, articoli, 2 luglio 2015 ed ivi ampi richiami.

¹⁰ Si veda, per una prima panoramica, F. Carinci, Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (a sensi della bozza del D.Lgs. 24 dicembre 2014, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2/2015, 113. Si veda anche: L. Nogler, I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015, *Argomenti Dir. Lav.*, 2015, 3, 507; V. Maio, Stabilità e prescrizione nel lavoro cd. a tutele crescenti, in *Argomenti Dir. Lav.*, 2015, 3, 545.

¹¹ Si accenna qui solamente al massiccio contenzioso circa l'inserimento nelle GAE (condizione per accedere al processo di stabilizzazione) degli insegnanti come gli abilitati SIIS e TFA e i diplomati magistrali, questione oggetto di un vasto contenzioso giudiziale in corso per l'inserimento nelle graduatorie ad esaurimento, in merito al quale la legge n. 117 del 13 luglio 2015 ha disposto la stabilizzazione solo degli iscritti nelle GAE a "pieno titolo" alla data del 30 giugno 2015, così "tagliando fuori" tutti coloro che otterranno pronunce favorevoli in sede giurisdizionale. La norma, sotto tal profilo, presenta possibili eccezioni di costituzionalità per violazione dell'art. 3, oltre che configurarsi come violativa dell'art. 6 della CEDU e dell'art. 47 della Carta di Nizza sulla parità delle armi in quanto finalizzata ad influire sul contenzioso in essere. Né va scordato infine che, per quanto riguarda i diplomati magistrali è in corso una complessa e controversa vicenda giudiziale che vede il Consiglio di Stato che immette in graduatoria gli insegnanti diplomati magistrali (da ultimo Consiglio di Stato, sez. VI, sent. 3788/2015) e molti Tribunali del lavoro che rigettano le medesime domande, taluni sostenendo la carenza di giurisdizione del Consiglio di Stato (Trib. Bologna, est. Benassi, ordinanza 5355/15), altri negando la propria (Trib. Milano, est. Mariani, ordinanza 23566/15) e, infine, quasi tutti, dichiarando, con certa forzatura nella lettura della normativa scolastica, che i diplomati sarebbero decaduti dalla domanda (Trib. Firenze, Pres. Rizzo, est. Davia, ordinanza 6679/15).

Allo stesso modo, per quanto attiene l'utilizzo dei contratti atipici, l'art. 17, co. 1, punto "o" della già citata legge delega 124/2015 sembra chiaro, attraverso il richiamo a "tassative e limitate fattispecie, caratterizzate dalla compatibilità con la peculiarità del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione e con le esigenze organizzative e funzionali di queste ultime, anche la fine di prevenire il precariato", l'intenzione di subordinare la stipulazione di contratti flessibili all'esistenza di quelle ragioni obiettive ripudiate dalla riforma Poletti, con la conseguente impossibilità di stipulare, nell'ambito pubblico, contratti "acausali".

Esaminiamo comunque, per il momento, la disciplina attuale in attesa dei decreti attuativi.

2. La normativa in tema di licenziamenti

E veniamo quindi all'applicabilità al pubblico impiego del D.Lgs. 23/15.

Già con l'entrata in vigore della legge Fornero si era posto il problema dell'applicabilità dell'art. 18, come allora riformato, all'impiego pubblico: il ministro del Lavoro Fornero, che riteneva applicabile la riforma anche all'impiego pubblico ed il Ministro della Funzione pubblica, Patroni Griffi, che invece riteneva la legge Fornero non applicabile ai pubblici dipendenti.

Il tutto nasceva dalle disposizioni contenute nei due commi dell'art. 1, il comma 7 ed il comma 8, che dettano una disciplina apparentemente contraddittoria in ordine all'applicabilità della legge Fornero al pubblico impiego.

In particolare, il comma 7 prevedeva che:

"Le disposizioni della presente legge, per quanto da esse non espressamente previsto, costituiscono principi e criteri per le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e successive modificazioni, in coerenza con quanto disposto dall'art. 2, comma 2, del medesimo decreto legislativo. Restano ferme le previsioni di cui all'art. 3 del medesimo decreto legislativo".

La formulazione della norma non era il massimo della chiarezza, perché non si comprende come le disposizioni di una legge possano costituire criteri e principi per la sua applicazione in altro settore: semmai potranno essere intese come una raccomandazione per una futura riforma, ma difficilmente possono essere interpretate come un preciso precetto.

Ed infatti c'è poi il comma 8, che prevede espressamente che:

"Al fine dell'applicazione del comma 7 il Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, individua e definisce, anche mediante iniziative normative, gli ambiti, le modalità e i tempi di armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche".

Dalla lettura delle norme in questione risultava dunque esclusa un'immediata applicazione della legge Fornero in favore dei pubblici dipendenti, in quanto sospensivamente condizionata all'adozione di successive iniziative di armonizzazione.

Nonostante ciò, dottrina e giurisprudenza si sono subito divise tra coloro i quali hanno ritenuto direttamente applicabile le norme della Legge Fornero al pubblico impiego e coloro i quali hanno viceversa ritenuto inapplicabile il corpus normativo dettato in materia di licenziamenti dalla legge Fornero al pubblico impiego.

Nel senso dell'immediata applicabilità ai pubblici dipendenti della legge Fornero si sono espressi, ad esempio, Tribunale Bari del 14.1.2013 e Tribunale Perugia, in composizione sia monocratica che collegiale, quest'ultima il 15.1.2013, mentre in senso contrario si è espresso il Tribunale di Roma, con ordinanza del 23.1.2013, estensore Pucci¹².

Coloro i quali sostenevano l'applicabilità del nuovo articolo 18 alla legge Fornero partivano da una lettura meramente testuale della norma, che riguardava la modifica dell'art. 18.

In particolare, l'art. 51 comma 2 del decreto legislativo 165/2001 prevede espressamente che "La legge 20 maggio 2001 n. 300 e successive modificazioni ed integrazioni, si applica alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti".

Riportando la legge Fornero una modifica dell'art. 18, si arriva alla conclusione che l'art. 18 riformato dovesse trovare immediata applicazione alla pubblica amministrazione, perché viceversa si sarebbe creato un vuoto normativo per i pubblici dipendenti non essendo più vigente il vecchio articolo 18.

Come vedremo, le considerazioni che seguono circa la nuova normativa chiariscono anche la questione dell'applicabilità della vecchia legge Fornero.

Con l'entrata in vigore del decreto legislativo 23 del 2015 abbiamo infatti assistito alla medesima sceneggiata già vista con la Legge Fornero, con i ministri dei vari comparti che si dividono sull'applicabilità delle tutele crescenti al pubblico impiego; da una parte il senatore Ichino ed il ministro del Lavoro Poletti che ritengono applicabile al pubblico impiego il contratto a tutele crescenti e dall'altra il Ministro Madia della Pubblica Amministrazione ed il presidente della Commissione Lavoro alla Camera Cesare Damiano che affermano che queste norme non si applicano al pubblico impiego.

Nel testo del decreto legislativo 23 del 2015 non vi è alcuna norma che stabilisca l'applicabilità o meno della disciplina al settore pubblico, come è invece era avvenuto nel passato, ad esempio nel decreto Biagi, in cui espressamente si escludeva l'applicazione della disciplina dettata nel decreto alle pubbliche amministrazioni.

¹² Per una più ampia disamina si veda A. Prencipe, *Il pubblico impiego e la nuova disciplina dei licenziamenti*, *Il diritto dei lavori*, settembre 2013, www.csddl.it

Qui il decreto nulla dice in ordine all'applicabilità o meno di dette norme al pubblico impiego. I sostenitori dell'applicabilità di queste norme al pubblico impiego¹³ arrivano a questa conclusione utilizzando il criterio, contenuto nell'art. 12 delle preleggi, che è quello della *voluntas legis*, che tuttavia non viene applicata in via diretta alle disposizioni del decreto legislativo 23/2015 ma a contrario, ovvero evidenziando che nel decreto 22/2015, quello relativo alla Naspi, il legislatore ha chiaramente detto che sono destinatari della Naspi i lavoratori dipendenti con esclusione dei dipendenti a tempo indeterminato delle pubbliche amministrazioni" (art. 2 comma 1).

Da questa premessa, si arriverebbe alla conclusione che laddove il legislatore ha voluto espressamente escludere il pubblico impiego lo ha fatto espressamente (*ubi lex voluit, dixit*) e quindi nulla avendo detto espressamente in tema di licenziamenti si deve ritenere che la *voluntas legis* fosse quella di ritenere questo corpus normativo al pubblico impiego, senza considerare, per la verità, che la applicazione della Naspi è strettamente collegata alla nuova disciplina del licenziamento e dunque l'argomento gioca, a contrario, a favore della tesi opposta.

Ma ci sono altri argomenti, ben più forti, che fanno propendere per la non applicabilità delle norme del Jobs Act al pubblico impiego.

E proprio tenendo conto dalla *voluntas legis*, non si può che partire dalla legge delega, la 183/2014, che delega il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi al fine dichiarato di "rafforzare le opportunità di impiego nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione".

L'obiettivo, sulla cui idoneità dei mezzi utilizzati possono ritenersi non pochi dubbi¹⁴, è quello di accattivarsi le simpatie degli investitori privati, soprattutto esteri, che dovrebbero essere invogliati ad investire in Italia e quindi ad assumere in presenza di un alleggerimento di costi nella flessibilità in uscita, ma un simile argomento non può evidentemente applicarsi al pubblico impiego, in cui le procedure di assunzione prescindono totalmente da questi meccanismi essendo rimesse a politiche assunzionali direttamente collegate con politiche economiche governative finalizzate alla soddisfazione di bisogni sociali verificati e condizionate dai vincoli di finanza pubblica e, dunque, scollegati da obiettivi di futuro profitto.

Il criterio della *voluntas legis* non depone quindi a favore dell'applicabilità delle nuove norme in materia di licenziamento al pubblico impiego.

A ciò si aggiunga una chiave di lettura della questione può ricavarsi da una parte analizzando il testo del decreto legislativo 23 del 2015 e dall'altro cercando di verificare se la materia del pubblico impiego abbia, per quanto attiene ai licenziamenti, una regolamentazione autosufficiente che esclude per *facta concludentia* che le nuove norme possano applicarsi al pubblico impiego.

¹³ Si veda, sul punto, M.G. Deceglie e L. Airola, in *L'applicabilità della legge delega a del decreto attuativo al pubblici impiego e Il rito applicabile*, in *Le tutele per i licenziamenti e la disoccupazione nel jobs act 2*, a cura di E. Ghera e D. Garofalo, Ed. Cacucci, Bari, 2005

¹⁴ Sulla controversa questione si rinvia alla serie di interventi "luci e ombre del jobs act", su www.lavoce.info.

Innanzitutto, per quanto riguarda il decreto 23 del 2015, l'art. 1 del decreto stabilisce il suo campo di applicazione, in favore dei lavoratori che rivestono la qualifica di operai, impiegati o quadri, assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto medesimo, ovvero dal 7 marzo. E già tale riferimento fa optare l'interprete per la non applicabilità delle norme al pubblico impiego, in primo luogo in quanto nel pubblico impiego non esiste la figura dei quadri, che sono invece citati, sia in quanto nel testo del decreto manca qualsivoglia riferimento ai dirigenti, che mentre nel settore privato non hanno mai goduto dell'art. 18, nel pubblico impiego viceversa ne godevano in forza della costante giurisprudenza della Corte di Cassazione¹⁵.

A considerazioni identiche si arriva con una lettura sistematica delle norme in materia di licenziamento nel pubblico e nel privato, sia con riferimento al licenziamento disciplinare (per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo), sia per il licenziamento per motivo oggettivo o comunque per il licenziamento economico, nell'ambito del quale dovrebbero essere inseriti anche i licenziamenti collettivi.

Con riferimento ai licenziamenti economici, il decreto legislativo 165/2001 (art. 33 e 34) ha in sé una disciplina autonoma ed autosufficiente che riguarda le eccedenze di personale, che prevede che ove nella pubblica amministrazione vi sia un esubero di personale che non sia possibile ricollocare nell'ambito della stessa amministrazione ovvero presso altre amministrazioni, il pubblico dipendente eccedentario viene collocato in disponibilità: situazione nella quale il rapporto di lavoro è sospeso e il lavoratore ha diritto ad un'indennità pari all'80% dello stipendio e dell'indennità integrativa speciale, per un periodo massimo di 24 mesi; decorso tale periodo, solo qualora nelle more il dipendente non sia stato trasferito presso altra amministrazione ovvero non abbia fatto istanza di ricollocazione, nell'ambito di posti vacanti in organico anche in una qualifica inferiore ovvero in una posizione economica inferiore, il rapporto viene definitivamente a cessare.

Una disciplina quindi a sé stante, diversa nei contenuti rispetto a quella che riguarda i dipendenti privati, che non può evidentemente far ritenere che si possa creare una *reductio ad unum* tra pubblico e privato solo per quanto attiene alla disciplina dei licenziamenti economici.

Analogo discorso va fatto con riferimento ai licenziamenti disciplinari, rispetto a quali il decreto legislativo 165 del 2001, che all'art. 55 e seguenti contiene una disciplina organica ed esaustiva, nella quale addirittura sono predeterminate per legge alcune ipotesi di licenziamento disciplinare ulteriori rispetto a quelle previste dai contratti collettivi, prevedendo altresì una disciplina garantista che consente, in caso di procedimento penale concorrente, la possibilità di sospensione del rapporto con corresponsione di una indennità pari al 50% della retribuzione per tutto il periodo di sospensione¹⁶. Ipotesi del tutto impensabile nell'impiego privato.

¹⁵ Si veda Cass. civ. Sez. lavoro, 01/02/2007, n. 2233 e sentenze successive.

¹⁶ Art. 55 ter, comma 1, D.Lgs. 165/2001.

Insomma, la valutazione dell' idoneità del lavoratore ad adeguarsi agli stili di vita graditi all'azienda è diversa nel settore pubblico da quello privato. Nel primo prevale la fedeltà legata alle speranze di guadagno, di stabilizzazione del posto di lavoro e di avanzamento professionale che presuppongono la fedeltà indiscussa agli interessi della "ditta", sposando quale fine ultimo la filosofia del profitto economico, mentre nel secondo il rapporto è caratterizzato aspettative di più ampio respiro, legate anche al ruolo sociale rivestito dall'impiegato ed all'interesse al buon andamento della cosa pubblica, essendo le prospettive di carriera subordinate, a regime¹⁷, al solo superamento di concorsi pubblici.

E allora può pervenirsi alla conclusione che la differenza e l'autosufficienza delle disposizioni normative in tema di licenziamento, sia economico che disciplinare, porta ad escludere che le disposizioni di cui al decreto legislativo 23/2015 siano direttamente applicabili alla pubblica amministrazione.

Del resto, che non vi possa essere una totale equiparazione tra il dipendente pubblico e quello privato, anche dopo la privatizzazione del pubblico impiego, lo ha detto a più riprese la Corte Costituzionale, da ultimo con sentenza n. 120/2012, in cui la Corte ha affermato che "Malgrado la tendenziale omogeneizzazione derivante dalla privatizzazione della disciplina del pubblico impiego, deve ammettersi la possibilità di una disciplina differenziata tra dipendenti pubblici e dipendenti privati, in quanto il processo di omogeneizzazione incontra il limite della specialità del rapporto di lavoro pubblico e delle esigenze del perseguimento degli interessi generali".

Ma, in fondo, vi è comunque una considerazione finale che supera ogni dubbio.

La disciplina del Jobs act porta a compimento il processo di liberalizzazione "in uscita" del lavoratore dall'azienda, per i motivi che si sono visti e che sono ben noti nel dibattito sulla politica del lavoro, perché strettamente legati alla logica del (legittimo) profitto.

Ma alla liberalizzazione "in uscita" deve fare da contraltare una conseguente liberalizzazione "in entrata", anche perché quest'ultima è condizione per una corretta mobilità dei lavoratori nel mercato del lavoro¹⁸.

Ma se, come sembra pacifico, nel pubblico impiego permane la rigidità "in entrata", data dall'obbligo del concorso, è improponibile una contraddittoria liberalizzazione "in uscita".

¹⁷ Si intende, risolti i problemi del precariato storico che assilla il nostro paese e di cui si parla ampiamente nelle presenti note.

¹⁸ Ammesso che si dia avvio al processo di riforma del collocamento che dovrebbe costituire il completamento dell'operazione, giungendo finalmente alla realizzazione del sistema di flexsecurity in essere negli stati del nord Europa.

Insomma la nuova disciplina contrasta concettualmente con il "sistema" del pubblico impiego, retto sul concorso che – almeno sino a che rimarrà in vigore nei termini sinora scelti dal legislatore e accertati dalle supreme Corti nazionali¹⁹ - presuppone un preventivo accertamento dell'idoneità del soggetto allo svolgimento di funzioni nell'amministrazione pubblica, sicché i motivi di ordine soggettivo od economico che possano ostare ad una permanenza di uno o più soggetti nell'impiego occupato potranno comportare una mobilità controllata e non certo la traumatica cessazione del rapporto come prefigurata dalla disciplina in esame.

3. La normativa in tema di contratti flessibili.

Qui il discorso è, da un lato, più semplice, atteso il chiaro disposto di cui all'art. 17, comma 1 lett. "o" di cui si è già fatto cenno.

Va inoltre considerato che l'art. 29 del D.Lgs. 81/2015 fa espressamente salvo l'art. 36 del D.Lgs. 165/2001 che già prevede la stipula di contratti a tempo determinato e flessibili solo in ipotesi di ragioni eccezionali e temporanee²⁰.

Il contratto a termine e gli altri contratti flessibili dovranno essere subordinati ad una ragione oggettiva, con la conseguente inapplicabilità del D.Lgs. 81/2015, che del contratto "acausale" fa la sua distinzione rispetto al precedente regime.

Il che, del resto, nel nostro sistema giuridico pubblico non poteva essere altrimenti.

L'art. 3 della legge sul [procedimento amministrativo](#) (l. n. 241/1990, come modificata dalla l. n. 15/2005) ha recepito l'istanza volta alla generalizzazione dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi e il personale, dettando puntuali indicazioni sulla struttura della stessa (che deve «indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria»), ed escludendo dall'obbligo solo gli atti normativi e quelli a contenuto generale.

¹⁹ E sul punto non va scordato che, come si legge nella sentenza della Corte europea Commissione c/ Italia del 26.10.2006 (in causa C-371/04) : 18. *Dall'insieme di tale giurisprudenza si evince che il rifiuto di riconoscere l'esperienza professionale e l'anzianità acquisite nell'esercizio di un'attività analoga preso un'amministrazione pubblica di uno stato membro da cittadini comunitari successivamente impiegati nel settore pubblico italiano, con la motivazione che i detti cittadini non avrebbero superato alcun concorso prima di esercitare la loro attività nel settore pubblico di tale altro Stato, non può essere ammesso dato che, come ha osservato l'avvocato generale al paragrafo 28 delle sue conclusioni non tutti gli Stati membri assumono i dipendenti del settore pubblico in questo solo modo ...*

²⁰ L'art. 36 del D.Lgs. 165/2001 prevede il ricorso ai contratti flessibili solo ed esclusivamente per ragioni "temporanee od eccezionali Ovvero "temporanee ed eccezionali" sino all'approvazione dell'[art. 4, comma 1, lett. a\) e a-bis\), D.L. 31 agosto 2013, n. 101](#), "se non per esigenze stagionali o per periodi non superiori a tre mesi, fatte salve le sostituzioni per maternità relativamente alle autonomie territoriali" nel testo in vigore dal 1 gennaio 2008 al 24 giugno 2008 e "secondo i contratti collettivi" nel testo precedente.

Il comma 3 dello stesso articolo ha altresì disciplinato la motivazione *per relationem*, prevedendo che, qualora le ragioni della decisione risultino da altro atto dell'amministrazione, richiamato dalla decisione stessa, insieme alla comunicazione di quest'ultima debba essere indicato e reso disponibile anche l'atto cui essa si richiama. L'omessa esternazione del percorso giustificativo e dell'iter logico seguito dall'amministrazione determina pertanto l'illegittimità del provvedimento.

Nella fattispecie, dunque, laddove l'apposizione di un termine al contratto di lavoro presuppone un valutazione della situazione di fatto che giustifica, appunto, la temporaneità (o eccezionalità) dell'atto, a fronte della regola generale per la quale il contratto di lavoro si considera, di regola, a tempo indeterminato²¹, comporta la necessità di esplicitarne le ragioni.

In tal modo, quindi, nel sistema pubblico, pare pienamente attuata la Clausola 5 della Direttiva UE 1999/70 che indica nelle ragioni oggettive la prima (e migliore²²) misura preventiva per evitare gli abusi nell'utilizzo reiterato dei contratti a termine.

Certo resta il problema delle misure sanzionatorie nell'ipotesi di verificato abuso nell'utilizzo dei contratti a tempo determinato che riguarda ormai decine di migliaia di persone²³ e che ad oggi, secondo gran parte della giurisprudenza, sono ancora costituite unicamente dalla misura prevista dall'art. 36 del D.Lgs. 165/2001 che "prevede il risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative".

Risarcimento del danno che diventa di difficile soluzione dal 2011, sotto il profilo normativo, attesa l'introduzione in quell'anno del comma 5 quater della norma il quale dispone che "i contratti di lavoro a tempo determinato posti in essere in violazione del presente articolo sono nulli e determinano responsabilità erariale", sicché non pare di facile comprensione come possa essere foriero di danni risarcibili un contratto che sarebbe, in radice, nullo *ex lege*.

Ma qui, la questione inizia a complicarsi, sotto il profilo interpretativo, sia perché occorre vedere se la fattispecie delineata dall'art. 36 sia effettivamente applicabile, oltre che alle ipotesi di nullità del contratto, anche a quella dell'abuso nel suo utilizzo. E' chiaro infatti che cosa ben diversa è la nullità del singolo contratto, magari perché stipulato in assenza di ragioni oggettive o dopo l'inizio del rapporto o, comunque, per tutte le ragioni che possono determinare la nullità del termine apposto (e dunque in violazione di norme imperative, come recita l'art. 36 del D.Lgs. 165/2001) dalla reiterazione abusiva dei contratti (in violazione della clausola 2 della Direttiva UE 1999/70), in ipotesi anche tutti legittimi.

²¹ Art. 1 D.Lgs. 8172015 e art. 36 D.Lgs. 165/2001 che consente l'utilizzo di contratti flessibili solo in presenza di ragioni obiettive.

²² Si vedano, *ex multis*, le sentenze della Corte europea di Lussemburgo Adelener del 4 luglio 2006 in causa C-212/04, punto 84; Küçük del 26 gennaio 2012 in causa C-586/10, punto 36 e Samohano del 13 marzo 2014 in causa C-190/13, punto 55

²³ Al netto delle stabilizzazioni in corso.

Nel primo caso è comprensibile il divieto di conversione e la limitazione alla sanzione del risarcimento del danno²⁴, che secondo le ormai consolidate pronunce della Corte europea²⁵ deve assumere i caratteri della effettività, dell'equivalenza ed avere valore dissuasivo, così escludendo che l'onere della prova circa il danno pesi sulla parte lavoratrice²⁶.

In questo secondo caso la questione diviene più complessa, perché la sentenza Mascolo del 26 novembre 2014²⁷ ha scombinato i giochi, non solo affermando, per la prima volta e non a caso, che la sanzione, in caso di abuso, deve essere "energica"²⁸ e, in particolare che "79 Da ciò discende che, quando si è verificato un ricorso abusivo a una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato, si deve poter applicare una misura che presenti garanzie effettive ed equivalenti di tutela dei lavoratori al fine di sanzionare debitamente tale abuso e cancellare le conseguenze della violazione del diritto dell'Unione (sentenza Fiamingo e a., EU:C:2014:2044, punto 64 nonché giurisprudenza ivi citata)".

E pare difficile che il mero risarcimento economico possa considerarsi tale non solo a "sanzionare debitamente" l'abuso commesso, ma soprattutto idoneo a "cancellare le conseguenze della violazione del diritto dell'Unione europea", senza contare il riferimento all'"equivalenza", principi che non possono che prefigurare un'ipotesi di ricostituzione del rapporto, pur ancora prevista dal nostro ordinamento dall'art. 18 dello Statuto, al momento della pronuncia in vigore ed oggi riformato²⁹.

Del resto il problema è avvertito anche dal giudice di legittimità, posto che la Cassazione si è già posta la questione, ancorché in un semplice *obiter dictum*, all'interno di una questione di fatto più complessa. Nella sentenza 27363 del 23 dicembre 2014 della Corte di cassazione (Presidente Lamorgese, est. Balestrieri) si legge infatti: *Spetta al giudice del rinvio valutare in che misura le disposizioni di diritto nazionale volte a sanzionare il ricorso abusivo, da parte della pubblica amministrazione, a una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato siano conformi a questi principi", rendendo effettiva la conversione dei contratti di lavoro da determinato ad indeterminato di tutti i rapporti a termine successivi con lo stesso datore di lavoro pubblico, dopo 36 mesi anche non continuativi di servizio precario, in applicazione dell'art. 5, comma 4 bis, del D.Lgs. 368/2001.*

²⁴ Che è poi, peraltro, la vera ipotesi avversata dal legislatore con l'introduzione dell'obbligo di concorso, poiché sarebbe abbastanza facile per il politico o il dirigente di turno far assumere il proprio accolito con un contratto irregolare ed ottenere poi la conversione del rapporto, mentre è ben più complesso creare ad hoc una successione di contratti tanto lunga da giustificare la richiesta di costituzione di un rapporto a tempo indeterminato.

²⁵ Cfr.: Ordinanza Papalia del 2 dicembre 2013 in causa C-50/13.

²⁶ E così smentendo la Cassazione che nelle sentenze 303 e 10127 del 2012 aveva, appunto, affermato questo principio.

²⁷ In causa C-22/13 ed altre, emessa su rimessione del Tribunale di Napoli e della Corte costituzionale.

²⁸ Punto 77 sentenza.

²⁹ Sul punto si veda S.Galleano, in questo sito, Commenti, note, La sentenza Mascolo sulla scuola rischia di avere effetti clamorosi per il precariato degli altri enti pubblici, 8/1/2015 e più in generale, sempre su questo sito, V. De Michele, Commenti, note, L'interpretazione autentica della sentenza Mascolo-Fiamingo della Corte di giustizia UE sulla tutela "energica" del lavoro flessibile alle dipendenze di datori di lavoro pubblici e privati, 10.01.15

Un semplice *obiter dictum*, si diceva, ma segnale di un indice di consapevolezza che il problema va affrontato.

Tanto più che il riferimento all'art. 5, comma 4 bis (ora art. 22 D.Lgs. 81/2015) contenuto nella citata sentenza della Cassazione è figlio nella sentenza Mascolo, dove al punto 55 si legge: "Lo stesso Tribunale di Napoli, infatti, constata, nella sua ordinanza di rinvio nella causa C-63/13, che la ricorrente nel procedimento principale beneficia, a differenza delle ricorrenti nei procedimenti principali nelle cause C-22/13, C-61/13 e C-62/13, dell'applicazione dell'articolo 5, comma 4 bis, del decreto legislativo n. 368/2001, disposizione che prevede la trasformazione dei contratti a tempo determinato successivi di durata superiore a 36 mesi in contratto di lavoro a tempo indeterminato. Da tale constatazione detto giudice rileva, giustamente, che la citata disposizione costituisce una misura che, nei limiti in cui previene il ricorso abusivo a siffatti contratti e implica l'eliminazione definitiva delle conseguenze dell'abuso, è conforme ai requisiti derivanti dal diritto dell'Unione (v., in particolare, sentenza Fiamingo e a., C-362/13, C-363/13 e C-407/13, EU:C:2014:2044, punti 69 e 70, nonché giurisprudenza ivi citata)".

Sotto tal profilo la situazione pare dunque in evoluzione, poiché, da un lato gli aspetti che sono or ora stati sottolineati, verranno portati all'attenzione delle Sezioni unite della Cassazione che già sono state investite della questione della natura e dell'entità del risarcimento del danno in caso di illegittimità dei contratti a termine e della loro abusiva reiterazione ed è pensabile che decidano entro fine anno³⁰.

Ed le sezioni unite a queste questioni dovranno rispondere. Del resto anche la Corte costituzionale, che avrebbe dovuto pronunciarsi sulla causa Napolitano, restituitagli dalla Corte europea con la sentenza Mascolo, il 23 giugno scorso ed ha invece rinviato la decisione, allora certamente per l'imminenza dell'approvazione del piano scuola del Governo Renzi ma ora, a maggior ragione, in attesa della pronuncia delle Sezioni unite Cassazione.

In questo quadro poi, oltre al provvedimento generale di stabilizzazione sulla scuola, in via di attuazione e diretta conseguenza della sentenza Mascolo, si evidenziano due interventi del legislatore che fanno intuire la possibilità di avvalersi della seconda parte dell'art. 97, quello che prevedono, accanto all'obbligo di concorso per l'accesso al pubblico concorso, anche i casi "previsti dalla legge".

³⁰ V. Ordinanza n. 16363 del 4 agosto 2015, Pres. Macioce, est. Blasutto.

In tal senso si muove, in primo luogo, il comma 87 della legge 107 del 13.07.2015 sulla scuola che prevede: "Al fine di tutelare le esigenze di economicità dell'azione amministrativa e di prevenire le ripercussioni sul sistema scolastico dei possibili esiti del contenzioso pendente relativo ai concorsi per dirigente scolastico di cui al comma 88, con decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, da emanare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono definite le modalità di svolgimento di un corso intensivo di formazione e della relativa prova scritta finale, volto all'immissione dei soggetti di cui al comma 88 nei ruoli dei dirigenti scolastici".

Oggetto di tale provvedimento sono anche, secondo il successivo comma 88: "b) i soggetti che abbiano avuto una sentenza favorevole almeno nel primo grado di giudizio ovvero non abbiano avuto, alla data di entrata in vigore della presente legge, alcuna sentenza definitiva, nell'ambito del contenzioso riferito ai concorsi per dirigente scolastico di cui al decreto direttoriale del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca 22 novembre 2004, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, 4^a serie speciale, n. 94 del 26 novembre 2004, e al decreto del Ministro della pubblica istruzione 3 ottobre 2006, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, 4^a serie speciale, n. 76 del 6 ottobre 2006, ovvero avverso la rinnovazione della procedura concorsuale ai sensi della [legge 3 dicembre 2010, n. 202](#)."

In secondo luogo, l'art. 11 della legge 7 agosto 2015, qui in commento, trattando della dirigenza pubblica, prevede, al comma 1, lettera b che, "con riferimento all'inquadramento (...) dei segretari comunali e provinciali: abolizione della figura; attribuzione alla dirigenza di cui al numero 3) dei compiti di attuazione dell'indirizzo politico, coordinamento dell'attività amministrativa e controllo della legalità dell'azione amministrativa; (..) inserimento di coloro che, alla data di entrata in vigore del decreto legislativo adottato in attuazione della delega di cui al presente articolo, sono iscritti all'albo nazionale dei segretari comunali e provinciali di cui all'articolo 98 del testo unico di cui al [decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267](#), nelle fasce professionali A e B, nel ruolo unico dei dirigenti degli enti locali di cui al numero 3) e soppressione del predetto albo; (...) specifica disciplina che contempli la confluenza nel suddetto ruolo unico dopo due anni di esercizio effettivo, anche come funzionario, di funzioni segretariali o equivalenti per coloro che sono iscritti al predetto albo, nella fascia professionale C..."

A ciò si aggiunga il caso dei dirigenti penitenziari di cui all'art. 4 della legge 22.07.2005 n. 154 che dispone: "4. Disposizioni transitorie e finali. 1. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 1, comma 1, in fase di prima attuazione e per le immediate esigenze di funzionamento dell'Amministrazione penitenziaria, il personale che alla data di entrata in vigore della presente legge è inquadrato nella posizione economica C3, già appartenente ai profili professionali di direttore coordinatore di istituto penitenziario, di direttore medico coordinatore e di direttore coordinatore di servizio sociale dell'Amministrazione penitenziaria, ai quali hanno avuto accesso mediante concorso pubblico, nonché gli ispettori generali del ruolo ad esaurimento, sono nominati dirigenti secondo la posizione occupata da ciascuno nel rispettivo ruolo, in considerazione della esperienza professionale maturata nel settore avendo già svolto funzioni riconosciute di livello dirigenziale ⁽³⁾. 2. Per le medesime esigenze di cui al comma 1, fino alla data di entrata in vigore dei decreti legislativi previsti dall'articolo 1, comma 1, il personale non inquadrato nella posizione economica C3 delle medesime figure professionali indicate al comma 1 del presente articolo consegue l'inquadramento nella posizione economica superiore, in relazione alle vacanze determinate nel ruolo, secondo la posizione nello stesso occupata. 3. Nelle more dell'entrata in vigore dei decreti legislativi previsti dall'articolo 1, comma 1, il rapporto di lavoro del personale nominato dirigente ai sensi del comma 1 del presente articolo e del personale già appartenente alle medesime qualifiche dirigenziali è regolato dalle disposizioni previste per il personale statale in regime di diritto pubblico".

La particolarità del caso è data dal fatto che la Corte costituzionale, con ordinanza 21 - 25 febbraio 2011, n. 66 (Pres. De Servio, Est. Cassese, investita della costituzionalità della norma, ha affermato "che la disposizione censurata dispone l'accesso automatico alla dirigenza del personale «inquadrato nella posizione economica C3, già appartenente ai profili professionali di direttore coordinatore di istituto penitenziario, di direttore medico coordinatore e di direttore coordinatore di servizio sociale dell'amministrazione penitenziaria»; che, pertanto, la norma oggetto di censura riguarda i soli dipendenti del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria e non si applica al personale del Dipartimento per la giustizia minorile, ai cui ruoli appartiene il soggetto ricorrente nel giudizio a quo, a prescindere dal profilo professionale rivestito e dal modo in cui esso è stato conseguito; che, inoltre, l'ambito di applicazione della disposizione censurata non può essere ampliato in via ermeneutica, fino a includervi categorie di personale non espressamente previste, per ragioni che ha chiarito lo stesso giudice a quo, il quale ha affermato che una norma che deroga al principio costituzionale del concorso pubblico, quale è quella oggetto di censura, ha natura eccezionale ed è di stretta interpretazione".

Dunque la consulta, entrando nel merito della norma, non ne ha ritenuto l'incostituzionalità, in ragione della natura eccezionale della deroga al principio del concorso.

Pare evidente come docenti e funzionari, degli enti locali (i c.d. vice segretari comunali) e dei penitenziari, che non hanno di fatto superato il concorso per dirigente scolastico o statale, vengono comunque immessi in ruolo a tempo indeterminato. Si tratta di soggetti che, da un lato, hanno comunque iniziato un percorso concorsuale o, nella gran parte dei casi, già da tempo svolgono o hanno svolto di fatto le medesime funzioni. Tali soggetti lo Stato, effettuando una valutazione più che ragionevole, pienamente condivisa dalla Corte costituzionale, come si è visto, con occhio rivolto anche alla convenienza economica, senza dimenticare la necessità di adeguarsi alle prescrizioni della normativa europea di cui alla Direttiva UE 1999/70, ha ritenuto di stabilizzarli, applicando del resto il principio di cui all'art. 5 comma 4 bis di cui all'abrogato decreto legislativo 368/2001 e ora trasfuso nell'art. 22 del D.Lgs. 81/2015.

Pare allora non del tutto impensabile che molti altri dipendenti, utilizzati da anni con contratti a termine, in molti casi reclutati con un apposito concorso o con una specifica selezione – o comunque assunti con criteri del tutto oggettivi come l'avvio dal collocamento – ben possano essere destinatari di una soluzione di questo tipo, conseguenza di una mera scelta politica ben possibile nell'attuale quadro giuridico.

Senza contare coloro che neppure sono subordinati al concorso per l'assunzione ai sensi dell'art. 16 della legge 56/1987 e che già oggi possono essere stabilizzati negli enti locali previo semplice di idoneità.

4. Conclusioni

Dal quadro che si è sopra descritto, emerge quindi una situazione paradossale secondo la quale, ad oggi, i rapporti dei dipendenti pubblici si trovano in maggiore armonia con le disposizioni europee rispetto ai lavoratori privati.

Ricordiamo infatti che la disciplina del job act sui licenziamenti è stata oggetto di profonde critiche sotto il profilo non solo costituzionale, ma anche per la sua possibile contrarietà al diritto europeo ed internazionale.

Da un lato vi è chi, pur rilevando che l'art. 30 della carta europea reca principi "poco giustiziabili e non diritti invocabili direttamente" osserva che "le linee di espansione giurisprudenziali ad oggi riscontrabili della Carta – al di là di una univoca e certa competenza dell'Unione nella materia trattata – sono almeno tre: la non discriminazione – *Kukukdéveci*; *Hay* –, il principio del giusto processo di cui all'art. 47 della Carta – *Fuß*, *Gavieiro Gavieiro* – e la cooperazione giudiziaria civile per cui, se si chiede l'esecuzione in via europea di una sentenza nazionale, questa può essere sindacata sotto il profilo del rispetto del nucleo essenziale dei diritti della Carta, anche se la questione non è "di diritto europeo" – *JMcB C-400/10*", così evidenziando possibili aspetti di contrasto della nuova disciplina nazionale sotto il profilo dell'adeguatezza del risarcimento (art. 47 della carta) oltre al problema della non discriminazione (art. 20 della carta) ³¹.

³¹ F. Buffa, La nuova disciplina del licenziamento e le fonti internazionali, *Argomenti di diritto del lavoro*, 2015, 3, 566, §5.

Allo stesso modo si creano criticità con riferimento alla CEDU, osservando, in generale, come "la Corte verifica l'esistenza di un *European consensus*, l'ampiezza del quale riduce corrispondentemente il *margin of appreciation/la marge d'appréciation* degli Stati nella regolamentazione delle fattispecie. L'esito della detta verifica è una guida per la Corte nella interpretazione delle norme della Convenzione, intesa quale strumento vivente, e soprattutto nel c.d. *proportionality test*, nel giudizio di bilanciamento dei contrapposti interessi con i quali la Corte verifica la necessità delle ingerenze statuali nei diritti fondamentali dei singoli. In questa valutazione comparativa ogni elemento della disciplina potrà venire in gioco: non solo un confronto comparato sulla previsione o meno della reintegra (e va qui rilevato che la reintegra è prevista – sia pur con campo di applicazione talora limitato da un *qualifying period* o dalle dimensioni aziendali – in Austria, Germania, Grecia, Gran Bretagna, Olanda, Portogallo, Irlanda, Bulgaria; in Francia, l'ordine di reintegra è assistito da *astreinte*, potente strumento di coazione indiretta; mentre in altri Paesi la reintegra è prevista come alternativa al risarcimento, ma anche la considerazione del preavviso minimo, della necessaria procedimentalizzazione – sindacale o amministrativa – del potere di recesso, della misura dell'indennizzo e delle condizioni della sua attribuzione, dell'esistenza di un onere datoriale di predisposizione di un piano sociale finalizzato al reimpiego del lavoratore licenziato, di forme di compensazione economica (*compensation for redundancy*) operanti se del caso anche in caso di licenziamento legittimo, e di ogni altro aspetto generale della disciplina", rilevando che, comunque, le pronunce della Corte EDU in tema di licenziamento sono poche e limitate al principio di non discriminazione e all'adeguatezza del bilanciamento dei rispettivi interessi in caso di recesso.³²

Dall'altro lato, vi è chi ha analizzato l'importanza che nella Carta europea giocano i principi di proporzionalità, effettività e (con riferimento all'indennizzo) di congruità, ripetutamente affermati dal giurisprudenza europea, con l'effetto di una insufficienza delle misure adottate nella nuova normativa dal legislatore italiano, osservando come "sulla base di tali coordinate può ipotizzarsi una interpretazione "adeguatrice" dell'art. 10 del decreto legislativo n. 23 del 2015 che letto attraverso una interpretazione sistematica con quanto previsto per il licenziamento collettivo dei dirigenti (con riguardo alle sanzioni previste) consenta al giudice adito di modulare la sanzione indennitaria in base "alla natura e alla gravità della violazione" sulla base del principio di proporzionalità della sanzione che informa non solo l'ordinamento interno ma, anche, quello dell'Unione Europea"³³.

Analoghe considerazioni, con una più convinta scelta per l'applicazione diretta dell'art. 30 della carta, basata sul richiamo al divieto di licenziamento nel part time e nel trasferimento di azienda sono poi sostenute con riferimenti anche all'obbligo di costituzione del rapporto in ipotesi di contratto a termine illegittimo nell'impiego privato, da cui deriva una palese disparità di trattamento vietata dalla Carta³⁴.

³² F. Buffa, La nuova disciplina del licenziamento e le fonti internazionali, Argomenti di diritto del lavoro, citata, §7.

³³ R. Cosio, La tutela dei licenziamenti discriminatori e collettivi nello jobs act. La conformità della disciplina all'ordinamento europeo, relazione tenuta a Torino il 30 giugno 2015 nel convegno "rapporti tra le fonti e tra le Corti nel Diritto Europeo", organizzato dalla struttura didattica territoriale del Distretto della Corte di appello di Torino.

³⁴ V. De Michele, La (in)compatibilità della riforma dei licenziamenti nel jobs act 2 nel prisma del diritto dell'Unione europea, in in Le tutele per i licenziamenti e la disoccupazione nel jobs act 2, a cura di E. Ghera e D.

Questo per quanto attiene la disciplina dei licenziamenti che, nel pubblico impiego, non pare far nascere questioni di incompatibilità, restando l'obbligo di motivazione del licenziamento e la reintegrazione nel posto di lavoro, nell'ipotesi di accertata illegittimità del recesso, la regola ordinaria.

Per quanto concerne i contratti a termine, già si è detto in merito alla permanenza dell'obbligo di indicazione delle ragioni oggettive, il principale strumento dissuasivo contro l'abuso dei contratti a termine.

Resta, ovviamente, il problema che, nonostante quest'obbligo, come si è visto negli ultimi decenni, la mancanza di una vera e propria misura sanzionatoria nel pubblico impiego ha portato alla creazione di una situazione di abuso "ambientale" alla quale dovrà essere data una soluzione.

Premesso che, per quanto riguarda i nuovi posti di lavoro occorrerà imporre agli enti pubblici tempi certi e stretti per l'effettuazione dei concorsi, è del tutto improponibile una traumatica cessazione dei rapporti dei lavoratori, ci sia consentito, "stabilmente" precari, con conseguente perdita del posto di lavoro e di ogni mezzo di sostentamento per fare posto a nuovi lavoratori tramite concorsi.

Occorre quindi che il legislatore si ponga seriamente il problema e, di fronte ad una situazione di abuso così grave e reiterata, si proceda come si è fatto nel settore scuola e negli altri che si sono visti, applicando la seconda parte dell'art. 97 della Costituzione, pienamente giustificata dalla eccezionalità del contesto e dalla necessità di adeguarsi all'ordinamento europeo.

La giurisprudenza nazionale, come si è visto, sta iniziando ad affrontare, nell'ambito delle sue funzioni, l'annosa questione, dialogando continuamente con le Corti superiori europee.

Vedremo come il legislatore delegato intenderà comportarsi.