

LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE IN MATERIA DI LAVORO ALLE DIPENDENZE DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI: PROFILI EVOLUTIVI

Guido Raimondi (*)

Questo evento si sarebbe dovuto tenere all'inizio dello scorso anno ed è stato poi rinviato per le ragioni che tutti conosciamo (1). La nostra prospettiva di oggi non è più quella di inizio 2020, ma l'anno e mezzo che è trascorso da allora, potremmo dire drammaticamente trascorso da allora, conferma la felicità della scelta del tema del Convegno. Non ci sarà vera ripresa se questa non sarà accompagnata da una vera trasformazione della pubblica amministrazione, dal punto di vista della sua efficienza, ma anche da quello della sua vicinanza ai bisogni e alle necessità dei cittadini e delle imprese. Di qui la centralità del tema del pubblico impiego, perché evidentemente i problemi della pubblica amministrazione richiedono certo interventi sulle norme, che devono divenire più leggibili e più semplici, ma anche che ad operare con quelle norme siano le persone giuste, da collocare possibilmente al posto giusto.

Il tema della giurisprudenza della Corte di cassazione in materia di lavoro pubblico è estremamente vasto. Per questa ragione cercherò di essere, nei limiti del possibile, sintetico e schematico e concentrerò il mio intervento sui profili che ritengo più significativi.

È un dato di fatto che negli ultimi venti anni il rapporto di lavoro del pubblico impiegato è stato oggetto di numerosi interventi del legislatore, prevalentemente finalizzati a migliorare la qualità e l'efficienza della pubblica amministrazione.

In particolare, dopo il d.lgs. n. 165/2001, che ha generalizzato l'applicazione del regime privatistico al rapporto di impiego pubblico, facendo salve specifiche eccezioni e potenziando il ruolo della contrattazione collettiva, è intervenuta la c.d. riforma Brunetta (d.lgs. n. 150/2009), la quale ha reintrodotto significativi elementi pubblicistici nell'ambito del rapporto, riducendo il ruolo della contrattazione collettiva e modificando il regime disciplinare. È poi intervenuta la c.d. riforma Madia (l. n. 124/2015), che ha dato impulso a modifiche organizzative della pubblica amministrazione, prevedendo, in particolare, alcune importanti deleghe legislative. Quelle che maggiormente rilevano sul sistema del lavoro pubblico sono, a mio avviso, quella del d.lgs. n. 116/2016 (sui c.d. furbetti del cartellino) che ha modificato l'art. 55-*quater* del d.lgs. n. 165/2001, imponendo in particolare il licenziamento in caso di falsa attestazione della presenza in servizio mediante l'alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente, il d.lgs. n. 74/2017 in tema di valutazione della *performance* e il d.lgs. n. 75/2017. Infine, la riforma Bongiorno (l. n. 56/2019), finalizzata ad aumentare l'efficienza e l'eticità della pubblica amministrazione.

In questa congerie normativa, caratterizzata da modifiche talvolta significative della filosofia di fondo sottesa alla disciplina del rapporto di lavoro pubblico e alla sua privatizzazione, da iniziative talvolta estemporanee di lotta all'assenteismo, dal contrasto alla corruzione, dal tentativo di rendere più efficiente l'attività delle amministrazioni pubbliche, quale è stato il ruolo svolto dalla giurisprudenza di legittimità?

La risposta, a mio avviso, non poteva che essere una: razionalizzare attraverso l'interpretazione sistematica, orientata al rispetto dei principi della Costituzione e del diritto dell'Unione europea, l'applicazione di questa normativa, cercando di realizzare e sviluppare la coerenza sistematica della sua applicazione, nel tentativo di fissare un quadro di riferimento solido per tutti gli operatori del diritto, ed in particolare per i soggetti che, nell'ambito della pubblica amministrazione, si occupano del rapporto di lavoro dei dipendenti, come pure per i giudici di merito che istituzionalmente sono i primi a subire l'impatto applicativo delle norme di recente introduzione e che pertanto hanno particolare necessità di poter ancorare le loro decisioni a principi giurisprudenziali solidi, autorevoli e convincenti.

Il primo e principale approdo al quale è pervenuta la Corte di legittimità nel seguire ed interpretare il susseguirsi di norme al quale ho fatto prima cenno è quello secondo cui non è percorribile la strada della totale omologazione del rapporto di lavoro pubblico contrattualizzato con il rapporto di lavoro privato. Tale omologazione è infatti impedita principalmente dal permanere dell'obbligo di attuare, nell'ambito dell'impiego pubblico, sia pure contrattualizzato, i principi costituzionali sanciti dagli artt. 97 e 98 della Costituzione. In ciò il giudice della nomofilachia ha assunto una posizione coincidente con quella espressa dalla Corte costituzionale (cfr., ad esempio, Corte cost. n. 178/2015) la quale in più occasioni ha ribadito che "il lavoro pubblico e il lavoro privato non possono essere in tutto e per tutto assimilati e le differenze, pur attenuate, permangono anche in seguito all'estensione della contrattazione collettiva a una vasta area del lavoro prestato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni".

In sostanza il filo conduttore che emerge dalle motivazioni della Corte di legittimità – e mi riferisco, in particolare, a quelle che hanno pronunciato in tema di genesi, esecuzione e cessazione del rapporto di impiego – è nel senso che la

(*) Presidente della Sez. IV-Lavoro della Corte di cassazione.

(1) Chi scrive è grato al Presidente Vincenzo Di Cerbo, che lo ha preceduto nella responsabilità della presidenza della Sezione lavoro della Corte di cassazione e che avrebbe dovuto inizialmente partecipare a questo Convegno, per l'aiuto ricevuto nella preparazione della relazione.

riforma del lavoro pubblico, pur segnando la definitiva trasformazione del rapporto di impiego in contratto di lavoro con la sua riconduzione alla disciplina privatistica del lavoro subordinato nell'impresa e la conseguente sottoposizione alla contrattazione collettiva e individuale, non ha cancellato la rilevanza dell'interesse pubblico istituzionale della pubblica amministrazione all'organizzazione dei propri uffici e servizi in conformità ai principi costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione fissati dall'art. 97, c. 1, Cost. Come è stato infatti osservato anche in dottrina (2), permane una differenza di fondo fra la pubblica amministrazione e imprenditore privato, atteso che la prima è un soggetto pubblico sottratto al mercato anche se è dotato di capacità privatistica per quel che attiene alla micro-organizzazione e alla gestione del personale.

In altre parole, se è vero che la privatizzazione del rapporto di lavoro pubblico è finalizzata a rendere più efficiente l'azione amministrativa, è altrettanto vero che la logica privatistica del profitto di impresa non si attaglia, o almeno non si attaglia pienamente, alla pubblica amministrazione, che deve porsi l'obiettivo preminente di rendere un servizio pubblico in modo imparziale, rispettando il quadro normativo vigente in conformità agli obiettivi costituzionali posti dal citato art. 97 Cost.

E nell'ottica del permanere di tali fini pubblicistici la Corte ha valorizzato alcune importanti deroghe contenute, nell'attuale regime privatizzato, alla generale normativa privatistica.

In primo luogo, l'obbligo di reclutare il personale tramite concorso. In coerente applicazione di tale principio, si è costantemente affermato, in particolare, che anche in caso di violazione delle disposizioni, aventi carattere imperativo, in tema di stipulazione di contratti a termine non è possibile la conversione dei relativi rapporti di lavoro in rapporti a tempo indeterminato (principio che è stato esteso da Cass. n. 3621/2018, seguita da Cass. n. 19925/2019, alle società a totale controllo pubblico in relazione alle assunzioni disposte dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 112/2008).

Poi la non applicabilità della disciplina del superiore inquadramento a seguito di svolgimento di mansioni superiori. Sul tema, da ultimo, Cass. n. 18901/2019, secondo cui, premesso che nel pubblico impiego contrattualizzato lo svolgimento di mansioni superiori non può comportare l'acquisizione delle corrispondenti qualifiche (art. 52, c. 1, seconda parte, d.lgs. n. 165/2001), ma solo il diritto alle maggiori retribuzioni per il corrispondente periodo, il giudicato di accertamento dello svolgimento di mansioni superiori non comporta l'acquisizione della miglior qualifica, ma solo la condanna al pagamento delle differenze retributive, sicché esso ha efficacia vincolante anche per i periodi successivi solo se il lavoratore, immutata la disciplina collettiva, allegli e provi il reiterarsi delle mansioni superiori anche in detto arco temporale.

Significativo è anche il principio affermato da Cass. n. 29624/2019 – confermata dalla giurisprudenza successiva, da ultimo la sent. n. 21485/2020 – secondo cui l'equivalenza formale delle mansioni può essere definita dai contratti collettivi anche attraverso la previsione di aree omogenee nelle quali rientrano attività tutte parimenti esigibili, e ciò ancorché, secondo una precedente classificazione, tali diverse attività – poi ricomprese nelle medesime aree – fossero da considerare come mansioni di diverso rilievo professionale e retributivo.

In tema di retribuzione la Suprema corte ha valorizzato le esigenze di bilancio e la sostenibilità del debito pubblico, che hanno trovato fondamento costituzionale nella nuova formulazione dell'art. 97, c. 1, Cost., per richiedere la necessaria previa determinazione della spesa. In argomento, cfr. Cass. n. 15902/2018, secondo cui, premesso che il diritto del pubblico dipendente a percepire l'indennità di posizione sorge solo se la pubblica amministrazione datrice di lavoro ha istituito la relativa posizione organizzativa, ha precisato che l'istituzione delle posizioni rientra nell'attività organizzativa dell'amministrazione, la quale, a prescindere dalle previsioni contrattuali, deve tener conto non solo delle proprie esigenze ma soprattutto dei vincoli di bilancio, che, altrimenti, non risulterebbero rispettati laddove si dovesse pervenire all'affermazione di un obbligo indiscriminato. E appare particolarmente interessante quanto affermato da Cass. n. 12804/2018 (in motivazione) secondo cui il diritto tutelato dall'art. 36, c. 1, della Costituzione, che, come sappiamo, garantisce al lavoratore una retribuzione in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa, deve essere temperato con l'interesse collettivo al contenimento della spesa pubblica, che deve essere adeguatamente ponderato in un contesto di progressivo deterioramento degli equilibri della finanza pubblica (Corte cost. n. 361/1996 e n. 178/2015). Principio quest'ultimo condiviso anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che, sviluppando la sua giurisprudenza in tema di limiti di intervento dello Stato sui diritti patrimoniali degli individui, protetti dal Protocollo addizionale alla Cedu, ha sottolineato l'esigenza di un "giusto equilibrio" tra le esigenze di interesse generale della comunità e i requisiti di protezione dei diritti fondamentali dell'individuo.

Più in generale è stato affermato, in adesione ai principi affermati dalla Corte costituzionale, che il superamento dello statuto pubblicistico è stato realizzato dal legislatore ordinario attraverso un "equilibrato dosaggio di fonti regolatrici" (Corte cost. n. 313/1996 e n. 309/1997) che si incentra sul ruolo centrale della contrattazione collettiva, a sua volta oggetto di una specifica disciplina finalizzata a garantire l'attuazione dei principi costituzionali di cui all'art. 97 Cost., di modo che "l'osservanza, da parte delle amministrazioni, degli obblighi assunti con i contratti collettivi rappresenta il conseguente e non irragionevole esito dell'intera procedura di contrattazione, la quale prende le mosse dalla determinazione dei comparti e si conclude con l'autorizzazione governativa alla sottoscrizione delle ipotesi di accordo,

(2) F. Carinci, *Contrattazione e contratto collettivo nell'impiego pubblico "privatizzato"*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2013, 493.

che interessa a sua volta molteplici profili, non solo di controllo ma anche di verifica della compatibilità finanziaria” (Corte cost. n. 309/1997).

Dal ruolo centrale della contrattazione collettiva è stata tratta la conseguenza che l’adozione da parte della pubblica amministrazione di un atto negoziale di diritto privato di gestione del rapporto, con il quale venga attribuito al lavoratore un determinato trattamento economico, non è sufficiente, di per sé, a costituire una posizione giuridica soggettiva in capo al lavoratore medesimo, giacché la misura economica deve trovare necessario fondamento nella contrattazione collettiva, con la conseguenza che il diritto si stabilizza in capo al dipendente solo qualora l’atto sia conforme alla volontà delle parti collettive, per cui l’atto negoziale, anche nell’ipotesi in cui sia rispettoso dei vincoli finanziari, deve considerarsi nullo ove non conforme alla suddetta contrattazione (cfr. la recentissima ordinanza del 4 maggio scorso, Cass. n. 11645/2021, e la giurisprudenza ivi richiamata in motivazione).

Ulteriore corollario del principio è l’orientamento secondo cui il datore di lavoro pubblico, a differenza di quello privato, è tenuto a ripetere le somme corrisposte *sine titulo* e che, per la particolare natura del rapporto nell’impiego pubblico fra contratto collettivo ed individuale, la restituzione non è subordinata alla previa dimostrazione di un errore riconoscibile non imputabile al datore medesimo.

Sui doveri che dal rapporto derivano in capo al dipendente pubblico, è stato ribadito il principio secondo cui “i pubblici impiegati sono al servizio della Nazione” e, quindi, devono finalizzare la loro condotta al perseguimento dell’imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione; non a caso, come ha osservato la collega Di Paolantonio in una relazione tenuta recentemente alla Scuola superiore della Magistratura, il legislatore, nel modificare con la l. n. 190/2012 l’art. 54 del d.lgs. n. 165/2001, ha individuato le finalità da perseguire attraverso il codice di comportamento richiamando la qualità dei servizi, la prevenzione dei fenomeni di corruzione, il rispetto dei doveri costituzionali di diligenza, lealtà, imparzialità e servizio esclusivo alla cura dell’interesse pubblico.

L’aspetto più evidente tuttavia si trova nella funzionalizzazione del potere disciplinare a finalità etiche e di tutela del buon andamento, dell’imparzialità e dell’immagine pubblica dell’amministrazione; la volontà del legislatore di riaffermare il ruolo centrale della fonte legale superando la tendenziale omogeneità della disciplina con quella dettata per l’impiego privato, che aveva caratterizzato la prima contrattualizzazione, è ben espressa dall’art. 55, nella parte in cui afferma l’imperatività delle regole dettate dallo stesso articolo e da quelli seguenti e richiama gli artt. 1339 e 1419 c.c. al fine di assicurare l’immediata conformazione della contrattazione collettiva alla legge, conformazione ottenuta attraverso la previsione della nullità delle clausole contrattuali in contrasto con la disciplina normativa e con l’attivazione dei meccanismi di inserzione e sostituzione automatica.

Corollari di tali principi sono la piena obbligatorietà dell’azione disciplinare nel lavoro pubblico in contrapposizione alla facoltatività dell’azione disciplinare del lavoro privato, (obbligatorietà che, come precisato da Cass. n. 14245/2019, discende, prima ancora che dalla disposizione di cui all’art. 55-*sexies* del d.lgs. n. 165/2001, dai principi costituzionali di cui all’art. 97); obbligatorietà ulteriormente rafforzata dalla previsione del dovere del dirigente di assumere l’iniziativa disciplinare, dovere corredato dalla previsione della responsabilità disciplinare per il mancato o l’errato esercizio di tale potere (artt. 55, c. 1, 55-*sexies*, c. 3, 55-*quater*, c. 3-*quinquies*) (in argomento, cfr. Cass. n. 27387/2018 e n. 8722/2017). Quest’ultima decisione ha appunto riaffermato che, nell’impiego pubblico contrattualizzato, il principio dell’obbligatorietà dell’azione disciplinare esclude che l’inerzia del datore di lavoro possa far sorgere un legittimo affidamento nella liceità della condotta, ove la stessa contrasti con precetti imposti dalla legge, dal codice di comportamento o dalla contrattazione collettiva.

Mi sembra particolarmente interessante, in quanto scolpisce il ruolo dell’interesse pubblico nel procedimento disciplinare, la disposizione di cui all’art. 63 del d.lgs. n. 165/2001, c. 2-*bis*, disposizione che prevede che il giudice, in caso di annullamento della sanzione disciplinare per difetto di proporzionalità, “può” rideterminare la sanzione “tenendo conto della gravità del comportamento e dello specifico interesse pubblico violato”.

Fra le tante decisioni che hanno affermato la spiccata specialità del rapporto di lavoro pubblico contrattualizzato ha sicuramente carattere paradigmatico la sentenza n. 11868/2016 della Sezione lavoro, relativa alla non applicabilità al lavoro pubblico delle modifiche all’art. 18 dello Statuto dei lavoratori apportate dalla riforma Fornero (l. n. 92/2012).

In tale sentenza si legge in particolare che nel settore pubblico il potere di risolvere il rapporto di lavoro è circondato da garanzie e limiti che sono posti non solo e non tanto nell’interesse del soggetto da rimuovere, ma anche e soprattutto a protezione di più generali interessi collettivi. Viene cioè in rilievo non l’art. 41 Cost., cc. 1 e 2, bensì l’art. 97, che impone di assicurare il buon andamento l’imparzialità dell’amministrazione pubblica.

Soluzione che, se apparisse giustificata dall’applicazione dei principi teorici sopra accennati, potrebbe tuttavia apparire eccessivamente rigida nel caso in cui l’illegittimità del licenziamento discenda da ragioni esclusivamente formali, ossia dal mancato rispetto delle regole del procedimento.

A questa preoccupazione non sembra sia stato particolarmente sensibile il legislatore che, con l’art. 21 del d.lgs. n. 75/2017 (uno dei decreti attuativi della riforma Madia, l. n. 124/2015) ha riconosciuto in ogni caso la tutela reale. È stato inoltre escluso che il dipendente pubblico possa rinunciare alla reintegra, esercitando l’opzione prevista dal c. 3 del riformato art. 18. L’esclusione trova il suo fondamento teorico nei principi sopra richiamati, perché se la reintegrazione nell’impiego pubblico contrattualizzato è finalizzata non solo e non tanto a tutelare il dipendente, ma anche e soprattutto a garantire l’efficienza e l’economicità dell’azione delle pubbliche amministrazioni, è evidente che il

lavoratore non può essere lasciato arbitro di decidere al riguardo, per cui il diniego di riprendere servizio determinerà l'estinzione del rapporto, senza che nessun onere aggiuntivo possa essere posto a carico della pubblica amministrazione.

L'unica attenuazione della suddetta rigidità può rinvenirsi nella disposizione di cui al c. 9-ter dell'art. 55-bis, con la quale il legislatore, pur ribadendo, nella versione definitiva, la pretertorietà dei termini iniziale e finale, ha escluso che la violazione delle disposizioni sul procedimento previste dagli articoli da 55 a 55-quater possa determinare la decadenza dall'azione disciplinare e l'invalidità degli atti e della sanzione, purché non risulti irrimediabilmente compromesso il diritto di difesa del dipendente.

Mi sia consentito illustrare brevemente le modalità operative adottate nella Sezione lavoro, che ho l'onore di presiedere, che hanno consentito alla Corte di operare positivamente in un contesto reso particolarmente difficile, da un lato dalla complessità del plesso normativo di riferimento e, dall'altro, dal peso enorme del contenzioso che la sezione si trova a dover gestire.

Innanzitutto, la specializzazione. Nell'ambito della Sezione lavoro è stata creata un'area dedicata specificamente al rapporto di lavoro pubblico alla quale sono stabilmente addetti un presidente (non titolare), un numero limitato di consiglieri ed una struttura finalizzata all'esame preliminare dei ricorsi che riguardano la materia, struttura composta da un consigliere esperto, da un assistente di studio distaccato dal Massimario e da tirocinanti.

Il collegio, tendenzialmente fisso, con alto tasso di specializzazione, consente una maggiore capacità di approfondimento e al tempo stesso garantisce maggiore stabilità (e quindi prevedibilità) delle decisioni, maggiore coerenza e miglior coordinamento della giurisprudenza e, quindi, consente di innalzare il livello di nomofilachia della Corte.

Risultato, questo, reso possibile anche dalla specializzazione della struttura dedicata all'esame preliminare dei ricorsi, coordinata da un consigliere particolarmente competente, che opera in stretta collaborazione col presidente responsabile della formazione dei ruoli di udienza. Questi ultimi vengono fissati sulla base di direttive emanate dal presidente titolare all'esito di confronto con tutti i magistrati della sezione, in sede di riunioni sezionali appositamente indette. Ad esempio, si utilizza una selezione diacronica dei ricorsi concernenti analoghe problematiche giuridiche al fine di organizzare udienze tematiche con finalità nomofilattiche.

A ciò si aggiunga una stretta collaborazione con la VI Sezione civile, alla quale è demandato non solo il compito di eliminare i ricorsi inammissibili e quelli che comportano la soluzione di problematiche giuridiche sulle quali si è già formato un orientamento nella giurisprudenza di legittimità, ma anche quello, di non minore rilevanza, di segnalare alla Sezione lavoro quei ricorsi che, per ragioni finalizzate all'esercizio della nomofilachia, meritano una trattazione urgente.

Infine, l'uso accentuato degli strumenti informatici. L'assistente di studio, coadiuvato dai tirocinanti, provvede a inserire i risultati dell'esame preliminare in un apposito archivio informatico esistente nell'ambito del sistema informatico della Corte di cassazione (c.d. Sic), e ciò non solo rende possibile un'analisi immediata dell'intero contenzioso sulla base degli strumenti informatici, ma soprattutto facilita gli accorpamenti nella trattazione dei ricorsi e, in estrema sintesi, consente una migliore gestione del contenzioso finalizzata, come nel caso della Sezione lavoro, all'abbattimento dell'arretrato.