



UNIVERSITÀ
DI TRENTO

Facoltà di
Giurisprudenza

IL DIRITTO FRA PROSPETTIVA RIMEDIALE E INTERPRETAZIONE FUNZIONALE

Atti delle Lectiones Magistrales
di Salvatore Mazzamuto e Mario Barcellona
in occasione della inaugurazione dell'anno accademico
del Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei.
Facoltà di Giurisprudenza.
Trento, 6 aprile 2022

a cura di
UMBERTO IZZO

2023



**UNIVERSITÀ
DI TRENTO**

**Facoltà di
Giurisprudenza**

QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

70

2023

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* interno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© *Copyright 2023*
by Università degli Studi di Trento
Via Calepina 14 - 38122 Trento

ISBN 978-88-5541-025-0
ISSN 2284-2810

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it/>) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.

Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode>

Il presente volume è pubblicato anche in versione cartacea
per i tipi di Editoriale Scientifica - Napoli
con ISBN 979-12-5976-731-8

Agosto 2023

IL DIRITTO FRA PROSPETTIVA RIMEDIALE
E INTERPRETAZIONE FUNZIONALE

Atti delle Lectiones Magistrales
di Salvatore Mazzamuto e Mario Barcellona
in occasione della inaugurazione dell'anno accademico
del Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei.
Facoltà di Giurisprudenza.
Trento, 6 aprile 2022

a cura di
UMBERTO IZZO

Università degli Studi di Trento 2023

INDICE

	Pag.
Umberto Izzo <i>Un dialogo sul diritto fra prospettiva rimediale e interpretazione funzionale</i>	1
Salvatore Mazzamuto <i>La teoria dei rimedi: gli ultimi sviluppi</i>	23
Mario Barcellona <i>Dalla società del mutamento all'interpretazione funzionale del diritto</i>	55
Laura Baccaglini <i>La rinegoziazione dei contratti di durata e il ruolo del giudice: considerazioni a margine dell'art. 10, comma 2, d.l. n. 118/2021...</i>	73
Giuseppe Bellantuono <i>Due buone ragioni per la prospettiva rimediale</i>	93
Giorgio Bolego <i>Interpretazione funzionale e nuovi rimedi nel diritto del lavoro</i>	135
Antonio Cassatella <i>Le «nuove» sentenze del giudice amministrativo: l'esito naturale di un'interpretazione funzionale?</i>	147
Maurizio Manzin <i>La rivincita del tafano. Ovvero: il sapere giuridico tra verità e narrazioni</i>	171

INTERPRETAZIONE FUNZIONALE E NUOVI RIMEDI NEL DIRITTO DEL LAVORO

Giorgio Bolego

SOMMARIO: 1. *Interpretazione funzionale e rimedi nell'epoca della Modernità.* 2. *L'interpretazione funzionale nel diritto del lavoro.* 3. *La prospettiva rimediale nel diritto del lavoro.*

1. Interpretazione funzionale e rimedi nell'epoca della Modernità

Le relazioni che abbiamo ascoltato in occasione di questa inaugurazione dell'anno accademico del dottorato trentino si sviluppano su temi e linee di ricerca diverse; tuttavia, presentano una certa convergenza su taluni punti di analisi.

Entrambe le relazioni, infatti, partono dalla considerazione che l'odierna configurazione degli ordinamenti giuridici è caratterizzata dal progressivo emergere e consolidarsi di uno spazio istituzionale e teorico specificamente rivolto ai problemi che si presentano nella realtà e all'individuazione dei modi per garantire la tutela giurisdizionale dei diritti. Ciò deriva dal fatto che il diritto della Modernità deve fare i conti con l'incessante mutare della vita, con i cambiamenti sociali ed economici, che il diritto è chiamato a governare, fornendo tutela ai bisogni emergenti¹.

In questa prospettiva il professor Mazzamuto ha esaminato il tema delle forme e delle tecniche di tutela, evidenziando che – attualmente – la questione più controversa attiene alla individuazione del rimedio di

¹ Secondo M. BARCELLONA, *Dalla società del mutamento all'interpretazione funzionale del diritto*, in questo Volume, § 4, «la Modernità, infatti, si distingue da ogni altra epoca del mondo per il carattere intrinsecamente evolutivo della sua struttura sociale e delle relazioni che disegna».

volta in volta adottabile al fine di garantire effettività alla tutela del bisogno fatto valere².

Il professor Barcellona, invece, ha sviluppato il proprio ragionamento in relazione alle tecniche di interpretazione del diritto, ma sempre al fine di individuare il rimedio applicabile al caso concreto. Egli ha rappresentato tale problematica come una sorta di triangolazione tra *caso – giustizia – rimedio*, sottolineando che questo tipo di ricostruzione supera la concezione kelseniana secondo cui la legge è composta da fattispecie e sanzione³. Infatti, la dottrina dei rimedi, alla quale si ispirano entrambe le relazioni, spezza il collegamento tra fattispecie e sanzione, per riconoscere il primato della giustizia, portando ad affermare che il diritto non si identifica con la legge, ma con la decisione del singolo caso⁴ o, per dirla con Mazzamuto, con il rimedio adottabile per dare soddisfacimento al bisogno fatto valere nel caso concreto: «la modalità concreta di soddisfacimento di tale bisogno»⁵.

Ciò significa che nell'epoca della Modernità si è radicalmente modificata la concezione, almeno maggioritaria, del diritto, che viene ora focalizzata assumendo il punto di vista del giudizio, sia in relazione alla fase dell'interpretazione, sia a quella di individuazione del rimedio applicabile.

Tale approccio, se comparato a quello delle epoche precedenti, presenta tratti di significativa innovatività. Se il giusnaturalismo guardava al diritto a partire dall'individuo e il positivismo muoveva dallo Stato legislatore, per la nuova prospettiva del giudizio – del diritto funzionale al governo del cambiamento –, il diritto del quale si invoca la tutela giurisdizionale pone al centro del ragionamento la relazione che concretamente intercorre tra le parti e, quindi, assegna al giudice un ruolo da protagonista.

Tale cambio di prospettiva ha contribuito in modo decisivo a superare il positivismo pandettista, che ingabbiava il ragionamento giuridico in una trama aprioristica di concetti. Ha inoltre contribuito a far venire meno la convinzione secondo cui l'interpretazione sarebbe un'attività

² S. MAZZAMUTO, *La teoria dei rimedi: gli ultimi sviluppi*, in questo Volume, § 5.

³ M. BARCELLONA, *op. cit.*, § 2.

⁴ M. BARCELLONA, *op. cit.*, § 4.

⁵ Così, S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, § 5.

puramente conoscitiva, essenzialmente rivolta a scoprire il vero significato delle disposizioni legislative e/o ad accertare la vera volontà o intenzione del legislatore.

Se si adotta la prospettiva del giudizio, o del processo, emergono due novità particolarmente rilevanti, le quali risultano, peraltro, collegate tra loro: la prima è che il diritto non si può più ricostruire semplicemente partendo dalla legge, poiché occorre muovere dai dati di realtà; la seconda è che l'interpretazione è sempre funzionale all'adozione di una decisione.

In relazione alla prima delle due novità, il metodo concettuale riteneva che i problemi concreti di cui la vita si compone rappresentassero i settori a cui applicare i concetti giuridici. Attualmente, invece, si prende atto che nel giudizio la dinamica si capovolge: l'esatta individuazione del problema di riferimento costituisce un *prius* logico rispetto alle scelte di ordine regolativo, perché è il problema stesso a porre al sistema le domande alle quali quest'ultimo deve rispondere⁶.

La questione di fondo esaminata da entrambi i nostri relatori attiene dunque al rapporto tra *problema* e *sistema*, che viene affrontata in due prospettive diverse, ma pur sempre rivolte a individuare i limiti al potere giudiziario, al fine di contenere il giudizio all'interno dei vincoli di sistema.

In quest'ottica Barcellona mette in luce la distinzione tra prassi *eversiva*, che si traduce in una «nuova scrittura» della norma giuridica ad opera del giudice e determina la giurisprudenza *usurpativa* istituendo nei fatti una regola diversa da quella in essa prima sancita⁷; e prassi *implementativa*, che consiste nella semplice «riscrittura» della norma⁸,

⁶ In tal senso v. L. NOGLER, *L'interpretazione giudiziale nel diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, I, 117, argomentando sulla base della ricostruzione di L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, 3 ss. Secondo M. BARCELLONA, *op. cit.*, § 1, «il diritto e le sue norme devono essere interrogati in modo appropriato, e cioè con domande che siano all'altezza della sua costruzione intrinsecamente funzionale e delle virtualità regolative che questa sua natura gli conferisce».

⁷ Così, M. BARCELLONA, *op. cit.*, § 1.

⁸ M. BARCELLONA, *op. cit.*, § 1.

per adattarla alla nuova realtà sociale, al mondo che cambia e si presenta sempre più complesso.

Ora, come rilevato da Barcellona, «ogni diritto in ogni epoca della società risponde alla comune funzione di dirimere i conflitti che ineriscono alla struttura sociale sua propria e risolvere i problemi che ne derivano»⁹. Tuttavia, nel diritto della Modernità e della complessità, questo compito è divenuto intrinseco del suo stesso modo di essere. Il diritto della Modernità si è andato delineando come diritto funzionale al governo del cambiamento, il cui compito consiste nell'adeguare i precetti ai mutamenti che intervengono nella società.

In quest'ottica l'interpretazione costituisce lo strumento con il quale il diritto si produce e continuamente si ridetermina per fronteggiare l'urgenza delle nuove complessità.

Per far questo, cioè per consentire al giudice di adeguare il diritto al mondo che cambia, occorre ricercare la *ratio* della norma e, sulla base di essa, procedere all'interpretazione, al fine di attribuirvi il significato corrispondente al governo del cambiamento, considerando la complessità, ma senza debordare nella prassi eversiva.

Attraverso questo tipo di interpretazione, la fattispecie, che delinea l'ambito di applicazione della norma, è oggetto di una rilettura che va oltre l'originaria rappresentazione dell'"espressione aritmetica" (la fattispecie come somma di elementi che la compongono), e considera la *ratio* sistemica alla quale essa risponde.

Sul piano delle conseguenze, invece, si tratta di individuare il giusto rimedio che possa garantire al soggetto la protezione del bisogno di cui invoca tutela, tenendo conto che il rimedio è il dispositivo tecnico che si pone a ridosso del bisogno di tutela¹⁰. Ciò, secondo Mazzamuto, è agevolato dalla stessa legge che con sempre maggior frequenza abbandona la logica puramente attributiva di nuovi diritti per dettare rimedi sostanziali e processuali, che si ricollegano a specifiche *ratio* di politica legislativa. Infatti, l'idea che va maturando è che la logica rimediabile sia una prospettiva che può essere adottata tanto dal legislatore in sede di normazione, quanto dalla dottrina in sede di ricostruzione del sistema,

⁹ Così, M. BARCELLONA, *op. cit.*, § 4.

¹⁰ S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, § 5.

ma anche dalla giurisprudenza in sede di decisione delle singole controversie, sia pur nei limiti di contesto previsti dal sistema ordinamentale preposto al governo del contesto economico-sociale¹¹.

Detto in altri termini, ai giorni nostri l'attività giuridico-interpretativa-rimediale è connotata da una *libertà limitata*, sia per quanto attiene alla valutazione delle premesse fattuali (fattispecie), sia in relazione alle conseguenze concrete che le scelte regolative impongono ai consociati (rimedi).

2. *L'interpretazione funzionale nel diritto del lavoro*

Tali ricostruzioni assumono fondamentale importanza nell'ambito del diritto del lavoro, che costituisce una disciplina estremamente dinamica e mutevole, soprattutto in ragione della sua esposizione ai cambiamenti economici, sociali, tecnologici e, non da ultimo, all'emergere dei nuovi bisogni delle persone che lavorano.

Provo ora a fare qualche esempio per dare senso pratico in ambito giuslavoristico alle considerazioni fin qui sviluppate.

L'attuale formulazione dell'art. 19 St. lav. stabilisce che

Rappresentanze sindacali aziendali possono essere costituite ad iniziativa dei lavoratori in ogni unità produttiva nell'ambito delle associazioni sindacali che siano *firmatarie* di contratti collettivi di lavoro applicati nell'unità produttiva (*corsivo mio*).

Muovendo dal tenore letterale, la lettura data dalla Corte costituzionale a tale disposizione era nel senso che la facoltà di costituire le r.s.a. fosse riservata ai soggetti collettivi che, dopo aver partecipato attivamente alle trattative, avessero sottoscritto il contratto collettivo¹². Tuttavia, più

¹¹ S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, § 5.

¹² In tal senso v. C. cost. 12 luglio 1996, n. 244, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, 447, con nota critica di G. PERA, *Va tutto bene nella norma relativa alla costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali deliberata dal popolo sovrano?*, il quale aveva ritenuto molto apprezzabile il passo della sentenza ove si precisa che, ai fini, non è sufficiente la mera adesione formale al contratto collettivo, «ma occorre una partecipazione attiva al processo di formazione del contratto» (*ivi*, 449).

recentemente, l'interpretazione del giudice delle leggi è andata nel senso di considerare anche le organizzazioni sindacali non firmatarie del contratto collettivo, ma che abbiano partecipato attivamente alle trattative, all'esito delle quali abbiano deciso di non sottoscrivere il contratto stesso¹³.

Partendo dall'ovvia considerazione che partecipare alle trattative non è sottoscrivere il contratto collettivo, ci si deve chiedere se questa linea interpretativa dia origine a una prassi eversiva, oppure implementativo-funzionale, cioè volta ad adattare la norma alle nuove problematiche emergenti dal sistema delle relazioni industriali. A me pare si tratti di una interpretazione funzionale, poiché si ispira alla *ratio* della disciplina che è quella di garantire il sostegno legislativo – attraverso il riconoscimento dei diritti sindacali – a quelle organizzazioni sindacali che si dimostrino rappresentative, cioè idonee a rappresentare gli interessi dei lavoratori.

In base al ragionamento svolto poc'anzi si può presentare la questione nei seguenti termini: l'analisi del problema fa emergere che l'idoneità a rappresentare può derivare anche dalla mancata sottoscrizione del contratto collettivo perché ritenuto svantaggioso per i lavoratori. L'interprete si pone allora il problema di valutare se sia possibile o no dare rilevanza a tale fatto, e la risposta positiva può essere giustificata sulla base della *ratio* dell'art. 19 st. lav., che è quella di sostenere, attraverso il riconoscimento dei diritti sindacali, le organizzazioni collettive idonee a rappresentare gli interessi dei lavoratori, tenendo presente che tale idoneità può risultare anche dal rifiuto di sottoscrivere un contratto collettivo ritenuto svantaggioso per i lavoratori.

Si tratta, dunque, di interpretazione funzionale, che consente al sistema di respirare, rendendolo mobile e aperto alle innovazioni, cioè capace di governare i problemi derivanti dai cambiamenti che si realizzano nel sistema di relazioni industriali.

Analoghe considerazioni si possono svolgere in relazione alla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Al riguardo, un orientamento dottrinale sostiene che la regola giurisprudenziale del *repêchage*,

¹³ Cfr. C. cost. 23 luglio 2013, n. 231, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, 979, con nota di R. ROMEI, *L'art. 19 St. lav. è incostituzionale, ma nessuno lo sapeva*.

quale elemento costitutivo del g.m.o., sia frutto dell'attività creativa del giudice, fuori dalla portata normativa dell'art. 3 della l. n. 604/1966¹⁴. Tuttavia, in un sistema ispirato dai principi costituzionali il problema posto dalla regola giurisprudenziale della ri-adibizione del lavoratore non è più quello di stabilire se la *ratio* iniziale dell'art. 3, l. n. 604/1966 includesse o no la regola del licenziamento come *extrema ratio*. Il vero interrogativo da porsi è se la regola, ormai di diritto vivente, sia o meno riconducibile a una interpretazione conforme al quadro costituzionale e sia integrabile nel sistema funzionale al governo del cambiamento¹⁵.

Un terzo esempio può essere ricavato dall'evoluzione della nozione di orario di lavoro che la disciplina eurounitaria (direttiva UE n. 88/2003) e domestica (d.lgs. n. 66/2003) definiscono come «qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio delle sue attività o funzioni». Invero, se le sentenze SIMAP¹⁶ e Jaeger¹⁷, risalenti alla fine del secolo scorso, hanno affermato che i tre criteri debbono ricorrere congiuntamente e che la nozione di orario va intesa come «disponibilità sul luogo di lavoro», le più recenti sentenze Tyco¹⁸, Matzak¹⁹, Radiotelevisione Slovenia e Offenbach²⁰ hanno avuto

¹⁴ Di interpretazione *praeter legem* parla M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e autorità dal punto di vista giuridico*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, 34 e, sulla sua scorta, M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, Padova, 2005, 105; L. CALCATERRA, *La giustificazione oggettiva del licenziamento tra impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità*, Napoli, 2009, 187.

¹⁵ In tal senso v. L. NOGLER, *op. cit.*, 119; in giurisprudenza v. ora C. cost. 19 maggio n. 150 che ricomprende nella nozione di g.m.o., quale fatto giuridico in senso stretto posto a fondamento del licenziamento, l'adempimento dell'obbligo di *repêchage*.

¹⁶ C. giust. 3 ottobre 2000, C-303/98, *Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (Simap)*, in *Foro it.*, 2000, IV, 12 ss.

¹⁷ C. giust. 9 settembre 2003, C-151/02, *Jaeger*, in *Lav. giur.*, 2003, 12, 1126 ss., con nota di A. ALLAMPRESE.

¹⁸ C. giust. 10 settembre 2015, C-266/14, *Tyco*, in *Lav. giur.*, 2016, III, 257, con nota di A. ALLAMPRESE, par. 29.

¹⁹ C. giust. 21 febbraio 2018, C-518/15, *Matzak*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2018, 1163 ss., con nota di M. MARINELLI.

²⁰ C. giust., Grande Sezione, 9 marzo 2021, C-344/19, *D. J. c. Radiotelevizija Slovenija*; C. giust., Grande Sezione, 9 marzo 2021, C-580/19, *R. J. c. Stadt Offenbach am Main*, entrambe in *Riv. it. dir. lav.*, 2021, II, 309 ss., con nota di S. BELLOMO, L. ROCCHI,

modo di precisare che nella nozione di orario rientrano anche i periodi in cui il lavoratore si trova al di fuori dei locali aziendali, ma obbligato a presentarsi sul luogo di lavoro entro un breve lasso di tempo. In tal modo l'interprete, nel ricostruire la nozione di orario di lavoro, più che guardare al lavoro effettivo deve porre l'attenzione sull'effettività e la pienezza del riposo riconoscendo la giusta rilevanza alla finalità di preservare il tempo libero del lavoratore nella sua pienezza, nel perseguimento delle finalità di tutela del tempo di non lavoro, che è tale se può essere dedicato pienamente al soddisfacimento dei bisogni personali del lavoratore²¹.

3. La prospettiva rimediale nel diritto del lavoro

Mi avvio a concludere svolgendo qualche considerazione in ordine alle forme di tutela invocabili nell'ambito del diritto del lavoro, con particolare riferimento all'evoluzione che hanno avuto nel corso degli ultimi cinquant'anni.

Il diritto del lavoro, a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, ha costituito il terreno privilegiato per l'affermarsi del *rimedio restitutorio* grazie allo Statuto dei lavoratori, che ha introdotto la c.d. tutela reale contro i licenziamenti illegittimi (art. 18) e il procedimento per la repressione della condotta antisindacale (art. 28).

Si tratta di due tecniche rimediali certamente diverse, ma che hanno in comune la tendenziale finalità a restituire il bene della vita compromesso dal datore di lavoro con il negozio di licenziamento illegittimo o con la condotta lesiva della libertà o attività sindacale o l'esercizio del diritto di sciopero.

Enfatizzando la terminologia impiegata dal legislatore – che parla di reintegrazione – la c.d. tutela reale statutaria ha portato a considerare il posto di lavoro come *new property* e la relativa disciplina come *proper-*

Orario di lavoro, reperibilità, fruizione del tempo libero. La Corte di Giustizia e il parziale superamento della sentenza Matzak del 2018.

²¹ In tal senso v. S. BELLOMO, *Forme di occupazione "digitale" e disciplina dell'orario di lavoro*, in *Federalismi.it*, n. 19/2022; P. BOZZAO, *Lavoro subordinato, tempi e luoghi digitali*, *ivi*, n. 9/2022.

ty rule, che è stata oggetto di severe critiche nel corso dei primi dieci anni di questo secolo²².

Così, sebbene la Cassazione a S.U. con l'importantissima sentenza n. 141/2006 abbia ricostruito la tutela reale contro i licenziamenti come forma di condanna al risarcimento in forma specifica (art. 2058 c.c.)²³, che Mazzamuto riconduce a una tecnica di tutela *latu sensu* restitutoria²⁴, dalle critiche alla *property rule* sono derivate le importanti riforme del 2012 (c.d. riforma Fornero) e del 2015 (c.d. *Jobs Act*). La riforma Fornero, come noto, ha rotto un "tabù" e ha riscritto l'art. 18 st. lav., introducendo quattro diversi regimi protettivi, cioè quattro diversi rimedi, a seconda della gravità del vizio del negozio di licenziamento²⁵. Il *Jobs Act*, invece, ha superato l'art. 18 St. lav., sia pur per i soli rapporti di lavoro instaurati dal 7 marzo 2015, introducendo una tutela meramente indennitaria originariamente pensata come conseguenza di un calcolo aritmetico: due mensilità per ogni anno di anzianità di servizio con un minimo di quattro e un massimo di ventiquattro mensilità della retribuzione utile per il calcolo del TFR, elevate da sei a trentasei mensilità dal d.l. n. 87/2018 (c.d. decreto dignità), conv. dalla l. n. 96/2018.

In tal modo, la materia che è stata la culla della tecnica restitutoria si è avviata verso una progressiva deriva risarcitoria, se non addirittura indennitaria²⁶. Nel contratto di lavoro subordinato a tutele crescenti, infatti, la reintegrazione nel posto di lavoro trova applicazione soltanto nei casi di licenziamento nullo (in quanto discriminatorio o negli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge) o in caso di insussistenza del fatto materiale contestato direttamente dimostrata in giudizio,

²² Cfr. P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, in L. NOGLER, L. CORAZZA (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro*. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli, Milano, 2012, 792 ss.

²³ Pubblicata in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, II, 440, con nota di A. VALLEBONA, *L'onere probatorio circa i requisiti dimensionali per la tutela reale contro il licenziamento: le Sezioni Unite cambiano idea*.

²⁴ S. MAZZAMUTO, *op. cit.*, § 4.

²⁵ Per l'individuazione dei quattro diversi regimi sanzionatori v. R. DEL PUNTA, *La riforma italiana: i problemi del nuovo art. 18*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, Milano, 2014, 15 ss.

²⁶ In tal senso S. MAZZAMUTO, *La prospettiva dei rimedi in un sistema di Civil Law: il caso italiano*, in *www.juscivile.it*, 2019, fasc. 6.

mentre in caso di carenza delle ragioni giustificatrici trova applicazione una tutela indennitaria da calcolarsi, dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 178/2018²⁷, in misura variabile tra le sei e le trentasei mensilità.

Analoghe considerazioni possono svolgersi per quanto riguarda la tutela della professionalità del lavoratore. Invero, in relazione a tale bene della vita, la protezione offerta dal legislatore – dopo le modifiche apportate all’art. 2103 c.c. dall’art. 2, d. lgs. n. 81/2015 – è ora nel senso di ammettere l’arretramento professionale di un livello in presenza di mutamento degli assetti organizzativi (art. 2103, co. 2, c.c.) o nei casi previsti dalla contrattazione collettiva (art. 2, co. 4, c.c.), a condizione che rimanga comunque invariata la categoria legale e la retribuzione. Si tutela dunque pienamente la posizione economica, non già quella professionale del lavoratore realizzando una inedita scissione tra inquadramento formale ed effettivo²⁸, che ammette il demansionamento del lavoratore, alterando però il «nesso di corrispettività a svantaggio del datore di lavoro»²⁹.

Non da ultimo, la tecnica della nullità di protezione, ampiamente utilizzata nel diritto del lavoro in ragione della sua funzione protettiva, presenta elementi di assoluta peculiarità, quanto meno in relazione ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Infatti, nonostante la contrattualizzazione del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni intervenuta nell’ormai lontano 1993, l’art. 36, co. 5 del d. lgs. n. 165/2001 (c.d. T.U. sul pubblico impiego) stabilisce 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

²⁷ In *Riv. it. dir. lav.*, 2018, II, 1031, con nota di P. ICHINO, *Il rapporto tra il danno prodotto dal licenziamento e l’indennizzo nella sentenza della Consulta*.

²⁸ M. BROLLO, *Disciplina delle mansioni (art. 3)*, in F. CARINCI (a cura di), *Commento al d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, Adapt, n. 48/2015, 52.

²⁹ R. VOZA, *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, in *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*, n. 62/2015, 10.

indeterminato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione.

Si esclude dunque l'operatività della trasformazione del contratto di lavoro flessibile in contratto di lavoro normale, cioè l'applicazione dell'art. 1419, co. 2, c.c., e si riconosce al lavoratore interessato il «diritto al risarcimento del danno derivante dalla prestazione di lavoro in violazione di disposizioni imperative».

Va peraltro osservato che a escludere l'operatività del rimedio ripristinatorio, con riconoscimento del solo risarcimento monetario, non sono le esigenze organizzative della P.A., bensì i vincoli di finanza pubblica e il principio del pubblico concorso, che trovano espressa tutela, rispettivamente, negli artt. 81 e 97 Cost.