



Università degli Studi di Catania
Facoltà di Giurisprudenza

Concetta Currao - Giulia Picarella

Lo sguardo "severo" del legislatore: le nuove regole del potere disciplinare

WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 109/2010



© Concetta Currao - Giulia Picarella 2010
Foro di Catania
currao@lex.unict.it
Università di Catania
gpicarella@lex.unict.it

ISSN - 1594-817X
Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona"
Via Crociferi, 81 – 95124 Catania (Italy)
Tel: + + 39 095 230464 – Fax: + +39 095 313145
centrostudidantona@lex.unict.it
www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione

Lo sguardo “severo” del legislatore: le nuove regole del potere disciplinare*

Concetta Currao - Giulia Picarella
Foro di Catania - Università di Catania

1. Considerazioni introduttive	2
2. Le nuove regole del sistema disciplinare: il sistema delle fonti .	4
3. La procedura	8
4. Nuove infrazioni e nuove sanzioni: alcuni nodi da risolvere	13
5. Qualche riflessione sulla responsabilità disciplinare dei dirigenti	17
6. Conclusioni	20
Riferimenti bibliografici essenziali	22

* Questo scritto riprende la relazione svolta, in data 26 febbraio 2010, al Convegno «*Amministrazione e amministrati: come cambiano le regole del lavoro pubblico nella riforma Brunetta*», organizzato dalla cattedra di diritto del lavoro della facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Catania ed è di prossima pubblicazione su LPA. Pur nella concezione unitaria, i §§ 1, 2 e 6 sono da attribuire a G. Picarella, i §§ 3, 4 e 5 a Concetta Currao

1. Considerazioni introduttive

La riforma del potere disciplinare rappresenta, come è noto, il "bastone" che, insieme alla "carota" del sistema premiale, è mirato a far tagliare al cavallo del pubblico impiego (che non è proprio un purosangue ma piuttosto un cavallo da tiro) il traguardo dell'efficienza della pubblica amministrazione.

Al sistema disciplinare¹, "volto arcigno" della riforma Brunetta, infatti, il legislatore ha inteso assegnare un ruolo cardine nel perseguimento di uno dei principali obiettivi dell'intervento normativo, ovvero quello di "potenziare il livello di efficienza degli uffici pubblici e di contrastare i fenomeni di scarsa produttività ed assenteismo"(art. 7 legge delega n. 15/2009).

V'è da chiedersi – già in sede di considerazioni preliminari - se, rispetto all'obiettivo dichiarato, il modo pervasivo con il quale vengono individuati i comportamenti illeciti e le relative sanzioni possa avere una qualche correlazione con le pratiche reali di scarsa produttività e di inefficienza diffusa. E quale è, soprattutto, il rapporto tra irrigidimento legale del potere disciplinare e previste ricadute su una organizzazione degli uffici e sui metodi di gestione delle risorse umane, che si vogliono ispirate, ancor più profondamente rispetto al passato, ai canoni dell'efficientismo aziendalista.

Il legislatore ha, infatti, modificato la previgente disciplina del potere disciplinare intervenendo sia sul piano procedurale, sia sul piano sostanziale. Tale intervento si snoda lungo due direttrici fondamentali.

Da un lato, si interviene sul codice disciplinare strutturandolo per legge: la legge impone, con carattere di inderogabilità, specifiche sanzioni in relazione a determinate infrazioni, riducendo, in tal modo, la discrezionalità delle parti negoziali e dell'amministrazione; sotto tale profilo l'intervento appare certamente in linea con la politica che connota

¹ Tra i primi commenti in materia: BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, in ZOPPOLI, *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009; LOSTORTO, *Il Nuovo Procedimento Disciplinare (artt. 67-70)*, in TIRABOSCHI, VERBARO *La Nuova Riforma del Lavoro Pubblico. Commento alla Legge 4 marzo 2009, n.15 e al decreto legislativo 27 ottobre 2009, n.150*, Milano, Giuffrè, 2010; BAVARO, *Il potere disciplinare*, in CARABELLI, CARINCI M. T. (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari, Cacucci, 2010; URSI, *Alcune considerazioni sul nuovo regime delle sanzioni disciplinari dopo il decreto Brunetta*, in LPA, 2009, 5; MATTARELLA, *La responsabilità disciplinare*, in GDA, 2010, 1; BONURA- CARUSO G., *La nuova disciplina della responsabilità disciplinare del dipendente pubblico e la lotta all'assenteismo*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 105/2010, in www.lex.unict.it

l'intera riforma e, cioè, con il ridimensionamento del ruolo della contrattazione collettiva². Se sulle altre materie, tuttavia, il ridimensionamento risulta giustificato in ragione della presenza invasiva che la stessa aveva conquistato, anche in campi che non le competevano, in materia disciplinare il ruolo della contrattazione collettiva è stato valutato, oltre che centrale, anche positivo ed equilibrato. Ne è conferma il fatto che molte delle prescrizioni eteronome della riforma (in particolare quelle relative agli aspetti procedurali) ricalcano disposizioni analoghe contenute nei contratti collettivi³.

Dall'altro lato si obbligano i dirigenti all'uso del potere disciplinare, prevedendo sanzioni a loro carico in caso di omissione (art. 55 *sexies*, c. 3). Tale approccio "dirigista" del legislatore, volto a responsabilizzare la dirigenza all'uso del potere disciplinare, costituisce una delle maggiori novità della riforma.

Che fosse questo uno dei punti di debolezza del precedente sistema, è probabilmente vero. Ciò anche in ragione della risultanze negative del ciclo di riforme precedenti, in cui al tentativo formale di rafforzamento del ruolo di datore di lavoro pubblico, non è seguita una prassi gestionale coerente con tale intenzione. Con il risultato che una dirigenza debole sotto il profilo dei poteri gestionali reali, ha dovuto ovviare con sistemi di gestione del personale "sostanzialmente definibile come paternalistico, basato solo sulle relazioni interpersonali, sviluppate in termini amicali ed affettivi piuttosto che professionali"⁴; in sintesi: lassista.

Tuttavia, le modalità di intervento della legge non paiono esenti da contraddizioni intrinseche e di metodo. Da un lato si proclama, infatti, l'obiettivo di rafforzare l'autonomia e i poteri dei dirigenti, dall'altro si intrappola il potere disciplinare, essenziale completamento del potere direttivo, in una griglia di regole rigide ed eteronome.

In tal modo la figura dell'amministratore pubblico si allontana sempre di più dalla figura del "manager privato che gestisce

² ALAIMO, *La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e "blocchi": dalla "riforma Brunetta" alla "manovra finanziaria" 2010*, in LPA, 2010, 2.

³ Uno dei profili maggiormente critici del precedente sistema, d'altra parte, non atteneva ad un problema di fonte, ma di prassi (ci si riferisce all'atteggiamento eccessivamente lassista che ha caratterizzato l'esercizio del potere disciplinare nel pubblico impiego); cfr. TENORE, *Il procedimento disciplinare dopo i contratti collettivi del quadriennio normativo 2002-2005*, in LPA, 2003, 5, 855.

⁴ HINNA, *La direzione del personale nelle pubbliche amministrazioni*, Milano, Ipsoa, 2007, p. 13.

efficacemente premiando e punendo con piena discrezionalità⁵. Si può, pertanto, sostenere, che l'obiettivo primario indicato dalla legge delega nel senso della "convergenza degli assetti regolativi del lavoro pubblico con quelli del lavoro privato" finisce per apparire – per questo profilo almeno – una mera clausola di stile⁶. Secondo il Ministro Brunetta, peraltro, tale contraddittorietà è giustificata dal carattere "pedagogico" di tale misura, che dovrebbe consentire al dirigente, guidato dal legislatore, di uscire dalla propria condizione di "minorità", imparando ad utilizzare senza timore il potere disciplinare e liberandosi dalle tutele fino ad oggi provenienti dalla sfera politica e sindacale⁷.

Al di là delle affermazioni di principio, comunque, sul piano della tecnica normativa non convince lo strumento utilizzato. Il legislatore interviene sul precedente modello normativo modificandolo radicalmente, ma non riesce, come si è accennato, a ridisegnarlo, come si dirà, in maniera coerente e sistematica.

Ciò premesso in termini generali, l'analisi (peraltro rapida e limitata ad alcuni aspetti problematici) della riforma del sistema disciplinare potrà fornire elementi utili per valutare se la stessa si risolva in un programma riformatore enfatico nei proclami e inadeguato nei contenuti (un "ruggito del topo", per così dire) o se, al contrario, sia almeno potenzialmente in grado di realizzare risultati di un qualche rilievo.

2. Le nuove regole del sistema disciplinare: il sistema delle fonti

Come anticipato, il legislatore interviene sul sistema disciplinare in maniera radicale, dedicando alla materia l'intero Capo V del Titolo IV e attribuendo e precisando che le norme ivi contenute hanno natura imperativa⁸.

⁵ BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, cit., 401.

⁶ Art. 2, c. 1, lett. a) l. 15/2009. Si rinvia al saggio introduttivo, di CARUSO, *Gli esiti regolativi della "riforma Brunetta" (come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni)* in LPA, 2010, 2.

⁷ BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, cit., 401; CARUSO, *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (Il ridisegno della governance nella p.a. italiane)*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 104/2010, in www.lex.unict.it.

⁸ Il nuovo testo dell'art. 55 d.lgs. 165/2001 stabilisce, infatti, che "Le disposizioni del presente articolo e di quelli seguenti, fino all'articolo 55-octies, costituiscono norme imperative, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile".

Da una prima analisi del nuovo art. 55 emerge che le modifiche introdotte al sistema previgente vanno nella direzione di differenziare la disciplina applicabile al settore pubblico da quella del settore privato. Ciò nonostante l'obiettivo sopra ricordato della "convergenza degli assetti regolativi del lavoro pubblico con quelli del lavoro privato", e il richiamo al 2106 c.c, sebbene, nell'art. 55 si preveda una clausola di stile di salvaguardia della regolazione contrattuale: "Salvo quanto previsto dalle disposizioni del presente Capo, la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni è definita dai contratti collettivi".

La regolazione legale va, infatti, nel senso della compressione del ruolo della contrattazione collettiva; ciò emerge dalla nuova formulazione dell'art 40, c. 1, d.lgs. 165/2001, ai sensi del quale "Nelle materie relative alle sanzioni disciplinari [...] la contrattazione collettiva è consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge"⁹.

Viene, inoltre, eliminato ogni richiamo alle garanzie procedurali di cui all'art. 7 (c. 1, 5 e 8) dello Statuto dei lavoratori, prima contenuto nell'art. 55 vecchio testo.

In particolare, com'è noto, la precedente normativa richiamava la disposizione statutaria con specifico riferimento alla pubblicità del codice disciplinare (mediante affissione in luogo accessibile a tutti); ai termini da rispettare nel corso della procedura (in particolare il decorso dei cinque giorni dalla contestazione per poter irrogare la sanzione); al periodo di due anni in relazione alla recidiva.

Il legislatore opta, adesso, per una disciplina compiuta e specifica per il settore pubblico, intervenendo con analitiche disposizioni volte a regolare ciò che prima era disciplinato mediante il rinvio all'art. 7 dello Statuto e alla contrattazione collettiva.

Il mancato rinvio al primo comma della disposizione statutaria viene, così, sostituito dal nuovo art. 55, il quale prevede oggi che la pubblicazione sul sito istituzionale dell'amministrazione del codice disciplinare "*equivale a tutti gli effetti alla sua affissione all'ingresso della sede di lavoro*".

Tale disposizione, certamente innovativa, si pone in controtendenza rispetto alla giurisprudenza sul punto che, com'è noto,

⁹ ALAIMO, La contrattazione collettiva nel settore pubblico, cit.; CARABELLI, La 'riforma Brunetta': un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT - 101/2010, in www.lex.unict.it, 7.; TALAMO, La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 96/2010, in www.lex.unict.it; CARUSO, *Gli esiti regolativi della "riforma Brunetta" (come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni)*.cit.

considera il sistema di pubblicità previsto dall'art. 7 come tassativo ed esclusivo. Tale orientamento, sebbene espresso con riferimento al settore privato, era penetrato, attraverso la contrattazione collettiva, nel pubblico impiego¹⁰.

C'è da chiedersi se, con un processo inverso rispetto al passato, questa norma non influenzerà i giudici, inducendoli a rivedere il loro orientamento garantista anche con riferimento al settore privato.

Il mancato richiamo al 5° c. dell'art. 7, poi, viene assorbito dalla totale riscrittura della procedura ad opera dell'art. 55 bis (*infra*).

Relativamente, infine, al mancato richiamo della norma in materia di recidiva, va rilevato che il legislatore affida ogni determinazione in merito alla contrattazione collettiva. È una delle poche ipotesi in cui un ambito prima di competenza della legge viene rimesso alla competenza delle parti negoziali. Con una inversione che, tuttavia, non inficia quanto detto prima sul rapporto tra le fonti in questa materia e sul ruolo della fonte legislativa rispetto a quella negoziale.

Il nuovo assetto dei rapporti tra legge e contratto collettivo stabilito nella riforma induce a chiedersi, d'altro canto, se la forte legificazione operata con la riforma sulla materia in oggetto implichi una ripubblicizzazione del potere disciplinare¹¹.

Si pone allora il seguente quesito: il potere disciplinare delle pubbliche amministrazioni, dopo l'attuata riforma, costituisce ancora un *modus agendi* di un'autorità privata che trova ostacolo nella regolazione legale che ne limita contorni, finalità e contenuti? Ovvero, nella nuova configurazione legale, ritorna ad essere un segmento del fascio dei poteri pubblici, di natura autoritativa, che le pubbliche amministrazioni devono esercitare con il solo limite di binari procedurali precostituiti? E ancora: l'esercizio del potere disciplinare ritorna, così, ad essere un dispositivo centrale di una strategia, non più occulta (autocostrizione volontaria in ragione di una minaccia) ma ormai palese ed esplicita, di sorveglianza sul corpo, se non sulla mente, di chi, pur sempre contrattualmente, è obbligato ad eseguire una prestazione che ormai si vuole rispondente a canoni di qualità predeterminati (la *performance*)? Espressione, dunque, di un potere di "supremazia speciale" nei confronti di chi lo subisce ma anche di chi lo esercita, perché ne trascende la volontà in quanto obbligato ad esercitarlo? , In sintesi può

¹⁰ LOSTORTO, *Il Nuovo Procedimento Disciplinare (artt. 67-70)*, cit., 480.

¹¹ Prospettiva concordemente negata in dottrina: BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, cit., 410; BAVARO, *Il potere disciplinare*, cit., 215.

essere ancora qualificato come una modalità di esercizio dei poteri del privato datore di lavoro/pubblica amministrazione¹²?

Alla luce dei cambiamenti introdotti dalla riforma si potrebbe essere portati a sostenere, se non una ripubblicizzazione, un'accentuazione degli aspetti pubblicistici (financo "penalistici"¹³) del potere disciplinare. L'esercizio di quest'ultimo sembrerebbe finalizzato, del resto, nel disegno della riforma, al perseguimento di un "interesse pubblico". A tale riflessione conduce, infatti, non solo l'introduzione dell'obbligo, per il dirigente, di esercitare il potere disciplinare (art. 55 *sexies*, c. 3), ma la stessa *sedes* in cui tale norma è inserita: l'art. 55 *sexies* è, infatti, rubricato "*Responsabilità disciplinare per condotte pregiudizievoli per l'amministrazione*".

Secondo la (condivisibile) tesi sostenuta dai primi commentatori della riforma¹⁴, ad ogni modo, depongono a favore del mantenimento del potere disciplinare nell'alveo dei poteri di gestione privatistici delle p.a.:

a) la conservazione del richiamo all'art. 2106 c.c. e, quindi, la riaffermazione del principio di proporzionalità.

b) I rinvii ai contratti collettivi che, pur spogliati di qualunque competenza in materia di procedura, conservano il potere di definizione delle infrazioni e relative sanzioni (ovviamente con funzione integrativa rispetto a quelle previste espressamente dal legislatore).

c) Il rinvio alla contrattazione collettiva in materia di procedimento disciplinare dei dirigenti (su cui v. *infra*).

d) La conservazione della competenza del giudice ordinario sulle controversie in materia disciplinare ex art. 63 del d.lgs. 165/2001.

In estrema sintesi, il potere disciplinare delle pubbliche amministrazioni rimane pur sempre un potere riconducibile ai poteri di gestione privatistica (art. 2, c.2 d.lgs.165/2001), ma la cui finalizzazione (e, quindi, in parte la procedura e in parte il sistema delle sanzioni) viene fortemente regolata e indirizzata per legge. Nel solco complessivo della riforma il potere disciplinare (*i.e.* la sua natura e il suo fondamento) viene, dunque, particolarmente ibridato dal gioco interrelato delle fonti, contribuendo, in tal modo, per la sua parte, a quel fenomeno di neo

¹² Cfr. ZOPPOLI, *Potere disciplinare e unificazione normativa del lavoro*, in *QDLRI*, 1991, 9, sull'esistenza di un fecondo dialogo tra lavoro pubblico e lavoro privato, in materia di potere disciplinare, già prima della privatizzazione del pubblico impiego.

¹³ V. *infra*, § 6.

¹⁴ V. *supra*, nt. 1.

differenziazione sistemica tra istituti del diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni e nell'impresa, considerato uno degli esiti regolativi che caratterizzano il d.lgs. n. 150/09¹⁵.

3. La procedura

Così delineato il sistema delle fonti di regolazione con riferimento al fondamento di legittimazione del potere disciplinare, è possibile ora considerarne le ricadute sulle norme procedurali.

Va subito detto che sul punto la legge delega (art. 7 l. 15/2009) fissava i principi della semplificazione procedurale (con particolare riferimento alle sanzioni di minore gravità), della razionalizzazione dei termini, della previsione di strumenti utili ad una sollecita acquisizione delle prove, dell'ampliamento dei poteri disciplinari assegnati ai dirigenti.

Il legislatore delegato attua tali principi, nel nuovo art. 55 *bis*, attraverso una regolamentazione puntuale di ogni aspetto del procedimento. Rimangono devolute alla contrattazione collettiva esclusivamente le regole relative a procedimenti per infrazioni di lieve entità per le quali è prevista la sanzione del rimprovero verbale.

In particolare, la norma delinea due tipi di procedura (un procedimento "semplificato" e un procedimento "complesso"¹⁶), differenziati in ragione del criterio oggettivo della gravità dell'infrazione.

Ma le due procedure (ed è, questa, una novità della riforma) sono differenziate anche in base ad un criterio soggettivo: la qualifica lavorativa del c.d. capo della struttura.

Sul piano oggettivo, il primo modello procedurale, che si ispira a criteri di leggerezza, concentrazione e velocità, si applica alle infrazioni di minore gravità (le infrazioni, cioè, punibili con sanzioni superiori al rimprovero verbale e inferiori alla sospensione con privazione delle retribuzione per più di dieci giorni). Tale procedura si applica solo qualora il responsabile della struttura abbia qualifica dirigenziale.

Il secondo tipo, più pesante e garantista, si applica, invece, per la irrogazione di sanzioni più gravi e, in ogni caso, qualora il responsabile della struttura non abbia qualifica dirigenziale.

¹⁵ Si rinvia alla introduzione di CARUSO B., *Gli esiti regolativi della riforma Brunetta (come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni)*, cit.

¹⁶ BONURA- CARUSO G., *La nuova disciplina della responsabilità disciplinare del dipendente pubblico e la lotta all'assenteismo*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 105/2010., 23.

Per le infrazioni per le quali è prevista la sanzione del rimprovero verbale il legislatore rinvia, come detto, alla procedura prevista dai contratti collettivi.

Sul piano soggettivo, come anticipato, la prima delle procedure delineate, regolata dal 2° c. dell'art. 55 *bis*, affida al responsabile, con qualifica dirigenziale, della struttura in cui il dipendente lavora, l'avvio e la conduzione dell'intero *iter*. È, questa, un'interessante innovazione della riforma Brunetta, nel senso dell'ampliamento delle competenze disciplinari del dirigente, il quale, per le sanzioni meno gravi, diventa "giudice domestico"¹⁷, *dominus* del procedimento: dalla contestazione alla gestione del contraddittorio, sino alla decisione di comminare (o meno) la sanzione.

La seconda procedura, regolata dal successivo comma 4, è affidata all'ufficio competente per i procedimenti disciplinari che, in continuità con il vecchio art. 55, viene individuato da ciascuna amministrazione "secondo il proprio ordinamento".

Il procedimento, in entrambe le tipologie, si sostanzia in un *iter* da svolgersi nel perentorio rispetto di termini stabiliti, a pena di decadenza, a garanzia della celerità del procedimento stesso. I commi 2 e 4 dell'art. 55 *bis* dispongono, infatti, che "La violazione dei termini stabiliti nel presente comma comporta, per l'amministrazione, la decadenza dall'azione disciplinare ovvero, per il dipendente, dall'esercizio del diritto di difesa".

Il legislatore delegante, come si è accennato, aveva indicato come obiettivo la semplificazione e razionalizzazione dei termini del procedimento. Ora, proprio con riferimento a tale obiettivo, va osservato che, rispetto alla disciplina previgente, i termini vengono certamente individuati in maniera più chiara e puntuale, e sono definiti tutti come perentori (anche quelli intermedi). I predetti termini, però, vengono ridotti, rispetto al passato, solo con riferimento alle sanzioni di minore gravità e solo con riferimento al termine massimo di durata della procedura.

Il termine per l'invio della contestazione, invece, rimane uguale a quello previsto attualmente, venti giorni, salvo che per le ipotesi di maggiore gravità per le quali è previsto, al citato comma 4, il "raddoppio" (quindi fino a 40 giorni dalla notizia del fatto).

Ora, è proprio la dilatazione dei termini a suscitare qualche perplessità, in quanto potrebbe compromettere il diritto di difesa del

¹⁷ CARUSO, *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (Il ridisegno della governance nella pubbliche amministrazioni. italiane)*, cit., 21.

dipendente, soprattutto nelle ipotesi in cui l'ufficio acquisisce la notizia del fatto "altrimenti"¹⁸.

Infatti, nell'ipotesi in cui l'iniziativa per l'avvio del procedimento proviene dal capo della struttura, questi, entro cinque giorni dalla notizia, deve darne comunicazione all'ufficio competente e, contestualmente, informare dell'avvio di una procedura a suo carico il dipendente; nel caso in cui, invece, l'ufficio riceva la notizia per altre vie ("altrimenti"), il dipendente non viene in alcun modo coinvolto. Quest'ultimo potrebbe, dunque, ignorare per lungo tempo l'attivazione di un procedimento a suo carico, con possibile violazione del principio di immediatezza e tempestività affermato dalla giurisprudenza¹⁹.

Il 5° comma dell'art. 55 bis contiene, poi, una serie di prescrizioni, concernenti le comunicazioni (da effettuarsi anche via mail o via fax) volte ad assecondare l'esigenza di celerità della procedura ed il successivo 6° comma prevede un innovativo sistema di acquisizione delle prove²⁰.

Un'ulteriore novità rappresenta la regolamentazione del procedimento disciplinare in caso di trasferimento del dipendente ad altra amministrazione, e in caso di dimissioni (commi 8 e 9). La disposizione contenuta al comma 9²¹, relativa alla cd. ultrattività²² del potere

¹⁸ Ai sensi dell'art. 55 bis, c. 4, "Il termine per la contestazione dell'addebito decorre dalla data di ricezione degli atti trasmessi ai sensi del comma 3 ovvero dalla data nella quale l'ufficio ha altrimenti acquisito notizia dell'infrazione, mentre la decorrenza del termine per la conclusione del procedimento resta comunque fissata alla data di prima acquisizione della notizia dell'infrazione, anche se avvenuta da parte del responsabile della struttura in cui il dipendente lavora".

¹⁹ BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, cit., 417-418; LOSTORTO, *Il Nuovo Procedimento Disciplinare (artt. 67-70)*, cit., 488 e ss.

²⁰ La disposizione stabilisce che "Nel corso dell'istruttoria, il capo della struttura o l'ufficio per i procedimenti disciplinari possono acquisire da altre amministrazioni pubbliche informazioni o documenti rilevanti per la definizione del procedimento. La predetta attività istruttoria non determina la sospensione del procedimento, né il differimento dei relativi termini".

²¹ "In caso di dimissioni del dipendente, se per l'infrazione commessa è prevista la sanzione del licenziamento o se comunque è stata disposta la sospensione cautelare dal servizio, il procedimento disciplinare ha egualmente corso secondo le disposizioni del presente articolo e le determinazioni conclusive sono assunte ai fini degli effetti giuridici non preclusi dalla cessazione del rapporto di lavoro".

²² La questione dell'ultrattività del potere disciplinare (sorta con riferimento ad ipotesi di decesso o pensionamento del dipendente) è stata risolta in senso positivo solo con riferimento alle dimissioni del lavoratore: LOSTORTO, *Il Nuovo Procedimento Disciplinare (artt. 67-70)*, cit., 499.

disciplinare in caso di dimissioni del dipendente, ha suscitato qualche perplessità in dottrina, che si è interrogata sullo scopo che la norma intende perseguire²³. Ad avviso di chi scrive è possibile, tuttavia, immaginare ipotesi in cui la conclusione del procedimento disciplinare possa avere un "effetto utile" per l'amministrazione: si pensi all'ipotesi in cui un dipendente che abbia commesso gravi infrazioni decida di dimettersi al fine evitare le conseguenze (che potrebbero non esaurirsi nella cessazione del rapporto di lavoro) del procedimento disciplinare a suo carico. Si pensi, in particolare, all'ipotesi prevista dall'art. 55 quinquies, c. 3 che, in caso di condanna per false attestazioni, associa alla sanzione del licenziamento la "sanzione disciplinare della radiazione dall'albo" per il dipendente medico. Si pensi pure alle ipotesi di procedimenti disciplinari avviati per falsa e fraudolenta attestazione della presenza in servizio, ovvero per scarso rendimento. In tali ipotesi la conclusione del procedimento disciplinare con la irrogazione del licenziamento per le suddette causali potrebbe impedire al dipendente la partecipazione a nuove procedure concorsuali presso la stessa o altre pubbliche amministrazioni. Sono frequenti, invero, le previsioni dei bandi di concorso o dei regolamenti interni delle amministrazioni che prevedono, quale condizione di partecipazione ai concorsi, il non essere stato licenziato per le causali sopra riportate.

Sanzioni ulteriori rispetto a quelle della cessazione del rapporto alle quali il dipendente potrebbe scaltramente sfuggire, se alle dimissioni seguisse l'interruzione della procedura disciplinare a suo carico.

Un cenno va rivolto alle regole del rapporto tra procedimento penale e disciplinare, al quale viene dedicato l'art. 55 ter. Com'è noto, nel vigore della precedente disciplina legale e contrattuale, nelle ipotesi in cui la condotta "disciplinarmente" illecita integrasse anche un illecito penale, occorre sospendere il procedimento disciplinare. L'amministrazione si trovava, in altri termini, nella impossibilità di assumere, nell'immediato, qualunque provvedimento (salvo, per i casi più gravi, misure cautelari di sospensione o di trasferimento del dipendente). Misure che si rivelavano, tuttavia, inidonee a tutelare l'amministrazione, in ragione anche dei lunghissimi tempi dell'azione penale²⁴.

²³ "La cessazione del rapporto non è l'esito della procedura disciplinare, come in caso di licenziamento, ma è una scelta del lavoratore: un'irrogazione di sanzione postuma non trova alcuna giustificazione in relazione alle finalità generali di potenziamento con il livello di efficienza ed il contrasto dei fenomeni di scarsa produttività", così URSI, *Alcune considerazioni sul nuovo regime delle sanzioni disciplinari dopo il decreto Brunetta*, in LPA, 2009, 5, 761.

²⁴ *Amplius*, LOSTORTO, *Il Nuovo Procedimento Disciplinare (artt. 67-70)*, cit., 499 e ss.

In tale contesto, il nuovo art. 55 ter ha escluso la possibilità di sospendere il procedimento disciplinare in pendenza di quello penale, salva la sola ipotesi, nel caso in cui si proceda per infrazioni di maggiore gravità, "di particolare complessità dell'accertamento del fatto addebitato o quando all'esito dell'istruttoria l'ufficio competente non disponga di elementi sufficienti a motivare l'irrogazione della sanzione".

Si prevedono, poi, procedimenti di raccordo o di riesame nel caso di esiti difformi dei due procedimenti e la riapertura del procedimento disciplinare se dalla sentenza irrevocabile di condanna risulta che il fatto addebitabile al dipendente in sede disciplinare comporta la sanzione del licenziamento, mentre ne è stata applicata una diversa.

Ulteriore ed incisivo intervento è stato operato sul sistema di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia disciplinare e di impugnazione delle relative sanzioni.

Nel vigore della precedente disciplina era previsto, com'è noto, una sorta di "patteggiamento" disciplinare che poteva concludersi con la irrogazione di una sanzione ridotta. Il nuovo art. 55, in attuazione dell'art.7, comma 2, lett. o) della legge delega 15/2009, elimina la possibilità di ricorrere al collegio arbitrale di disciplina (di cui al vecchio art. 55), stabilendo che "la contrattazione collettiva non può istituire procedure di impugnazione dei provvedimenti disciplinari. Resta salva la facoltà di disciplinare mediante i contratti collettivi procedure di conciliazione non obbligatoria, fuori dei casi per i quali è prevista la sanzione disciplinare del licenziamento[...]. La sanzione concordemente determinata all'esito di tali procedure non può essere di specie diversa da quella prevista, dalla legge o dal contratto collettivo, per l'infrazione per la quale si procede e non è soggetta ad impugnazione".

Ancora una volta il legislatore interviene con una disposizione di difficile applicazione e, verosimilmente, di scarsa utilità. L'operatività di siffatta disposizione risulta, infatti, fortemente limitata dai precisi vincoli imposti dal legislatore: oltre ad essere esclusa per i casi di sanzioni espulsive, infatti, può essere applicata solo con riferimento alla determinazione quantitativa della sanzione nell'ambito della medesima specie e quindi, in definitiva, può trovare applicazione con esclusivo riferimento alla multa e alla sospensione dal servizio (uniche tipologie di sanzioni che consentono una oscillazione quantitativa all'interno della specie).

Viene, inoltre, abrogato il "vecchio" art. 56, ai sensi del quale "Se i contratti collettivi nazionali non hanno istituito apposite procedure di conciliazione e arbitrato, le sanzioni disciplinari possono essere impugate dal lavoratore davanti al collegio di conciliazione di cui

all'articolo 66, con le modalità e con gli effetti di cui all'articolo 7, commi sesto e settimo, della legge 20 maggio 1970, n. 300".

Sul punto è intervenuto il Dipartimento della Funzione pubblica che, con nota del 22 luglio 2010 ha chiarito che, in materia di impugnazione delle sanzioni disciplinari, non è applicabile l'art. 7, commi 6 e 7, dello Statuto dei lavoratori: in seguito all'abrogazione dell'art. 56 e alla soppressione di ogni riferimento all'art. 7 dello Statuto, non è possibile "ritenere vigente l'art. 7 stesso in virtù del semplice rinvio generale compiuto dall'art. 2, comma 2, del D.Lgs. n. 165 del 2001 alla 'legge sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa'".

Ciò che emerge dalla riforma è, secondo il Dipartimento, "un disegno di razionalizzazione delle procedure di conciliazione e di impugnazione ispirato dalla volontà di evitare il rischio di collusione che potrebbe derivare dallo svolgimento di procedure, regolate dalla contrattazione o dalla legge, di carattere arbitrale o svincolate dai presupposti sostanziali fissati dalla legge".

Più in generale, la disposizione richiamata e i chiarimenti ministeriali confermano ancora una volta che l'obiettivo dichiarato dal legislatore delegante si risolve, al di là delle propagandate ambizioni "privatistiche", nella previsione di una legislazione speciale per il settore pubblico, per il quale viene adottata una "grammatica" diversa, rispetto a quella del lavoro privato.

4. Nuove infrazioni e nuove sanzioni: alcuni nodi da risolvere

Obiettivo della riforma del sistema disciplinare è, come detto, quello di potenziare il livello di efficienza degli uffici pubblici e di contrastare i fenomeni di scarsa produttività ed assenteismo. In tale quadro, il sistema disciplinare non serve soltanto a fronteggiare situazioni patologiche, ma diventa uno strumento quasi fisiologico di gestione del personale²⁵.

La "medaglia" dell'efficienza delle pubbliche amministrazioni è costituita, nell'ottica della riforma, dalle "facce" della valutazione e della sanzione disciplinare: la prima, volta a distinguere i meritevoli dai non meritevoli; la sanzione disciplinare volta a colpire, più che il dipendente semplicemente non meritevole (già, in qualche modo, stigmatizzato e punito con la mancata attribuzione di premi), il dipendente che, oltre a non essere meritevole, si renda colpevole di comportamenti (alcuni

²⁵ In tal senso si veda CARUSO B., *Gli esiti regolativi della "riforma Brunetta" (come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni.)*, cit.

tipizzati per legge) suscettibili di sanzioni ulteriori (un dipendente non meritevole "qualificato" quale è il cd. "fannullone"). Ciò è particolarmente evidente se si analizza da vicino il nuovo sistema di sanzioni.

Il primo problema da affrontare, al riguardo, è comprendere se il nuovo sistema di sanzioni sia finalizzato a rendere fisiologico l'uso del potere disciplinare (che diventerebbe, come detto, strumento ordinario di gestione delle risorse umane) ovvero se ci si trova davanti a "norme manifesto", a mere dichiarazioni di intenti, o ad un programma futuribile.

Il legislatore si fa carico di individuare puntualmente una serie di infrazioni che determinano l'irrogazione della sanzione massima, la sanzione espulsiva del licenziamento²⁶ (false attestazioni della presenza in servizio; assenza priva di valida giustificazione per un numero di giorni, anche non continuativi, superiore a tre nell'arco di un biennio; ingiustificato rifiuto del trasferimento disposto dall'amministrazione per motivate esigenze di servizio; condanna penale definitiva, in relazione alla quale è prevista l'interdizione perpetua dai pubblici uffici, etc.).

Si tratta di fatti e condotte di indubbia gravità, tanto che tali infrazioni, corredate dalla sanzione del licenziamento, erano già previste in molti contratti collettivi di comparto²⁷.

Tra queste, merita particolare attenzione l'infrazione prevista all'art. 55 quater, c. 2²⁸. Con tale disposizione (invero già contenuta nei contratti collettivi) il legislatore non si limita a definire le fattispecie di infrazione, ma connette immediatamente la sanzione ad un comportamento non valutabile discrezionalmente (in termini anche di gradualità e proporzionalità), ma rilevabile oggettivamente e a sanzione rigida e fissa (il licenziamento). Sembrerebbe, dunque, che il legislatore abbia previsto una sorta di meccanismo espulsivo automatico, conseguente all'accertamento della fattispecie infrattiva descritta, senza "alcun margine di scelta della 'giusta' sanzione"²⁹.

²⁶ Con e senza preavviso: cfr. art. 55 quater

²⁷ Cfr., in via esemplificativa, gli artt. 5 e 6 del Ccnl Università.

²⁸ Ai sensi del quale "Il licenziamento in sede disciplinare è disposto, altresì, nel caso di prestazione lavorativa, riferibile ad un arco temporale non inferiore al biennio, per la quale l'amministrazione di appartenenza formula, ai sensi delle disposizioni legislative e contrattuali concernenti la valutazione del personale delle amministrazioni pubbliche, una valutazione di insufficiente rendimento e questo è dovuto alla reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione stessa, stabiliti da norme legislative o regolamentari, dal contratto collettivo o individuale, da atti e provvedimenti dell'amministrazione di appartenenza o dai codici di comportamento di cui all'articolo 54".

²⁹ LOSTORTO, *Il Nuovo Procedimento Disciplinare* (artt. 67-70), cit., 483; in senso contrario BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, cit., 413, BONURA-CARUSO

Occorre, infatti, alla luce di un'interpretazione sistematica della disposizione in esame, tenere conto delle seguenti circostanze:

a) Il sistema di valutazione è ormai obbligatorio: la contrattazione può "svuotare" la terza fascia, quella degli immeritevoli, ma, più la si svuota, più la valutazione di demerito si appiattisce su quella di insufficiente rendimento prevista dalla fattispecie disciplinare³⁰;

b) Anche l'esercizio del potere disciplinare è, dopo la riforma, obbligatorio. Coloro che per due anni consecutivi vengono collocati in terza fascia (soprattutto se la fascia è ridotta dalla contrattazione collettiva ad una percentuale minima) rischiano davvero di essere obbligatoriamente licenziati;

c) Sebbene alcuni commentatori ritengano che "il licenziamento non può discendere da una mera attività valutativa negativa, ma occorre anche dimostrare che il rendimento insoddisfacente è stato provocato da una delle ragioni indicate"³¹, occorre capire se tale accertamento consenta di negare l'automatismo della sanzione. Non basta, per negare l'automaticità della sanzione, sostenere che l'amministrazione deve accertare la violazione degli obblighi concernenti la prestazione. E', infatti, lecito chiedersi se esistano ipotesi di insufficiente rendimento che non siano causate dalla "reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione stessa, stabiliti da norme legislative o regolamentari, dal contratto collettivo o individuale, da atti e provvedimenti dell'amministrazione di appartenenza o dai codici di comportamento". Ciò che si vuole sostenere è che la violazione degli obblighi concernenti la prestazione non è una delle cause possibili dell'insufficiente rendimento, poiché l'insufficiente rendimento è, ontologicamente, una violazione degli obblighi concernenti la prestazione stabiliti da norme legislative o regolamentari, dal contratto collettivo o individuale, da atti e provvedimenti dell'amministrazione di appartenenza o dai codici di comportamento. La precisazione (l'insufficiente rendimento è dovuto alla violazione degli obblighi concernenti la prestazione)

G., *La nuova disciplina della responsabilità disciplinare del dipendente pubblico e la lotta all'assenteismo*, cit..

³⁰ Art. 19 d.lgs.150/2009

³¹ BONURA- CARUSO G., *La nuova disciplina della responsabilità disciplinare*, cit., BIANCO, *Guida pratica alla riforma Brunetta*, Milano, Il Sole 24 ore, 2009, 149.

appare, pertanto, pleonastico, ridondante, sicché non vale ad escludere l'automatismo della sanzione.

Tale meccanismo sembrerebbe, pertanto, porsi in violazione del divieto di automatismi sanzionatori (c.d. licenziamento automatico)³².

L'art.55 quater 2° c. suscita un'ulteriore perplessità sotto un diverso profilo: nei rapporti, cioè, con l'art. 55 sexies, 2° c.³³ e con la nozione di "inefficienza o incompetenza professionale" ivi richiamata. Ci si potrebbe, infatti, chiedere quale sia la differenza tra la nozione di "insufficiente rendimento" di cui all'art. 55 quater, 2° c., e quella di "inefficienza o incompetenza professionale" di cui all'art. 55 sexies, 2° c., posto che, in caso di "insufficiente rendimento" il dipendente deve essere licenziato, mentre, in caso di "inefficienza o incompetenza professionale" è prevista la più "leggera" sanzione del collocamento in disponibilità (nella peggiore delle ipotesi, in caso di inefficienza o incompetenza il dipendente riceverà l'80% della retribuzione per due anni³⁴). Non pare ozioso, quindi, indagare sul perché il legislatore abbia previsto, nella seconda ipotesi, una sanzione più leggera, tanto più se si considera che la sanzione meno grave è applicata ad una condotta che abbia cagionato "grave danno al normale funzionamento dell'ufficio di appartenenza".

Secondo parte della dottrina l'art. 55 sexies sanzionerebbe "l'evento singolo che cagiona un danno al normale funzionamento dell'ufficio ed è imputabile alla inefficienza ovvero alla incompetenza professionale", mentre l'art. 55 quater sanzionerebbe "l'improduttività di lunga durata"³⁵, quand'anche provochi un danno all'amministrazione. Tale lettura suscita, tuttavia, qualche perplessità. Non è, infatti, pacifico che l'art. 55 sexies 2° c. sanzioni "l'evento singolo" (un'inefficienza *una tantum*) che cagioni un danno al funzionamento dell'ufficio, dal momento che deve trattarsi pur sempre di "inefficienza o incompetenza professionale accertate dall'amministrazione ai sensi delle disposizioni

³² Cfr., in particolare, Corte Cost., 14 ottobre 1988, n. 971 e Corte Cost., 6 maggio 1996, n. 141.

³³ "Fuori dei casi previsti nel comma 1, il lavoratore, quando cagiona grave danno al normale funzionamento dell'ufficio di appartenenza, per inefficienza o incompetenza professionale accertate dall'amministrazione ai sensi delle disposizioni legislative e contrattuali concernenti la valutazione del personale delle amministrazioni pubbliche, è collocato in disponibilità, all'esito del procedimento disciplinare che accerta tale responsabilità, e si applicano nei suoi confronti le disposizioni di cui all'articolo 33, comma 8, e all'articolo 34, commi 1, 2, 3 e 4.

³⁴ Cfr. gli artt. 33 e 34 g.lgs. 165/2001

³⁵ URSI, *Alcune considerazioni sul nuovo regime delle sanzioni disciplinari dopo il decreto Brunetta*, cit., 761.

legislative e contrattuali concernenti la valutazione del personale delle amministrazioni pubbliche" (sicché è plausibile che si tratti di comportamenti, anch'essi, che si reiterano nel tempo).

Si potrebbe tentare di distinguere la nozione di insufficiente rendimento (sanzionato con la più aspra sanzione del licenziamento) da quella di inefficienza/incompetenza professionale (sanzionata con il collocamento in disponibilità) sulla base dell'elemento soggettivo, ritenendo che sussiste insufficiente rendimento quando il comportamento sia stato commesso con dolo o colpa grave e inefficienza/incompetenza nel caso in cui la condotta che cagiona danno all'amministrazione sia stata commessa con colpa lieve, o addirittura cagionata non comportamenti attivi ma, si perdoni l'ossimoro, dall'oggettivo status di soggettiva incompetenza. Ma in tal caso è come se freudianamente, il legislatore riconoscesse l'inefficienza della assunzione tramite pubblico concorso: sarebbe data la possibilità che il "migliore", selezionato tramite pubblico concorso, potesse poi risultare talmente incompetente da produrre un danno al funzionamento dell'ufficio.

Con riferimento specifico al meccanismo sanzionatorio previsto dall'art. 55 sexies comma 2, varrà, infine, rilevare che il legislatore ha previsto una anomala procedura sanzionatoria che si innesta sul percorso previsto per le eccedenze di personale (gli artt. 33 comma 8 e 34 commi 1,2,3 e 4) che potrebbe concludersi con il licenziamento ma che si sostanzia nel collocamento in disponibilità del dipendente per 24 mesi durante i quali lo stesso può essere riallocato presso altra amministrazione con possibile adibizione a mansioni e qualifica diverse da quelle possedute (*"Il provvedimento che definisce il giudizio disciplinare stabilisce le mansioni e la qualifica per le quali può avvenire l'eventuale ricollocamento"*). In altri termini, il legislatore ha previsto un procedimento complesso che potrebbe prevedere il "ricollocamento" in mansioni inferiori e dunque con un mutamento definitivo del rapporto di lavoro.

Il legislatore sembra in tal modo risolvere positivamente la dibattuta vicenda circa la legittimità di sanzioni disciplinari che determinano mutamenti definitivi del rapporto.

5. Qualche riflessione sulla responsabilità disciplinare dei dirigenti

Si propone, a conclusione di questo veloce *excursus* sul potere disciplinare dopo la riforma Brunetta, un'ultima, breve, considerazione sulla responsabilità disciplinare dei dirigenti e su quella che potrebbe essere considerata la norma di chiusura del sistema disciplinare: l'art. 55 sexies, c. 3, d.lgs. 165/2001.

Il d.lgs. 150/2009, anzitutto, interviene in materia di responsabilità disciplinare del dirigente tentando di delinearne meglio i contorni rispetto al sistema precedente³⁶. Le principali novità al riguardo sono costituite dalla previsione legislativa di ipotesi di responsabilità disciplinare³⁷ e dalla previsione di sanzioni conservative a carico del dirigente³⁸.

Non potendo, in questa sede, scendere nel dettaglio di tali previsioni e rinviando alla dottrina citata, che si è occupata della natura (dirigenziale o disciplinare) della fattispecie prevista all'art. 21, c. 1-bis del d.lgs. 165/2001, si esaminerà rapidamente il disposto di cui all'art. 55 sexies, 3° c., ai sensi del quale "Il mancato esercizio o la decadenza dell'azione disciplinare, dovuti all'omissione o al ritardo, senza giustificato motivo, degli atti del procedimento disciplinare o a valutazioni sull'insussistenza dell'illecito disciplinare irragionevoli o manifestamente infondate, in relazione a condotte aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare, comporta, per i soggetti responsabili aventi qualifica dirigenziale, l'applicazione della sanzione disciplinare della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione in proporzione alla gravità dell'infrazione non perseguita, fino ad un massimo di tre mesi in relazione alle infrazioni sanzionabili con il licenziamento, ed altresì la mancata attribuzione della retribuzione di risultato per un importo pari a quello spettante per il doppio del periodo della durata della sospensione".

Come si è detto sopra, valutazione e sanzione disciplinare costituiscono due facce della stessa medaglia. Ciò è ulteriormente messo in luce dalla disposizione in esame, che pare fare da *pendant* all' art. 21, c. 1-bis: il dirigente ha l'obbligo di valutare e, parallelamente, l'obbligo di sanzionare.

³⁶ Caratterizzato, come è noto, da un (appena accennato) riferimento alla responsabilità disciplinare del dirigente, con rinvio alla disciplina del contratto collettivo (art. 21 d.lgs. 165/2001, vecchio testo) e dalla assenza di sanzioni conservative comminabili al dirigente;

³⁷ Oltre il citato art. 55 sexies 3° c., l'art. 55 bis, 7° c. e l'art. 55 septies, 6° c.; sul punto MATTEINI, NICOSIA, *Le responsabilità dirigenziali e disciplinari del dirigente pubblico nella riforma Brunetta: due rette parallele destinate ad incontrarsi?* in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA (a cura di), *Diritto del lavoro*, Vol. III, *Il lavoro pubblico*, Giuffrè, 2010

³⁸ Previste non solo dalla fonte legislativa, ma, adesso, anche dalla contrattazione collettiva; *amplius* CARUSO, *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità*, cit., 34.

Tale disposizione, che (ricordando l'obbligatorietà dell'azione penale) pare confermare la lettura "tendenzialmente pubblicistica" della riforma del potere disciplinare sopra proposta³⁹, suscita alcune perplessità con riferimento alla natura della responsabilità ivi prevista. Sebbene il legislatore qualifichi la responsabilità per mancato esercizio del potere disciplinare come responsabilità disciplinare, la fattispecie in esame pare avvicinarsi, condividendone molte delle peculiarità, alla responsabilità dirigenziale. A tale riflessione conducono, infatti, svariati dati:

- uno dei principali criteri di distinzione della responsabilità disciplinare da quella dirigenziale è stato individuato nel fatto che la prima attiene al contratto di base, mentre la seconda attiene al contratto di incarico⁴⁰. Orbene, l'omissione o il ritardo degli atti del procedimento (di cui parla la norma), così come le valutazioni sulla sussistenza dell'illecito costituiscono violazioni connesse all'incarico⁴¹, più che al contratto di lavoro base;

- un altro indice caratterizzante la responsabilità dirigenziale sarebbe costituito dal fatto che essa è azionata "solo a seguito dell'esperimento di una procedura di valutazione che ne rappresenta l'antecedente procedimentale necessario, mentre la responsabilità disciplinare può essere contestata al dirigente in qualunque momento della esecuzione della propria prestazione lavorativa"⁴². Orbene, l'art.55 sexies, 3° c. sanziona il dirigente con la "mancata attribuzione della retribuzione di risultato per un importo pari a quello spettante per il doppio del periodo della durata della sospensione". Per applicare tale sanzione, tuttavia, occorre conoscere l'importo della retribuzione di risultato

³⁹ V. anche *infra*,

⁴⁰ MATTEINI, NICOSIA, *Le responsabilità dirigenziali e disciplinari del dirigente pubblico nella riforma Brunetta: due rette parallele destinate ad incontrarsi?*, cit.

⁴¹ Salvo, tuttavia, il dovere, anche per il responsabile non avente qualifica dirigenziale, di trasmettere gli atti, ai sensi dell'art. 55, 3° c., all'ufficio per i procedimenti disciplinari.

⁴² NICOSIA, *La gestione della performance dei dirigenti pubblici: an, quando, quis e quomodo della "misurazione" e "valutazione" individuale*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 103/2010, in www.lex.unict.it ed in corso di pubblicazione in CARINCI F., MAINARDI, (a cura di), *La terza riforma del lavoro nelle pubbliche amministrazioni commentario al decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150*, Milano, Ipsoa, 2010.

“spettante”, il che significa, verosimilmente, che tale sanzione non potrà essere applicata se non previo esperimento della procedura di valutazione (sicché anche tale caratteristica la dovrebbe avvicinare alle caratteristiche della responsabilità disciplinare);

- se, nei due punti precedenti, si è cercato di evidenziare che il legislatore qualifica come responsabilità disciplinare un'ipotesi che presenta i tratti tipici della responsabilità dirigenziale, in questa terza, e conclusiva argomentazione, occorre sottolineare, per converso, l'assenza, nell'ipotesi di responsabilità ex art 55 sexies 3° c., di uno degli elementi fondamentali della responsabilità disciplinare: il principio di proporzionalità ex art. 2106 c.c. La norma in esame è, infatti, interessante (facendo propendere per una natura non disciplinare, ma, quantomeno, ibrida della fattispecie sanzionata), perché prevede una sorta di “annacquamento” del principio di proporzionalità. La proporzionalità non è, infatti, riferita alla gravità dell'infrazione commessa dal dirigente, ma alla gravità dell'infrazione non perseguita.

La responsabilità ex art. 55 sexies, comma 3, pertanto, presenta quelli che sono stati individuati come “indici qualificatori” della responsabilità dirigenziale. Tali considerazioni inducono a dubitare, conseguentemente, sulla natura disciplinare della responsabilità prevista dalla norma in esame e fanno propendere per una natura dirigenziale della responsabilità prevista dal comma 3 dell'art. 55 sexies⁴³.

6. Conclusioni

L'analisi della riforma sopra tratteggiata induce, pur nella consapevolezza che è ancora presto per trarre delle nette conclusioni, ad alcune considerazioni di sintesi circa il nuovo ruolo che il decreto Brunetta intende assegnare allo strumento disciplinare.

⁴³ La responsabilità prevista dalla norma è, ad ogni modo, piuttosto “chimerica”, sicché non si presta ad un'interpretazione lineare sulla sua natura. Si pensi, ad esempio, alla eterogeneità delle sanzioni previste: la sospensione dal servizio con privazione della retribuzione base (che pare legata al contratto di base e fa propendere per la natura disciplinare della responsabilità del dirigente) e la mancata attribuzione della retribuzione di risultato (che, per converso, è legata all'incarico dirigenziale e, come detto, sembra seguire il paradigma della responsabilità dirigenziale sopra tratteggiato).

Nel settore pubblico, come in quello privato, la sanzione disciplinare ha essenzialmente due funzioni, una operante *ex post* ed una operante *ex ante*. Il potere disciplinare interviene *ex post* (una volta compiuto e accertato il comportamento "disciplinarmente" rilevante) ed interviene in chiave preventiva, *ex ante*, al fine di "*diffidare* [il lavoratore] *dal compimento di ulteriori violazioni*"⁴⁴. Si potrebbe definire tale seconda funzione, mutuando alcuni concetti di diritto penale, come finalità "special-preventiva" della sanzione disciplinare, in quanto volta ad evitare che il lavoratore commetta nuovamente l'infrazione sanzionata.

A tali funzioni, la riforma Brunetta ne aggiunge una terza, anch'essa operante *ex ante*, ma in chiave di "prevenzione generale". La riforma è, infatti, costellata di norme "manifesto" aventi finalità deterrenti (il cd. "effetto annuncio", che ha funzione di *prevenzione generale negativa*). Inoltre, l'impressione che si riceve da una lettura complessiva della riforma del potere disciplinare è che quest'ultimo acquisisce finalità "pedagogiche", educative, morali (la cd. *prevenzione generale positiva*), di "orientamento culturale" nei confronti della generalità dei lavoratori (dirigenti compresi come si è visto)⁴⁵: il perseguimento dell'efficienza della pubblica amministrazione passa, dunque, attraverso il rafforzamento dell'efficacia preventiva della sanzione disciplinare, sia in chiave deterrente sia in chiave pedagogica, nei confronti della generalità dei dipendenti pubblici.

Con la riforma Brunetta, dunque, il potere disciplinare lascia intravedere le proprie venature pubblicistiche. Ciò pare porsi in contraddizione rispetto ai proclami che hanno accompagnato la riforma: l'efficienza dell'amministrazione, che parrebbe richiamare paradigmi privatistici, aziendalistici (nei sistemi di valutazione della *performance*), viene, poi, declinata in chiave di interesse pubblico. Al dirigente pubblico, sul quale grava l'obbligo di esercitare l'azione disciplinare (art 55 sexies, comma 3), è impedito, in tal modo, di esercitare il potere disciplinare armonizzandolo con il perseguimento dell'efficienza, poiché non gli è consentito di valutare le ricadute (sul piano dell'efficienza) dell'esercizio del potere disciplinare in quanto esso va obbligatoriamente esercitato⁴⁶.

⁴⁴ Cass., 17 agosto 2001, n. 11153.

⁴⁵ Sulla prevenzione generale e speciale nel diritto penale v. FIANDACA- MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2008, e bibliografia ivi citata.

⁴⁶ Cfr. CARUSO B., *Gli esiti regolativi della "riforma Brunetta" (come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni)*, cit., che fa notare come "il dirigente che non persegue le condotte disciplinarmente illecite produce un danno all'amministrazione (una

Ancora una volta è messa alla prova la capacità della dirigenza pubblica di garantire la tenuta del sistema e di assicurare l'attuazione di una riforma che, tuttavia, manifesta già molti elementi contraddittori. Pur nella permanenza della cornice contrattualistica, infatti, il potere disciplinare subisce, dopo la riforma Brunetta, una "torsione nel senso di una sua connotazione pubblicistica e a-contrattuale"⁴⁷. I dirigenti sono, in tale contesto, chiamati a gestire questa "*coincidentia oppositorum*", a far convivere, cioè, l'anima privatistica e aziendalistica della riforma con l'anima arcigna e pubblicistica. Ancora una volta i dirigenti pubblici, parafrasando un pensiero espresso più di dieci anni fa, ma ancora attualissimo, "sono insieme oggetto e soggetto"⁴⁸ della riforma del potere disciplinare: ad essi è affidato il compito di rendere effettivo l'esercizio del potere disciplinare riformato (in questo senso sono protagonisti, soggetto della riforma); eppure la riforma del potere disciplinare li riguarda anche come oggetto, perché, se non esercitano il potere disciplinare, questo gli si ritorce contro, per così dire. I dirigenti, in conclusione, nel sistema disciplinare riformato, agiscono con la tecnica del bastone e della carota e, al tempo stesso, la subiscono.

Riferimenti bibliografici essenziali

- ALAIMO, *La contrattazione collettiva nel settore pubblico tra vincoli, controlli e "blocchi": dalla "riforma Brunetta" alla "manovra finanziaria" 2010*, in LPA, 2010, 2.
- ALESSI, *Il potere disciplinare nel pubblico impiego riformato*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1994, 45.
- BAVARO, *Il potere disciplinare*, in CARABELLI, CARINCI M. T. (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari, Cacucci, 2010.
- BIANCO, *Guida pratica alla riforma Brunetta*, Milano, Il Sole 24 ore, 2009.
- BONURA- CARUSO G., *La nuova disciplina della responsabilità disciplinare del dipendente pubblico e la lotta all'assenteismo*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 105/2010, in www.lex.unict.it.

sorta di presunzione *iuris et de jure* di danno, del tutto assente nel settore privato, dove l'imprenditore decide discrezionalmente di esercitare il potere disciplinare sulla base di una valutazione di vantaggi e svantaggi per l'organizzazione)".

⁴⁷ *Ibidem*

⁴⁸ D'ANTONA, *Il ruolo della dirigenza nei processi di riforma*, in CARUSO, SCIARRA (a cura di), *Opere*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 2000, p.205.

- BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, in ZOPPOLI, *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009.
- CARABELLI, *La 'riforma Brunetta': un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT - 101/2010, in www.lex.unict.it.
- CARUSO B., *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (Il ridisegno della governance nella p.a. italiane)*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT - 104/2010, in www.lex.unict.it.
- CARUSO B., *Gli esiti regolativi della riforma Brunetta (come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni.)*, in LPA, 2010, 2.
- GRANDELLI- ZAMBERLAN, *Il nuovo procedimento disciplinare nella riforma Brunetta*, in *Risorse umane nella pubblica amministrazione*, 2010, 1.
- HINNA, . *La direzione del personale nelle pubbliche amministrazioni*, Milano, Ipsoa, 2007.
- KRANZ, *I due Codici disciplinari nel nuovo sistema del decreto attuativo n. 150/2009*, in *Azienditalia*, 2009, 12
- LOSTORTO, *Il Nuovo Procedimento Disciplinare (artt. 67-70)*, in TIRABOSCHI, VERBARO *La Nuova Riforma del Lavoro Pubblico. Commento alla Legge 4 marzo 2009, n.15 e al decreto legislativo 27 ottobre 2009, n.150*, Milano, Giuffrè, 2010.
- MAINARDI, *La responsabilità e il potere disciplinare*, in CARINCI F., ZOPPOLI, *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Commentario*, Torino, Utet, 2004.
- MAINARDI, *Il sistema disciplinare nelle autonomie locali: un cantiere aperto*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT - 53/2007, in www.lex.unict.it.
- MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1957.
- MATTARELLA, *La responsabilità disciplinare*, in *GDA*, 2010, 1.
- MATTEINI, NICOSIA, *Le responsabilità dirigenziali e disciplinari del dirigente pubblico nella riforma Brunetta: due rette parallele destinate ad incontrarsi?* in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA (a cura di), *Diritto del lavoro*, Vol. III, *Il lavoro pubblico*, Giuffrè, 2010.
- NICOSIA, *Il polimorfismo delle dirigenze pubbliche e la "buona" amministrazione*, in *QDLRI*, 2008, 31.
- NICOSIA, *La valutazione della prestazione dirigenziale e le relative responsabilità. La responsabilità dirigenziale e la responsabilità disciplinare*, IN CARABELLI, CARINCI M. T. (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari, Cacucci, 2010

- NICOSIA, *La gestione della performance dei dirigenti pubblici: an, quando, quis e quomodo della "misurazione" e "valutazione" individuale*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 103/2010, in www.lex.unict.it ed in corso di pubblicazione in CARINCI F., MAINARDI, (a cura di), *La terza riforma del lavoro nelle pubbliche amministrazioni commentario al decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150*, Milano, Ispoa, 2010.
- NICOSIA, *I dirigenti pubblici nella riforma Brunetta: più controllori o più controllati?*, in LPA, 2010, 2.
- PICCININI, *Il potere disciplinare*, in QDLRI, 1995, 16.
- PRIMICERIO, *Responsabilità dirigenziale e responsabilità disciplinare nel sistema della dirigenza medica del s.s.n.*, in RAGIUSAN, 2009, 26.
- RICCARDI, *Il codice di condotta nel sistema del lavoro pubblico contrattualizzato*, in LPA, 2002, 3
- TALAMO, *La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 96/2010, in www.lex.unict.it
- TENORE, *Il procedimento disciplinare dopo i contratti collettivi del quadriennio normativo 2002-2005*, in LPA, 2003, 5.
- URSI, *Alcune considerazioni sul nuovo regime delle sanzioni disciplinari dopo il decreto Brunetta*, in LPA, 2009, 5.
- ZOPPOLI L., *Potere disciplinare e unificazione normativa del lavoro*, in QDLRI, 1991, 9.