



Università degli Studi di Catania
Facoltà di Giurisprudenza

Harald Bonura - Giuseppe Caruso

La nuova disciplina della responsabilità disciplinare del dipendente pubblico e la lotta all'assenteismo

WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 105/2010



© Harald Bonura – Giuseppe Caruso 2010
Foro di Catania
bonura.harald@gmail.com
Tar Reggio Calabria
giuseppe.caruso@giustizia-amministrativa.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

La nuova disciplina della responsabilità disciplinare del dipendente pubblico e la lotta all'assenteismo

Harald Bonura - Giuseppe Caruso* **
Foro di Catania – TAR Reggio Calabria

1. Il quadro d'insieme.	3
2. Il previgente quadro normativo.	4
2.1. Sulla responsabilità disciplinare in generale.	4
2.2. Sul rapporto tra giudizio penale e procedimento disciplinare nella precedente disciplina.....	8
2.3 Un quadro con forti luci (teoriche) e molte ombre (reali). ..	14
3. Il sistema disciplinare dopo la terza riforma del lavoro pubblico.	15
3.1. L'ambito di applicazione e il rapporto tra le fonti: una ri-legificazione centralizzante.	15
3.2 Le sanzioni "automaticamente" disciplinari previste dal legislatore.....	18
3.3 La sanzione da "mancata sanzione" e le altre sanzioni, disciplinari e non.....	20
3.4 I soggetti e le fasi del procedimento disciplinare.....	22
3.4.1 Il procedimento semplificato.	23
3.4.2 Il procedimento complesso.	23

* Il presente saggio è destinato ad una pubblicazione per conto dell'ANCI curata da F. Pizzetti e F. Bassanini

** Il presente scritto è frutto di un lavoro condiviso. Tuttavia, i paragrafi 1, 2, 3.1, 3.2 e 3.6 sono attribuirsi ad Harald Bonura, mentre i restanti a Giuseppe Caruso. Le conclusioni, infine, sono da attribuire a entrambi gli autori.

3.4.3 Norme di semplificazione e norme "varie" comuni ai due procedimenti.	24
3.5 Le impugnazioni: <i>requiem</i> per i collegi arbitrali di disciplina.	25
3.6 I rapporti tra procedimento disciplinare e giudizio penale. .	26
4. La lotta ai fannulloni e la guerra all'assenteismo: tutela dell'efficienza o riduzione delle tutele?.....	28
5. Conclusioni.	31

1. Il quadro d'insieme.

Merito e disciplina. Il complesso architrave ideologico⁽¹⁾ della c.d. "riforma Brunetta" poggia su due piedritti – merito (*rectius*, valutazione e premialità del merito) e disciplina, appunto – le cui solidità e tenuta sono direttamente correlate all'efficacia della medesima.

In altri termini, soltanto il sapiente ed efficiente dosaggio di ambedue gli strumenti, premiali e disciplinari⁽²⁾, su cui ha più profondamente inciso l'intervento riformatore, potrà consentire la buona riuscita del processo applicativo che ne costituisce l'essenza⁽³⁾.

In particolar modo, la riforma del sistema disciplinare – cui è dedicato l'intero Capo V (recante "Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici") del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150 – persegue l'obiettivo di potenziare il livello di efficienza degli uffici pubblici contrastando i fenomeni di scarsa produttività ed assenteismo⁽⁴⁾.

La particolare sensibilità maturata nell'opinione pubblica sul tema della ridotta produttività dei dipendenti pubblici⁽⁵⁾ – in uno con la obiettiva fragilità (e gli scarsi risultati, sul punto) del previgente sistema

(1) Sul rapporto tra "ideologie" e "tecniche" nel lungo e ultradecennale processo di riforma del lavoro pubblico, si veda L. Zoppoli, "La riforma del lavoro pubblico dalla 'deregulation' alla 'meritocrazia': quale continuità?", in *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, di L. Zoppoli (a cura di), 2009, Napoli, 1 ss..

(2) La "carota" e il "bastone", secondo l'immagine cara al ministro proponente, e a cui si sono ampiamente rifatti tutti i primi commentatori.

(3) Chi scrive condivide la considerazione che << l'esperienza ci ha insegnato che la riforma del lavoro pubblico è un processo applicativo più che un obiettivo legislativo, vive nelle realtà organizzative più che nei testi organici onnicomprensivi. Perciò un limite che il legislatore deve porsi sta proprio nel non rendere il dosaggio delle leve tecniche ancillare rispetto all'ideologia che consente l'approvazione di una nuova legge di riforma >> (L. Zoppoli, "La riforma del lavoro pubblico dalla 'deregulation' alla 'meritocrazia': quale continuità?", cit., 11). Per una critica "radicale" al ricorso allo strumento legislativo, si veda G. Capano, "Come sempre si legifera invece di governare", in *Risorse Umane nella Pubblica Amministrazione*, 2009, 7-8, 125 ss..

(4) Così l'art. 7, c. 1, l. 4 marzo 2009, n. 15 e l'art. 67, c. 1, d.lgs. 150/09. Va sottolineato, tuttavia, che il decreto legislativo, quantomeno a livello lessicale, ha corretto l'impropria correlazione diretta (già sottolineata da G. Ferraro, "Prove generali di riforma del lavoro pubblico", in *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali (DLRI)*, 2009, 257) tra scarsa produttività e pratiche disciplinari, trasformando il "contrasto dei fenomeni di scarsa produttività e assenteismo" da strumento servente l'obiettivo di efficienza a obiettivo autonomo e ulteriore rispetto a questo.

(5) Si pensi solo alla vasta eco suscitata, nell'estate del 2006, dagli interventi di P. Ichino, pubblicati dal Corriere della Sera, contro "i fannulloni" nelle pubbliche amministrazioni (oggi consultabili in http://www.pietroichino.it/wp-content/uploads/2008/03/06_diariominimo06.doc), e poi raccolti e sviluppati in P. Ichino, "I nullafacenti. Perché e come reagire alla più grave ingiustizia della nostra amministrazione pubblica", Milano, 2006.

normativo – ha provocato un intervento radicale al punto da apparire punitivo⁽⁶⁾.

Non a caso, la scelta del legislatore delegato è stata quella di non limitarsi a interventi integrativi e/o correttivi, ma di procedere alla integrale sostituzione della precedente normativa.

Di più.

Non soltanto l'art. 55 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Testo Unico delle Leggi sul Pubblico Impiego o TUPI) è stato interamente sostituito, ma sono stati aggiunti al medesimo decreto altri otto articoli (dal 55-*bis* al 55-*novies*); l'art. 56 è stato soppresso, mentre l'art. 60 è stato modificato; è stata introdotta una nuova norma (l'art. 154-*ter*) al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271; sono state soppresse diverse norme⁽⁷⁾ e, infine, ne sono state dettate alcune di carattere transitorio.

Emergono subito evidenti, quindi, anche per quest'area d'intervento, i caratteri tipici della riforma Brunetta: un'intensa legificazione (o rilegificazione) della materia, a scapito dell'autonomia contrattuale; una ricentralizzazione delle fonti; la responsabilizzazione della dirigenza (in molti casi, da intendersi più come previsione di ipotesi di responsabilità, anche disciplinare, che come allargamento della sfera di autonomia e competenza); una incipiente sfiducia nella capacità di auto-evoluzione della struttura burocratica; la divaricazione tra l'intento dichiarato di accelerare la "*convergenza degli assetti regolativi del lavoro pubblico con quelli del lavoro privato*"⁽⁸⁾ e la crescente specializzazione dei regimi regolativi del lavoro pubblico.

2. Il previgente quadro normativo.

2.1. Sulla responsabilità disciplinare in generale.

Al fine di meglio comprendere la portata effettivamente innovativa della "riforma Brunetta", può apparire utile tratteggiare rapidamente le caratteristiche della previgente disciplina in materia di responsabilità disciplinare del dipendente pubblico, non senza segnalare che il giudizio di inadeguatezza della medesima era generalizzato, finendo per il

⁽⁶⁾ Così F. Carinci, "*La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo governo Berlusconi: dalla legge 133/2008 alla legge n. 15/2009*", in DLRI, 2009, 951.

⁽⁷⁾ L'art. 72, d.lgs. 150/09, ha abrogato le seguenti disposizioni: l'art. 71, commi 2 e 3, del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 113; gli articoli da 502 a 507 del decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297 e, come detto, l'art. 56 del d.lgs. 165/2001. Il medesimo articolo, poi, ha soppresso alcune parole del comma 4 dell'art. 5 della legge 27 marzo 2001, n. 97.

⁽⁸⁾ Art. 2, c. 1, lett. a), l. 15/09.

costituire uno dei punti di maggiore criticità dell'intero sistema, anche e soprattutto nella percezione dell'opinione pubblica⁽⁹⁾.

La principale caratteristica della precedente regolazione, come sottolineato dalla dottrina più attenta⁽¹⁰⁾, era senz'altro costituita dalla sostanziale omogeneità, sul piano delle fonti e dei profili sostanziali, tra la disciplina privatistica e quella per il lavoro pubblico.

Non a caso, l'art. 55 prevedeva, in apertura, il rinvio – anche per i dipendenti pubblici – all'art. 2106 c.c.⁽¹¹⁾ e all'art. 7 dello Statuto dei lavoratori⁽¹²⁾, in altre parti formalizzando principi altrimenti elaborati – sempre in relazione al settore privatistico⁽¹³⁾ – soltanto a livello giurisprudenziale⁽¹⁴⁾.

⁽⁹⁾ Si vedano, ad esempio, C. Deodato-F. Frettoni, *"La riforma Brunetta: le nuove regole del lavoro pubblico"*, Roma, 2009, i quali, sottolineato il comune giudizio di scarsa efficacia dell'apparato sanzionatorio previgente, ne tentano un elenco di difetti: << scarsa tempestività dell'intervento disciplinare, lentezza dei procedimenti, farraginosità delle fattispecie, debolezza sanzionatoria, precarietà giuridica dei provvedimenti disciplinari in relazione ad aspetti formali più che sostanziali >> (p. 69).

⁽¹⁰⁾ F. Borgogelli, *"La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico"*, in *"Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico"*, L. Zoppoli (a cura di), cit., 404 ss..

⁽¹¹⁾ A mente del quale, << L'inosservanza delle disposizioni contenute nei due articoli precedenti può dar luogo alla applicazione di sanzioni disciplinari, secondo la gravità dell'infrazione >>. I due articoli precedenti – ossia gli artt. 2104 e 2105 – sono dedicati, rispettivamente, agli obblighi di diligenza (<< Il prestatore di lavoro deve usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta, dall'interesse dell'impresa e da quello superiore della produzione nazionale. Deve inoltre osservare le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende >>) e di fedeltà (<< Il prestatore di lavoro non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore, né divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, o farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio >>) del lavoratore.

⁽¹²⁾ E sia pure limitatamente ai commi 1, 5 e 8 del medesimo, in tema, rispettivamente, di fonti e pubblicità del potere disciplinare; di termini di "raffreddamento" prima dell'irrogazione della sanzione; di termine massimo di efficacia delle sanzioni.

⁽¹³⁾ Ma per la pacifica applicazione anche al settore pubblico contrattualizzato, si vedano, *ex aliis*, Tar Lombardia, Milano, sez. III, 18 luglio 2007, n. 5431; Consiglio di Stato, sez. IV, 14 marzo 2005, n. 1045.

⁽¹⁴⁾ Si guardi, ad esempio, al riferimento – al comma 5 dell'art. 55 (vecchio testo) – alla necessaria "tempestività" della contestazione dell'addebito, secondo quella giurisprudenza, consolidata, in forza della quale << benché questo art. 7 non prescriva espressamente l'immediatezza della contestazione, ossia la sua formulazione subito dopo l'accertamento del fatto illecito, questa Corte ha da tempo ravvisato la corrispondente regola sulla base di interpretazione non letterale ma sistematica. (...) La contestazione formulata a notevole distanza di tempo dal fatto addebitato può fondare la presunzione di mancanza di concreto interesse del datore di lavoro all'esercizio del potere di recesso (Cass. 23 giugno 1999 n. 6408) o, e in altre parole, di pretestuosità del motivo addotto. Questa ragione giustificativa della regola di immediatezza della contestazione è pressoché coincidente con quella che connette l'onere di tempestività al principio di buona fede oggettiva e più specificamente al dovere di non vanificare la consolidata aspettativa, generata nel lavoratore, di rinuncia

Allo stesso modo, la norma – in linea con il sistema di riparto delle competenze nel settore privatistico – rimetteva integralmente all'autonomia collettiva l'individuazione della tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni⁽¹⁵⁾; e la vasta produzione contrattuale – nonché il maggiore spazio riservato all'autonomia collettiva dal mancato richiamo, da parte dell'art. 55 (vecchia versione) del comma 4 dell'art. 7 della l. 300/70⁽¹⁶⁾ – ha consentito anche di risolvere i dubbi legati all'esatto ruolo dei codici disciplinari, nonché del codice di comportamento previsto dall'art. 54 e da recepire nei contratti⁽¹⁷⁾.

In altri termini, l'autonomia collettiva si è fatta compiutamente carico di recepire il codice di comportamento, nonché di dettare un'ampia e dettagliata disciplina in materia di tipologia delle infrazioni e di sanzioni,

all'esercizio del potere disciplinare. Si tratta di una sorta di decadenza dal potere (nel sistema tedesco: Verwirkung), derivante dalla violazione del più generale divieto di venire contra factum proprium (vedi Cass. 10 novembre 1997 n. 11095). In ogni caso la regola in discorso dev'essere intesa in senso relativo ossia tenendo conto delle ragioni oggettive che possono ritardare la percezione o il definitivo accertamento e valutazione dei fatti contestati, soprattutto quando il comportamento del lavoratore consista in una serie di fatti che, convergendo a comporre un'unica condotta, esigono una valutazione unitaria: in tal caso l'intimazione del licenziamento può seguire l'ultimo di questi fatti, anche ad una certa distanza temporale dai fatti precedenti (Cass. 1 aprile 2000 n. 3948, 6 settembre 2007 n. 18711, 20 ottobre 2007 n. 22066, con riferimento all'incolpazione per reiterato uso del telefono aziendale per fini personali, 1 gennaio 2008 n. 282, 27 marzo 2008 n. 7983). Da aggiungere che il prudente indugio del datore di lavoro, ossia la ponderata e responsabile valutazione dei fatti può e deve precedere la contestazione anche nell'interesse del prestatore di lavoro, che sarebbe palesemente colpito da incolpazioni avventate o comunque non sorrette da una sufficiente certezza da parte del datore di lavoro (Cass. 11 gennaio 2006 n. 241, 18 gennaio 2007 n. 1101) >> (Cass. Civ., sez. lav., 17 settembre 2008, n. 23739).

⁽¹⁵⁾ Per una disamina della disciplina dettata, in materia disciplinare (o per alcuni aspetti di essa), dai contratti collettivi, si veda N. M. Gabigliani, "Le novità attinenti alle disposizioni disciplinari nel nuovo contratto nazionale Regioni-Enti locali", in Rivista dell'Impiego e della Dirigenza Pubblica, 2008, 3, 1 ss.; L. Montesarchio, "Sanzioni conservative previste dal contratto collettivo (nota a sentenza Cass. Civ., sez. lav., 20 marzo 2007, n. 6621)", in Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, 2007, 11, 1125; V. Tenore, "Gli illeciti disciplinari nel pubblico impiego", Roma, 2007; C. Ricupati, "Le norme disciplinari nel nuovo contratto collettivo nazionale del personale degli enti locali", in Rassegna Amministrativa Siciliana, 2004, 1, 316 ss.; N. Ghirardi, "Questioni in materia di termine imposto dai contratti collettivi per l'adozione di provvedimenti disciplinari", in Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, 2004, 3, 613 ss.; V. Tenore, "La sospensione cautelare del lavoratore nel pubblico impiego privatizzato dopo il contratto collettivo nazionale di lavoro del comparto ministeri 2002-2005", in Giustizia Civile, 2004, 1, 21 ss.; V. Tenore, "Il procedimento disciplinare dopo i contratti collettivi del quadriennio normativo 2002-2005", in Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni (LPA), 2003, 5, 853 ss..

⁽¹⁶⁾ Sul punto, F. Borgogelli, "La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico", cit., 405.

⁽¹⁷⁾ R. Nunin, "I codici di comportamento", in F. Carinci, L. Zoppoli (a cura di), "Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni", Torino, 2004, 827 ss..

con ciò rendendo soltanto teorica la disputa relativa alla possibilità di configurare – alla stregua di infrazioni disciplinari – comportamenti non previsti dai codici disciplinari⁽¹⁸⁾.

Se per questi aspetti, dunque, non erano ravvisabili margini di differenziazione rispetto al lavoro privato, la specialità poteva potenzialmente esplicitarsi in relazione al procedimento, dal momento che la normativa aveva espressamente escluso qualsiasi richiamo ai commi 2, 3, 6 e 7 dell'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori; norme dedicate, appunto, alla regolamentazione del procedimento⁽¹⁹⁾.

In realtà, tanto le norme legali di cui all'art. 55 (vecchio testo), quanto quelle contrattuali, hanno disegnato un modello procedimentale non dissimile da quello privato.

In particolare:

- a) quanto al soggetto competente all'irrogazione della sanzione disciplinare, si distinguevano due ipotesi; nei casi più lievi (rimprovero verbale o censura), a provvedere era chiamato il capo della struttura presso cui il dipendente presta la propria attività; negli altri casi, l'individuazione dell'ufficio competente spettava a ciascuna amministrazione, in ragione del proprio ordinamento interno;
- b) la procedura si snodava attraverso le fasi tipiche del "giusto procedimento": "tempestiva"⁽²⁰⁾ contestazione dell'addebito;

⁽¹⁸⁾ Un residuo margine di discrezionalità ricade in capo alle amministrazioni pubbliche per effetto dell'indicazione, da parte dei codici disciplinari, dei soli criteri generali da applicare per l'individuazione della tipologia e dell'entità delle singole sanzioni, da graduare nel rispetto dei principi di gradualità e proporzionalità.

⁽¹⁹⁾ Comma 2: << Il datore di lavoro non può adottare alcun provvedimento disciplinare nei confronti del lavoratore senza avergli preventivamente contestato l'addebito e senza averlo sentito a sua difesa >>.

Comma 3: << Il lavoratore potrà farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato >>.

Comma 6: << Salvo analoghe procedure previste dai contratti collettivi di lavoro e ferma restando la facoltà di adire l'autorità giudiziaria, il lavoratore al quale sia stata applicata una sanzione disciplinare può promuovere, nei venti giorni successivi, anche per mezzo dell'associazione alla quale sia iscritto ovvero conferisca mandato, la costituzione, tramite l'ufficio provinciale del lavoro e della massima occupazione, di un collegio di conciliazione ed arbitrato, composto da un rappresentante di ciascuna delle parti e da un terzo membro scelto di comune accordo o, in difetto di accordo, nominato dal direttore dell'ufficio del lavoro. La sanzione disciplinare resta sospesa fino alla pronuncia da parte del collegio >>.

Comma 7: << Qualora il datore di lavoro non provveda, entro dieci giorni dall'invito rivoltogli dall'ufficio del lavoro, a nominare il proprio rappresentante in seno al collegio di cui al comma precedente, la sanzione disciplinare non ha effetto. Se il datore di lavoro adisce l'autorità giudiziaria, la sanzione disciplinare resta sospesa fino alla definizione del giudizio >>.

⁽²⁰⁾ V. nota 14.

- necessità della forma scritta della stessa; diritto di contraddittorio; termini minimi tra la contestazione dell'addebito, l'esercizio del diritto di difesa e l'irrogazione della sanzione⁽²¹⁾;
- c) era prevista – sia pure in modo assai scarno – un'ipotesi conciliativa di riduzione della sanzione (c.d. "patteggiamento") applicabile a fronte della rinuncia all'impugnazione della medesima (comma 6, art. 55, vecchia versione);
- d) sempre in materia di conciliazione, si prevedeva che – in assenza di diverse previsioni della contrattazione collettiva – il dipendente, entro venti giorni dall'applicazione della sanzione, potesse impugnarla, anche per il tramite di un procuratore o della propria associazione sindacale, davanti al "collegio arbitrale di disciplina" dell'amministrazione di appartenenza; il collegio avrebbe dovuto adottare la propria decisione entro novanta giorni, ferma restando la sospensione, nelle more, dell'efficacia della sanzione irrogata. La composizione e il funzionamento dei collegi arbitrali erano disciplinati dai commi 8 e 9 dell'art. 55⁽²²⁾.

2.2. Sul rapporto tra giudizio penale e procedimento disciplinare nella precedente disciplina.

Un punto assai delicato era, invece, costituito dal rapporto tra procedimento disciplinare e procedimento penale⁽²³⁾.

Come è noto, l'art. 117 del Dpr 10 gennaio 1957, n. 3 (oggi applicabile al solo lavoro pubblico c.d. "non contrattualizzato"⁽²⁴⁾), ma, a

⁽²¹⁾ Per il comma 5 dell'art. 55 (vecchia versione), << trascorsi inutilmente quindici giorni dalla convocazione per la difesa del dipendente, la sanzione viene applicata nei successivi quindici giorni >>.

⁽²²⁾ Comma 8: << Il collegio arbitrale si compone di due rappresentanti dell'amministrazione e di due rappresentanti dei dipendenti ed è presieduto da un esterno all'amministrazione, di provata esperienza e indipendenza. Ciascuna amministrazione, secondo il proprio ordinamento, stabilisce, sentite le organizzazioni sindacali, le modalità per la periodica designazione di dieci rappresentanti dell'amministrazione e dieci rappresentanti dei dipendenti, che, di comune accordo, indicano cinque presidenti. In mancanza di accordo, l'amministrazione richiede la nomina dei presidenti al presidente del tribunale del luogo in cui siede il collegio. Il collegio opera con criteri oggettivi di rotazione dei membri e di assegnazione dei procedimenti disciplinari che ne garantiscono l'imparzialità >>.

Comma 9: << Più amministrazioni omogenee o affini possono istituire un unico collegio arbitrale mediante convenzione che ne regoli le modalità di costituzione e di funzionamento nel rispetto dei principi di cui ai precedenti commi >>.

⁽²³⁾ Un'impostazione originale del tema, si trova in R. Nobile, "L'interferenza fra procedura disciplinare e processo penale: la sentenza assolutoria, la sentenza di condanna e la sentenza di patteggiamento", in www.lexitalia.it.

⁽²⁴⁾ << L'art. 117, infatti, fa parte del corpo di norme che disciplina il rapporto di pubblico impiego del personale in regime di diritto pubblico >> anche in funzione di integrazione delle singole discipline di settore (Cons. Stato, Ad. Pl., 29 gennaio 2009, n. 1).

lungo, unica norma di portata generale in materia) prevede una duplice opzione:

- a) per l'ipotesi in cui, per il fatto da addebitare, sia stata avviata un'azione penale, allora è inibita la promozione del procedimento disciplinare;
- b) laddove, invece, l'azione penale sia stata avviata successivamente alla promozione del procedimento disciplinare, quest'ultimo deve essere sospeso.

In altri termini, la norma riconosce il rilievo pregiudiziale spettante al giudizio penale rispetto a quello disciplinare, salva l'autonomia di quest'ultimo, dal momento che, in generale, sulla base della medesima, poteva dirsi che l'amministrazione fosse tenuta a verificare (non anche accertare) autonomamente la commissione di infrazioni, la loro riferibilità al dipendente e il loro peso ai fini della responsabilità disciplinare⁽²⁵⁾.

Il rapporto così delineato, e imperniato su due pilastri (pregiudizialità del giudizio penale/autonomia del procedimento disciplinare) orientati in netto favore del dipendente pubblico⁽²⁶⁾, non era,

⁽²⁵⁾ Così, *ex aliis*, Cons. Stato, Sez. V, 29 dicembre 2009, n. 8948, per il quale << l'indipendenza del procedimento disciplinare da quello penale implica, nel primo, un autonomo accertamento dei fatti ascritti al dipendente ed un'autonoma valutazione dell'incidenza di questi sul rapporto di pubblico impiego in relazione alla loro gravità; inoltre, anche quando i fatti risultino ammessi, essi non possono essere recepiti acriticamente, ma devono essere valutati e tale valutazione in rapporto alla sanzione comminata deve emergere da un'esautiva motivazione del provvedimento sanzionatorio >> e Cass. Civ., Sez. Unite, 16 giugno 2000, n. 444, per cui << la mancata riproduzione, in seno al nuovo codice di procedura penale, della disposizione di cui all'art. 3 di cui all'abrogato c.p.p. comporta il venir meno del principio della cd. pregiudiziale penale, con la conseguenza che, in tema di giudizi disciplinari (nella specie, nei confronti di avvocato) l'efficacia del giudicato penale è regolata, in via esclusiva, dall'art. 653 c.p.p., che attribuisce alla sola sentenza irrevocabile di assoluzione pronunciata a seguito di dibattimento (e non anche a quella di condanna) efficacia di giudicato nel procedimento per responsabilità disciplinare. Nè osta, alla legittimità dell'eventuale decisione dell'organo disciplinare contrastante con l'accertamento definitivo della responsabilità penale dell'incolpato in ordine ai fatti addebitatigli, la declaratoria di falsità di un atto pronunciata in sede di giudizio penale ex art. 537 c.p.p., atteso che tale declaratoria è prevista (art. 537, comma 4, c.p.c.) anche per l'ipotesi che il procedimento penale si sia concluso con sentenza di proscioglimento dell'imputato per amnistia o per estinzione del reato >>.

V. anche, T. Schiavone, "Rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare: un chiarimento della Cassazione", in *Argomenti di Diritto del Lavoro (ADL)*, 2007, nn. 4-5, 1089.

⁽²⁶⁾ Anche a presidio delle istanze – di rilievo costituzionale, ex art. 97 Cost. – di autonomia della relativa posizione, nonché per << evitare che valutazioni troppo esterne alla struttura causale del rapporto di lavoro si possano tradurre in automatismi giustizialistici, che poco gioverebbero, in sé e per sé, all'efficienza e al buon andamento delle amministrazioni stesse >> (M. Esposito, "Processo penale e procedimento disciplinare nella normativa sul lavoro pubblico: diritto di difesa del dipendente e buon andamento delle amministrazioni pubbliche", in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro (RIDL)*, 2009, 2, 885.

tuttavia, privo di ampie zone grigie, destinate a sollevare questioni pratiche e teoriche di particolare complessità.

I corretti margini di esercizio dell'autonomia del procedimento disciplinare⁽²⁷⁾, il ruolo delle pronunce di c.d. "patteggiamento"⁽²⁸⁾, la

(27) La giurisprudenza, per limitarci ai casi più recenti, ha, di volta in volta, allargato o ristretto i margini di autonomia riconosciuti in capo alla p.a., ritenendo, ad esempio, << *legittimo un provvedimento di destituzione dal servizio di un dipendente pubblico (nella specie si trattava di un assistente della Polizia di Stato), nel caso in cui, nel corso del procedimento disciplinare, sia stato utilizzato il contenuto di alcune intercettazioni telefoniche acquisite agli atti del procedimento penale conclusosi con l'assoluzione dell'imputato e riguardante gli stessi fatti, non contestati nella loro materialità, del procedimento disciplinare, benché tali intercettazioni telefoniche siano state acquisite al procedimento penale irregolarmente, e, in particolare, siano state dichiarate inutilizzabili nell'ambito di quel processo, non essendo state autorizzate nelle forme di legge* >> (Cons. Stato, sez. VI, 10 dicembre 2009, n. 7703); o che << *in base al disposto dell'art. 654 c.p.p., la sentenza penale che accerti nei confronti dell'interessato la sussistenza di determinati fatti, ha efficacia nel giudizio disciplinare che si fondi sui fatti medesimi; conseguentemente l'Amministrazione, nel procedere disciplinarmente, non può operare una ricostruzione dei fatti che si ponga in termini diversi da quella effettuata dal giudicato penale* >> (Id., sez. IV, 6 novembre 2009, n. 6938); che << *in sede di procedimento disciplinare nei confronti di dipendenti pubblici, sussiste il vizio di eccesso di potere quando il provvedimento disciplinare appare ictu oculi sproporzionato, nella sua severità, rispetto ai fatti accertati, pur se essi abbiano dato luogo ad una condanna in sede penale* >> (Id., 16 ottobre 2009, n. 6353); che << *la rilevanza dei fatti penali in sede disciplinare deve essere autonomamente valutata dall'amministrazione, che può ravvisare la sussistenza di fumus di responsabilità disciplinare anche in fatti che vengano in ipotesi giudicati penalmente indifferenti dal giudice penale* >> (Tar Piemonte, 8 aprile 2009, n. 953); che << *in presenza di una sentenza irrevocabile di condanna, il giudizio disciplinare consiste solo nel "riesame delle risultanze processuali e dei fatti come risultano accertati dalla sentenza"* >> (Cons. Stato, sez. VI, 12 febbraio 2007, n. 537);

(28) Da ultimo, si è sostenuto che << *una sentenza c.d. di patteggiamento, anche nel sistema anteriore alla entrata in vigore della L. n. 97 del 2001, consentiva in sede di procedimento disciplinare nei confronti di un dipendente pubblico di ritenere associati gli illeciti penali in essa contemplati* >> (Cons. Stato, sez. IV, 18 giugno 2008, n. 3034; in termini, id., 5 dicembre 2006, n. 7108; 25 marzo 2005, n. 1275; in passato, *contra*, Cons. Stato, sez. VI, 16 ottobre 1995 n. 1149 e 24 agosto 1996 n. 1067).

Per Tar Lazio, Roma, sez. I-bis, 8 aprile 2002, n. 2896, << *la sentenza di patteggiamento, pur presupponendo un accertamento di responsabilità, può, in concreto, e a seconda dei casi, basarsi su un accertamento più o meno completo, ovvero più o meno sommario* >>, per cui << *in sede di procedimento disciplinare aperto a seguito di una sentenza penale di patteggiamento, l'utilizzabilità o meno della sola sentenza penale per affermare la responsabilità disciplinare dell'inquisito discende caso per caso dalle circostanze concrete, vale a dire dal contenuto della specifica sentenza di patteggiamento e delle relative indagini penali. Nella sentenza di patteggiamento, occorre infatti distinguere i due diversi profili dell'«affermazione di responsabilità» (dispositivo) e dell'«accertamento di responsabilità» (motivazione): il secondo dei quali, al pari del primo, immancabile, ma in concreto più o meno esaustivo a seconda della maggiore o minore completezza delle indagini del Pubblico ministero. Deve quindi ritenersi che, in sede di procedimento disciplinare a seguito di sentenza di patteggiamento, in nessun caso l'Amministrazione possa recepire acriticamente l'«affermazione di responsabilità» contenuta nella pronuncia penale, dovendo invece*

natura, ordinatoria o perentoria, dei termini del procedimento disciplinare, la tempestività della contestazione degli addebiti, l'esatta nozione di "inizio o avvio del procedimento penale" in relazione ai suoi effetti sospensivi sul procedimento disciplinare⁽²⁹⁾, gli organi competenti all'adozione del provvedimento disciplinare hanno senz'altro costituito elementi di criticità di un sistema ritenuto, non a torto, farraginoso e scarsamente efficiente.

A seguito del primo processo di contrattualizzazione del lavoro pubblico⁽³⁰⁾, la materia era stata rimessa ai contratti di comparto (previa disapplicazione, ex art. 74, c. 3, decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, delle citate norme del Dpr 3/57), non senza – tuttavia – la persistenza di precisi riferimenti (ancorché settoriali) di carattere normativo.

In particolare, si fa riferimento alla legge 8 marzo 2001, n. 97 (recante "Norme sul rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare ed effetti del giudicato penale nei confronti dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche")⁽³¹⁾, contenente norme dettate anche dalla necessità di superare le descritte incertezze applicative createsi nel tempo, pure per effetto – come si dirà – degli interventi dell'autonomia contrattuale⁽³²⁾.

valutarne l'«accertamento di responsabilità», la cui utilizzabilità in quanto tale e come fonte esclusiva di convincimento transita, con ogni evidenza, attraverso la verifica della completezza di detto accertamento (in caso contrario, incombendo all'Amministrazione il compito di tutti gli accertamenti che il caso richiede). Non può quindi escludersi che, a seguito della sentenza di patteggiamento, l'Amministrazione abbia necessità, in sede disciplinare, di compiere autonomi accertamenti: con la conseguenza che, se la sentenza di patteggiamento non sempre e in ogni caso comporta la necessità di nuovi accertamenti in sede disciplinare, questi ultimi possono - o meno - essere necessari, a seconda del concreto atteggiarsi dell'accertamento penale posto a base della sentenza (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 1° settembre 2000 n. 4647) >>.

⁽²⁹⁾ L'ordinanza 23 ottobre 2008, n. 5196 della VI sezione del Consiglio di Stato, nel rimettere la questione all'esame dell'Adunanza Plenaria, ricostruisce i contrasti giurisprudenziali sul punto.

⁽³⁰⁾ Per un'assai sintetica, ma efficace, ricostruzione in scansioni delle riforme antecedenti a quella in commento, si v. G. Zilio Grandi, "Introduzione", in G. Zilio Grandi (a cura di), "Il lavoro negli enti locali: verso la riforma Brunetta", Torino, 2009, XII ss..

⁽³¹⁾ Per un ampio commento della disciplina citata, con puntuali riferimenti dottrinali, cui si rinvia, si v. M. Papaleoni, "Considerazioni sul rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare nei confronti dei dipendenti pubblici", LPA, 2001, 527 ss. e M. G. Caserta, "I rapporti tra processo penale e procedimento disciplinare. Riflessioni sulla l. 27 marzo 2001, n. 97", in Giurisprudenza Italiana, 2004, 1, 223 ss..

⁽³²⁾ Non a caso, per evidenti ragioni di coordinamento, l'art. 8 della l. 97/01, fissa la prevalenza delle proprie norme su quelle di natura contrattuale (comma 1), nonché l'inderogabilità delle stesse a opera di successivi contratti collettivi (comma 2).

La portata di tale disciplina, tuttavia, è limitata alle sole ipotesi in cui ricorrano reati c.d. "propri" del pubblico impiegato⁽³³⁾. In buona sostanza, la *ratio* ispiratrice della normativa è da ricercarsi nella specifica rilevanza della posizione rivestita dal pubblico impiegato: ogniqualvolta debba essere esperita azione penale relativamente a questi reati, infatti, lo stesso presupposto del relativo accertamento è costituito dal rapporto di impiego; con la conseguenza che la pronuncia resa sul punto, sia in negativo che in positivo, non può che incidere direttamente e, di regola, negli stessi termini dell'imputazione, sul rapporto di impiego sottostante.

Nonostante ciò, si tratta di un intervento di notevole portata, i cui tratti salienti possono essere così riassunti:

- A. equiparazione – sul piano degli effetti sul procedimento disciplinare – della sentenza penale irrevocabile di condanna a quella di assoluzione⁽³⁴⁾;
- B. introduzione di effetti automatici sul rapporto di lavoro in caso di rinvio a giudizio (trasferimento a diverso ufficio, a diversa sede o a diverso incarico, o collocamento in posizione di aspettativa o disponibilità) ovvero di condanna anche non definitiva (sospensione del rapporto) per uno dei reati citati di cui all'art. 3, c. 1, della legge⁽³⁵⁾;
- C. disciplina della pena accessoria dell'estinzione del rapporto a seguito di condanna definitiva, con previsione di termini perentori per l'avvio, la riassunzione e la conclusione del procedimento disciplinare (art. 5, c. 4)⁽³⁶⁾;

⁽³³⁾ L'art. 3, c. 1, l. 97/01, delimita la portata applicativa della normativa ai reati di peculato (art. 314 c.p.); concussione (art. 317 c.p.); corruzione per un atto d'ufficio (art. 318 c.p.); corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio (art. 319 c.p.); corruzione in atti giudiziari (art. 319-ter c.p.); corruzione di persona incaricata di pubblico servizio (art. 320 c.p.); frode del militare della guardia di finanza (art. 3, legge 9 dicembre 1941, n. 1383).

⁽³⁴⁾ In questo caso, il regime di favore nei confronti del pubblico dipendente – nei cui confronti trovava automatica applicazione, ai fini disciplinari, la sentenza penale irrevocabile di assoluzione, ma non anche quella di condanna – non aveva effettiva giustificazione, costituendo un privilegio scarsamente tollerabile, specie in un clima, quale quello della fine degli anni '90, caratterizzato da un'elevata sensibilità sociale nei confronti del tema delle malversazioni pubbliche.

⁽³⁵⁾ V. *supra*, nota 33.

⁽³⁶⁾ Art. 5, c. 4, l. 97/01: << *Salvo quanto disposto dall'articolo 32-quinquies del codice penale, nel caso sia pronunciata sentenza penale irrevocabile di condanna nei confronti dei dipendenti indicati nel comma 1 dell'articolo 3, ancorché a pena condizionalmente sospesa, l'estinzione del rapporto di lavoro o di impiego può essere pronunciata a seguito di procedimento disciplinare. Il procedimento disciplinare deve avere inizio o, in caso di intervenuta sospensione, proseguire entro il termine di novanta giorni dalla comunicazione della sentenza all'amministrazione o all'ente competente per il procedimento disciplinare. Il procedimento disciplinare deve concludersi entro centottanta giorni decorrenti dal termine di*

- D. obbligo di segnalazione della sentenza di condanna (ove riguardi delitti di cui al capo I del titolo II del libro secondo del codice penale) al procuratore generale presso la Corte dei Conti, al fine della disposizione di accertamenti patrimoniali a carico del condannato e disciplina della destinazione dei beni immobili confiscati ai sensi degli articoli 332-ter⁽³⁷⁾ e 335-bis⁽³⁸⁾ del codice penale;
- E. obbligo di trasmissione della sentenza di condanna al competente procuratore regionale della Corte dei Conti affinché promuova, entro trenta giorni, l'eventuale procedimento di responsabilità per danno erariale nei confronti del condannato.

Per quanto riguarda, invece, le norme contrattuali in materia, le stesse hanno disegnato, sia pure con successivi interventi correttivi, un modello sostanzialmente simile per tutti i comparti, fortemente influenzato dalla descritta normativa legale, e incisivo soprattutto su alcuni aspetti di dettaglio⁽³⁹⁾.

inizio o di proseguimento, fermo quanto disposto dall'articolo 653 del codice di procedura penale >>.

(37) Art. 322-ter, c.p.: << Nel caso di condanna, o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per uno dei delitti previsti dagli articoli da 314 a 320, anche se commessi dai soggetti indicati nell'articolo 322-bis, primo comma, è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a tale prezzo.

Nel caso di condanna, o di applicazione della pena a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per il delitto previsto dall'articolo 321, anche se commesso ai sensi dell'articolo 322-bis, secondo comma, è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a quello di detto profitto e, comunque, non inferiore a quello del denaro o delle altre utilità date o promesse al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio o agli altri soggetti indicati nell'articolo 322-bis, secondo comma.

Nei casi di cui ai commi primo e secondo, il giudice, con la sentenza di condanna, determina le somme di denaro o individua i beni assoggettati a confisca in quanto costituenti il profitto o il prezzo del reato ovvero in quanto di valore corrispondente al profitto o al prezzo del reato >>.

(38) Art. 335-bis, c.p.: << Salvo quanto previsto dall'articolo 322-ter, nel caso di condanna per delitti previsti dal presente capo è comunque ordinata la confisca anche nelle ipotesi previste dall'articolo 240, primo comma >>.

(39) Si vedano:

- I) per il comparto Agenzie Fiscali, gli artt. 68-70 del CCNL 2002-2005, come modificati dall'art. 8 del CCNL 2006-2009;
- II) per il comparto Aziende, gli artt. 38-40 del CCNL 1994-1997 e gli artt. 13-15 del CCNL 2002-2005;
- III) per il comparto Enti pubblici non economici, gli artt. 28-30 del CCNL 1994-1997, gli artt. 16-18 del CCNL 2002-2005 e, da ultimo, gli artt. 29-30 del CCNL 2006-2009;

2.3 Un quadro con forti luci (teoriche) e molte ombre (reali).

Il quadro normativo così sinteticamente delineato, sia pure per evoluzioni faticose e progressive, presentava una sua intima coerenza e un buon grado di razionalità nel contemperare le tante, complesse istanze coinvolte.

I principali limiti sembrano rinvenibili in alcuni aspetti procedurali, non certamente di sistema⁽⁴⁰⁾.

A tale riconoscimento sul piano teorico va accompagnato, tuttavia, e come già segnalato, il concreto fallimento del sistema, non soltanto nella percezione dei cittadini, ma anche, obiettivamente, nella considerazione degli operatori e degli studiosi.

Appare "fatto notorio" che proprio la pervasività delle critiche al funzionamento del sistema abbia costituito uno dei principali fattori propulsivi e giustificativi dell'ultima riforma del lavoro pubblico.

Le ragioni del fallimento sono tante e largamente indagate: il farraginoso sistema delle impugnazioni, con il *pendant* dell'eccessiva tolleranza (sconfinante in un vero e proprio lassismo) degli organi arbitrali di disciplina; l'eccessiva dilatazione dei tempi del procedimento disciplinare quando connesso al giudizio penale (più che per un'astratta inidoneità del criterio della pregiudiziale penale, per la stessa, abnorme

- IV) per il comparto Ministeri, gli artt. 25-27 del CCNL 1994-1997 e 13-16 del CCNL 2002-2005;
- V) per il comparto Presidenza del Consiglio dei Ministri, gli artt. 64-68 del CCNL 2002-2005 e l'art. 18 del CCNL 2006-2009;
- VI) per il comparto Ricerca, gli artt. 22-24 del CCNL 1994-1997 e gli artt. 28-30 del CCNL 1998-2001;
- VII) per il comparto Università, gli artt. 33-35 del CCNL 1994-1997, gli artt. 42-44 del CCNL 1998-2001 e, infine, gli artt. 46-50 del CCNL 2006-2009;
- VIII) per il comparto Regioni e Autonomie Locali, gli artt. 25-27 del CCNL 1994-1997, gli artt. 25-28 del CCNL 2002-2005 e, da ultimo, gli artt. 3-5 del CCNL 2006-2009;
- IX) per il comparto Sanità, gli artt. 30-32 del CCNL 1994-1997, gli artt. 13-16 del CCNL 2002-2005, nonché l'art. 6 del CCNL del 2006-2009;
- X) per il comparto Scuola, mentre – anteriormente al decreto 150/09, che, ai sensi dell'art. 72, c. 1, lett. b), ha abrogato gli artt. da 502 a 507 – per il personale docente ed educativo continuavano a trovare applicazione le norme di cui dagli artt. 492 a 508 del decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297 (e, in particolar modo, in relazione al rapporto tra giudizio penale e procedimento disciplinare, l'art. 506), per il personale amministrativo, tecnico ed ausiliario, la disciplina contrattuale era da rinvenirsi negli artt. 60-62 del CCNL 1994-1997, negli artt. 92-94 del CCNL 2002-2005, nonché, infine, negli artt. 95-97 del CCNL 2006-2009.

⁽⁴⁰⁾ Così F. Borgogelli, "La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico", cit., 407.

durata media dei giudizi penali nel nostro sistema); la scarsa propensione della dirigenza a fare ricorso ai meccanismi sanzionatori, in un clima di generale e reciproca copertura di manchevolezze e falle del sistema (oltre che individuali); la tradizionale (e inveterata) prassi sindacale di difesa a oltranza delle ragioni dei dipendenti; la fragilità dei meccanismi d'imputazione e individuazione delle responsabilità; l'oggettiva frammentarietà della disciplina, dispersa, come abbiamo visto, tra ricostruzioni giurisprudenziali, frammenti normativi e norme contrattuali.

Il legislatore – fors'anche in ragione dell'accurata attività preparatoria della riforma⁽⁴¹⁾ – sembra ben consapevole di tali limiti, ma la scelta, come già detto, è stata quella di intervenire non già a livello applicativo, ma di sistema, realizzandone una profonda torsione⁽⁴²⁾.

Ancora una volta, dunque, si è scelto di intervenire sulla *law in the code*, nella speranza che ciò migliori la *law in action*⁽⁴³⁾.

3. Il sistema disciplinare dopo la terza riforma del lavoro pubblico.

3.1. L'ambito di applicazione e il rapporto tra le fonti: una rilegificazione centralizzante.

Nell'ambito del complesso sistema di ritaglio delle competenze legislative in materia, la nuova disciplina disciplinare è da considerarsi applicabile a tutte le pubbliche amministrazioni, stante la sua

⁽⁴¹⁾ L' "inusuale serietà" di cui dare atto al governo nell'attività istruttoria – culminata nell'elaborazione di due documenti, rispettivamente del 28 maggio e del 4 giugno 2008, intitolati "Linee programmatiche sulla riforma della pubblica amministrazione. Piano industriale" e "Riforma del lavoro pubblico e della contrattazione collettiva" – è riconosciuta da F. Carinci, "La terza riforma del lavoro nelle pubbliche amministrazioni", cit., 951.

I documenti governativi sono consultabili nell'apposito dossier pubblicato sul sito del governo italiano: www.governo.it/GovernoInforma/Dossier/decreto_brunetta.

⁽⁴²⁾ Per una panoramica, anche critica, sul periodo di preparazione della nuova disciplina, si v., F. Borgogelli, "La riforma del lavoro pubblico: quale lezione dopo quindici anni", in *Diritti, Lavori, Mercati*, 2008, 1, 53 ss.; B. Caruso, "La regolazione "a doccia scozzese" del lavoro pubblico. Rigidi, flessibili, precari, di nuovo rigidi", in *LPA*, 2008, 2, 221 ss.; B. Caruso, "La flessibilità (ma non solo) del lavoro pubblico nella l. 133/08 (quando le oscillazioni del pendolo si fanno frenetiche)", in *LPA*, 2008, 3-4, 465 ss.; G. Ferraro, "Prove di riforma del lavoro pubblico", in *DLRI*, 2009, 122, 239 ss.; A. Garilli, "La privatizzazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni e l'art. 97 Cost.: di alcuni problemi e dei possibili rimedi", in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale (RGL)*, 2007, 2, 301 ss.; R. Pessi, "Ripensando alla riforma della pubblica amministrazione: manutenzione o restaurazione?", in *Massimario di Giurisprudenza del Lavoro (MGL)*, 2009, 5, 284 ss.; A. Pizzoferrato, "Sulla riforma della pubblica amministrazione", in *LPA*, 2008, 6, 1041 ss.; C. Silvestro, "La riforma Brunetta del pubblico impiego", Roma, 2009, 1-19; L. Zoppoli, "Qualità dei servizi e del lavoro nell'eterna riforma delle pubbliche amministrazioni", in *LPA*, 2007, 3-4, 575 ss..

⁽⁴³⁾ Si v., P. Ichino, "Le politiche di valutazione tra merito e incentivo", in *arnewsletter*, 2/2008, 2.

riconducibilità alla competenza esclusiva statale esercitata ai sensi dell'art. 117, c. 2, lett. l) e m) della Costituzione.

Per l'art. 74, c. 1, d.lgs. 150/09, infatti, gli artt. 68, 69 e 73, c. 1 e 3, sono certamente avvocati alla competenza esclusiva del legislatore statale.

Sul piano delle fonti di regolazione e del rapporto tra le medesime, il decreto Brunetta – dopo avere opportunamente ribadito la devoluzione al giudice ordinario delle controversie relative al procedimento e alle sanzioni disciplinari, ai sensi dell'articolo 63 del d.lgs. 165/01 (art. 67, c. 2), nonché la perdurante applicazione della disciplina civilistica di cui all'art. 2106 c.c.⁽⁴⁴⁾ – ricorre alla tecnica, già ampiamente utilizzata per altre parti della riforma, di dichiarare l'imperatività delle norme di cui agli articoli dal 55 al 55-octies del "novellato" d.lgs. 165/01, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1339 e 1419, c. 2, c.c..

Anche in questo settore, quindi, trova applicazione il meccanismo di prevalenza delle norme legali su quelle contrattuali, con la sostituzione automatica delle prime alle seconde eventualmente difformi.

Per parte della dottrina, tale previsione persegue non solo lo scopo di sottolineare il particolare ruolo della legge in materia disciplinare e la sua prevalenza e pervasività rispetto alla disciplina negoziale, ma anche quello di fissare il carattere "obbligatorio" dell'esercizio del potere disciplinare⁽⁴⁵⁾.

Ciò che risulta chiaro, tuttavia, è che oggi – con un radicale inversione rispetto al sistema precedente⁴⁶ – le fonti "prevalenti" in materia disciplinare sono costituite, per il lavoro pubblico contrattualizzato, dalle norme di cui all'art. 2106 c.c. e agli articoli da 55 a 55-octies del d.lgs. 165/01⁽⁴⁷⁾.

Scompare, invece, il precedente (ancorché limitato) riferimento all'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori.

Tale "cancellazione", tuttavia, non può ragionevolmente essere letta né come una attenuazione del processo di "allineamento" tra lavoro pubblico e privato, né come una riduzione delle tutele dei lavoratori, dal

⁽⁴⁴⁾ Il che aiuta a fare giustizia di eventuali tentativi di rileggere la riforma in chiave di ri-pubblicizzazione (e non di sola ri-legificazione) della disciplina del lavoro pubblico.

⁽⁴⁵⁾ Così, F. Borgogelli, *"La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico"*, cit., 409; C. Currao, *"Lo sguardo "severo" del legislatore: le nuove regole del potere disciplinare"*, intervento al convegno promosso dal Centro Studi Massimo D'Antona su "Amministrazione e amministratori: come cambiano le regole del lavoro pubblico con la riforma Brunetta", Catania, 2010, dattiloscritto.

⁽⁴⁶⁾ Anche se, come abbiamo visto, in materia disciplinare (in materia di raccordo tra procedimenti disciplinare e penale), una prima inversione di tendenza, nel senso della parziale ri-legificazione della materia, si era avuta con la l. 97/01.

⁽⁴⁷⁾ Oltre che, come detto, dalle norme di cui alla l. 97/01.

momento che la relativa disciplina è variamente compensata mediante nuove e autonome previsioni:

1. sul piano della pubblicità del codice disciplinare, infatti, la nuova disciplina – in luogo di quanto tassativamente previsto dal primo dell'art. 7, l. 300/70 – introduce (art. 55, c. 2, ultimo periodo) un'interessante equivalenza tra affissione del medesimo all'ingresso della sede del lavoro e sua pubblicazione sul sito istituzionale dell'amministrazione⁽⁴⁸⁾;
2. il mancato richiamo del comma 5 dell'art. 7, invece, è giustificato dalla doviziosa proceduralizzazione cui è dedicato l'intero, nuovo art. 55-bis, d.lgs. 165/01;
3. da ultimo, l'assenza del richiamo al comma 8 – “non può tenersi conto ad alcun effetto delle sanzioni disciplinari decorsi due anni dalla loro applicazione” – non equivale all'affermazione di una perenne ultrattività delle sanzioni disciplinari, ma determina solo la rimessione all'autonomia collettiva del potere di fissare liberamente il termine di efficacia delle sanzioni ai fini della loro considerazione sul piano della recidiva.

Così delineato il sistema delle fonti legali, appare evidente che all'autonomia delle parti è rimessa sostanzialmente la sola individuazione della tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni (art. 55, c. 2); ma, anche in questo caso, sempre ed esclusivamente nell'ambito di quanto previsto dalla disciplina legale.

Il legislatore, dunque, non si è limitato a invertire il rapporto tra legge e contratto, rendendo prevalente la prima sul secondo; ma ha anche ulteriormente ristretto l'esercizio dell'autonomia negoziale alle sole parti (delle materie alla stessa riservate) che, comunque, non abbiano trovato diversa regolazione a livello legale.

Alla tipizzazione (previa radicale riduzione) delle materie soggette a regolazione negoziale si è aggiunta, dunque, la loro subornazione al primato legislativo⁽⁴⁹⁾.

Il risultato è quello di un modello fortemente centrato sul ruolo del legislatore e, in particolar modo, di quello statale.

⁽⁴⁸⁾ Per C. Currao, *“Lo sguardo “severo” del legislatore: le nuove regole del potere disciplinare”*, cit., 6, ciò potrebbe indurre i giudici, in relazione al settore privato, a un lettura meno formalistica e garantista della previsione di cui allo Statuto dei Lavoratori.

⁽⁴⁹⁾ Per una valutazione del nuovo ruolo attribuito alla legge dalla riforma Brunetta, v. L. Zoppoli, *“Il ruolo della legge nella disciplina del lavoro pubblico”*, in L. Zoppoli, *“Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico”*, cit., 15 ss.. Si veda anche V. Talamo, *“Pubblico e privato nella legge delega per la riforma del lavoro pubblico”*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, 5, 468 ss..

A uscirne limitata, pertanto, non è soltanto l'autonomia negoziale, ma anche quella dei livelli inferiori di governo.

3.2 Le sanzioni "automaticamente" disciplinari previste dal legislatore.

Il nuovo art. 55-quater del d.lgs. 165/01 prevede che, "ferma la disciplina in tema di licenziamento per giusta causa o giustificato motivo e salve ulteriori ipotesi previste dal contratto collettivo", è "comunque" irrogata la "sanzione disciplinare" del licenziamento al ricorrere di talune fattispecie.

La norma sembra introdurre un innovativo "licenziamento disciplinare automatico" (ove l'automatismo sarebbe determinato dall'avverbio "comunque" associato al verbo "applicare"), che scatterebbe, comunque, al semplice verificarsi dei comportamenti ivi previsti.

Le questioni che si profilerebbero – ove s'intendesse considerare seriamente una tale interpretazione⁽⁵⁰⁾ – sarebbero legate, in primo luogo, all'evidente contrasto con la consolidata giurisprudenza costituzionale che ha costantemente escluso la legittimità di ogni forma di licenziamento "automatico"⁽⁵¹⁾; e, in seconda battuta, al fatto che la medesima norma continua a sottolineare il carattere "disciplinare" di tale sanzione estintiva, con l'ovvia conseguenza che non sarebbe ricostruibile una sanzione disciplinare al di fuori di un comune procedimento disciplinare, il cui esito non può mai essere automatico.

Una lettura costituzionalmente orientata della norma, invece, porta a concludere che l'avverbio comunque va letto in correlazione con il residuo potere attribuito alla contrattazione collettiva di prevedere ulteriori ipotesi di licenziamento disciplinare; in altri termini, i contratti possono prevedere anche forme ulteriori di licenziamento, ma, in ogni caso – "comunque", appunto – la sanzione disciplinare del licenziamento non può essere pretermessa dai contratti, e – anche quando non prevista dagli stessi – va applicata (sempre all'esito di un ordinario procedimento disciplinare), nei casi elencati dalla legge⁽⁵²⁾.

⁽⁵⁰⁾ Interpretazione fatta propria dal Ministro proponente all'indomani dell'approvazione della riforma.

⁽⁵¹⁾ Per un'accurata ricostruzione della giurisprudenza costituzionale, v. S. Mainardi, *"La responsabilità e il potere disciplinare"*, in F. Carinci, L. Zoppoli, *"Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni"*, cit., 836 ss..

⁽⁵²⁾ Per altra, autorevole, dottrina si tratterebbe, in realtà, e molto più semplicemente, di una norma "manifesto", destinata ad assumere soprattutto la valenza "psicologica" di una sollecitazione a punire in modo adeguato (F. Borgogelli, *"La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico"*, cit., 411).

Le ipotesi legali di licenziamento disciplinare sono, a loro volta, distinguibili secondo che sia o meno previsto il preavviso.

La sanzione più grave del licenziamento senza preavviso consegue

a:

1. falsa attestazione della presenza in servizio, mediante l'alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente, ovvero giustificazione dell'assenza dal servizio mediante una certificazione medica falsa o che attesta falsamente uno stato di malattia (art. 55-quater, c. 1, lett. a);
2. falsità documentali o dichiarative commesse ai fini o in occasione dell'instaurazione del rapporto di lavoro ovvero di progressioni di carriera (art. 55-quater, c. 1, lett. d);
3. reiterazione nell'ambiente di lavoro di gravi condotte aggressive o moleste o minacciose o ingiuriose o comunque lesive dell'onore e della dignità personale altrui (art. 55-quater, c. 1, lett. e);
4. condanna penale definitiva, in relazione alla quale è prevista l'interdizione perpetua dai pubblici uffici ovvero l'estinzione, comunque denominata, del rapporto di lavoro (art. 55-quater, c. 1, lett. f).

Il licenziamento è, invece, con preavviso nei casi di:

1. assenza priva di valida giustificazione per un numero di giorni, anche non continuativi, superiore a tre nell'arco di un biennio o comunque per più di sette giorni nel corso degli ultimi dieci anni ovvero mancata ripresa del servizio, in caso di assenza ingiustificata, entro il termine fissato dall'amministrazione (art. 55-quater, c. 1, lett. b);
2. ingiustificato rifiuto del trasferimento disposto dall'amministrazione per motivate esigenze di servizio (art. 55-quater, c. 1, lett. c);
3. reiterata inosservanza degli obblighi di trasmissione per via telematica della certificazione medica concernente assenze di lavoratori per malattia (art. 55-septies, c. 4).

In larga parte, si tratta d'ipotesi già ampiamente previste dai contratti collettivi, per cui, la scelta di attribuirvi forza legale ha più carattere di ammonimento che di reale innovazione.

Allo stesso modo, era già stata prevista in sede negoziale l'ipotesi – oggi coltivata dal comma 2 dell'art. 55-quater – del licenziamento per "insufficiente rendimento"⁽⁵³⁾; la norma di legge collega la sanzione

⁽⁵³⁾ Si v., ad es., art. 38, c. 4, CCNL Agenzie Fiscali del 1994-1997; art. 16, c. 4, lett. f), CCNL Enti pubblici non economici del 2002-2005; art. 13, c. 5, lett. e), CCNL Ministeri del 2002-2005; art. 28, c. 6, lett. e), CCNL Ricerca del 1998-2001; art. 46, c. 5, lett. d), CCNL Università del 2006-2009; art. 3, c. 7, lett. e), CCNL Regioni e autonomie locali del 2006-2009.

estintiva del rapporto per insufficiente rendimento a un dato quantitativo (la condizione di insufficienza deve protrarsi per un arco temporale non inferiore a un biennio) e a un dato causale (l'insufficiente rendimento deve essere causato dalla reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione stessa, come stabiliti da norme legislative o regolamentari, dal contratto collettivo o individuale, da atti e provvedimenti dell'amministrazione di appartenenza o dai codici di comportamento).

Stando al dato letterale, appare ragionevole, pertanto, concludere nel senso 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⁽⁵⁴⁾. In questo modo, però, si giunge a un esito perfino più "lassista" rispetto alla previgente disciplina di natura negoziale. L'unico irrigidimento, quindi, è di carattere formale (la fonte legale della sanzione), ma, sul piano sostanziale, l'effetto prodotto dall'intervento normativo rischia, addirittura, di attenuare i (già deboli) rigori precedenti.

3.3 La sanzione da "mancata sanzione" e le altre sanzioni, disciplinari e non.

Il terzo comma dell'art. 55-sexies prevede, poi, l'applicazione della sanzione disciplinare della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione in proporzione alla gravità dell'infrazione non perseguita, fino a un massimo di tre mesi in relazione alle infrazioni sanzionabili con il licenziamento, nonché – in caso di dirigente⁽⁵⁵⁾ – la mancata attribuzione della retribuzione di risultato, per un importo pari a quello spettante per il doppio del periodo della durata della sospensione, in caso di mancato esercizio o 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

⁽⁵⁴⁾ Così, A. Bianco, *"Guida pratica alla riforma Brunetta"*, Milano, 2009, 149. In senso contrario, C. Currao, *"Lo sguardo "severo" del legislatore: le nuove regole del potere disciplinare"*, cit., 13, la quale invita a riflettere sul fatto che il percorso valutativo è ormai obbligatorio, come obbligatorio è l'esercizio dell'azione disciplinare; dal che, sarebbe possibile far discendere un riflesso obbligatorio anche in relazione al licenziamento da insufficiente rendimento. Nega, invece, qualunque "automatismo", F. Borgogelli, *"La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico"*, cit., 413, per la quale l'automatismo è venuto meno con il venir meno (attraverso l'eliminazione del quarto comma dell'art. 23, in base al quale la collocazione per tre anni nella fascia di merito bassa equivaleva a una attestazione di "insufficiente rendimento") del collegamento formale con i criteri per la differenziazione delle valutazioni.

⁽⁵⁵⁾ Ai soggetti non aventi qualifica dirigenziale si applica la sanzione della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione, ove non diversamente stabilito dal contratto collettivo.

manifestamente infondate, in relazione a condotte aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare.

La norma è ampiamente commentata in altra parte del volume. In questa sede, preme solo sottolineare il suo valore cardine nell'intera riforma del sistema disciplinare: il legislatore ha ritenuto, infatti, che la chiave di volta per superare la dissociazione tra l'impianto teorico e la scarsa applicazione pratica dei rimedi disciplinari fosse quella di responsabilizzare disciplinarmente proprio i dirigenti o i responsabili dell'esercizio dell'azione disciplinare.

Il non perseguire i comportamenti passibili di sanzione disciplinare, è, a sua volta, comportamento sanzionabile e sanzionato, in una catena d'infrazioni/sanzioni, sulla cui discutibile robustezza (chi controlla i controllori e poi i controllori dei controllori?) si gioca larga parte delle possibilità di successo della riforma.

La norma, peraltro, ai sensi di quanto previsto dall'ultimo periodo dell'ultimo comma dell'art. 55-septies, si applica anche al caso di mancato esercizio dei doveri connessi al controllo dell'assenteismo.

L'art. 55-sexies prevede, poi, altre due tipologie di sanzioni.

La prima ha carattere, per così dire, residuale, dal momento che la norma si affretta a stabilire che – ove non ricorrano i presupposti per l'applicazione di una diversa sanzione disciplinare – la condanna della pubblica amministrazione al risarcimento del danno derivante dalla violazione, da parte del lavoratore dipendente, degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa, stabiliti da norme legislative o regolamentari, dal contratto collettivo o individuale, da atti e provvedimenti dell'amministrazione di appartenenza o dai codici di comportamento, comporta l'applicazione della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da un minimo di tre giorni fino a un massimo di tre mesi, in proporzione all'entità del risarcimento.

La seconda ipotesi è decisamente più originale, introducendo una forma di responsabilità disciplinare per "danno grave all'ufficio" determinato da inefficienza e incompetenza professionale, destinata a culminare in una sanzione atipica: il comma 2 dell'art. 55-sexies prevede, infatti, che quando il lavoratore cagiona un 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, lo stesso, all'esito del procedimento disciplinare che ne ha accertato le responsabilità, è collocato in disponibilità.

In tale condizione, il dipendente – per un periodo massimo di due anni – riceverà l'80% dello stipendio, con privazione del diritto di

percepire aumenti retributivi sopravvenuti, e potrà, previa iscrizione negli appositi elenchi, essere ricollocato presso altre amministrazioni⁽⁵⁶⁾. Decorso inutilmente tale periodo, il rapporto di lavoro s'intende definitivamente risolto.

Il legislatore ha, quindi, previsto un'ipotesi sanzionatoria, ulteriore rispetto al licenziamento disciplinare, ma che può determinare un eguale risultato e, cioè, l'estinzione del rapporto. In alternativa, potrebbe anche aversi una mobilità obbligatoria, con possibile adibizione a mansioni inferiori e, dunque, con un mutamento definitivo del rapporto di lavoro⁽⁵⁷⁾.

L'art. 55-bis, c. 7, prevede, infine, la sospensione disciplinare della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione, commisurata alla gravità dell'illecito contestato al dipendente, fino ad un massimo di quindici giorni, per il dipendente o il dirigente, appartenente alla stessa amministrazione dell'incolpato o a una diversa, che, essendo a conoscenza per ragioni di ufficio o di servizio di informazioni rilevanti per un procedimento disciplinare in corso, rifiuta, senza giustificato motivo, la collaborazione richiesta dall'autorità disciplinare precedente ovvero rende dichiarazioni false o reticenti.

3.4 I soggetti e le fasi del procedimento disciplinare.

Il procedimento disciplinare "legalizzato" è distinto in due tipi:

1. il primo, più snello e rapido, si applica alle infrazioni di minore entità (e, cioè, a quelle punibili con sanzioni superiori al rimprovero verbale e inferiori alla sospensione del servizio con privazione della retribuzione per più di dieci giorni), a condizione che il responsabile della struttura abbia qualifica dirigenziale, e potremmo definirlo "semplificato";
2. il secondo, si applica a ogni tipo di infrazione, qualora il responsabile della struttura non abbia qualifica dirigenziale, ovvero alle sole infrazioni punibili con sanzioni più gravi delle precedenti (ossia, superiori alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione per più di dieci giorni), e potremmo definirlo "complesso".

⁽⁵⁶⁾ Dovrà essere il provvedimento che definisce il giudizio disciplinare a stabilire le mansioni e la qualifica per le quali può avvenire il ricollocamento.

⁽⁵⁷⁾ E' stato fatto notare che il legislatore sembra così avere risolto indirettamente, con una risposta positiva, il quesito – sorto con riferimento alla pregressa disciplina per il mancato richiamo, da parte dell'art. 55 del comma 4 dell'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori, circa la legittimità di sanzioni comportanti un mutamento definitivo del rapporto di lavoro (F. Borgogelli, *"La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico"*, cit., 417). L'A. dubita, comunque, della congruità complessiva della nuova norma.

Vi è, poi, un terzo caso – quello d'infrazione per la quale sia prevista la sanzione del rimprovero verbale – la cui disciplina è rimessa, in ragione della tenuità dell'evento, alla contrattazione collettiva.

3.4.1 Il procedimento semplificato.

Nel caso di procedimento semplificato, ai sensi del secondo comma dell'art. 55-bis, il responsabile, come detto, necessariamente con qualifica dirigenziale, della struttura in cui il dipendente lavora, anche in posizione di comando o di fuori ruolo, quando ha notizia di comportamenti punibili, senza indugio e comunque non oltre venti giorni contesta per iscritto l'addebito al dipendente medesimo e lo convoca per il contraddittorio a sua difesa, con l'eventuale assistenza di un procuratore ovvero di un rappresentante dell'associazione sindacale cui il lavoratore aderisce o conferisce mandato, con un preavviso di almeno dieci giorni.

Entro il termine fissato, il dipendente convocato, se non intende presentarsi, può inviare una memoria scritta o, in caso di grave ed oggettivo impedimento, formulare motivata istanza di rinvio del termine per l'esercizio della sua difesa. Dopo l'espletamento dell'eventuale ulteriore attività istruttoria, il responsabile della struttura conclude il procedimento, con l'atto di archiviazione o di irrogazione della sanzione.

Il procedimento deve concludersi, a pena di decadenza, entro 60 giorni dalla contestazione dell'addebito.

In caso di differimento superiore a dieci giorni del termine a difesa, per impedimento del dipendente, il termine per la conclusione del procedimento è prorogato in misura corrispondente. Il differimento, tuttavia, può essere disposto per una sola volta nel corso del procedimento.

3.4.2 Il procedimento complesso.

Nel caso in cui alla struttura non sia preposto un dirigente, ovvero per i casi più gravi, il procedimento rientra invece nella competenza degli uffici per i procedimenti disciplinari (u.p.d.), individuati da ciascuna amministrazione nell'esercizio delle proprie prerogative regolamentari⁽⁵⁸⁾.

Il responsabile della struttura o, per i casi più gravi, il dirigente trasmette gli atti relativi all'infrazione all'u.p.d., che provvede alla contestazione dell'addebito al dipendente, convocandolo per il contraddittorio a sua difesa; è sempre l'u.p.d. a istruire e concludere il procedimento.

⁽⁵⁸⁾ Sul punto, nulla è cambiato rispetto al "vecchio" art. 55. Sulle possibili difficoltà discendenti dall'eccessiva laconicità della legge sul punto e sulla necessità di un puntuale esercizio della potestà regolamentare da parte delle amministrazioni interessate, v. L. Oliveri, *"La riforma del lavoro pubblico"*, Santarcangelo di Romagna, 2010, 408 ss..

I termini del procedimento complesso, ugualmente a carattere perentorio sono:

- a) i medesimi di quelli del procedimento semplificato, laddove si tratti di procedimento di competenza dell'u.p.d. per assenza, nella struttura interessata, di una figura dirigenziale;
- b) raddoppiati rispetto a quelli del procedimento semplificato negli altri casi (e, cioè, in caso di infrazioni punibili con le sanzioni più gravi).

Il termine per la contestazione dell'addebito decorre dalla data di ricezione degli atti trasmessi ovvero dalla data nella quale l'ufficio ha altrimenti acquisito notizia dell'infrazione⁽⁵⁹⁾, 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.

3.4.3 Norme di semplificazione e norme "varie" comuni ai due procedimenti.

Il comma 5 dell'art. 55-bis contiene norme di semplificazione in materia di informazione, stabilendo che tutte le comunicazioni al dipendente, nell'ambito del procedimento disciplinare, sono effettuate tramite posta elettronica certificata, nel caso in cui il dipendente dispone di idonea casella di posta, ovvero tramite consegna a mano. Per le comunicazioni successive alla contestazione dell'addebito, il dipendente può indicare, altresì, un numero di fax, di cui egli o il suo procuratore abbia la disponibilità. In alternativa all'uso della posta elettronica certificata o del fax e altresì della consegna a mano, le comunicazioni sono effettuate tramite raccomandata postale con ricevuta di ritorno.

Dopo avere escluso l'applicabilità di termini diversi o ulteriori rispetto a quelli fissati dal decreto, il legislatore ha, altresì, disciplinato l'attività istruttoria (comma 6 dell'art. 55-bis), stabilendo 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. Tale attività, tuttavia, non può comportare la sospensione del procedimento, né il differimento dei relativi termini.

Gli ultimi due commi dell'art. 55-bis si occupano, poi, di raccordare il procedimento disciplinare con le ipotesi di trasferimento ovvero dimissioni del dipendente.

⁽⁵⁹⁾ Tale ultima previsione, in difetto di un termine di utilizzabilità della notizia, rischia, tuttavia, di creare un *vulnus* nelle tutele in favore del dipendente, dal momento che l'u.p.d. potrebbe avere notizia dei fatti addebitabili anche dopo molto tempo dal verificarsi dei medesimi, con ciò attenuando pericolosamente il principio dell'immediatezza della contestazione.

Nel primo caso, il procedimento disciplinare è avviato o concluso o la sanzione è applicata presso l'amministrazione presso cui il dipendente si è trasferito. In tali casi i termini per la contestazione dell'addebito o per la conclusione del procedimento, se ancora pendenti, sono interrotti e riprendono a decorrere alla data del trasferimento.

Nel caso di dimissioni, invece, se per l'infrazione commessa è prevista la sanzione del licenziamento o se comunque è stata disposta la sospensione cautelare, il procedimento disciplinare ha egualmente corso secondo le disposizioni dell' articolo 55-bis e le determinazioni conclusive sono assunte ai fini degli effetti giuridici non preclusi dalla cessazione del rapporto di lavoro.

3.5 Le impugnazioni: *requiem* per i collegi arbitrali di disciplina.

Uno dei punti più dolenti della previgente disciplina, come già segnalato, era costituito dall'eccessivo lassismo dei collegi arbitrali di disciplina.

Di fatto, le impugnazioni di fronte a tali organi si risolvevano in uno strumento di certo successo per il dipendente ricorrente, o in ragione dell'eccessiva protrazione dei tempi di durata dell'arbitrato, ovvero per la tendenza sistematica a considerare prevalentemente le ragioni dei dipendenti.

Così, da un lato, il comma 3 del nuovo art. 55, d.lgs. 165/01, vieta espressamente alla contrattazione collettiva di istituire procedure di impugnazione dei provvedimenti disciplinari; mentre il primo comma dell'art. 73, d.lgs. 150/09, vieta – a pena di nullità – e dall'entrata in vigore della legge – l'impugnazione di sanzioni dinanzi ai collegi arbitrali di disciplina⁽⁶⁰⁾.

L'unica facoltà – riconosciuta all'autonomia negoziale – è quella di prevedere forme, rigorosamente non obbligatorie, di conciliazione, eccetto che per i casi per cui sia prevista la sanzione disciplinare del licenziamento.

In ogni caso, tale ipotesi è limitata da una serie di vincoli legali:

1. i contratti collettivi devono comunque prevedere che il procedimento s'instauri e concluda entro un termine non superiore a trenta giorni dalla contestazione dell'addebito e, comunque, prima dell'irrogazione della sanzione (la procedura conciliativa, insomma, non può celare un'impugnazione di fatto)⁽⁶¹⁾;

⁽⁶⁰⁾ E' ammessa soltanto la definizione, anche in questo caso a pena di nullità degli atti, dei procedimenti già pendenti, entro il termine di sessanta giorni dall'entrata in vigore del decreto.

⁽⁶¹⁾ Ma è la contrattazione collettiva a stabilire gli atti della procedura conciliativa che ne determinano l'inizio e la conclusione.

2. 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⁽⁶²⁾;
3. il ricorso alla procedura conciliativa comporta la rinuncia all'impugnazione della sanzione che ne consegue.

I termini del procedimento disciplinare rimangono sospesi per l'intera durata della procedura di conciliazione e, in caso di esito negativo, riprendono a decorrere dalla sua conclusione.

3.6 I rapporti tra procedimento disciplinare e giudizio penale.

Tra le principali novità vanno segnalate quelle contenute nell'art. 55-ter in materia di rapporti tra procedimento penale e procedimento disciplinare, che, come abbiamo visto, costituiva uno dei punti maggiormente dolenti della previgente disciplina, avendo creato un'immotivata (e intollerabile) condizione di favore in vantaggio del dipendente pubblico (almeno, fino alla legge 97/01).

Con la riforma Brunetta può dirsi quasi del tutto cancellata la "pregiudizialità penale", cardine del precedente sistema, destinata a sopravvivere solo per le ipotesi più delicate.

Il primo comma dell'art. 55-ter, infatti, stabilisce il principio generale (e nuovo) per cui il procedimento disciplinare che abbia a oggetto fatti in relazione ai quali procede l'autorità giudiziaria, è proseguito e concluso anche in pendenza del procedimento penale. Subito dopo, tuttavia, si distingue tra le infrazioni di minore gravità⁽⁶³⁾ – per le quali è sempre vietata la sospensione del procedimento disciplinare – e infrazioni di maggiore gravità.

Per queste ultime, il principio generale di "autonomia" del procedimento disciplinare trova comunque applicazione, salvo che la particolare complessità dell'accertamento del fatto addebitato al dipendente e la necessità di acquisire ulteriori elementi rispetto a quelli emersi in seno al procedimento disciplinare, non rendano necessario attendere la definizione del giudizio penale.

In ogni caso, è fatta salva la possibilità di adottare la sospensione del dipendente o altri strumenti cautelari.

La norma si preoccupa anche di definire il rapporto tra il giudicato penale e la sanzione disciplinare. In proposito, occorre distinguere:

- a) se il procedimento disciplinare, non sospeso, si conclude con l'irrogazione di una sanzione e, successivamente, il procedimento

⁽⁶²⁾ Tale previsione ha, dunque, sostituito il vecchio "patteggiamento", previsto dalla precedente versione dell'art. 55, d.lgs. 165/01.

⁽⁶³⁾ Le medesime poste alla base della distinzione tra procedimento "semplificato" e "complesso", dal primo comma dell'art. 55-bis.

penale viene definito con una sentenza irrevocabile di assoluzione che riconosce che il fatto addebitato al dipendente non sussiste o non costituisce illecito penale o che il dipendente medesimo non lo ha commesso, allora l'autorità competente, ad istanza di parte da proporsi entro il termine di decadenza di sei mesi dall'irrevocabilità della pronuncia penale, riapre il procedimento disciplinare per modificarne o confermarne l'atto conclusivo in relazione all'esito del giudizio penale;

- b) se, invece, il procedimento disciplinare si conclude con l'archiviazione e il processo penale con una sentenza irrevocabile di condanna, l'autorità competente riapre il procedimento disciplinare per adeguare le determinazioni conclusive all'esito del giudizio penale.

Il procedimento disciplinare è riaperto, altresì, 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.

In tutti i casi ammessi di sospensione del procedimento disciplinare, lo stesso è, rispettivamente, ripreso o riaperto entro sessanta giorni dalla comunicazione della sentenza all'amministrazione di appartenenza del lavoratore ovvero dalla presentazione dell'istanza di riapertura ed è concluso entro centottanta giorni dalla ripresa o dalla riapertura. La ripresa o la riapertura avvengono mediante il rinnovo della contestazione dell'addebito da parte dell'autorità disciplinare competente ed il procedimento prosegue secondo quanto previsto nell'articolo 55-bis. Ai fini delle determinazioni conclusive, l'autorità procedente, nel procedimento disciplinare ripreso o riaperto, applica le disposizioni dell'articolo 653, commi 1 ed 1-bis, del codice di procedura penale⁽⁶⁴⁾.

Al fine di agevolare il raccordo tra i due procedimenti (e di risolvere i prospettati problemi in ordine all'effettiva conoscenza della pronuncia da parte della pubblica amministrazione), l'art. 70 del d.lgs. 150/09 ha inserito, nel decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, un nuovo articolo – il 154-ter – a mente del quale è fatto obbligo, alla cancelleria del giudice che ha pronunciato sentenza penale nei confronti di un lavoratore

⁽⁶⁴⁾ Art. 653, c.p.p.: << 1. La sentenza penale irrevocabile di assoluzione ha efficacia di giudicato nel giudizio per responsabilità disciplinare davanti alle pubbliche autorità quanto all'accertamento che il fatto non sussiste o non costituisce illecito penale ovvero che l'imputato non lo ha commesso.

1-bis. La sentenza penale irrevocabile di condanna ha efficacia di giudicato nel giudizio per responsabilità disciplinare davanti alle pubbliche autorità quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso >>.

dipendente di un'amministrazione pubblica di comunicarne il dispositivo all'amministrazione di appartenenza e, su richiesta di questa, di trasmettere copia integrale del provvedimento. La comunicazione e la trasmissione devono essere effettuate con modalità telematiche, ai sensi del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, entro trenta giorni dalla data del deposito.

4. La lotta ai fannulloni e la guerra all'assenteismo: tutela dell'efficienza o riduzione delle tutele?

Nonostante la materia fosse stata oggetto di recentissimi (*rectius*, pressoché coevi) interventi⁽⁶⁵⁾, il legislatore è nuovamente intervenuto per disciplinare il sistema dei controlli sulle assenze, autentico "cavallo di battaglia" del processo riformatore⁽⁶⁶⁾; si è detto, infatti, che la lotta ai fannulloni passa anche per il contrasto all'assenteismo, nella convinzione che il malfunzionamento della cosa pubblica sia ascrivibile, in misura determinante o quantomeno considerevole, al malcostume e allo scarso rendimento di parte dei dipendenti pubblici⁽⁶⁷⁾.

Il decreto Brunetta è, quindi, intervenuto, nuovamente o ulteriormente disciplinando:

- a) il titolo giustificativo dell'assenza;
- b) le modalità di trasmissione di tale titolo;
- c) i controlli ispettivi e le relative fasce orarie;
- d) la responsabilità per il mancato esercizio dei doveri di controllo e di contrasto dell'assenteismo.

Per il primo aspetto, il primo comma dell'art. 55-septies prevede che nell'ipotesi di assenza per malattia protratta per un periodo superiore a dieci giorni, e, in ogni caso, dopo il secondo evento di malattia nell'anno solare, l'assenza può essere giustificata esclusivamente mediante certificazione medica rilasciata da una struttura sanitaria pubblica o da un medico convenzionato con il Servizio sanitario nazionale.

La norma è identica a quella precedentemente contenuta nell'art. 71, d.l. 112/2008 (ss.mm.ii.), per cui si può rinviare, quanto alla

⁽⁶⁵⁾ Si far riferimento, in particolare, all'art. 71, decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 (convertito con legge 6 agosto 2008, n. 133), a sua volta modificato dall'art. 17, c. 23, decreto legge 1 luglio 2009, n. 78 (convertito con legge 3 agosto 2009, n. 102).

⁽⁶⁶⁾ Così, F. Carinci, "La terza riforma del lavoro nelle pubbliche amministrazioni", cit., 981.

⁽⁶⁷⁾ Per una completa e approfondita ricostruzione della disciplina generale in materia di malattia del dipendente pubblico, anche successivamente alla riforma Brunetta, v. R. Casillo, "La malattia del dipendente pubblico", in L. Zoppoli, "Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico", cit., 377 ss..

precisazione delle nozioni in essa contenute, alla circolare n. 7/08 della Funzione Pubblica⁽⁶⁸⁾.

La disposizione non incide sui tempi e sulle modalità della comunicazione dell'assenza all'amministrazione, lasciando tale regolamentazione all'autonomia collettiva; incide, invece, sulle modalità di trasmissione della certificazione.

Il comma 2 prescrive, infatti, che in tutti i casi di assenza per malattia la certificazione medica è inviata per via telematica, direttamente dal medico o dalla struttura sanitaria che la rilascia, all'Istituto nazionale della previdenza sociale, secondo le modalità stabilite per la trasmissione telematica dei certificati medici nel settore privato dalla normativa vigente, e in particolare dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri previsto dall'articolo 50, comma 5-bis, del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326, introdotto dall'articolo 1, comma 810, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, e dal predetto Istituto è immediatamente inoltrata, con le medesime modalità, all'amministrazione interessata.

E il comma 4 – per l'ipotesi d'inosservanza degli obblighi di trasmissione per via telematica della certificazione – prevede, come già visto (e in modo inderogabile dai contratti o accordi collettivi), la sanzione fino al licenziamento per i dipendenti inadempienti, e, per i medici in rapporto convenzionale con le aziende sanitarie locali, la decadenza dalla convenzione.

Tale innovazione è senz'altro positiva, ma la sua attuazione pratica è molto ardua, ove si considerino l'attuale stato di diffusione e manutenzione della rete informatica pubblica e la previsione – di cui al terzo comma dell'art. 55-septies – per cui l'Istituto nazionale della previdenza sociale, gli enti del servizio sanitario nazionale e le altre amministrazioni interessate svolgono le attività di trasmissione telematica con le risorse finanziarie, strumentali e umane disponibili a legislazione vigente, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

Il legislatore è intervenuto anche sul regime dei controlli, stabilendo che l'amministrazione dispone il controllo in ordine alla sussistenza della malattia del dipendente anche nel caso di assenza di un solo giorno, tenuto conto delle esigenze funzionali e organizzative. Le fasce orarie di reperibilità del lavoratore, entro le quali devono essere effettuate le visite

⁽⁶⁸⁾ Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Funzione Pubblica, Ufficio Personale Pubbliche Amministrazioni, Servizio Trattamento Personale, circolare n. 7 del 17 luglio 2008, in www.innovazionepa.gov.it/media/204310/circolare_art71_dl112.rtf.

mediche di controllo, sono stabilite con decreto del ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione.

Si stabilisce, dunque, l'obbligatorietà dei controlli ispettivi anche per assenze di un solo giorno (salvo motivate esigenze funzionali e organizzative dell'ente) e si rimette al ministro la risoluzione della *vexata quaestio* delle fasce orarie di reperibilità del lavoratore, dopo le polemiche suscitate dalla previsione, di cui al terzo comma del già citato art. 71, d.l. 112/08, di intervalli di reperibilità compresi tra le 8.00 e le 13.00, nonché le 14.00 e le 20.00 di ogni giorno, compresi i non lavorativi e i festivi⁽⁶⁹⁾.

Da ultimo, come già segnalato in altra parte del presente scritto, il legislatore si è preoccupato di "incentivare" i controllori, prevedendo, a loro carico, pesanti sanzioni in caso di mancato o non corretto esercizio dei loro poteri (art. 55-septies, u.c.).

La particolare "aggressività" delle norme sull'assenteismo se ha il merito di alzare il livello di contrasto a un fenomeno particolarmente odioso e riprovevole, rischia, tuttavia, di coinvolgere anche i soggetti effettivamente bisognosi di accedere alle sospensioni del rapporto di lavoro per esigenze di cura.

Non v'è dubbio, infatti, che la scelta del legislatore è stata quella di limitare il fenomeno delle assenze non soltanto nel suo aspetto degenerativo (l'assenteismo ingiustificato), attraverso la sanzione successiva, ma nella sua stessa evidenza, in quanto tale (l'assenza), attraverso la ricostruzione, in termini punitivi, delle stesse possibilità di accesso alla sospensione del rapporto di lavoro a causa di malattia.

Per converso, il legislatore non sembra aver tenuto adeguato conto del fatto che i controlli ispettivi riguardano in sostanza solo la presenza al loro domicilio degli "ammalati" e – nel caso in cui questi siano in effetti trovati in casa – hanno come massimo effetto il loro obbligatorio rientro il giorno successivo. Non è infatti verosimile – ed è comunque fuori

⁽⁶⁹⁾ Per quanto riguarda il trattamento economico erogabile in costanza di assenza per malattia, trova ancora applicazione il primo comma dell'art. 71, d.l. 112/08, a mente del quale <<per i periodi di assenza per malattia, di qualunque durata, ai dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nei primi dieci giorni di assenza è corrisposto il trattamento economico fondamentale con esclusione di ogni indennità o emolumento, comunque denominati, aventi carattere fisso e continuativo, nonché di ogni altro trattamento accessorio. Resta fermo il trattamento più favorevole eventualmente previsto dai contratti collettivi o dalle specifiche normative di settore per le assenze per malattia dovute a infortunio sul lavoro o a causa di servizio, oppure a ricovero ospedaliero o a day hospital, nonché per le assenze relative a patologie gravi che richiedano terapie salvavita. I risparmi derivanti dall'applicazione del presente comma costituiscono economie di bilancio per le amministrazioni dello Stato e concorrono per gli enti diversi dalle amministrazioni statali al miglioramento dei saldi di bilancio. Tali somme non possono essere utilizzate per incrementare i fondi per la contrattazione integrativa>>.

dall'esperienza concreta – l'ipotesi di controllo che accerti lo stato di "non malattia" del lavoratore (anche nel caso, in passato ampiamente verificatosi, di assenze settimanali "seriali", ad es. tutti i lunedì).

5. Conclusioni.

E' ancora presto per formulare giudizi definitivi in ordine a una riforma di ampio respiro come quella portata avanti attraverso il d.lgs. 150/09. La complessità dei fenomeni sottostanti, la pluralità e molteplicità dei soggetti coinvolti, le resistenze culturali, l'arretratezza delle dotazioni, sono tutti fattori che possono giocare un ruolo (negativo) decisivo in fase applicativa, a prescindere dalla bontà delle previsioni teoriche.

Alcuni primi dati, tuttavia, possono essere sottolineati da subito.

1. Sul piano delle infrazioni, delle sanzioni e del procedimento disciplinare non vi sono state (salvo i casi segnalati e, in particolar modo, la disciplina del rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare) vere e proprie innovazioni "sostanziali" rispetto alla disciplina faticosamente maturata a livello di autonomia negoziale e contenuta nei vari contratti di comparto. La novità è, semmai, costituita dal trasferimento di tale disciplina dal livello negoziale a quello legale, con un effetto più che pratico, di carattere "esortativo". Una sorta di ammonimento agli operatori affinché le norme, proprio perché legali e sottratte alla disponibilità delle parti, questa volta trovino puntuale ed effettiva applicazione.

2. Vi è una netta divaricazione tra le intenzioni dichiarate (allineamento del lavoro pubblico a quello privato; esaltazione dell'autonomia dei dirigenti) e un impianto normativo che traccia una disciplina "speciale" per il lavoro pubblico, riducendo i margini di autonomia collettiva, e che veste i dirigenti con una camicia di forza intessuta di norme inderogabili.

3. L'intera disciplina appare permeata da una diffidenza nemmeno troppo velata nei confronti delle capacità delle pubbliche amministrazioni di provvedere da sé, di farcela da sole. Diffidenza che ha ottimi motivi per essere coltivata, ma che non prelude a nulla di buono, laddove i soggetti chiamati a garantire il buon successo della riforma sono gli stessi di cui si diffida.

I prossimi anni diranno se i movimenti di assestamento possono dirsi conclusi o se sarà invece necessaria una nuova "riforma della riforma" del lavoro pubblico.