



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova
Dipartimento di Scienze politiche, giuridiche e studi internazionali - SPGI

SCUOLA DI DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO INTERNAZIONALE E
DIRITTO PRIVATO E DEL LAVORO
INDIRIZZO: DIRITTO DEL LAVORO
CICLO XXV

**LA RESPONSABILITA' DISCIPLINARE NEL RAPPORTO DI
LAVORO CON LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE**

Direttore della Scuola: Chiar.ma Prof.ssa Manuela Mantovani

Coordinatore d'indirizzo: Chiar.mo Prof. Marco Tremolada

Supervisore: Chiar.ma Prof.ssa Maria Giovanna Mattarolo

Dottorando: Alessandro Lima

INDICE

Abstract	<i>p.</i>	V
Summary	<i>p.</i>	VII

CAPITOLO PRIMO

Il potere disciplinare della Pubblica Amministrazione

1-	Il fondamento giuridico del potere disciplinare nel rapporto di lavoro con la Pubblica Amministrazione a seguito della c.d. “privatizzazione del pubblico impiego”	<i>p.</i>	1
1.1-	L’irrelevanza del d.lgs. n. 150 del 2009 sul fondamento giuridico del potere disciplinare	”	4
2-	La funzione del potere disciplinare della Pubblica Amministrazione	”	6
2.1-	L’impatto del d.lgs. n. 150 del 2009 sulla funzione del potere disciplinare. Prime considerazioni	”	8
3-	Il rapporto tra le fonti in materia di responsabilità disciplinare: legge, contrattazione collettiva, codice disciplinare, codice di comportamento. Considerazioni generali	”	12
3.1-	L’assetto delle fonti prima della riforma del 2009	”	12
3.2-	Il nuovo rapporto tra legge e contrattazione collettiva a seguito della c.d. “riforma Brunetta”	”	13
3.3-	Il codice disciplinare	”	15
3.4-	I codici di comportamento dopo il d.lgs. n. 150 del 2009...	”	19
3.5-	...e dopo la l. n. 190 del 2012: diretta rilevanza disciplinare del codice di comportamento ma senza ripubblicizzazione né funzionalizzazione del potere	”	23
4-	Obbligatorietà o discrezionalità del potere disciplinare della Pubblica Amministrazione. Rinvio	”	26

CAPITOLO SECONDO

Le infrazioni e le sanzioni disciplinari dei dipendenti pubblici

1-	Gli obblighi del dipendente pubblico: considerazioni generali	p.	31
1.1-	Segue. “Obblighi” e “doveri” nella contrattazione collettiva: un’endiadi	”	35
2-	La questione dell’ “obbligo di fedeltà” dei dipendenti pubblici: i dubbi sull’applicazione dell’art. 2105 cod. civ.	”	37
2.1-	Le conseguenze della violazione della disciplina sulle incompatibilità	”	40
3-	La determinazione delle infrazioni e delle sanzioni tra legge e contrattazione collettiva	”	45
3.1-	Segue. La l.d. n. 174 del 2011, il d.d.l. “anti-corruzione” e la successiva l. n. 190 del 2012, l’intesa del maggio 2012: verso un’accentuazione dell’ingerenza della legge sul contratto collettivo?	”	52
4-	La pubblicità del codice disciplinare	”	56
5-	Gli illeciti disciplinari tipizzati dal legislatore	”	60
5.1-	La mancata collaborazione nel procedimento disciplinare	”	61
5.2-	La falsa attestazione della presenza in servizio, le falsità in materia di assenza per malattia e le assenze ingiustificate	”	64
5.3-	Le infrazioni dei medici dipendenti da strutture sanitarie pubbliche	”	66
5.4-	Il rifiuto ingiustificato di trasferimento	”	68
5.5-	Le falsità commesse per l’assunzione o per le progressioni	”	69
5.6-	Le condotte aggressive, moleste, minacciose o ingiuriose	”	71
5.7-	L’effetto della condanna penale definitiva	”	74
5.8-	L’insufficiente rendimento e l’inefficienza o incompetenza professionale del lavoratore causativa di grave danno al funzionamento dell’ufficio di appartenenza	”	76
5.9-	La violazione di obblighi del dipendente causativa di condanna della Pubblica Amministrazione al risarcimento del danno	”	82
5.10-	Il mancato esercizio e la decadenza dell’azione disciplinare. Rinvio	”	84
5.11-	L’obbligo di identificazione del personale a contatto con il pubblico	”	84
6-	Il principio di proporzionalità tra infrazione e sanzione	”	85
6.1-	Segue. La proporzionalità: la rilevanza del danno prodotto dall’infrazione e i nuovi criteri della gravità dell’infrazione non perseguita e di quella per la quale si sta procedendo	”	88

7-	La funzione delle sanzioni disciplinari	<i>p.</i>	91
8-	Sanzioni conservative e sanzioni estintive	”	95
9-	La recidiva e la reiterazione delle infrazioni	”	99

CAPITOLO TERZO

Il procedimento disciplinare: termini, soggetti, negoziabilità della sanzione tra conciliazione ed arbitrato

1-	Cenni generali in tema di procedimento disciplinare. Le ricadute della regolamentazione legislativa dei termini sul modello teorico della responsabilità disciplinare configurato dal legislatore	<i>p.</i>	105
1.1-	La contrattazione collettiva e il procedimento disciplinare	”	113
2-	I soggetti attivi del procedimento disciplinare	”	117
2.1-	Il modello di competenza pluriarticolata e le sue possibili implicazioni, alla luce dei nuovi termini del procedimento	”	119
2.2-	L’ufficio competente per i procedimenti disciplinari	”	121
2.3-	L’Ispettorato della funzione pubblica	”	124
2.4-	Cenni su alcune problematiche inerenti alle amministrazioni locali e agli enti senza dirigenti	”	125
3-	Dal c.d. “patteggiamento” alla conciliazione non obbligatoria	”	128
4-	Conciliazione non obbligatoria, impugnazione della sanzione in via conciliativa e arbitrato. Differenze e problematiche applicative dovute alla successione delle leggi nel tempo. Implicazioni sulla determinazione della sanzione applicata	”	132

CAPITOLO QUARTO

La responsabilità disciplinare dei dirigenti pubblici

1-	La figura del dirigente pubblico come titolare dei poteri di gestione	<i>p.</i>	141
1.1-	In particolare, il potere disciplinare del dirigente	”	143
1.2-	L’esercizio del potere disciplinare. Discrezionalità o obbligatorietà.	”	145

	Irrelevanza della doverosità sulla funzione del potere disciplinare e sul suo fondamento contrattuale		
2-	Gli illeciti disciplinari del dirigente pubblico. Il ruolo della legge...	<i>p.</i>	150
2.1-	...il ruolo della contrattazione collettiva...	”	156
2.2-	...e le prospettive future: il ruolo dei nuovi codici di comportamento dopo la l. n. 190 del 2012 e l’intesa del maggio 2012	”	158
3-	Le sanzioni disciplinari applicabili ai dirigenti: sanzioni conservative ed estintive	”	160
4-	Il licenziamento disciplinare del dirigente pubblico	”	163
4.1-	Le conseguenze del licenziamento illegittimo del dirigente pubblico	”	166
4.2-	La tutela reintegratoria, la c.d. “riforma Fornero” e il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni	”	172

	BIBLIOGRAFIA	<i>p.</i>	179
--	---------------------	-----------	-----

	SITOGRAFIA	<i>p.</i>	203
--	-------------------	-----------	-----

ABSTRACT

La ricerca ha ad oggetto *«La responsabilità disciplinare nel rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione»*.

L'idea di fondo che sorregge la tesi, con argomenti fondati sul dato legislativo e sull'interpretazione sistematica delle norme pertinenti, è che, malgrado gli elementi distorsivi rispetto all'assetto privatistico, insiti nella specialità del rapporto, la scelta di fondo della privatizzazione permane anche dopo la riforma del 2009.

Il primo capitolo analizza il fondamento giuridico del potere disciplinare, la sua funzione e il rapporto tra le fonti. Il potere disciplinare, anche dopo la riforma del 2009, continua ad essere un potere privatistico, fondato sul contratto individuale di lavoro. Il d.lgs. n. 150 del 2009 ha operato una forte ri-legificazione del rapporto, ma non una sua ri-pubblicizzazione. Il potere disciplinare non è direttamente funzionalizzato al perseguimento di finalità pubblicistiche. Anche la diretta efficacia del codice di comportamento, certa dopo l'emanazione della l. n. 190 del 2012, non determina una diretta funzionalizzazione degli obblighi in esso previsti, e per dimostrarlo si opera un accostamento con i codici etici presenti nel settore del lavoro privato.

Il secondo capitolo riguarda le infrazioni e le sanzioni disciplinari dei dipendenti pubblici. Si premettono alcune considerazioni sugli obblighi contrattuali dei dipendenti pubblici, in particolare sull'obbligo di fedeltà, esaminato in connessione con le regole sulle incompatibilità. Vengono evidenziati pregi e difetti della nuova regola in tema di pubblicità del codice disciplinare. L'analisi delle infrazioni tipizzate dal legislatore è svolta in costante confronto con quelle previste dai contratti collettivi, dandone un'interpretazione coerente con la disciplina privatistica. La conferma del principio di proporzionalità esclude qualsiasi automatismo nell'applicazione delle sanzioni previste in astratto dal legislatore. La funzione delle singole sanzioni è sempre riconducibile al ristabilimento della regolare attività lavorativa. Si riflette infine sulle sanzioni conservative ai dipendenti pubblici e sulla recidiva.

Il terzo capitolo analizza alcuni aspetti del procedimento disciplinare, con riferimento ai termini e ai soggetti attivi, in stretto rapporto con la funzione del potere stesso. L'interpretazione della nuova disciplina dei termini del procedimento, induce a ritenere che il legislatore abbia addossato il rigore sanzionatorio in capo ai soggetti chiamati ad esercitare il potere disciplinare. Vengono inoltre esaminate le competenze rimaste al contratto collettivo, e il modo con cui i contratti le hanno esercitate. Permane una disponibilità della sanzione, come si evince dall'analisi della conciliazione non obbligatoria relativa alle sanzioni disciplinari (art. 55, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001), di

quella pre-contenziosa *ex art. 410 ss. c.p.c.*, e dell'arbitrato, che in materia disciplinare non è vietato, anche se non può essere previsto e disciplinato dai contratti collettivi.

Il quarto capitolo infine ha ad oggetto la responsabilità disciplinare dei dirigenti, che sono anche titolari del potere disciplinare. Di regola, l'esercizio del potere è obbligatorio. Si ammettono però eccezioni, attraverso un'interpretazione dell'art. 55 *sexies*, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001, tale da non escludere che ci si possa astenere dall'irrogare la sanzione, anche per motivi di opportunità, in presenza di un giustificato motivo. L'obbligatorietà del potere non implica comunque una sua finalizzazione a fini pubblicistici: anche nel settore privato, ove tali finalità non vi sono, l'esercizio del potere è a volte considerato doveroso. Si evidenziano pregi e difetti della previsione di sanzioni conservative a carico dei dirigenti pubblici, formulando proposte in prospettiva *de jure condendo*. La tesi si conclude con alcune considerazioni sul licenziamento dei dirigenti pubblici, e sulla tutela in caso di recesso illegittimo, anche alla luce del problema dell'applicazione dell'art. 18 Stat. Lav. riformato dalla l. n. 92 del 2012 al pubblico impiego.

SUMMARY

The thesis concerns «*The disciplinary responsibility in the labour relationship with the public administration*».

Despite the differences with the system of private labour, related to peculiarities of public employment, the legislator is still following the trend of privatization, even after the reform of 2009.

The first chapter analyses the legal basis of disciplinary power, its function and sources of law system regulating disciplinary responsibility. After the so-called “*Brunetta Reform*”, disciplinary power maintains a private nature, grounded on the employment contract. D.Lgs. no. 150/2009 has enlarged the institutions explicitly regulated by legislative provisions and narrowed the role of collective bargaining agreements. Nonetheless it has not caused a return to a public system of regulation. The disciplinary provisions do not directly aim the protection of public interests, but a private one, concerning the contract of employment. Also the direct effect of the “public employees behaviour code”, provided for by L. n. 190/2012, does not demonstrate that the code is aimed to protect public interests, as proved by a comparison with ethical codes of private enterprises.

The second chapter concerns disciplinary infringements and sanctions. It starts with considerations about public employees’ contractual obligation, especially about due of loyalty, analysed in relationship with the provisions about incompatibility. The pros and cons of the new regulation on the publication of the disciplinary code on Public administration website are also underlined. The disciplinary infringements introduced by legislative provisions are analyzed in comparison with the ones provided by collective bargaining agreements, trying to give an interpretation with the regulation relevant with the principles of private employment contract. Sanctions provided by the legislator are still to be applied under the proportionality principle. They are aimed to re-establish the regular labour activity. The chapter is concluded by remarks on conservative sanctions and recidivism.

The third chapter analyses some aspects of the disciplinary proceeding, with special reference to time limits and active subjects, in relationship with the function of the disciplinary power. On the basis of the new regulation on the time limits of the disciplinary procedure, the legislator has endorsed public managers with the responsibility of granting the effectiveness of the disciplinary system. Moreover, the research analyses the limits of collective bargaining agreements’ competence, and how they have performed these their function. The public administration maintains a

discretionary power on sanctions. This is proved by the analysis of the discretionary conciliation on disciplinary sanctions (art. 55, par. 3, D.Lgs. no. 165/2001), facultative conciliation (art. 410 et seq C.P.C.) and arbitration. The last is still provided by legislation but cannot be established and regulated by collective bargaining agreement.

Finally the fourth chapter deals with the disciplinary responsibility of the public managers, who have the assignment to wield the power on other public employees with no directive position. Disciplinary action is compulsory by law. However, some exceptions are provided on the basis of certain interpretations of art. 55 *sexies*, par. 3, D.Lgs. no. 165/2001. According to these ideas, managers are allowed not to apply sanctions under a justified reason, on the basis of their discretionary evaluation. Nevertheless, a power whose use is provided as compulsory by law is not necessarily aimed to a public interest. In some cases the compulsory use of powers is provided also in the private sector. In this chapter pros and cons of the new rules on the application of conservative sanctions on public managers are emphasized, and some proposals are formulated in order to improve the effectiveness of the relevant legal regime. The thesis ends with some remarks about the dismissal of public managers, and about the protection in case of unjustified dismissal, considering also the debate about the application to the public employment of the art. 18, L. no. 300/1970, modified by L. no. 92/2012.

CAPITOLO PRIMO

Il potere disciplinare della Pubblica Amministrazione

1- Il fondamento giuridico del potere disciplinare nel rapporto di lavoro con la Pubblica Amministrazione a seguito della c.d. “privatizzazione del pubblico impiego”

Il rapporto di lavoro con la Pubblica Amministrazione, per lungo tempo, è stato caratterizzato da un sistema nettamente autonomo rispetto a quello del rapporto di lavoro privato. Di conseguenza, anche i tipici poteri datoriali, *in primis* quello disciplinare, avevano un fondamento e una natura giuridica peculiare.

Tale situazione è radicalmente mutata a seguito della riforma del rapporto di lavoro con la Pubblica Amministrazione, avviata, come è noto, dalla legge delega n. 421 del 1992 e i conseguenti decreti delegati, e proseguita con la legge delega n. 59 del 1997 e i successivi decreti attuativi. Questi provvedimenti normativi hanno drasticamente mutato il regime giuridico dell'intero rapporto, ivi compreso quello del potere disciplinare, operando, salvo che per alcune tipologie di dipendenti pubblici espressamente indicate dall'attuale art. 3, d.lgs. n. 165 del 2001¹, la c.d. “privatizzazione” o “contrattualizzazione” del pubblico impiego².

Da ultimo, il legislatore è tornato a dettare una nuova riforma, con la legge delega n. 15 del 2009 e il successivo d.lgs. n. 150 del 2009 (c.d. riforma Brunetta). Tali provvedimenti normativi hanno apportato notevoli modifiche alla disciplina del rapporto di lavoro con le Pubbliche Amministrazioni, anche in materia disciplinare.

In questa tesi non ci si occuperà a fondo delle ricostruzioni antecedenti alla c.d. privatizzazione. Tuttavia, con specifico riferimento al fondamento giuridico del potere disciplinare, appare necessario dedicarvi qualche cenno, per cogliere meglio la portata innovativa delle riforme degli anni '90. Nondimeno, non si può evitare di analizzare le nuove regole introdotte dal legislatore del 2009, per verificare se esse abbiano o meno inciso sul sistema delineato dalle riforme citate.

¹ Si tratta, come è noto, dei magistrati ordinari, amministrativi e contabili, gli avvocati e i procuratori dello Stato, il personale militare e delle Forze di polizia di Stato, il personale della carriera diplomatica e prefettizia e di altro personale, ivi compreso, in via transitoria, i professori e i ricercatori universitari. Per questi soggetti permane una disciplina pubblicistica.

² Sulla genesi della riforma e sui concetti di “privatizzazione” e “contrattualizzazione”, v. F. CARINCI, *La c.d. privatizzazione del pubblico impiego*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1993, n. 1, pag. 15 e segg.

Prima della c.d. privatizzazione, il rapporto di lavoro pubblico era regolato unicamente dalla legge e da atti amministrativi. Esso non nasceva con un contratto di lavoro, ma con un provvedimento unilaterale di nomina.

Il rapporto era imperniato su una relazione di supremazia speciale dell'amministrazione rispetto ai suoi dipendenti. Il potere disciplinare trovava fondamento in essa, e al contempo permetteva di legare le posizioni di autorità dell'amministrazione e di soggezione del dipendente³. In tale contesto, il potere in questione era direttamente strumentale al raggiungimento del fine perseguito dall'amministrazione, e cioè la realizzazione degli interessi pubblici.

In seguito alla c.d. privatizzazione del pubblico impiego si assiste invece ad una radicale rivisitazione del potere disciplinare, e ad un mutamento del suo stesso fondamento giuridico.

Il rapporto di lavoro con la Pubblica Amministrazione non si instaura più, come in passato, per mezzo di un atto amministrativo unilaterale, bensì mediante un contratto individuale di lavoro.

La sottoposizione del rapporto di pubblico impiego alla disciplina dettata dalle norme del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato dell'impresa, *ex art. 2, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001*, e la regolazione dello stesso rapporto ad opera del contratto, individuale e collettivo, *ex art. 2, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001*, ha determinato un mutamento della natura giuridica dell'intero rapporto, da pubblicistico-amministrativa a privatistico-contrattuale.

In questo contesto assume centrale rilevanza quanto disposto dall'*art. 5, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001*, secondo il quale «le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte [...] con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro».

Sul piano specifico del potere disciplinare, l'*art. 55 del d.lgs. n. 165 del 2001*, prima delle modifiche operate dal *d.lgs. n. 150 del 2009*, al secondo comma prevedeva espressamente che nell'ambito dei rapporti di lavoro privatizzati si applicassero l'*art. 2106 cod. civ.* e l'*art. 7, co. 1, 5 e 8 dello Statuto dei Lavoratori*, e al terzo comma demandava alla contrattazione collettiva la definizione della tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni. Tale inciso, inserito nel vecchio articolo 59 del *d.lgs. n. 29 del 1993* (ora confluito nel citato *art. 55 del d.lgs. n. 165 del 2001*) con il *d.lgs. n. 546 del 1993*, aveva risolto i dubbi generati dall'originaria stesura del testo legislativo circa l'avvenuta riconduzione anche del potere disciplinare alle leggi che regolavano il rapporto di lavoro privato e alla contrattazione collettiva. Il problema si era posto in quanto la versione

³ MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, Giuffrè, 2002, pagg. 47-48.

originaria dell'art. 59 del d.lgs. n. 29 del 1993 si era limitata a prevedere la permanenza della disciplina pubblicistica in tema di responsabilità civile, amministrativa, penale e contabile, mentre non disponeva alcunché per la responsabilità disciplinare.

Alla luce del suddetto quadro normativo, la specifica riconduzione della materia disciplinare alla contrattazione collettiva e alle leggi sul rapporto di lavoro privato si aggiunge alla generale riconduzione del rapporto di lavoro al contratto, sia individuale che collettivo, al codice civile e alle norme che disciplinano il lavoro privato⁴.

Il rapporto di lavoro pubblico, quindi, ha acquisito natura contrattuale. I poteri esercitati dall'amministrazione, in qualità di datore di lavoro, ivi compreso quello disciplinare, coincidono con quelli del datore privato⁵, ex art. 5, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001, sono governati dal diritto privato⁶ e sono esercitati sulla base del contratto di lavoro⁷.

Pertanto, il fondamento giuridico del potere disciplinare non è più costituito dalla supremazia speciale, non più configurabile nel rapporto di lavoro privatizzato⁸, bensì dal contratto⁹.

⁴ MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, cit., pagg. 83-84.

⁵ Cons. Stato, sez. I, 8 giugno 2010, n. 4479, in *Foro Amm. Cds*, 2010, n. 6, pag. 1314. Appare già il caso di anticipare che l'accostamento corretto è tra datore di lavoro pubblico/amministrazione nel suo complesso e datore di lavoro privato, e non tra dirigente pubblico, che pure svolge la funzione datoriale nei confronti dei dipendenti privi di qualifica dirigenziale, e datore privato. Solo in parte infatti i dirigenti sono assimilabili a quest'ultimo: lo sono riguardo ai poteri esercitati e alle capacità; al contempo però se ne differenziano in quanto il dirigente pubblico è anche lavoratore subordinato. Cfr. NICOSIA, *Dirigenze responsabili e responsabilità dirigenziali pubbliche*, Giappichelli, 2011, pag. 96.

⁶ Cass. civ., sez. lav., 10 marzo 2006, n. 5320, in *Not. Giur. Lav.*, 2006, n. 4, pag. 523. In dottrina, ex multis, MATTAROLO, *Il dovere di obbedienza*, in CESTER, MATTAROLO, *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro*, Giuffrè, pag. 361; ALES, *La pubblica amministrazione quale imprenditore e datore di lavoro*, Giuffrè, 2002, pag. 28.

⁷ D'ANTONA, *Le fonti privatistiche. L'autonomia contrattuale delle pubbliche amministrazioni in materia di rapporti di lavoro*, in *Foro It.*, 1995, V, n. 2, coll. 39-40; LISO, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro, in Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal D.LGS. 29/1993 alla Finanziaria 1995. Commentario* diretto da F. CARINCI, t. I, Giuffrè, 1996, pag. 107; VIOLA, *Introduzione minima al diritto disciplinare del pubblico impiego privatizzato*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1996, n. 3-4, pagg. 543-544; MISCIONE, *Sanzioni disciplinari e responsabilità*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal D.LGS. 29/1993 ai D.LGS. nn. 396/1997, 80/1998 e 387/1998. Commentario* diretto da F. CARINCI e D'ANTONA, t. II, Giuffrè, 2000, pag. 1662; MATTAROLO, *Il dovere di obbedienza*, cit., pagg. 332-333.

⁸ TAMPIERI, *Contrattazione collettiva e potere disciplinare nel lavoro pubblico*, Giuffrè, 1996, pag. 87.

⁹ ZOLI, *Amministrazione del rapporto e tutela delle posizioni soggettive dei dipendenti pubblici*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1993, n. 3-4, pag. 640 e segg.; ALESSI, *Il potere disciplinare nel pubblico impiego riformato*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1994, n. 4, pag. 492; LEVI, *Il potere disciplinare nel rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in PERONE, SASSANI (a cura di), *Processo del lavoro e rapporto alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni. Il decreto legislativo n. 80 del 1998*, Cedam, 1999, pag. 162; RATTI, *Discrezionalità dell'azione disciplinare e limiti esterni*, in MAINARDI (a cura di), *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Utet, 2012, pag. 211.

1.1- *L'irrilevanza del d.lgs. n. 150 del 2009 sul fondamento giuridico del potere disciplinare*

L'affermazione del fondamento contrattuale del potere disciplinare della P.A. va verificata alla luce delle modifiche operate dalla recente riforma Brunetta. Come si vedrà, essa ha modificato la materia delle fonti, da un lato riducendo le competenze della contrattazione collettiva, e dall'altro eliminando il rinvio dell'art. 55, d.lgs. n. 165 del 2001, all'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori.

Tali modifiche non incidono però né sulla privatizzazione della materia disciplinare, né sul fondamento giuridico del potere, che rimane il contratto individuale di lavoro. Il rapporto di lavoro pubblico continua ad essere retto dal contratto. L'art. 5, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001 è stato modificato dal d.lgs. n. 150 del 2009 solo nel senso di escludere la possibilità che i poteri dirigenziali c.d. di micro-organizzazione che incidono sul rapporto di lavoro possano essere oggetto di contrattazione. Ma, al di là di questa pur rilevante modifica, le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione del rapporto, tra le quali rientrano quelle in materia disciplinare, continuano ad essere assunte con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro¹⁰.

Le modifiche apportate all'art. 55 dalla c.d. riforma Brunetta sono senz'altro suscettibili di operare una parziale ri-legificazione del rapporto, nel senso di una più massiccia presenza della legge rispetto alla contrattazione collettiva, ma non una ri-pubblicizzazione dello stesso¹¹. Come efficacemente affermato in dottrina, «mentre la “privatizzazione” rimane costante, la “contrattualizzazione” regredisce, sì da liberare un'ampia zona privatizzata ma non contrattualizzata, riaffidata alla legge»¹².

Non sembra superfluo, a tal proposito, richiamare la tesi dottrinale che aveva affermato l'avvenuta privatizzazione del potere disciplinare anche in seguito alla prima stesura del vecchio art. 59, d.lgs. n. 29 del 1993, desumendola dai principi generali della riforma, e in particolare proprio dal fatto che, in materia di gestione del rapporto di lavoro, il quale nasce col contratto individuale e fa sorgere situazioni soggettive di diritto o

¹⁰ *Contra* ZUCARO, *L' "ircocervo" delle responsabilità dirigenziali tra il Decreto 150/2009 ed i contratti collettivi nazionali*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2009, n. 6, pag. 946, secondo cui dopo la riforma del 2009 «il potere disciplinare dell'amministrazione, sia per la prevalenza della fonte legislativa, sia per l'obbligatorietà dell'azione disciplinare, si configura incontestabilmente come un potere sanzionatorio di diritto pubblico e non come manifestazione del potere del privato datore di lavoro».

¹¹ F. CARINCI, *Il secondo tempo della riforma Brunetta: il D. Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150*, in F. CARINCI, MAINARDI (a cura di), *La Terza Riforma del Lavoro Pubblico*, Ipsoa, 2011, pag. XX-XXI; RAVELLI, *Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2011, n. 5, pag. 1350-1351; BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, 2009, pag. 410; ID, *Sui poteri della dirigenza pubblica nella disciplina dei rapporti di lavoro: il nuovo modello regolativo*, in AA. VV., *Studi in onore di Tiziano Treu*, t. III, Jovene, 2011, pag. 1546 e segg.

¹² F. CARINCI, *Filosofia e tecnica di una riforma*, in AA. VV., *Studi in onore di Tiziano Treu*, cit., pag. 1580.

obbligo di natura contrattuale, l'amministrazione agisce con i poteri del datore di lavoro privato¹³, che trovano fondamento nel contratto.

Che poi non muti la natura giuridica privatistica del potere disciplinare¹⁴, nonostante l'abrogazione del richiamo all'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori, è dimostrato anche dalla persistente applicazione dell'art. 2106 cod. civ. (art. 55, co. 2, primo periodo, d.lgs. n. 165 del 2001), dal rinvio, pur attenuato a seguito della c.d. riforma Brunetta¹⁵, alla contrattazione collettiva per l'individuazione della tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni (art. 55, co. 2, secondo periodo, d.lgs. n. 165 del 2001), nonché dal mantenimento della giurisdizione ordinaria in materia di controversie relative al procedimento e alle sanzioni disciplinari (art. 67, co. 2, d.lgs. n. 150 del 2009)¹⁶.

Il quadro che emerge è quindi, tuttora, quello dell'unificazione del fondamento giuridico del potere disciplinare del datore di lavoro pubblico e di quello privato, in entrambi i casi costituito dal contratto¹⁷. Dunque, si ripropone anche nel settore pubblico la questione della compatibilità di un potere unilaterale di una delle parti all'interno della relazione contrattuale, che come tale dovrebbe essere caratterizzata dalla formale parità dei contraenti. Tale potere di determinare le sanzioni e di applicarle è riconosciuto al datore di lavoro, il quale si viene a trovare, in questo senso, in una posizione di supremazia privata¹⁸. Si può, tuttavia, ricorrere alle teorie elaborate dalla dottrina per il settore privato, facenti leva sulla funzione organizzatoria del contratto¹⁹. Il potere

¹³ D'ANTONA, *Le fonti privatistiche. L'autonomia contrattuale delle pubbliche amministrazioni in materia di rapporti di lavoro*, cit., coll. 32-33. V. anche BROLO, CAMPANELLA, *Potere disciplinare*, in F. CARINCI (a cura di), *Contratto e rapporto individuale di lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1993, n. 3-4, pag. 768.

¹⁴ Così anche VALLEBONA, *La riforma del lavoro pubblico: il difficile risveglio da un incubo*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2010, n. 3, pag. 134.

¹⁵ Sul punto, si rinvia ai paragrafi successivi.

¹⁶ In questo senso BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, cit., pag. 410; LOSTORTO, *Il nuovo procedimento disciplinare*, in TIRABOSCHI, VERBARO (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico*, Giuffrè, 2010, pag. 480; MAINARDI, *Il "dovere" del dirigente di sanzionare il demerito: il procedimento disciplinare*, in *Giur. It.*, 2010, n. 12, pag. 2718; ID, *Profili della responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2010, n. 4, pag. 623; VOZA, *Fondamento e fonti del potere disciplinare nel lavoro pubblico*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2011, n. 5, pag. 657-658.

¹⁷ MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, cit., pag. 352; LANOTTE, *Il licenziamento del dirigente pubblico*, Giappichelli, 2003, pag. 127; APICELLA, *Lineamenti del pubblico impiego «privatizzato»*, Giuffrè, 2012, pag. 237.

¹⁸ Cfr. L. ZOPPOLI, *Il potere disciplinare nel passaggio dal "pubblico" al "privato"*, in SORACE (a cura di), *Le responsabilità pubbliche*, Cedam, 1998, pagg. 419-420, che sottolinea che la tradizionale impostazione del potere disciplinare nel pubblico impiego come potere di supremazia la si ritrova, nei suoi connotati di fondo, anche nel lavoro privato. Di un potere di supremazia, previsto dalla legge come effetto naturale del contratto di lavoro parla PERSIANI, *Preliminari al potere disciplinare*, in PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. IV, *Contratto di lavoro e organizzazione*, t. I, *Contratto e rapporto di lavoro*, a cura di M. MARTONE, Cedam, 2012, pag. 786 e segg.

¹⁹ V. PERSIANI, *Preliminari al potere disciplinare*, cit., pag. 790, secondo cui «il potere disciplinare resta [...] un potere "anomalo" rispetto alla tradizionale uguaglianza, e parità, delle parti nel diritto privato, ma può essere considerato un potere "normale" ogni volta sia previsto dalla legge in funzione dell'organizzazione del lavoro umano». V. anche MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, 1957, pag. 26, secondo cui «si ha responsabilità disciplinare quando l'atto o l'omissione incidano direttamente» sull'organizzazione predisposta dalla controparte, «pur determinando una violazione indiretta della *lex contractus*». Per l'analisi delle varie teorie dottrinali elaborate in relazione al settore privato, cfr. anche MATTAROLO, *Il potere disciplinare*, in *Diritto del lavoro. Commentario* diretto da F. CARINCI. Vol. II. *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di CESTER, Utet, 2007, pag. 794 e segg.

disciplinare, implicante una supremazia privata del datore, è riconosciuto in quanto volto a tutelare l'interesse alla conservazione e alla protezione dell'organizzazione e della disciplina del lavoro²⁰.

2- La funzione del potere disciplinare della Pubblica Amministrazione

La privatizzazione del rapporto di lavoro con la Pubblica Amministrazione, e la conseguente natura giuridica contrattuale del potere disciplinare del datore di lavoro pubblico, ha influito anche sulla funzione stessa del potere in questione, segnando una rottura rispetto al precedente modello pubblicistico.

Il concetto di supremazia speciale, che costituiva il fondamento giuridico del potere disciplinare del datore di lavoro pubblico prima della riforma degli anni '90, avrebbe dovuto evitare commistioni tra i poteri dell'amministrazione in quanto apparato statale, esercitabili verso tutti i cittadini, e quelli di cui essa fruiva in quanto datore di lavoro, come tali esercitabili nei confronti dei soggetti legati ad essa da un rapporto di servizio²¹. Di fatto, però, tale separazione netta non si è realizzata e l'esercizio del potere disciplinare appariva orientato spesso alla tutela dell'immagine dell'amministrazione²².

La funzionalizzazione del potere disciplinare al diretto perseguimento delle finalità della pubblica amministrazione era evidente nel sistema pubblicistico. Attraverso tale potere venivano colpiti, in modo ampiamente discrezionale, tutti i comportamenti ritenuti contrari ad esse.

L'amministrazione, nell'esercizio dei tipici poteri datoriali, incluso il potere disciplinare, agisce invece ora come soggetto privato (art. 5, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001). In particolare, i poteri di cui gode non costituiscono più, come avveniva in passato, cura di un interesse pubblico esterno al rapporto di lavoro, ma di un interesse interno al rapporto, che si identifica nell'interesse organizzativo del datore di lavoro. Non viene meno il fine della pubblica amministrazione alla realizzazione dell'interesse pubblico generale, ma, come è stato notato in dottrina²³, anche se non vi è al riguardo unanimità di

²⁰ PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, 1966, pagg. 149-150; MONTUSCHI, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1973, pag. 111; L. ZOPPOLI, *Potere disciplinare e unificazione normativa del lavoro*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1991, n. 9, pag. 42; MAINARDI, *La responsabilità e il potere disciplinare*, in *Diritto del lavoro. Commentario* diretto da F. CARINCI. Vol. V, *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di F. CARINCI e L. ZOPPOLI, t. II, Utet, 2004, pag. 845. Più di recente v. VOZA, *Fondamento e fonti del potere disciplinare nel lavoro pubblico*, cit., pag. 656; RATTI, *Discrezionalità dell'azione disciplinare e limiti esterni*, cit., pag. 209; PANTANO, *Il rendimento e la valutazione del lavoratore subordinato nell'impresa*, Cedam, 2012, pag. 142 e segg.

²¹ L. ZOPPOLI, *Potere disciplinare e unificazione normativa del lavoro*, cit., pag. 39.

²² TAMPIERI, *Contrattazione collettiva e potere disciplinare nel lavoro pubblico*, cit., pagg. 89-90.

²³ MAINARDI, *La responsabilità e il potere disciplinare*, cit., pagg. 843-844; APICELLA, voce *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Enc. Dir.*, vol VI, Aggiornamento, 2002, pag. 609; MONDA, *La giurisprudenza*

vedute²⁴, esso non è più perseguito direttamente con l'esercizio dei poteri datoriali, e in particolare con quello disciplinare, ma solo indirettamente attraverso l'attività dei dirigenti ed il controllo esercitato su di essa.

Anche a seguito della privatizzazione, le amministrazioni, ex art. 2, co. 1, d.lgs. n. 165 del 2001, ispirano la loro organizzazione ai criteri indicati dalla legge, in particolare al perseguimento degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità e trasparenza. Ciò però, sebbene vi siano in dottrina opinioni contrarie²⁵, non dovrebbe comportare una funzionalizzazione dei poteri esercitati, ex art. 5, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001, agendo come soggetti privati²⁶. Il singolo atto datoriale, espressione dei poteri privatistici dell'amministrazione, non è direttamente finalizzato alla realizzazione dell'interesse pubblico²⁷. Ciò non toglie che i dirigenti devono tenerne conto. Ma, seguendo questa tesi, è l'attività complessiva dei dirigenti che dovrebbe essere valutata secondo i suddetti criteri, e non i singoli atti da questi posti in essere²⁸. E questo dovrebbe valere anche per gli atti che costituiscono espressione del potere disciplinare.

in tema di dirigenza pubblica, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2009, n. 31, pag. 332 e segg., e la giurisprudenza ivi citata. La differenza tra funzione diretta e funzione indiretta del potere sanzionatorio della pubblica amministrazione era affermata anche prima della privatizzazione: cfr. PELLIZZER, *Il potere disciplinare nello Stato*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1991, n. 9, pag. 145.

²⁴ Cfr. RUSCIANO, *Organizzazione pubblica e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro*, in *Dir. Pubbl.*, 2008, n. 1, pagg. 67-68, che critica la teoria della c.d. "funzionalizzazione sintetica" dei poteri datoriali, riferita non ai singoli atti ma alla complessiva attività.

²⁵ RUSCIANO, *Organizzazione pubblica e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro*, cit., pag. 64, secondo cui è difficile negare che «l'attività di macro-organizzazione degli uffici, vincolata dalla legge in quanto espressione del potere pubblico, fatalmente finisce con il riverberarsi, più o meno direttamente, sulla micro-organizzazione degli uffici medesimi e sulle "misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro", che l'art. 5, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001 [...] riconduce ai «poteri del privato datore di lavoro». Per l'autore, il dirigente pubblico esprime un potere sempre legato all'interesse generale, quindi in tal senso funzionalizzato (ID, *op. ult. cit.*, pag. 66 e segg.); DELL'OLIO, *La tutela dei diritti del dipendente pubblico dinanzi al giudice ordinario*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1999, pag. 135, con riferimento al sindacato giudiziale sugli atti datoriali. V. anche, in via dubitativa e con specifico riferimento alla situazione soggettiva del lavoratore, CESTER, *La diligenza del lavoratore*, in CESTER, MATTAROLO, *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro*, cit., pagg. 214-215, secondo cui, pur senza voler «riproporre, in modo surrettizio, una nuova signoria del pubblico interesse, la cui pervasività e onnivolenza informerebbe di sè, né più né meno di prima, tutto l'agire [...] del pubblico dipendente, [...] l'inserimento del dipendente nella pubblica amministrazione e nelle sue strutture non può essere impermeabile rispetto agli scopi per i quali l'amministrazione stessa opera, secondo i ben noti e certo irrinunciabili vincoli costituzionali», e in base a ciò «viene il dubbio se una qualche forma, magari attenuata e circoscritta, di funzionalizzazione sia [...] ipotizzabile nel pubblico impiego». Nel senso di una finalizzazione del potere disciplinare alla realizzazione dell'interesse pubblico, con specifico riferimento alla soddisfazione degli utenti, v. TAMPIERI, *Contrattazione collettiva e potere disciplinare nel lavoro pubblico*, cit., pagg. 90-91 e 151; MISCIONE, *Sanzioni disciplinari e responsabilità*, cit., pag. 1663.

²⁶ F. CARINCI, *Le fonti della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2000, n. 1, pag. 61. Evidenza come l'attribuzione del potere disciplinare «ad un organo specifico, distinto dal soggetto che esercita gli altri poteri datoriali [...] non comporta, ma semmai esclude una funzionalizzazione di tale potere, che, in virtù della contrattualizzazione ha assunto i connotati di un potere privato», anche TOPO, *Legge e autonomia collettiva nel lavoro pubblico*, Cedam, 2008, pag. 220, in nota.

²⁷ ORSI BATTAGLINI, CORPACI, Sub art. 4, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1999, n. 4-5, pag. 1098; APICELLA, voce *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., pag. 609. In giurisprudenza, ex pluribus, Cass. civ., sez. lav., 30 dicembre 2010, n. 26494, in *Banca dati De Jure*; Cass. civ., sez. lav., 20 marzo 2004, n. 5659, in *Foro It.*, 2005, I, col. 1530.

²⁸ TREMOLADA, *Il dirigente pubblico tra responsabilità di risultato e disciplinare*, in AA.VV., *Produttività, lavoro e modelli di contabilità nelle amministrazioni locali*, Rubbettino, 1996, pag. 71; D'ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal D.LGS. 29/1993 ai D.LGS. nn. 396/1997, 80/1998 e 387/1998. Commentario* diretto da F. CARINCI e D'ANTONA, t. I, Giuffrè, 2000, pag. 122; CLARICH, IARIA, *La*

Secondo questa lettura, l'esercizio dei poteri della pubblica amministrazione non è funzionalizzato al raggiungimento dell' "interesse pubblico all'organizzazione", ma semmai all'interesse organizzativo "proprio dell'amministrazione" e, quindi, "egoistico", come per qualunque datore di lavoro privato²⁹.

Alla luce di ciò, il potere disciplinare, anche nel settore del lavoro pubblico privatizzato, costituisce dunque espressione di autotutela del datore, avente esclusivamente la finalità di assicurare la regolare attività lavorativa³⁰. Esso rappresenta, come nel settore privato, lo strumento rapido utile a salvaguardare e a far funzionare l'organizzazione del lavoro all'interno delle pubbliche amministrazioni³¹.

2.1- *L'impatto del d.lgs. n. 150 del 2009 sulla funzione del potere disciplinare. Prime considerazioni*

Le considerazioni appena svolte circa la funzione del potere disciplinare del datore di lavoro pubblico vanno verificate alla luce delle norme dettate dal d.lgs. n. 150 del 2009. L'art. 67 di tale decreto delegato, che apre il capo V, recante norme che modificano il d.lgs. n. 165 del 2001 in materia di sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, al primo comma prevede che dette modifiche hanno «il fine di potenziare il livello di efficienza degli uffici pubblici e di contrastare i fenomeni di scarsa produttività e assenteismo». La norma riproduce quanto previsto nell'art. 7, co. 1, l.d. n. 15 del 2009, che detta i principi e i criteri in materia di sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici, ma con una differenza lessicale. Nella disposizione della legge delega infatti il contrasto alla scarsa produttività e all'assenteismo era

riforma del pubblico impiego, Maggioli, 2000, pag. 108 e segg.; GASPARRINI PIANESI, *La responsabilità disciplinare nella pubblica amministrazione in trasformazione*, Giuffrè, 2001, pag. 45 e segg.; DI PAOLA, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e nel pubblico impiego privatizzato*, Giuffrè, 2010, pagg. 41-42; MATTAROLO, *Il dovere di obbedienza*, cit., pag. 337; BOSCATI, *Il dirigente dello Stato. Contratto di lavoro e organizzazione*, Giuffrè, 2006, pag. 307. In giurisprudenza, Cass. civ., sez. lav., 28 novembre 2011, n. 25045, in *Giust. Civ.*, 2012, n. 5, pag. 1335; Cons. Stato, sez. I, 15 settembre 2010, n. 1040, in *Foro Amm. Cds*, 2010, n. 9, pag. 2008.

²⁹ Così ZOLI, *Amministrazione del rapporto e tutela delle posizioni soggettive dei dipendenti pubblici*, cit., pag. 641; nello stesso senso LISO, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario* diretto da F. CARINCI e D'ANTONA, t. I, Giuffrè, 2000, pag. 230; MAINARDI, *La responsabilità e il potere disciplinare*, cit., pagg. 843-844.

³⁰ M. T. CARINCI, *Specialità del rapporto*, in F. CARINCI (a cura di), *Contratto e rapporto individuale di lavoro*, cit., pag. 662; MISCIONE, *Sanzioni disciplinari e responsabilità*, cit., pagg. 1655-1656; CLARICH, IARIA, *La riforma del pubblico impiego*, cit., pagg. 531-532; LANOTTE, *Il licenziamento del dirigente pubblico*, cit., pag. 127; RATTI, *Discrezionalità dell'azione disciplinare e limiti esterni*, cit., pag. 211. In giurisprudenza, di recente, per l'esercizio del potere disciplinare in chiave di autotutela, v. Cass. civ., sez. lav., 28 novembre 2011, n. 25045, cit.

³¹ PICCININI, *Il potere disciplinare*, in *Amministrazioni pubbliche e diritto privato del lavoro*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1995, n. 16, pag. 268.

individuato come strumentale al potenziamento dell'efficienza, mentre nella norma del decreto delegato è configurato come obiettivo autonomo e ulteriore³².

A parte i dubbi manifestati in dottrina circa l'idoneità dell'uso dello strumento disciplinare, e in particolare del suo irrigidimento, a contrastare i fenomeni di scarsa produttività e a raggiungere l'obiettivo dell'efficienza³³, va sottolineato che, anche precedentemente alla riforma del 2009, l'esercizio del potere disciplinare poteva essere diretto a sanzionare le condotte assenteistiche e la scarsa produttività dei dipendenti, in quanto tali fenomeni si pongono in ogni caso come inadempimenti contrattuali³⁴. Del resto, come si vedrà nei successivi paragrafi, lo scarso rendimento era già sanzionato nei contratti collettivi stipulati prima del 2009³⁵.

La norma di cui all'art. 67, co. 1, d.lgs. n. 150 del 2009 allora pare assumere i tratti di una "norma manifesto". Attraverso essa il legislatore si rivolge sia ai dipendenti, in chiave di prevenzione generale³⁶, sia ai soggetti incaricati di esercitare l'azione disciplinare, suffragando l'idea per cui il potere disciplinare è pensato come strumento ordinario di gestione del rapporto di lavoro³⁷.

Quanto allo scopo dichiarato, per cui le modifiche al sistema disciplinare hanno il fine di «potenziare il livello di efficienza degli uffici pubblici», non sembra che questo inciso possa determinare una diretta funzionalizzazione del potere al suo raggiungimento.

Il perseguimento di questa finalità, e in generale dell'interesse pubblico, resta nell'ambito dell'attività complessiva dell'amministrazione in generale e dei dirigenti in particolare, come detto *supra*, senza produrre riflessi nella concreta relazione disciplinare coi dipendenti³⁸.

³² BONURA, G. CARUSO, *La nuova disciplina della responsabilità disciplinare del dipendente pubblico e la lotta all'assenteismo*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 105/2010, pag. 3, in nota. Al riguardo v. ZILIO GRANDI, *Introduzione*, in ZILIO GRANDI (a cura di), *Il lavoro negli enti locali: verso la riforma Brunetta*, Giappichelli, 2009, pag. XX, secondo cui «quello che il legislatore evidentemente considera il bubbone viene qui non solo inciso ma anche aggredito mediante una serrata lotta alla scarsa produttività e all'assenteismo».

³³ FERRARO, *Prove generali di riforma del lavoro pubblico*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2009, n. 2, pag. 257; MAINARDI, *Profili della responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici*, cit., pag. 617. V. anche PALLINI, *Sulle tristi sorti del principio di distinzione tra politica e amministrazione nella disciplina della dirigenza pubblica*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2009, n. 31, pagg. 111-112.

³⁴ In questo senso URSI, *Alcune considerazioni sul nuovo regime delle sanzioni disciplinari dopo il decreto Brunetta*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2009, n. 5, pag. 760; MAINARDI, *Profili della responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici*, cit., pagg. 616-617. Circa il rapporto tra potere disciplinare ed esigenze di produttività datoriali, cfr. LIGNANI, *La responsabilità disciplinare dei dipendenti dell'amministrazione statale*, in SORACE (a cura di), *Le responsabilità pubbliche*, cit., pag. 381, secondo cui «dove vi è un forte interesse del datore ad ottenere alti livelli di produttività è molto più frequente anche la vigilanza sui comportamenti illeciti rilevanti dal punto di vista disciplinare, mentre dove il datore di lavoro non è interessato a conseguire un'alta produttività, anche l'attenzione verso il fatto disciplinare è scadente».

³⁵ Cfr., ad esempio, l'art. 13, co. 5, lett. e) del CCNL Ministeri 2002-2005, reperibile in www.aranagenzia.it. Si rinvia al cap. II, § 5.8.

³⁶ Sulla funzione in concreto delle sanzioni disciplinari si rinvia al cap. II, § 7.

³⁷ MAINARDI, *Profili della responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici*, cit., pagg. 616-617.

³⁸ V. FERRANTE, *Direzione e gerarchia nell'impresa (e nel lavoro pubblico privatizzato)*, Giuffrè, 2012, pag. 126, secondo cui «l'interesse ultimo perseguito dal datore non ha rilievo nell'area del contratto di lavoro, che ha riferimento solo alla pretesa del creditore ad ottenere una prestazione di lavoro da coordinare nella propria organizzazione produttiva»; RATTI, *Discrezionalità dell'azione disciplinare e limiti esterni*, cit., pag. 211.

In ogni caso, finalizzazione all'interesse generale non corrisponde al concetto di funzionalizzazione³⁹, più consono peraltro agli atti amministrativi che non a quelli privatistici⁴⁰. Quest'ultimo fa pensare ad una situazione in cui ogni singola norma, atto, attività ruoti attorno al raggiungimento dell'interesse generale, costituendone quasi l'unica guida. Parlando di funzionalizzazione, insomma, si pone come unico criterio conformativo quel *quid* attorno a cui si sviluppa ogni singola attività.

Le finalità di una qualsiasi attività, modifica legislativa, esercizio di un potere, invece, possono essere molteplici. E' chiaro che nella regolazione del lavoro pubblico, il legislatore, con le sue previsioni, non può trascurare lo scopo del raggiungimento dell'efficienza dell'apparato amministrativo, volto ad erogare servizi alla collettività⁴¹. Ma tali finalità non devono necessariamente essere raggiunte, in via diretta, con qualsiasi atto del datore di lavoro pubblico, permeando in maniera assorbente l'intera prestazione dei singoli dipendenti e ogni atto di gestione del rapporto. Esse possono essere raggiunte, invece, proprio in relazione all'attività complessiva dei dirigenti, che continua a costituire l'architrave del sistema.

Se ogni singolo atto dirigenziale dovesse essere giudicato e controllato in riferimento alla sua conformità all'interesse pubblico, verrebbe meno la stessa differenza tra responsabilità dirigenziale e responsabilità disciplinare. Verrebbe infatti spontaneo chiedersi a cosa servirebbe rimandare ad un controllo successivo allo svolgimento dell'incarico il giudizio sull'operato, se ciò potesse avvenire anche in relazione ad ogni singolo atto di esercizio dei poteri dirigenziali.

Ciò non toglie che il legislatore possa in qualche modo orientare i dipendenti e i dirigenti a tenere condotte astrattamente ritenute idonee al risultato finale. Anticipando quanto si dirà più diffusamente in seguito, ad esempio, il legislatore obbliga il dirigente ad esercitare il potere disciplinare, ciò sul presupposto che possa servire al miglioramento

Contra ZUCARO, *L' "ircocervo" delle responsabilità dirigenziali tra il Decreto 150/2009 ed i contratti collettivi nazionali*, cit., pagg. 946-947, secondo cui l'esercizio del potere andrebbe indirizzato alla realizzazione dell'interesse pubblico, temperata con la tutela dei diritti degli interessati. Nel senso che dopo la riforma Brunetta il potere disciplinare è oggetto di una disciplina che non risponde solo ad una logica aziendalistica ma anche alla logica pubblicistica del perseguimento di interessi generali pure MATTARELLA, *La responsabilità disciplinare*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2010, n. 1, pag. 38.

³⁹ BOSCATI, *Il dirigente dello Stato. Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., pag. 307; NICOSIA, *Dirigenze responsabili e responsabilità dirigenziali pubbliche*, cit., pag. 124.

⁴⁰ Cfr. ORSI BATTAGLINI, CORPACI, *Sub art. 4*, cit., pag. 1098.

⁴¹ Cfr. CESTER, *La diligenza del lavoratore*, cit., pag. 214, secondo cui gli scopi per i quali l'amministrazione opera non possono essere trascurati, ma «l'interesse pubblico che viene in gioco [...] è lo specifico interesse al funzionamento della singola unità amministrativa o del singolo ufficio così come concretamente organizzati»; MATTAROLO, *Il dovere di obbedienza*, cit., pag. 334-335, secondo cui «la pubblica amministrazione, sia che si serva degli strumenti del diritto privato, sia che agisca in campo pubblicistico, deve in ogni caso tener conto del pubblico interesse, al quale la sua azione deve, anzi, essere costantemente finalizzata», ma «l'agire della Pubblica Amministrazione con la capacità e i poteri del datore di lavoro privato, sembra escludere in radice che l'esercizio del potere da parte della stessa debba in ogni momento e in ogni sua espressione essere funzionalizzato ad un generale interesse superiore o alla cura di uno specifico interesse pubblico».

dell'efficienza⁴². Ma la funzione del potere, e del suo esercizio, in sè, rimane in prima battuta quella di ricostituire la regolare attività lavorativa del dipendente. Che poi ciò possa incidere anche sul miglioramento dell'efficienza, non implica che il potere sia imperniato sul raggiungimento dell'interesse collettivo.

Nei confronti dei dipendenti pubblici, la sanzione disciplinare dovrebbe scattare, stante il persistente fondamento contrattuale del potere, solo nei casi di condotte che costituiscono inadempimento contrattuale o che facciano venir meno l'aspettativa degli adempimenti contrattuali futuri⁴³, in ogni caso attinenti allo svolgimento della prestazione lavorativa. A sostegno di tale assunto vi è peraltro la conferma del rinvio all'art. 2106 cod. civ., che testualmente prevede l'applicazione di sanzioni disciplinari per «l'inosservanza delle disposizioni contenute» negli artt. 2104 e 2105 cod. civ. Ciò dovrebbe determinare la non sanzionabilità disciplinare per comportamenti che siano, *ex se*, in contrasto con l'interesse pubblico⁴⁴.

In questo contesto, tuttavia, il legislatore del 2009 ha introdotto anche disposizioni che sembrano imporre ai dipendenti obblighi non connessi allo svolgimento della propria prestazione lavorativa. Ci si riferisce in particolare al nuovo art. 55 *bis*, co. 7, d.lgs. n. 165 del 2001, che punisce «il lavoratore dipendente o il dirigente, appartenente alla stessa amministrazione pubblica dell'incolpato o ad una diversa che, essendo a conoscenza per ragioni d'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»⁴⁵.

In questa disposizione sembrano emergere componenti e finalità pubblicistiche, potendo essa indurre a ritenere che il legislatore voglia usare il potere disciplinare per obbligare un dipendente, che pure non ha commesso infrazioni nello svolgimento della sua attività lavorativa, a collaborare per l'applicazione di una sanzione ad un altro dipendente, il tutto all'insegna di un possibile interesse pubblico alla sanzione disciplinare. Ma così non è. L'esercizio del potere nei confronti di ogni lavoratore inadempiente ai suoi

⁴² Sul punto si rinvia, anche per una ricostruzione di tale obbligo all'interno del complessivo sistema disciplinare, oltre che all'ultimo paragrafo di questo capitolo, al cap. IV, §§ 1.3 e 2.

⁴³ Secondo la teoria dottrinale prevalente affermata in seguito alla privatizzazione del rapporto di lavoro e prima della riforma Brunetta: cfr. ALESSI, *Il potere disciplinare nel pubblico impiego riformato*, cit., pag. 493; M. T. CARINCI, *L'estensione dello Statuto dei Lavoratori*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal D.LGS. 29/1993 alla Finanziaria 1995. Commentario* diretto da F. CARINCI, t. II, Giuffrè, 1995, pagg. 896-897; LEVI, *Il potere disciplinare nel rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, cit., pag. 177; MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, cit., pagg. 99-100.

⁴⁴ Cfr. MAINARDI, *La responsabilità e il potere disciplinare*, cit., pagg. 846-847, secondo cui il richiamo all'art. 2106 cod. civ., e dunque anche agli artt. 2104 e 2105 cod. civ., implica «l'immediata ed esclusiva finalizzazione del potere disciplinare al ristabilimento degli obblighi di diligenza, obbedienza e fedeltà sanciti dal codice civile». Tale lettura è confermata, dopo la riforma del 2009, anche da SPINELLI, *I limiti sostanziali all'esercizio del potere disciplinare nel lavoro pubblico. Il licenziamento disciplinare*, in F. CARINCI, MAINARDI (a cura di), *La Terza Riforma del Lavoro Pubblico*, cit., pag. 479.

⁴⁵ Per l'analisi di questa norma e delle altre norme che tipizzano le infrazioni dei dipendenti si rinvia al cap. II.

obblighi non è finalizzato direttamente al perseguimento di un interesse pubblico. Continua invece a costituire strumento per assicurare o ripristinare la regolare attività lavorativa. Se apparentemente la condotta richiesta può sembrare avulsa dalla prestazione lavorativa, non può escludersi che la legge possa innestare nel contratto di lavoro obblighi che valgano a caratterizzare il rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici. Si tratta pur sempre di obblighi contrattuali, all'interno di un rapporto che è sì privatizzato, ma non privo di specialità⁴⁶.

La specialità del rapporto, però, «non comporta la funzionalizzazione dell'attività, ma può bene essere garantita da una serie di norme [...] che, al pari di quanto avviene nel diritto privato, possono porre dei limiti alla volontà delle parti, anche collettive, attraverso prescrizioni imperative, ovvero prevedere discipline derogatorie»⁴⁷.

3- Il rapporto tra le fonti in materia di responsabilità disciplinare: legge, contrattazione collettiva, codice disciplinare, codice di comportamento. Considerazioni generali

3.1- L'assetto delle fonti prima della riforma del 2009

La c.d. privatizzazione del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni aveva determinato, sul piano delle fonti, una sostanziale omogeneità del sistema disciplinare nel settore pubblico privatizzato e nel settore del lavoro privato⁴⁸.

L'art. 55 del d.lgs. n. 165 del 2001, prima delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 150 del 2009, dopo avere, al primo comma, fatto salva la disciplina pubblicistica in materia di responsabilità civile, amministrativa, penale e contabile, al secondo comma prevedeva l'applicazione dell'art. 2106 cod. civ. e dei commi 1, 5 e 8 dell'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori.

Infine al terzo comma disponeva che «la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni è definita dai contratti collettivi», fatto salvo «quanto previsto dagli articoli 21 e

⁴⁶ Ma per un tentativo di riconduzione a sistema di questa norma si veda il cap. II, §§ 5.1 e 7. Di un sistema disciplinare connotato da componenti e finalità pubblicistiche parla URSI, *Alcune considerazioni sul nuovo regime delle sanzioni disciplinari dopo il decreto Brunetta*, cit., pag. 769.

⁴⁷ Così FERRANTE, *Direzione e gerarchia nell'impresa (e nel lavoro pubblico privatizzato)*, cit., pag. 126.

⁴⁸ MAINARDI, *La responsabilità e il potere disciplinare*, cit., pag. 839, ma anche pag. 853 riguardo all'entità e alla tipologia delle sanzioni disciplinari; BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, cit., pag. 404.

53, comma 1, e ferma restando la definizione dei doveri del dipendente ad opera dei codici di comportamento di cui all'art. 54» del medesimo decreto legislativo.

Vi era dunque la devoluzione espressa alla contrattazione collettiva della capacità di regolare la materia disciplinare, con esclusione della responsabilità dirigenziale (art. 21, d.lgs. n. 165 del 2001) e delle incompatibilità (art. 53, d.lgs. n. 165 del 2001).

E' utile precisare che nel suddetto sistema, ora in parte superato, come si vedrà, dalla riforma del 2009, la fonte legislativa non era assente. Si era, invece, in presenza di una coesistenza di fonti legali (*in primis* l'art. 2106 cod. civ. e l'art. 7 della l. n. 300 del 1970) e di fonti negoziali (i contratti collettivi richiamati dall'art. 55, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001)⁴⁹.

Permanevano inoltre dei residui di specialità della disciplina in materia di responsabilità disciplinare nel rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione, soprattutto in relazione ai profili procedurali. Infatti, il procedimento disciplinare era regolato, nei suoi profili essenziali, dall'art. 55, co. 4 e segg., d.lgs. n. 165 del 2001, e non dalle norme dettate dall'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori. Peraltro, la difformità si collocava più sul piano formale che su quello sostanziale, dato che il procedimento previsto per il lavoro privato e per quello pubblico poggiava sugli stessi principi. Ad ogni modo, come rilevato in dottrina, le diversità esistenti erano dovute alla necessità di adattare il modello privatistico all'apparato organizzativo chiamato ad esercitare il potere o a motivi di opportunità⁵⁰.

3.2- *Il nuovo rapporto tra legge e contrattazione collettiva a seguito della c.d. "riforma Brunetta"*

La riforma operata con la l.d. n. 15 del 2009 e il successivo decreto legislativo n. 150 del 2009 ha innovato profondamente il sistema delle fonti in materia di rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione. Anche in materia disciplinare⁵¹ si assiste ad un processo

⁴⁹ MAINARDI, *La responsabilità e il potere disciplinare*, cit., pag. 839.

⁵⁰ MISCIONE, *Sanzioni disciplinari e responsabilità*, cit., pag. 1661; MAINARDI, *La responsabilità e il potere disciplinare*, cit., pag. 842.

⁵¹ In generale, per il rilievo che la riforma opera una rilegificazione del rapporto ma non una ripubblicizzazione, v. F. CARINCI, *Il secondo tempo della riforma Brunetta: il D. Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150*, cit., pag. XX-XXI; D'AURIA, *Il nuovo sistema delle fonti: legge e contratto collettivo, Stato e autonomie territoriali*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2010, n. 1, pagg. 5-6.

di ri-legificazione del rapporto⁵², che tuttavia, per le ragioni già esposte, non comporta anche una ri-pubblicizzazione dello stesso⁵³.

L'assetto che traspare dal d.lgs. n. 165 del 2001, nella sua attuale formulazione, è quello di una forte ingerenza della fonte legislativa su quella negoziale, e di un contestuale forte ridimensionamento di quest'ultima⁵⁴. Se già in passato, come detto, la legge era intervenuta a dettare una disciplina speciale soprattutto per i profili procedurali del potere, la novità adesso è costituita dal fatto che le specificità introdotte dalla fonte normativa si estendono anche ai profili sostanziali.

In tale contesto, la contrattazione collettiva è divenuta fonte residuale in materia disciplinare⁵⁵, potendo liberamente introdurre regole diverse solo in assenza di disposizioni di legge e nei limiti delineati dal legislatore.

Il nuovo assetto delle fonti, caratterizzato dunque da una prevalenza delle norme di legge, espressamente definite inderogabili dal legislatore, sulle disposizioni dei contratti collettivi, è testimoniato da molteplici disposizioni del d.lgs. n. 165 del 2001, come modificato dalla l.d. n. 15 del 2009 e dal d.lgs. n. 150 del 2009.

Innanzitutto, su un piano generale, viene in rilievo l'art. 2, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001. Il primo periodo di tale norma conferma la regola per cui ai rapporti di lavoro privatizzati si applicano le disposizioni che regolano il rapporto di lavoro privato (e dunque le norme del capo I, titolo II, libro V del codice civile e le altre leggi sul lavoro subordinato nell'impresa), salve le diverse disposizioni contenute nello stesso decreto, con l'aggiunta che tali diverse disposizioni sono ora espressamente definite «a carattere imperativo».

L'innovazione più radicale è comunque contenuta nel secondo periodo dell'art. 2, co. 2, che, con riguardo ai rapporti tra legge e contrattazione collettiva, delinea il possibile quadro di una rilegificazione stabile⁵⁶. Se, infatti, prima della riforma del 2009, le norme di legge, che eventualmente avessero introdotto disposizioni speciali, cioè applicabili solo ai dipendenti pubblici, erano derogabili dai successivi contratti collettivi, «salvo che la legge disponga espressamente in senso contrario», ora tale meccanismo è completamente rovesciato. La deroga da parte dei contratti collettivi è infatti consentita solo se la legge lo prevede espressamente.

⁵² MAINARDI, *Fonti, poteri e responsabilità nella valutazione del merito dei dipendenti pubblici*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2009, n. 5, pag. 734-735; BONURA, G. CARUSO, *La nuova disciplina della responsabilità disciplinare del dipendente pubblico e la lotta all'assenteismo*, cit., pag. 4.

⁵³ *Contra*, MATTARELLA, *La nuova disciplina di incentivi e sanzioni nel pubblico impiego*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2009, n. 4, pag. 939, che parla di «parziale ripubblicizzazione». Lo stesso termine, con riferimento al rapporto di lavoro dei dirigenti, è usato da ZUCARO, *L' "ircocervo" delle responsabilità dirigenziali tra il Decreto 150/2009 ed i contratti collettivi nazionali*, cit., pagg. 949-950.

⁵⁴ BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, cit., pag. 400; LOSTORTO, *Il nuovo procedimento disciplinare*, cit., pag. 478; MATTARELLA, *La responsabilità disciplinare*, cit., pag. 34; DI PAOLA, *La nuova disciplina dell'esercizio del potere disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, n. 1, III, pag. 3.

⁵⁵ MATTARELLA, *La nuova disciplina di incentivi e sanzioni nel pubblico impiego*, cit., pag. 959.

⁵⁶ MAINARDI, *Fonti, poteri e responsabilità nella valutazione del merito dei dipendenti pubblici*, cit., pag. 735.

Con specifico riferimento alla materia delle sanzioni disciplinari, la limitazione della competenza dell'autonomia collettiva emerge dal nuovo art. 40, co. 1, ultimo periodo, del d.lgs. n. 165 del 2001, ove è previsto che la contrattazione «è consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge»⁵⁷, nonché dal nuovo art. 55 del d.lgs. n. 165 del 2001, ove, al primo comma, si riafferma l'imperatività delle norme dettate dal medesimo articolo e da quelli seguenti (dall'art. 55 all'art. 55 *octies*)⁵⁸ e, al secondo comma, si prevede che la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni è definita dai contratti collettivi, «salvo quanto previsto dalle disposizioni del presente Capo».

Appare evidente l'imprecisione del legislatore nel parlare di «Capo», dato che il d.lgs. n. 165 del 2001 non si suddivide, appunto, in capi. L'imprecisione è dovuta al fatto che l'art. 55 è stato sostituito interamente dall'art. 68 del d.lgs. n. 150 del 2009, il quale, così come l'art. 69 del medesimo decreto delegato, che ha introdotto i nuovi artt. da 55 *bis* a *novies* nel d.lgs. n. 165 del 2001, è contenuto nel capo V, titolo IV, del d.lgs. n. 150 del 2009.

Nonostante ciò, l'attuale art. 55, d.lgs. n. 165 del 2001 manifesta l'intenzione del legislatore di vincolare la contrattazione collettiva anche in una materia, quale appunto l'individuazione delle infrazioni e delle sanzioni, tradizionalmente rimessa ad essa.

Dal quadro attuale emerge dunque nitida la sfiducia del legislatore nei confronti dell'autonomia collettiva anche in materia disciplinare⁵⁹.

3.3- *Il codice disciplinare*

Il codice disciplinare, come è noto, è il documento predisposto dal datore di lavoro in cui è contenuta la normativa disciplinare applicabile ai suoi dipendenti⁶⁰.

Nel settore del lavoro privato, esso deve contenere «quanto in materia è stabilito da accordi e contratti di lavoro ove esistano», *ex art. 7, co. 1, l. n. 300 del 1970*. Fino alla recente riforma, come accennato, tale norma dello Statuto dei Lavoratori era applicabile

⁵⁷ Tale principio è stabilito dalla medesima disposizione anche in materia di valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, della mobilità e delle progressioni economiche.

⁵⁸ L'imperatività delle nuove disposizioni è affermata in modo ossessivo e pleonastico dal legislatore. Cfr. MAINARDI, *Fonti, poteri e responsabilità nella valutazione del merito dei dipendenti pubblici*, cit., pag. 735; DI PAOLA, *La nuova disciplina dell'esercizio del potere disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, cit., pag. 4; CORTI, SARTORI, *Il decreto attuativo della c.d. "legge Brunetta" sul pubblico impiego*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, n. 1, III, pag. 32; ROMEL, *Spunti sulla responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici*, in AA. VV., *Studi in onore di Tiziano Treu*, cit., pag. 1628. Oltretutto, in tal modo il legislatore rischia di far confusione: la norma di cui all'art. 55 *novies*, che impone obblighi per i dipendenti pubblici, è da ritenersi imperativa? Sembrerebbe di no, stando all'art. 55, co. 1, d.lgs. n. 165 del 2001; ma può essere considerata tale, *ex art. 2, co. 2*, che prevede l'imperatività di tutte le norme speciali dettate dal decreto.

⁵⁹ FERRARO, *Prove generali di riforma del lavoro pubblico*, cit., pag. 244; VALLEBONA, *La riforma del lavoro pubblico: il difficile risveglio da un incubo*, cit., pag. 139.

⁶⁰ MAINARDI, *La responsabilità e il potere disciplinare*, cit., pag. 861.

anche al lavoro pubblico privatizzato, per via dell'espresso richiamo contenuto nel vecchio art. 55, d.lgs. n. 165 del 2001.

L'opinione dominante è nel senso che, proprio in quanto la norma statutaria subordina l'obbligo di conformazione all'esistenza di accordi e contratti collettivi, il potere di determinare le norme disciplinari applicabili spetta comunque al datore di lavoro, pur essendo egli vincolato a dare attuazione a quanto stabilito nelle fonti negoziali, ove esistenti, con la conseguenza che il codice disciplinare sarebbe in ogni caso un documento di formazione datoriale⁶¹.

La medesima soluzione interpretativa era sostenuta dalla dottrina con riferimento al rapporto di lavoro pubblico privatizzato, stante l'applicazione dell'art. 7, co. 1, dello Statuto, e nonostante la formula apparentemente imperativa presente nell'art. 55 del d.lgs. n. 165 del 2001, secondo cui «la tipologia delle infrazioni e delle sanzioni è definita dai contratti collettivi»⁶². Si negava così l'attribuzione a questi ultimi del ruolo di fonte esclusiva in tale materia, con la conseguenza che, in mancanza, il datore di lavoro pubblico poteva comunque provvedere a redigere il codice, evitando la “paralisi” del potere.

Anche in questo contesto il legislatore del 2009 ha innovato la disciplina. Peraltro, il termine «codice disciplinare», mai usato né nel codice civile, né nello Statuto dei Lavoratori, né nella formulazione originaria del d.lgs. n. 165 del 2001, viene invece per la prima volta citato a seguito delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 150 del 2009.

La norma di riferimento è l'art. 55, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001, come modificato nel 2009. Essa conferma l'applicazione dell'art. 2106 del codice civile ai rapporti di lavoro privatizzati, fatta eccezione per le materie della responsabilità civile, amministrativa, penale e contabile, ma non quella dell'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori.

L'art. 55, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001 conferma inoltre quanto già previsto dalla vecchia formulazione della norma, e cioè che «la tipologia delle infrazioni e delle sanzioni è definita dai contratti collettivi», salvo quanto ora è previsto dalle disposizioni inderogabili contenute nel decreto. È stato invece eliminato l'inciso che faceva salvo anche «quanto previsto dagli articoli 21 e 53, comma 1», nonché «la definizione dei doveri del dipendente ad opera dei codici di comportamento». Nell'ultimo periodo della disposizione, infine, viene appunto citato il «codice disciplinare», al fine di affermare che

⁶¹ PAPALEONI, *Il procedimento disciplinare nei confronti del lavoratore*, Jovene, 1996, pag. 159 e segg.; MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, cit., pag. 231 e segg.; NOVIELLO, TENORE, *La responsabilità e il procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, Giuffrè, 2002, pagg. 83-84; MATTAROLO, *Il potere disciplinare*, cit., pag. 801; FERRANTE, *Fondamento e natura del potere disciplinare*, in MAINARDI (a cura di), *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., pagg. 7-8.

⁶² MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, cit., pagg. 247-248; LAZZARI, *Il codice disciplinare*, in MAINARDI (a cura di), *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., pagg. 40-41. *Contra*, SORDI, *Il licenziamento del dipendente pubblico: il quadro legale*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2001, n. 2, pagg. 280-281, secondo cui invece il datore di lavoro pubblico non può mai procedere alla predisposizione unilaterale del codice disciplinare.

la sua pubblicazione sul sito istituzionale dell'amministrazione equivale alla sua affissione nella sede di lavoro.

Ciò che in questa sede appare opportuno rilevare è che, alla luce delle modifiche del 2009, potrebbe trovare nuova linfa la tesi interpretativa, già sostenuta sotto la vigenza della vecchia disciplina, secondo cui il contratto collettivo nel settore pubblico costituisce fonte diretta ed esclusiva del potere disciplinare⁶³, senza il quale esso non sarebbe esercitabile⁶⁴.

Tale tesi andrebbe corretta, oggi, alla luce del fatto che vi sono comunque norme (quelle imperative dettate dal legislatore agli articoli da 55 a 55 *octies* del d.lgs. n. 165 del 2001) che devono comunque trovare applicazione. Ma il mancato richiamo dell'art. 7, co. 1, l. n. 300 del 1970, e la persistente formula secondo cui infrazioni e sanzioni sono definite dai contratti collettivi, potrebbe far cadere uno dei principali argomenti a sostegno della possibilità del datore di lavoro di provvedere unilateralmente anche in assenza di contratto collettivo⁶⁵.

Se così fosse, si determinerebbe una conseguenza paradossale. La contrattazione collettiva, che da un'analisi complessiva della riforma del 2009 risulta notevolmente ridimensionata in relazione alle norme di legge, acquisterebbe un potere di cui non dispone neanche nel settore del lavoro privato nei confronti del datore di lavoro. Si potrebbe configurare, in ultima analisi, la sussistenza di un obbligo a contrarre in materia disciplinare, in contrasto con l'orientamento dominante per cui un tale obbligo nel nostro ordinamento non sussiste⁶⁶.

Ciò, ancora, contrasterebbe con uno degli obiettivi della legge delega n. 15 del 2009, indicato all'art. 2, co. 1, lett. a), e cioè la «convergenza degli assetti regolativi del lavoro pubblico con quelli del lavoro privato, con particolare riferimento al sistema delle

⁶³ MISCIONE, *Sanzioni disciplinari e responsabilità*, cit., pag. 1677; LEVI, *Il potere disciplinare nel rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, cit., pag. 167; APICELLA, voce *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., pag. 628; NOVIELLO, TENORE, *La responsabilità e il procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, cit., pag. 41; ZAPPÀ, *La responsabilità disciplinare*, in GAROFOLI, LIBERATI (a cura di), *La responsabilità della pubblica amministrazione e dei suoi dipendenti*, t. II, Giuffrè, 2005, pag. 864; MASSI, *Contrattazione collettiva e potere disciplinare dell'amministrazione*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2009, n. 48, Supplemento, pag. 37; SORDI, *Il licenziamento del dipendente pubblico: il quadro legale*, cit., pagg. 280-281.

⁶⁴ In questo senso anche VOZA, *Fondamento e fonti del potere disciplinare nel lavoro pubblico*, cit., pag. 672.

⁶⁵ In questo senso cfr. DI PAOLA, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e nel pubblico impiego privatizzato*, cit., pag. 380.

⁶⁶ V. però BOSCATI, *Il dirigente dello Stato. Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., pag. 341, secondo cui «desumere in via interpretativa un obbligo a trattare da disposizioni normative che non lo esplicitano significherebbe supportare una soluzione lesiva del principio di libertà sindacale definito dall'art. 39, comma 1, della Costituzione». Tuttavia un obbligo legale a contrarre è stato già ipotizzato, in relazione alla definizione del trattamento economico fondamentale ed accessorio, ex art. 45, co. 1, d.lgs. n. 165 del 2001, vecchia formulazione. Cfr. ZOLI, *Il trattamento economico*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal D.LGS. 29/1993 alla Finanziaria 1995. Commentario* diretto da F. CARINCI, t. I, Giuffrè, 1995, pag. 824.

relazioni sindacali». Peraltro, questo obiettivo appare clamorosamente smentito in molte parti del d.lgs. n. 150 del 2009, e dunque non sarebbe l'unico caso⁶⁷.

Contro questa tesi si possono però sollevare alcune obiezioni. Si può innanzitutto fare affidamento sul richiamo, tuttora presente nell'art. 55, d.lgs. n. 165 del 2001, dell'art. 2106 del codice civile, che confermerebbe la provenienza unilaterale del codice disciplinare, frutto di un potere attribuito al datore di lavoro direttamente dalla legge, e in particolare proprio dalla norma codicistica⁶⁸.

Ulteriore possibile argomentazione sarebbe costituita dal fatto che, anche a seguito della riforma del 2009, i poteri di cui dispone la pubblica amministrazione in materia di organizzazione degli uffici e di gestione dei rapporti di lavoro sono quelli del datore di lavoro privato, *ex art. 5, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001*. Tale ultimo argomento, peraltro, se sotto un profilo teorico appare solido, vacilla alla luce dell'impianto complessivo della riforma, che in più parti limita l'autonomia della dirigenza, e dunque del datore di lavoro pubblico, in maniera ben più incisiva rispetto ai datori di lavoro privati⁶⁹.

Secondo parte della dottrina, poi, l'omesso richiamo dell'art. 7 avrebbe un significato più formale che sostanziale, dato che l'art. 51, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001 prevede tuttora l'applicazione della l. n. 300 del 1970 e, dunque anche dell'art. 7⁷⁰, al lavoro pubblico privatizzato. Tale tesi merita alcune precisazioni. Invero, l'espressa eliminazione del richiamo dei commi 1, 5 e 8 della norma statutaria, prima espressamente citati, costituisce indice della volontà del legislatore di ritenerli non più applicabili. Tuttavia, tale eliminazione può avere anche un significato diverso, nel senso che, stante appunto la persistenza del rinvio generale alle norme dello Statuto dei Lavoratori, quelle norme continuano a trovare applicazione, a meno che non vi sia una norma speciale esplicitamente o implicitamente in contrasto con esse⁷¹. Soffermandoci qui solo sul primo comma, è facile ricavare che l'omesso richiamo è dovuto al fatto che, come si vedrà, l'attuale art. 55, co. 2, ult. periodo, regola il requisito di pubblicità del codice nel lavoro pubblico con una norma apposita.

Senonché, da un lato, la disposizione, dichiarando l'equivalenza della pubblicazione *on line* del codice alla sua affissione nel luogo di lavoro, implicitamente consente, in via

⁶⁷ BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, cit., pagg. 401 e 408; BONURA, G. CARUSO, *La nuova disciplina della responsabilità disciplinare del dipendente pubblico e la lotta all'assenteismo*, cit., pag. 31. La contraddizione tra gli obiettivi della legge delega, tesi da una parte alla convergenza degli assetti regolativi tra lavoro pubblico e privato e dall'altro all'introduzione di maggiori disposizioni speciali per il pubblico impiego, è sottolineata anche da ZUCARO, *L' "ircocervo" delle responsabilità dirigenziali tra il Decreto 150/2009 ed i contratti collettivi nazionali*, cit., pagg. 942-943.

⁶⁸ Cfr. MAINARDI, *La responsabilità e il potere disciplinare*, cit., pag. 865.

⁶⁹ MATTARELLA, *La nuova disciplina di incentivi e sanzioni nel pubblico impiego*, cit., pag. 961.

⁷⁰ URSI, *Alcune considerazioni sul nuovo regime delle sanzioni disciplinari dopo il decreto Brunetta*, cit., pag. 761; BUSICO, *La responsabilità disciplinare nella riforma Brunetta*, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2010, n. 2, pag. 350; LAZZARI, *Il codice disciplinare*, cit., pag. 42.

⁷¹ Per maggiori precisazioni su tale interpretazione, si rinvia al cap. II, § 9, per il comma 8; nonché al cap. III, § 4.

teorica, che l'affissione, in mancanza di pubblicazione sul sito istituzionale dell'ente, la quale non è imposta come unica forma di pubblicità, ma dichiarata equivalente alla prima, continui ad essere possibile⁷². Dall'altro, il primo comma dell'art. 7 non disciplina solo la forma di pubblicità del codice, ma anche appunto, la regola per cui le norme disciplinari «devono applicare quanto in materia è stabilito da accordi e contratti di lavoro ove esistano». Tale ultima parte non è contraddetta da alcuna norma speciale per il lavoro con le pubbliche amministrazioni, sicché può ritenersi che tale regola continui a trovare applicazione, aggiornata oggi alla luce del fatto che, a loro volta, i contratti collettivi devono applicare, parafrasando l'art 7 dello Statuto, quanto in materia è stabilito dalle disposizioni imperative di legge.

3.4- *I codici di comportamento dopo il d.lgs. n. 150 del 2009...*

Come è noto, l'introduzione, all'interno della disciplina del lavoro nella pubblica amministrazione, di una disposizione sui codici di comportamento è avvenuta con il d.lgs. n. 546 del 1993, che aveva inserito, nell'originario d.lgs. n. 29 del 1993, l'art. 58 *bis*. Tale norma, modificata dal d.lgs. n. 80 del 1998, è poi confluita nell'art. 54 del d.lgs. n. 165 del 2001, non novellato dal d.lgs. n. 150 del 2009.

A seguito del d.lgs. n. 80 del 1998, un ulteriore riferimento a tale codice era contenuto nell'art. 55, co. 3, del d.lgs. n. 165 del 2001, a norma del quale la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni è definita dai contratti collettivi, «ferma restando la definizione dei doveri del dipendente ad opera dei codici di comportamento di cui all'articolo 54».

Il codice attualmente vigente è stato emanato con decreto del ministro per la funzione pubblica del 28 novembre 2000, che ha sostituito il precedente d.m. del 31 marzo 1994. Esso non è considerato un atto normativo di natura regolamentare, *ex l. n. 400 del 1988*, bensì un atto di natura amministrativa⁷³.

La previsione di tale codice di condotta ha sollevato parecchi dubbi interpretativi, relativi in particolare a due aspetti. La dottrina è apparsa infatti divisa in relazione alla natura, disciplinare o esclusivamente etica del codice, e alla sua efficacia, diretta o indiretta.

⁷² Se non addirittura ancora obbligatoria: v. LAZZARI, *Il codice disciplinare*, cit., pag. 65. Sul punto si rinvia al cap. II, § 4.

⁷³ NOVIELLO, TENORE, *La responsabilità e il procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, cit., pag. 101; S. C. DE BRACO, *La responsabilità disciplinare*, in S. C. DE BRACO, NAPOLITANO, PENNONI, S. DE BRACO, *Le responsabilità del pubblico impiegato*, Cedam, 2003, pag. 286. La natura normativa è in particolare esclusa dal fatto che il decreto ministeriale è stato emanato senza la richiesta del previo parere del Consiglio di Stato, necessario *ex art. 17, co. 4, l. n. 400 del 1988*.

L'opinione maggioritaria e condivisa affermava che tale codice, pur avendo indubbi effetti in materia di infrazioni disciplinari, non avesse tuttavia efficacia diretta, né natura propriamente disciplinare. Le sue disposizioni avrebbero acquisito efficacia vincolante soltanto per il tramite della contrattazione collettiva⁷⁴. Corollario di tale tesi era che la violazione delle disposizioni del codice di condotta, non recepite dai contratti collettivi, non avrebbe dato luogo a sanzioni disciplinari a carico dei dipendenti.

A sostegno di tale interpretazione venivano addotti vari argomenti. Innanzitutto, l'art. 54, co. 3, del d.lgs. n. 165 del 2001, prevedendo che «le amministrazioni formulano all'Aran indirizzi [...] affinché il codice venga recepito nei contratti e perché i suoi principi vengano coordinati con le previsioni contrattuali in materia di responsabilità disciplinare», avrebbe escluso di per sé la sua efficacia direttamente vincolante⁷⁵. Inoltre, l'attribuzione della natura disciplinare al codice di comportamento sarebbe stata in contrasto con lo spirito della riforma operata dal legislatore, tesa ad affidare alla contrattazione collettiva il compito di determinare in concreto le norme disciplinari⁷⁶. Un ulteriore argomento al riguardo si rinveniva nell'art. 54, co. 7, a norma del quale le amministrazioni «organizzano attività di formazione del personale per la conoscenza e la corretta applicazione dei codici», con ciò escludendo che la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del d.m., contenente il codice, prevista dall'art. 54, co. 2, sia sufficiente per fargli acquisire valenza disciplinare. Di conseguenza, sarebbe mancato il requisito indefettibile della pubblicità, costituito inderogabilmente dall'affissione nel luogo di lavoro⁷⁷. Sotto questo profilo, esso non avrebbe potuto rilevare neanche come regolamento d'impresa⁷⁸.

⁷⁴ ESPOSITO, *Sub art. 59 e 59 bis*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1999, n. 5-6, pag. 1419; MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, cit., pag. 301 e segg.; CLARICH, IARIA, *La riforma del pubblico impiego*, cit., pag. 535; SCIULLO, *La responsabilità disciplinare dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni nel d.lgs. 29/93*, in VANDELLI (a cura di), *Organizzazione, pubblico impiego e giurisdizione dopo le riforme*, Maggioli, 2000, pag. 151; GREGORATTI, NUNIN, *Il codice di comportamento dei dipendenti pubblici tra deontologia e esigenze disciplinari*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal D.LGS. 29/1993 ai D.LGS. nn. 396/1997, 80/1998 e 387/1998. Commentario* diretto da F. CARINCI, cit., pag. 1641. APICELLA, voce *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., pag. 628; ZAPPÀ, *La responsabilità disciplinare*, cit., pag. 859; GALANTINO, *Diritto del lavoro pubblico*, Giappichelli, 2011, pag. 241.

⁷⁵ MISCIONE, *Sanzioni disciplinari e responsabilità*, cit., pag. 1686; RICCARDI, *Il codice di condotta nel sistema del lavoro pubblico contrattualizzato*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2002, n. 1, pag. 108; MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, cit., pag. 304.

⁷⁶ MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, cit., pagg. 302-303; GREGORATTI, NUNIN, *Il codice di comportamento dei dipendenti pubblici tra deontologia e esigenze disciplinari*, cit., pag. 1643. Secondo CESTER, *Brevi osservazioni sul c.d. codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1994, n. 1, pagg. 378-379, il contrasto con lo spirito della riforma sarebbe insito nel fatto che il codice si fonda sulla logica della prevalenza dell'interesse pubblico.

⁷⁷ MISCIONE, *Sanzioni disciplinari e responsabilità*, cit., pag. 1686.

⁷⁸ MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, cit., pag. 303; GREGORATTI, NUNIN, *Il codice di comportamento dei dipendenti pubblici tra deontologia e esigenze disciplinari*, cit., pag. 1640. *Contra* NOVIELLO, TENORE, *La responsabilità e il procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, cit., pag. 103, secondo cui il codice, contenendo un'elencazione di doveri, non sarebbe sottoposto all'onere della pubblicità mediante affissione, essendo un presupposto del potere disciplinare; GASPARRINI PIANESI, *La responsabilità disciplinare nella pubblica amministrazione in trasformazione*, cit., pag. 113.

La funzione del codice sarebbe stata, dunque, esclusivamente quella di indirizzare la contrattazione collettiva, che restava tuttavia libera di tenerne conto o meno: in tal modo si evitava che la pubblica amministrazione potesse riappropriarsi del potere di individuare unilateralmente le infrazioni⁷⁹. Semmai, esso avrebbe potuto avere rilevanza indiretta nei casi in cui il contratto collettivo avesse previsto un'infrazione in modo generico. In tale ipotesi, si sarebbe potuto ricorrere in via integrativa alle disposizioni del codice di condotta⁸⁰.

Tralasciando, al momento, le problematiche attinenti al contenuto del codice di comportamento, strettamente connesse alla natura degli obblighi gravanti sui dipendenti pubblici⁸¹, la dottrina che ha al contrario affermato la rilevanza diretta del codice in materia disciplinare si basava soprattutto sull'inciso del vecchio art. 55, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001, che demandava alla contrattazione la definizione delle infrazioni e delle sanzioni, «ferma restando la definizione dei doveri del dipendente ad opera dei codici di comportamento»⁸².

La riforma Brunetta, pur non avendo in alcun modo modificato l'art. 54 del d.lgs. n. 165 del 2001, sembrava poter produrre conseguenze in ordine alla *querelle* sulla natura delle disposizioni del codice e sulla sua efficacia.

L'eliminazione dall'art. 55, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001, del riferimento ai doveri dei codici di comportamento, se, da un lato, consentiva con certezza di escludere qualsiasi riserva in relazione alla definizione degli obblighi del dipendente pubblico, peraltro negata anche prima della riforma⁸³, sembrava anche escludere un'efficacia diretta dei precetti dei codici. Caduto, infatti, il principale argomento che poteva sorreggere l'orientamento che affermava la diretta rilevanza del codice di comportamento, sembravano valide le considerazioni sopra esposte che ritenevano necessario per la sua efficacia il tramite della contrattazione collettiva.

⁷⁹ ALESSI, *Il potere disciplinare nel pubblico impiego riformato*, cit., pag. 497; MISCIONE, *Sanzioni disciplinari e responsabilità*, cit., pag. 1687; RICCARDI, *Il codice di condotta nel sistema del lavoro pubblico contrattualizzato*, cit., pag. 111.

⁸⁰ ALESSI, *Il potere disciplinare nel pubblico impiego riformato*, cit., pag. 498; MATTARELLA, *I codici di comportamento*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1996, n. 3-4, pag. 254; ESPOSITO, *Sub art. 59 e 59 bis*, cit., pag. 1418; GREGORATTI, NUNIN, *Il codice di comportamento dei dipendenti pubblici tra deontologia e esigenze disciplinari*, cit., pag. 1642; APICELLA, voce *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., pag. 628; RICCARDI, *Il codice di condotta nel sistema del lavoro pubblico contrattualizzato*, cit., pag. 111.

⁸¹ Di ciò ci si occuperà nel capitolo II, §§ 1 e 2.

⁸² NOVIELLO, TENORE, *La responsabilità e il procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, cit., pagg. 102-103. Gli autori tuttavia ritengono che i doveri del codice sono comunque ricondotti al codice disciplinare contenuto nei contratti collettivi, per il tramite delle clausole generali di chiusura in essi contenuti. Ciò però sembrerebbe essere in contraddizione con l'affermazione della rilevanza diretta dei codici di comportamento. Ritiene che la violazione dei doveri definiti dal codice comporti responsabilità disciplinare, con la conseguente sanzionabilità, a prescindere dal filtro della contrattazione, PICCININI, Voce *Sanzioni disciplinari. III) Impiego pubblico privatizzato*, Postilla di aggiornamento, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXVIII, 1998, pag. 3.

⁸³ MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, cit., pag. 297.

I dubbi non potevano tuttavia ritenersi del tutto sopiti⁸⁴. I nuovi articoli introdotti dal d.lgs. n. 150 del 2009 contengono alcuni riferimenti ai codici di comportamento. In particolare l'art. 55 *quater*, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001, dispone la sanzione del licenziamento nel caso di insufficiente rendimento dovuto «alla reiterata violazione 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*». Allo stesso modo, l'art. 55 *sexies*, co. 1, d.lgs. n. 165 del 2001, prevede che la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno derivante dalla violazione da parte del lavoratore degli *obblighi 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 nei suoi confronti, «*ove già non ricorrano i presupposti per l'applicazione di un'altra sanzione disciplinare*», della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da un minimo di tre giorni fino ad un massimo di tre mesi, in proporzione all'entità del risarcimento.

Entrambe le disposizioni citate sono state interpretate nei primi commenti della dottrina come attestanti una valenza potenzialmente autonoma del codice di comportamento, il quale assurgerebbe a fondamento di uno specifico potere sanzionatorio⁸⁵.

Tuttavia si poteva obiettare che gli artt. 55 *quater*, co. 2 e 55 *sexies*, co. 1, d.lgs. n. 165 del 2001, non puniscono in sé la violazione degli obblighi stabiliti dai codici di comportamento, a prescindere dal recepimento nel contratto collettivo. Da tali norme dunque non sembrava potersi ricavare con certezza una diretta efficacia in materia disciplinare delle disposizioni dei codici di condotta.

Anzi, l'art. 55 *sexies*, co. 1, prevedendo la sanzionabilità solo ove non fosse applicabile un'altra sanzione, pareva suffragare la tesi che negava ai suddetti obblighi effetti diretti. Se infatti la violazione degli obblighi previsti dai codici di comportamento fosse stata in ogni caso direttamente sanzionabile, a prescindere dal filtro della contrattazione collettiva, sarebbe apparso poco plausibile che la condotta non presupponesse l'applicazione di una sanzione. La norma avrebbe potuto dunque riferirsi proprio al caso in cui non tutti gli

⁸⁴ Ritiene invece che alla luce dell'eliminazione dell'inciso di cui al vecchio art. 55, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001, il dibattito sulla valenza disciplinare o meno dei codici sia definitivamente chiuso, DI PAOLA, *La nuova disciplina dell'esercizio del potere disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, cit., pag. 7.

⁸⁵ Così NUNIN, *Integrità e corruzione amministrativa. L'etica pubblica e il codice di comportamento dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2010, n. 4, I, pag. 534. Nello stesso senso MATTARELLA, *La responsabilità disciplinare*, cit., pag. 35, secondo cui i riferimenti al codice di condotta contenuti nelle due nuove norme conferma che la loro violazione ha rilievo disciplinare.

obblighi previsti dal codice *ex art. 54*, d.lgs. n. 165 del 2001 fossero stati recepiti dalla contrattazione collettiva⁸⁶.

Sotto altro profilo appare utile rimarcare che il legislatore usa comunque il termine «obblighi», e non più doveri come nel vecchio art. 55, co. 3, il che è argomento per ritenere che le condotte alle quali è tenuto il dipendente dovrebbero attenersi esclusivamente a quanto necessario per l'esecuzione del contratto, *ex artt. 2104 e 2105* del codice civile, restandone fuori qualsiasi pretesa datoriale di tipo etico. Il termine “doveri” non era contenuto nemmeno nell'art. 54 del d.lgs. n. 165 del 2001, prima delle modifiche apportate dalla l. n. 190 del 2012. E nello stesso codice di comportamento, esso non è mai utilizzato nell'elenco delle condotte richieste, ma soltanto nella norma generica di cui all'art. 2, co. 1, d.m. 28 novembre 2000, secondo cui il dipendente conforma la sua condotta al «dovere costituzionale di servire esclusivamente la Nazione con disciplina ed onore».

3.5- ...e dopo la l. n. 190 del 2012: diretta rilevanza disciplinare del codice di comportamento ma senza ripubblicizzazione né funzionalizzazione del potere

Se la riforma del 2009 non aveva modificato l'art. 54 del d.lgs. n. 165 del 2001, ben diversa è stata la scelta del legislatore del 2012, che ha apportato alla disposizione notevoli modificazioni, in grado di risolvere la questione della diretta efficacia delle norme dei codici di comportamento, nel senso di una diretta rilevanza disciplinare della loro violazione, in contrasto dunque con l'opinione maggioritaria della dottrina citata nel paragrafo precedente.

L'art. 1, co. 44, della l. n. 190 del 2012, infatti, sostituisce l'art. 54 del d.lgs. n. 165 del 2001, disponendo espressamente che «la violazione dei doveri contenuti nel codice di comportamento, compresi quelli relativi all'attuazione del Piano di prevenzione della corruzione, è fonte di responsabilità disciplinare» e che «violazioni gravi o reiterate del codice comportano l'applicazione della sanzione di cui all'articolo 55-*quater*, comma 1»⁸⁷, d.lgs. n. 165 del 2001, vale a dire il licenziamento senza preavviso.

Il codice è «approvato con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, previa intesa in sede di Conferenza unificata», ed

⁸⁶ Sulle problematiche sollevate in particolare dall'art. 55 *sexies*, co. 1, d.lgs. n. 165 del 2001, si rinvia al secondo capitolo.

⁸⁷ Art. 54, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001, come modificato dall'art. 1, co. 44, l. n. 190 del 2012.

«è pubblicato nella Gazzetta Ufficiale e consegnato al dipendente, che lo sottoscrive all'atto dell'assunzione»⁸⁸.

Inoltre, «ciascuna pubblica amministrazione definisce, con procedura aperta alla partecipazione e previo parere obbligatorio del proprio organismo indipendente di valutazione, un proprio codice di comportamento che integra e specifica il codice di comportamento di cui al comma 1. Al codice di comportamento di cui al presente comma si applicano le disposizioni del comma 3. A tali fini, la Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT) definisce criteri, linee guida e modelli uniformi per singoli settori o tipologie di amministrazione. Sull'applicazione dei codici di cui al presente articolo vigilano i dirigenti responsabili di ciascuna struttura, le strutture di controllo interno e gli uffici di disciplina»⁸⁹.

Nonostante ciò, si può ancora escludere che anche tale modifica comporti una ri-pubblicizzazione del rapporto in generale, e della materia disciplinare in particolare.

In primo luogo, pur essendo affermata la diretta rilevanza disciplinare della violazione dei codici, non sembra che la contrattazione collettiva sia del tutto tagliata fuori. E' presumibile, infatti, che, ferma l'individuazione dei «doveri», le sanzioni disciplinari riconnesse alla loro violazione saranno determinate non direttamente dal codice stesso, bensì dai contratti collettivi, che dunque recepiranno, come in passato, le disposizioni del codice di condotta. Anche il principio secondo cui le «violazioni gravi o reiterate del codice» comportano l'applicazione della sanzione del licenziamento senza preavviso, non altera il sistema, in quanto, innanzitutto, occorrerà stabilire in cosa consistano le violazioni gravi, e inoltre, occorrerà comunque dare applicazione al principio di proporzionalità *ex art. 2106 cod. civ.*, che rimane fermo.

In secondo luogo, vanno chiariti i requisiti di pubblicità di detti codici. Benché la norma della l. n. 190 del 2012 sembri congegnare un meccanismo efficace di conoscenza (pubblicazione in Gazzetta Ufficiale e consegna al dipendente che lo sottoscrive), va rilevato che non è stato modificato l'art. 55, co. 2, ult. periodo, d.lgs. n. 165 del 2001, secondo cui «la pubblicazione sul sito istituzionale dell'amministrazione del codice disciplinare, recante l'indicazione delle predette infrazioni e relative sanzioni, equivale a tutti gli effetti alla sua affissione all'ingresso della sede di lavoro». Sicché si potrebbe ritenere che anche le infrazioni e le sanzioni relative al codice di comportamento debbano comunque essere affisse o pubblicate sul sito *internet* dell'amministrazione. Del resto, anche prima delle modifiche dell'art. 54 era prevista la pubblicazione in G.U. e la consegna al dipendente, senza che ciò facesse venir meno la necessità dell'affissione del codice, come recepito dalla contrattazione collettiva. Ciò vale a maggior ragione per i

⁸⁸ Art. 54, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001, come modificato dall'art. 1, co. 44, l. n. 190 del 2012.

⁸⁹ Art. 54, co. 5, d.lgs. n. 165 del 2001, come modificato dall'art. 1, co. 44, l. n. 190 del 2012.

codici integrativi definiti da ciascuna pubblica amministrazione, ai sensi del nuovo comma 5 dell'art. 54 del d.lgs. n. 165 del 2001, per i quali non è prevista la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale.

In terzo luogo, va affermato che la presenza di codici di comportamento non è esclusiva delle pubbliche amministrazioni, ma è presente anche nei rapporti di lavoro privati. Ci si riferisce ai codici etici previsti dal d.lgs. n. 231 del 2001. Tale normativa, seppur non direttamente riguardante il rapporto di lavoro, avendo ad oggetto la responsabilità amministrativa delle imprese derivanti dalla commissione di reati, incide fortemente sul rapporto tra datore di lavoro e, per quanto qui interessa, lavoratori.

I codici previsti dal d.lgs. n. 231 del 2001 dettano norme di comportamento che le imprese devono darsi per evitare di essere chiamate a rispondere, in via amministrativa, nel caso in cui al loro interno vengano commessi reati da parte di soggetti ad essa legati⁹⁰. Tra i requisiti richiesti per l'esonero da responsabilità, vi è quello che gli obblighi non solo siano previsti, ma anche assistiti da un adeguato apparato sanzionatorio, che, per quanto riguarda i lavoratori subordinati, è di tipo disciplinare⁹¹. Si veda, ad esempio, il Codice etico del Gruppo Ferrovie dello Stato Italiane⁹². L'art. 2.6 prevede, quanto al valore del codice, che «le norme del Codice Etico costituiscono parte essenziale delle obbligazioni contrattuali del personale ai sensi e per gli effetti dell'art. 2104 del codice civile. Ciascuna Società del Gruppo valuta sotto il profilo disciplinare, ai sensi della normativa vigente, i comportamenti contrari ai principi sanciti nel Codice Etico applicando, nell'esercizio del potere proprio di imprenditore, le sanzioni che la diversa gravità dei fatti può giustificare».

Dunque, le disposizioni dei codici etici “privati” vengono ricondotte agli obblighi contrattuali, così come le sanzioni disciplinari applicabili trovano pur sempre fondamento

⁹⁰ Si tratta di «documenti ufficiali dell'ente [...] voluti e approvati dal massimo vertice dell'ente», secondo quanto si legge nelle «Linee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo ex D. Lgs. 231/2001» elaborate da Confindustria, approvate il 7 marzo 2002 e aggiornate al 31 marzo 2008, in www.confindustria.it. Si tratta dunque di un documento di formazione unilaterale, le cui disposizioni si sovrappongono al codice disciplinare aziendale e lo vanno necessariamente a precisare ed integrare: v. DINI, *Rischio-reato e responsabilità organizzativa imprenditoriale*, in *Lav. Giur.*, 2002, n. 8, pagg. 743-745, che dubita però che tali codici possano essere adottati senza una previa concertazione con le parti sociali. Ad ogni modo, nelle stesse *Linee guida* si sottolinea che «qualsiasi provvedimento sanzionatorio deve rispettare le procedure previste dall'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori e/o da normative speciali, dove applicabili, caratterizzato, oltre che dal principio di tipicità delle violazioni, anche dal principio di tipicità delle sanzioni». In tal senso v. anche BARTOLOMUCCI, *Il modello di organizzazione e gestione con finalità penal-preventiva*, in *Corr. Giur.*, 2010, n. 11, pag. 5 e segg.

⁹¹ Art. 6, co. 2, lett. e) e art. 7, co. 4, lett. b), d.lgs. n. 231 del 2001, rispettivamente per le «persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso» e per le «persone sottoposte alla direzione o alla vigilanza di uno dei soggetti» precedenti. Sulla necessità che i codici etici prevedano un adeguato meccanismo sanzionatorio, per non rimanere solo sulla carta, v. LUCHENA, *Codice etico e modelli organizzativo-sanzionatori nel d.lgs. n. 231/01: legittimità ed efficacia*, in *Giur. Comm.*, 2011, n. 2, pag. 245 e segg.; CAPECCHI, *La responsabilità amministrativa degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato: note di inquadramento sistematico e problematiche operative*, in *Dir. Comm. Int.*, 2006, n. 1, pag. 97 e segg.

⁹² Reperibile in www.fsitaliane.it.

nel contratto. Non si può certo dire che tali codici abbiano una diretta finalità pubblicistica, ma riguardano la corretta esecuzione dell'obbligazione lavorativa, l'organizzazione del lavoro, e in definitiva sono frutto di un interesse datoriale di parte, affinché all'interno dell'impresa si seguano comportamenti corretti sul piano contrattuale, e non comportamenti, rilevanti anche penalmente, che esporrebbero lo stesso datore di lavoro a responsabilità. Si può al massimo ritenere che il sistema così delineato possa comportare vantaggi indiretti alla collettività, dato che la vigilanza che le imprese devono esperire sulle condotte dei loro dipendenti e la minaccia di sanzioni disciplinari costituirà un ulteriore freno alla commissione di illeciti. Ma tutto ciò solo in via indiretta, mentre in via diretta si ha riguardo solo all'interesse privatistico, "egoistico" e di parte, del datore di lavoro.

Tutto ciò può valere anche per il rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici. Le norme di comportamento che il datore di lavoro pubblico si dà e dà ai propri dipendenti, solo indirettamente costituiscono proiezione di un interesse pubblicistico, ma attengono direttamente e primariamente al rapporto contrattuale tra lavoratore e datore. Del resto, se norme di comportamento volte specificamente a limitare la commissione di reati all'interno del rapporto di lavoro vengono sostanzialmente imposte, *ex d.lgs. n. 231 del 2001*, ai datori di lavoro privati, lo stesso può accadere per il datore di lavoro pubblico⁹³.

4- Obbligatorietà o discrezionalità del potere disciplinare della Pubblica Amministrazione. Rinvio

La questione circa la sussistenza di un obbligo in capo all'amministrazione pubblica di avviare l'azione disciplinare, ricorrendone i presupposti, è stata, ed è tuttora, assai dibattuta in dottrina. Opinioni diverse si fronteggiavano anche a seguito della privatizzazione del rapporto avvenuta a partire dalle riforme del 1992. Per dare una risposta al quesito, in assenza di un dato legislativo esplicito, ha influito certamente la

⁹³ Un accostamento delle norme di comportamento dei dipendenti pubblici con i codici etici delle imprese private è operato anche dal Ministro per la Pubblica Amministrazione e la semplificazione nell'intervento tenuto all'OCSE il 24 settembre 2012, in *www.funzionepubblica.gov.it*, ove si legge, a proposito delle norme contenute nell'allora d.d.l. anti corruzione, oggi l. n. 190 del 2012, che «le misure proposte [...] comprendono [...] lo sviluppo, presso le p.a., di metodi di rilevazione e misurazione della corruzione, nonché la costituzione di un adeguato assetto gestionale, ispirato a modelli di *risk management*, sulla falsariga dei modelli di organizzazione e controllo nelle imprese e negli organismi privati previsti dal decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231», nonché «nel quadro della promozione e dello sviluppo dell'integrità nel settore pubblico [...] la valorizzazione dei codici di condotta, con il rafforzamento della cogenza delle relative prescrizioni» e «il rafforzamento del sistema di responsabilità disciplinare, con l'intento di assicurare che possano essere subito colpite - già all'interno dell'amministrazione - condotte di illegalità che, pur ancora prive di rilievo penale, siano prodromiche al compimento di condotte più gravi». V. anche NICOSIA, *Il polimorfismo delle dirigenze pubbliche e la "buona" amministrazione*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 81/2008, pag. 48 e segg.

considerazione circa la funzionalizzazione diretta o meno del potere disciplinare al perseguimento degli interessi pubblici⁹⁴, e in generale l'attribuzione alla parte datoriale pubblica delle capacità e dei poteri del privato datore di lavoro in materia di organizzazione degli uffici e di gestione dei rapporti di lavoro, ex art. 5, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001.

Negata dalla dottrina prevalente una funzionalizzazione diretta del potere disciplinare al perseguimento dell'interesse pubblico, l'opinione che appariva preferibile era nel senso che il datore di lavoro mantenesse una discrezionalità in materia⁹⁵. A sostegno di tale tesi vi era innanzitutto l'assimilazione dei poteri del datore di lavoro pubblico a quelli del datore di lavoro privato. Quest'ultimo, per opinione unanime, non è obbligato ad esercitare l'azione disciplinare, salvo il divieto di discriminazione dei lavoratori⁹⁶, in quanto, se fine del potere è quello di salvaguardare e far funzionare l'organizzazione del lavoro, consentendo il recupero della funzionalità del rapporto⁹⁷, conseguentemente il datore deve rimanere libero di astenersi dall'esercizio del potere per ragioni di opportunità attinenti al contesto organizzativo o alla contingenza temporale del caso⁹⁸.

A sostegno della tesi della discrezionalità dell'esercizio del potere disciplinare vi era anche un ulteriore argomento, fondato sul vecchio articolo 55, co. 6, del d.lgs. n. 165 del 2001. Tale norma, prima delle modifiche intervenute con il d.lgs. n. 150 del 2009, prevedeva l'istituto del c.d. patteggiamento, implicante la possibilità per l'amministrazione, con il consenso del dipendente, di ridurre la sanzione applicabile. La disponibilità negoziale della sanzione, consentita dalla suddetta disposizione, sarebbe stata in contrasto con l'affermazione dell'esercizio obbligatorio dell'azione disciplinare⁹⁹.

Vi erano tuttavia anche orientamenti che affermavano la sussistenza dell'obbligo per la P.A. di attivare l'azione disciplinare, in base all'esigenza dei dirigenti di giustificare la propria condotta in relazione alla verifica dei risultati connessa all'accertamento della

⁹⁴ Vedi *supra*, § 2 di questo capitolo.

⁹⁵ ALESSI, *Il potere disciplinare nel pubblico impiego riformato*, cit., pag. 492; TAMPIERI, *Contrattazione collettiva e potere disciplinare nel lavoro pubblico*, cit., pag. 72; LUCIBELLO, *La responsabilità disciplinare nel pubblico impiego: nodi e questioni*, in SORACE (a cura di), *Le responsabilità pubbliche*, cit., pag. 344; CLARICH, IARIA, *La riforma del pubblico impiego*, cit., pag. 536; ZAPPIA, *La responsabilità disciplinare*, cit., pag. 971; L. ZOPPOLI, *Il potere disciplinare nel passaggio dal "pubblico" al "privato"*, cit., pag. 423, che tuttavia ammette come la discrezionalità del potere disciplinare delle pubbliche amministrazioni rappresenti una «zona grigia dell'unificazione normativa, filtrata com'è dalla regola di parità di trattamento [...] e da un persistente retaggio pubblicistico delle configurazioni del potere disciplinare»; VIRGA, *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, Giuffrè, 2002, pag. 90; TOPO, *Legge e autonomia collettiva nel lavoro pubblico*, cit., pag. 220, in nota.

⁹⁶ PAPALEONI, *Il procedimento disciplinare nei confronti del lavoratore*, cit., pag. 209; MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, cit., pag. 360; MATTAROLO, *Il potere disciplinare*, cit., pag. 817. In giurisprudenza, ex pluribus, v. Cass. civ., sez. lav., 9 settembre 2008, n. 23107, in *Riv. Giur. Lav.*, 2009, II, pag. 395; Cass. civ., sez. lav., 7 novembre 2003, n. 16754, in *Dir. Lav.*, 2004, pag. 182; Cass. civ., sez. lav., 25 maggio 1995, n. 5753, in *Mass. Giur. Lav.*, 1995, pag. 601.

⁹⁷ V. *supra*, § 2 di questo capitolo.

⁹⁸ Ex pluribus, Cass. civ., sez. lav., 27 febbraio 1995, n. 2252, in *Giust. Civ.*, 1995, I, pag. 2781.

⁹⁹ GASPARRINI PIANESI, *La responsabilità disciplinare nella pubblica amministrazione in trasformazione*, cit., pag. 123; MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, cit., pag. 490.

responsabilità dirigenziale¹⁰⁰, sulla base del rispetto dei principi di buon andamento ed imparzialità¹⁰¹ o come conseguenza del necessario rispetto dei principi di parità di trattamento e del divieto di discriminazione¹⁰². Ma tali orientamenti erano superabili in quanto, come visto, i principi di buon andamento e imparzialità non erano legati al singolo atto (e quindi al singolo esercizio dell'azione disciplinare) ma all'attività complessiva del dirigente¹⁰³. Inoltre, il fatto che quest'ultimo sa che la sua complessiva attività di gestione verrà valutata ai fini della responsabilità dirigenziale può indurlo ad avviare l'azione disciplinare, ma non impone certo un obbligo giuridico in tal senso¹⁰⁴.

Se si ritengono ancora valide le considerazioni circa la privatizzazione del potere disciplinare, che continua ad essere un potere privatistico, esercitato dall'amministrazione agendo come un datore di lavoro privato, e non direttamente finalizzato al raggiungimento dell'interesse pubblico, non dovrebbero mutare le conclusioni sulla discrezionalità dell'esercizio del potere. Tuttavia il quadro normativo si è ulteriormente complicato a seguito delle modifiche apportate al d.lgs. n. 165 del 2001 dal d.lgs. n. 150 del 2009.

Innanzitutto, è stata abrogata la norma che prevedeva il patteggiamento disciplinare, che costituiva argomento indiretto per confermare la natura discrezionale del potere. Tuttavia, è tuttora previsto che i contratti collettivi possano prevedere procedure di conciliazione non obbligatoria, fuori dai casi in cui è prevista l'applicazione del licenziamento, che possono concludersi con l'applicazione di una sanzione concordemente determinata, purché non sia di specie diversa da quella prevista dalla legge o dai contratti collettivi per l'infrazione per la quale si procede (art. 55, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001)¹⁰⁵.

Soprattutto, però, il legislatore ha previsto, con una rilevante novità rispetto alla previgente disciplina, la sanzionabilità dei soggetti responsabili in caso di mancato esercizio o decadenza dell'azione disciplinare, *ex art. 55 sexies*, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001.

¹⁰⁰ GASPARRINI PIANESI, *La responsabilità disciplinare nella pubblica amministrazione in trasformazione*, cit., pag. 120 e segg., che, pur affermando la discrezionalità dell'esercizio del potere, aggiunge che esso assume il valore di un dovere e di un interesse in capo al titolare.

¹⁰¹ MISCIONE, *Sanzioni disciplinari e responsabilità*, cit., pagg. 1709-1710, secondo cui però l'obbligatorietà sussiste solo in capo all'Ufficio per i procedimenti disciplinari, mentre per quanto di competenza del capo della struttura sussiste una discrezionalità circa la segnalazione del fatto all'u.p.d. e l'applicazione delle sanzioni di sua competenza, limitata tuttavia dai principi di imparzialità e buon andamento; NOVIELLO, TENORE, *La responsabilità e il procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, cit., pagg. 181-182.

¹⁰² VIOLA, *Introduzione minima al diritto disciplinare del pubblico impiego privatizzato*, cit., pag. 555.

¹⁰³ ALESSI, *Il potere disciplinare nel pubblico impiego riformato*, cit., pagg. 493-494.

¹⁰⁴ MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, cit., pag. 363.

¹⁰⁵ Sul punto si rinvia al capitolo III, § 3.

A giudizio della dottrina maggioritaria, tale norma avrebbe avuto l'effetto di sancire l'obbligatorietà dell'esercizio del potere disciplinare della pubblica amministrazione¹⁰⁶.

Tuttavia, da altra parte della dottrina l'art. 55 *sexies*, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001 è stato letto nel senso che esso non configurerebbe un vero e proprio obbligo giuridico di esercitare l'azione disciplinare, ma semmai determinerebbe un'obbligatorietà di fatto¹⁰⁷. Infatti, il titolare dell'azione disciplinare sarà indotto ad avviare il procedimento in ogni caso, data la possibilità di subire a sua volta un procedimento disciplinare. Egli potrà anche decidere di non avviare l'*iter*, ma, se tale sua decisione non sarà giustificata, in quanto dovuta a «valutazioni sull'insussistenza dell'illecito disciplinare irragionevoli o manifestamente infondate», sarà esposto a sanzioni disciplinari.

Pare però difficile continuare ad affermare la discrezionalità dell'azione disciplinare dopo la riforma Brunetta. Se, infatti, prima delle modifiche del 2009 non vi era un controllo sul singolo atto disciplinare ai fini dell'accertamento della responsabilità (dirigenziale), essendo controllata solo la complessiva attività del dirigente, ora il controllo può avvenire anche in relazione al singolo procedimento disciplinare non avviato, ai fini dell'accertamento della responsabilità disciplinare. D'altronde, il legislatore parla di «valutazioni irragionevoli o manifestamente infondate» in relazione non alla scelta di avviare o meno la procedura, bensì circa l'insussistenza dell'illecito, dal che pare discendere che, se un illecito disciplinare vi sia stato, il procedimento deve essere avviato.

Se tale è il significato della norma, si possono condividere le critiche mosse all'art. 55 *sexies*, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001, nel momento in cui obbliga l'amministrazione ad agire disciplinarmente in ogni caso, anche in presenza di comportamenti del dipendente non particolarmente gravi¹⁰⁸. A ciò si aggiunge il rischio che il timore della sanzione potrebbe indurre i responsabili dell'azione disciplinare ad un esasperato incremento dei procedimenti, anche nei casi in cui vi siano ragioni per ritenere la non configurabilità

¹⁰⁶ URSI, *Alcune considerazioni sul nuovo regime delle sanzioni disciplinari dopo il decreto Brunetta*, cit., pagg. 763-764, che a sostegno dell'obbligatorietà dell'azione disciplinare adduce anche l'abolizione del patteggiamento; BUSICO, *La responsabilità disciplinare nella riforma Brunetta*, cit., pagg. 350-351; LOSTORTO, *Il nuovo procedimento disciplinare*, cit., pag. 481; DI PAOLA, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e nel pubblico impiego privatizzato*, cit., pagg. 46-47; APICELLA, *Lineamenti del pubblico impiego «privatizzato»*, cit., pag. 240.

¹⁰⁷ MAINARDI, *Profili della responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici*, cit., pagg. 627-628. Ma tale orientamento pare ravvisabile anche in BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, cit., pag. 423, che parla di una sostanziale obbligatorietà e in ZUCARO, *L' "ircocervo" delle responsabilità dirigenziali tra il Decreto 150/2009 ed i contratti collettivi nazionali*, cit., pag. 945, che parla di una "sorta" di obbligatorietà.

¹⁰⁸ BOSCATI, *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazione del lavoro e svolgimento dell'attività amministrativa*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2009, n. 1, pagg. 49-50, il quale sottolinea che a volte può essere più proficuo non attivare un procedimento contro un dipendente responsabile di comportamenti illeciti di non particolare gravità, ottenendo un'autorevolezza spendibile nella successiva gestione del rapporto.

dell'illecito¹⁰⁹, o addirittura semplicemente quando appaia complessa la dimostrazione dell'infondatezza dell'addebito in capo ai lavoratori sottoposti¹¹⁰. Tale rischio, peraltro, sarebbe determinato anche dalla previsione dell'art. 55 *sexies*, co. 4, d.lgs. n. 165 del 2001, secondo cui «la responsabilità civile eventualmente configurabile a carico del dirigente in relazione a profili di illiceità nelle determinazioni concernenti lo svolgimento del procedimento disciplinare è limitata [...] ai casi di dolo o colpa grave»¹¹¹.

Ad ogni modo, la sanzione prevista dall'art. 55 *sexies*, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001, essendo una sanzione disciplinare, va applicata nel rispetto dell'art. 2106 cod. civ., che impone di tenere conto della gravità del fatto sia sotto il profilo soggettivo sia sotto quello oggettivo, alla luce di tutte le circostanze del caso concreto¹¹². Così potrebbe ritenersi che possano rilevare, come cause di giustificazione della mancata attivazione del procedimento, valutazioni del responsabile giustificate da motivi di opportunità ai fini di una migliore gestione complessiva del rapporto.

La configurazione dell'obbligatorietà dell'azione disciplinare, se ritenuta esistente, certamente comporterebbe un ulteriore profilo distintivo rispetto al potere disciplinare nel settore del lavoro privato, ma non comporterebbe di per sé, sulla base di quanto detto nei paragrafi precedenti, una ri-pubblicizzazione del rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione, nè inciderebbe sulla funzione del potere e sul suo fondamento contrattuale¹¹³.

Per l'analisi dell'art. 55 *sexies*, co. 3, del d.lgs. n. 165 del 2001 e delle sue implicazioni si rinvia alle pagine successive, ove si cercherà di fornire un'interpretazione della condotta tipizzata dal legislatore¹¹⁴.

¹⁰⁹ DI PAOLA, *La nuova disciplina dell'esercizio del potere disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, cit., pag. 9.

¹¹⁰ NICOSIA, *Dirigenze responsabili e responsabilità dirigenziali pubbliche*, cit., pagg. 193-194.

¹¹¹ Peraltro in dottrina, alla luce del nuovo sistema disciplinare, che pare proprio spingere ad un esasperato uso del potere disciplinare e ad una molto frequente attivazione di procedimenti disciplinari, a causa del timore da parte di chi è tenuto ad avviarlo di essere a sua volta sanzionato e della contestuale limitazione della responsabilità del dirigente ai soli casi di dolo e colpa grave, si è rilevato che la volontà del legislatore di intensificare l'esercizio del potere disciplinare, «pur ammissibile per molti versi in reazione ad anni di sostanziale inerzia disciplinare, non può però scaricare i suoi costi (anche, ma non solo, economici) sull'anello debole della catena, il lavoratore, col rischio concreto di snaturarne le finalità», e, in una prospettiva *de jure condendo*, si è avvertita l'esigenza della previsione della rimborsabilità anche delle spese sostenute dal dipendente nel procedimento disciplinare, nel caso in cui quest'ultimo sia stato avviato in maniera pretestuosa: v. SQUEGLIA, *Non rimborsabilità delle spese legali sostenute in relazione al procedimento disciplinare: riflessioni de jure condendo*, in *Lav. Giur.*, 2011, n. 12, pag. 1250 e segg.

¹¹² *Ex pluribus*, Cass. civ., sez. lav., 22 luglio 2009, n. 17108, in *Banca dati De Jure*; Cass. civ., sez. lav., 22 giugno 2009, n. 14586, in *Giust. Civ. Mass.*, 2009, n. 6, pag. 959; Cass. civ., sez. lav., 27 settembre 2007, n. 20221, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, n. 9; Trib. Roma, 28 novembre 2003, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2004, pag. 1203.

¹¹³ Sul punto si rinvia al cap. IV, § 1.3.

¹¹⁴ V. capitolo IV, spec. § 2.

CAPITOLO SECONDO

Le infrazioni e le sanzioni disciplinari dei dipendenti pubblici

1- *Gli obblighi del dipendente pubblico: considerazioni generali*

Nel primo capitolo della tesi si è visto come abbia inciso la privatizzazione del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici sul fondamento giuridico e sulla funzione del potere disciplinare del datore di lavoro pubblico. In particolare, si è detto come il suo fondamento giuridico, così come, del resto, quello dell'intero rapporto alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, sia da rinvenire nel contratto. Tale assunto, alla luce delle considerazioni già esposte, non è smentito neanche dalla riforma operata col d.lgs. n. 150 del 2009¹.

Il rapporto di lavoro, come detto, nasce col contratto individuale, e da questo derivano situazioni soggettive di diritto e obbligo di natura contrattuale². Questa è la fondamentale differenza rispetto alla disciplina del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche antecedente alla privatizzazione, che resta ferma anche a seguito della recente riforma del 2009.

Nel sistema precedente alla l.d. n. 421 del 1992, la sussistenza dello *status* di dipendente pubblico e la regolamentazione pubblicistica di tutto ciò che atteneva al rapporto di impiego, portavano a qualificare i comportamenti che l'impiegato doveva tenere come veri e propri doveri pubblicistici, elencati espressamente nel d.p.r. n. 3 del 1957, che costituiva la normativa fondamentale del pubblico impiego. Quest'ultima, come noto, delineava un rapporto di tipo estremamente autoritario, in cui, più che la definizione della condotta del dipendente nello svolgimento delle proprie funzioni, sembrava risaltare la forte relazione personale con il superiore gerarchico³.

Il sistema scaturito dalle riforme del 1992-1993, poi proseguite negli anni seguenti, invece, ha condotto la dottrina maggioritaria a qualificare le condotte del dipendente

¹ Cfr. *supra*, cap. I, §§ 1 e 1.1.

² Per tutti, D'ANTONA, *Le fonti privatistiche. L'autonomia contrattuale delle pubbliche amministrazioni in materia di rapporti di lavoro*, cit., coll. 32-33.

³ CESTER, *La diligenza del lavoratore*, cit., pagg. 209-210.

pubblico in termini di obblighi, e in particolare di obblighi contrattuali⁴, che traggono origine dal contratto e che impegnano il lavoratore nei limiti di quanto previsto da esso⁵.

Tale interpretazione, assolutamente condivisa, si fonda, oltre che sul dato della contrattualità del rapporto di lavoro, anche sul richiamo operato dal d.lgs. n. 165 del 2001 (ma già prima, anche dal d.lgs. n. 29 del 1993), all'art. 2106 cod. civ. Tale norma, come è noto, ricollega le sanzioni disciplinari alla violazione degli artt. 2104 e 2105 del codice civile. Dunque, le condotte che possono essere richieste al dipendente pubblico, così come al lavoratore privato, devono essere riconducibili ai generali obblighi di diligenza, obbedienza e fedeltà previsti da queste due norme codicistiche.

La differenza terminologica tra i due concetti di dovere e obbligo è stata ben messa in luce dalla dottrina⁶, che definisce il primo come una situazione giuridica posta nell'interesse generale, e il secondo come una posizione giuridica passiva nei confronti di un soggetto determinato, tipica di un rapporto contrattuale, qual è, dopo la c.d. privatizzazione, il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni.

Nel primo capitolo si sono espone le ragioni per le quali si ritiene che il potere disciplinare della pubblica amministrazione non sia finalizzato direttamente al perseguimento dell'interesse generale, e i motivi per cui tale assunto va confermato anche a seguito della riforma del 2009, che pure ha introdotto nel sistema alcune norme volte a complicare il quadro descritto⁷ e che saranno analizzate nei successivi paragrafi.

Ciò che in questo paragrafo preme sottolineare è che, alla luce della suddetta definizione di doveri e obblighi, nonché delle norme di legge e di contratto collettivo, anche successive alla riforma del 2009, in capo al dipendente pubblico, così come in capo al dipendente privato, non si configurano doveri, bensì obblighi, che scaturiscono dal contratto di lavoro. Il rinvio tuttora presente nell'art. 55, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001, all'art. 2106 cod. civ. lo conferma. Nonostante il più invasivo intervento della legge, in seguito alla riforma operata dalla l.d. n. 15 del 2009 e dal d.lgs. n. 150 del 2009, inoltre, il potere della contrattazione collettiva di definire infrazioni e sanzioni, e di conseguenza, in negativo, anche gli obblighi cui è tenuto il dipendente, costituisce tuttora la regola.

In via generale, dunque, gli obblighi che il dipendente deve rispettare sono quelli di diligenza, obbedienza e fedeltà sanciti dagli artt. 2104 e 2105 cod. civ., richiamati dall'art. 2106 cod. civ. Certo, le peculiarità del rapporto di lavoro pubblico possono giustificare un loro ampliamento, o, meglio, un loro adattamento al diverso contesto in cui si svolge la

⁴ Per tutti MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, cit., pag. 147 e segg.

⁵ MATTAROLO, *Il dovere di obbedienza*, cit., pag. 501, con riferimento all'obbedienza del dipendente pubblico, seppur utilizzando il termine «dovere».

⁶ RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Il Mulino, 1978, pag. 274. Cfr. anche CESTER, *La diligenza del lavoratore*, cit., pag. 210 in nota, secondo cui il dovere è «una posizione giuridica passiva che esprime la necessità di una certa condotta senza che a fronte di essa vi sia una corrispondente pretesa, caratteristica, questa, che è invece tipica dell'obbligo».

⁷ V. *supra* cap. I, §§ 2, 2.1, 3.5.

prestazione. Ma essi devono comunque essere considerati obblighi di natura contrattuale, collegati alla corretta esecuzione della prestazione di lavoro. In quanto tali, non possono essere recuperate visioni etiche, che potevano essere rintracciate nei doveri di stampo pubblicistico previsti dalla disciplina anteriore alla privatizzazione. Si potrebbe parlare di doveri soltanto recuperando il vecchio regime pubblicistico, il che non è escluso possa accadere in futuro⁸. Ma la riforma del 2009, come chiarito nel primo capitolo, non attua una ri-pubblicizzazione del rapporto, ma semmai, una ri-legificazione⁹, la quale può essere criticata, ma non modifica la regola della contrattualizzazione del rapporto e del potere disciplinare.

Gli obblighi dunque che gravano sui dipendenti sono quelli, connessi alla prestazione lavorativa, di diligenza, obbedienza e fedeltà, ed esemplificati tuttora dalla contrattazione collettiva. Tale dato, almeno nella forma, non è smentito dalla riforma del 2009. Infatti, a ben vedere, anche le infrazioni (e di converso gli obblighi) tipizzate dalla legge, sono pur sempre inserite nel contratto collettivo, per via del meccanismo di cui agli art. 1339 e 1419, co. 2, cod. civ. È chiaro tuttavia che, in queste ultime ipotesi, nella sostanza è l'atto normativo che le individua, senza lasciare margini di autonomia alle parti collettive.

Anzi, la sussistenza di obblighi, e non di doveri del dipendente pubblico trova ulteriori conferme anche dopo la riforma del 2009, sia nella legge sia, soprattutto, nella contrattazione collettiva.

Il vecchio testo dell'art. 55 d.lgs. n. 165 del 2001, prima delle modifiche operate dal d.lgs. n. 150 del 2009, espressamente teneva ferma «la definizione dei *doveri* del dipendente ad opera dei codici di comportamento». Tale inciso non è più contenuto nell'attuale normativa. Il d.lgs. n. 165 del 2001, invece, contiene adesso espressi riferimenti agli «*obblighi* concernenti la prestazione stessa, stabiliti [...] dai codici di comportamento»¹⁰.

Dunque, anche le condotte previste dal codice di comportamento, sono descritte dal legislatore in termini di obblighi e non di doveri, senza peraltro, come osservato nel primo capitolo, che le sue previsioni avessero, prima delle modifiche apportate dalla l. n. 190 del 2012, effetti diretti sul piano della responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici¹¹.

E' opportuno rilevare, ancora, che il legislatore del Testo Unico non usava il termine “doveri” nell'art. 54, d.lgs. n. 165 del 2001, cioè nella norma che disciplina il codice di comportamento. Senonchè, tale termine è stato introdotto dal già citato art. 1, co. 44, della

⁸ Sulla «possibile involuzione, in senso autoritativo, del rapporto di impiego», peraltro non auspicata dall'A., v. TOPO, *Legge e autonomia collettiva nel lavoro pubblico*, cit., pag. 316 e segg.

⁹ BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, cit., pag. 410.

¹⁰ Art. 55 *quater*, co. 2 e art. 55 *sexies*, co. 1, d.lgs. n. 165 del 2001.

¹¹ V. *supra* cap. I, §§ 3.4 e 3.5.

l. n. 190 del 2012, che ha modificato la disposizione, senza peraltro intervenire sugli art. 55 *quater*, co. 2 e 55 *sexies*, co. 1, che invece parlano ancora di obblighi¹².

Anche nello stesso codice, l'unico riferimento ad un dovere dei dipendenti pubblici è contenuto nell'art. 2, sui principi, ove è disposto che «il dipendente conforma la sua condotta al dovere costituzionale di servire esclusivamente la Nazione con disciplina ed onore» e «di rispettare i principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione». Nei successivi paragrafi si vedrà come il primo, che storicamente si è concretizzato nel c.d. dovere di esclusività, dovrebbe e potrebbe, quantomeno in una prospettiva *de iure condendo*, essere ricondotto, pur con alcune specificità, all'obbligo di fedeltà di cui all'art. 2105 cod. civ. Mentre è già emerso, nel corso del primo capitolo, come il rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità, peraltro espressamente riferiti anche nel codice all'amministrazione, si imponga a quest'ultima, intesa come soggetto complesso, e non si traduca in un comportamento positivo dei singoli dipendenti¹³.

Oltretutto, se l'art. 2, co. 1, del codice di comportamento prevede che il dipendente debba conformare la sua condotta ai suddetti doveri, l'art. 1 espressamente dispone che «i principi» - e dunque anche quello di cui al citato art. 2, co. 1 - «e i contenuti del codice costituiscono specificazioni esemplificative degli *obblighi* di diligenza, lealtà e imparzialità, che qualificano il corretto adempimento della prestazione lavorativa».

Come si nota, il quadro non è molto lineare. L'impressione è che i due termini vengano impiegati dal legislatore in modo a-tecnico, come un'endiadi, come fanno anche i contratti collettivi¹⁴. La tendenza che si registra nei recenti interventi normativi ad un ritorno al concetto di “doveri dei dipendenti pubblici”, e che emerge anche dal Protocollo d'Intesa tra il Ministro per la Pubblica Amministrazione e la semplificazione, le Regioni, le Province, i Comuni e le Organizzazioni sindacali, riguardante il lavoro pubblico¹⁵, oltre ad essere contraddetta dalla persistente previsione di obblighi nello stesso d.lgs. n. 165

¹² L'intervento legislativo sul punto sembra essere stato influenzato dalla relazione della “Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione”, reperibile in www.funzionepubblica.gov.it, che contiene alcune proposte emendative all'originario d.d.l. AC 4434, poi sfociato nella l. n. 190 del 2012, presentata al Ministro per la Pubblica Amministrazione e la semplificazione. Nella relazione si proponeva di chiarire la sanzionabilità disciplinare dei «*doveri di comportamento* giuridicamente rilevanti» contenuti nel codice di comportamento (punto 2.5.2.2. della relazione) e di inserire nel d.d.l. una delega prevedendo, tra i criteri e i principi direttivi, quello di «definire le ipotesi di *doveri rilevanti dal punto di vista disciplinare*» (punto 2.5.2.3. della relazione). La Commissione, istituita con decreto del 23 dicembre 2011 dal Ministro per la Pubblica Amministrazione e la semplificazione, era composta dai magistrati Roberto Garofoli (coordinatore), Raffaele Cantone e Ermanno Granelli e dai Professori ordinari Bernardo Giorgio Mattarella, Francesco Merloni e Giorgio Spangher. Si tratta di figure eminenti, ma tra le quali non vi erano giuslavoristi. Per altri contenuti della relazione, v. in questo capitolo il § 3.1.

¹³ V. *supra* cap. I, § 2.

¹⁴ V. in questo capitolo il paragrafo successivo.

¹⁵ Nuovo protocollo d'intesa sul lavoro pubblico tra il Ministro per la pubblica amministrazione, le Regioni, le Province, i Comuni e le Organizzazioni sindacali dell'11 maggio 2012, reperibile in www.funzionepubblica.gov.it, ove, alla lett. m) del punto dell'Intesa concernente «Nuove regole riguardanti il mercato del lavoro», pag. 6 del protocollo, si auspica un intervento normativo volto, tra l'altro, a «rafforzare i *doveri disciplinari* dei dipendenti». In merito ad altri contenuti dell'intesa, v. in questo capitolo il § 3.1.

del 2001, non è in grado, alla luce del sistema complessivo del lavoro pubblico privatizzato, di supportare, lo si ripete, una ri-pubblicizzazione del rapporto e del potere disciplinare.

1.1- *Segue. “Obblighi” e “doveri” nella contrattazione collettiva: un’endiadi*

La contrattazione collettiva, dal canto suo, ancor prima delle modifiche del 2009, ha spesso corretto le impostazioni delle prime tornate contrattuali, sostituendo il termine “doveri” con quello di “obblighi”. Ed ha continuato su tale via anche dopo la c.d. riforma Brunetta, cogliendo in pieno il significato della soppressione dell'inciso prima contenuto nell'art. 55, d.lgs. n. 165 del 2001¹⁶, che faceva salva la definizione dei doveri del codice di comportamento. Ciò vale sia per i contratti del personale non dirigenziale, sia per quelli relativi ai dirigenti, questi ultimi tutti stipulati dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2009.

In generale, in tutti i contratti collettivi la parte relativa alle norme disciplinari contiene una disposizione sugli obblighi dei dipendenti e dei dirigenti.

Analizzando in primo luogo i contratti del personale non dirigenziale, emerge in realtà un quadro apparentemente confuso, in cui, se nella stragrande maggioranza dei casi si fa riferimento agli obblighi dei dipendenti, talvolta riemerge l'utilizzo del termine “doveri”, dando l'impressione che anche i contratti usino i due termini come se si trattasse di un'endiadi.

A titolo esemplificativo, uno dei pochi contratti collettivi del personale non dirigenziale stipulato dopo la riforma del 2009, ma riferibile al quadriennio normativo 2006-2009, cioè quello del personale di DigitPa¹⁷, dopo aver previsto, all'art. 51, gli obblighi del dipendente, richiamando anche il dovere di servire la Repubblica con impegno e responsabilità (concetti che peraltro sembrano più “leggeri” rispetto a quelli di disciplina ed onore di cui all'art. 2 co. 1 del codice di comportamento), e all'art. 52, che le violazioni degli obblighi individuati nell'articolo precedente danno luogo all'applicazione

¹⁶ Inciso, come detto, soppresso dal d.lgs. n. 150 del 2009. Ma si è detto che ora l'art. 54 del d.lgs. n. 165 del 2001, come modificato dalla l. n. 190 del 2012, reintroduce nel *corpus* del testo unico il termine «doveri».

¹⁷ Reperibile in www.aranagenzia.it. Si noti che DigitPa è stata soppressa dall'art. 22, d.l. n. 83 del 2012, conv. in l. n. 134 del 2012, e che il personale è stato trasferito all'Agenzia per l'Italia digitale. Il comma 5 dell'art. 22 prevede che «nelle more della definizione dei comparti di contrattazione, ai sensi dell'articolo 40, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, al personale dell'Agenzia si applica il contratto collettivo nazionale di lavoro del personale del comparto Ministeri». Ad ogni modo in questa tesi si darà conto delle previsioni del CCNL DigitPa, in quanto uno dei pochi contratti collettivi, relativi al personale non dirigenziale, stipulato successivamente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2009, e quindi utile per verificare l'adeguamento della contrattazione alle nuove regole della riforma.

delle sanzioni disciplinari, elenca, all'art. 53, le infrazioni e le relative sanzioni. Tale disposizione contiene delle formule di chiusura, che affermano la sanzionabilità anche delle violazioni di doveri e obblighi non espressamente previsti. Tuttavia, al fine di non enfatizzare l'utilizzo della nozione di “doveri”, appare decisivo il fatto che nella formula di chiusura relativa alle infrazioni che giustificano il licenziamento senza preavviso, che dunque dovrebbero essere le condotte più gravi, tale termine non è utilizzato, facendosi unicamente riferimento alla violazione degli obblighi. Lo stesso avviene nel contratto collettivo del personale non dirigente di Unioncamere, stipulato in data 4 ottobre 2010¹⁸.

Ulteriore argomento a sostegno della configurabilità in capo ai dipendenti unicamente di obblighi si rinviene nelle ulteriori formule di chiusura, relative in generale alle infrazioni non esplicitamente contenute nei singoli commi che individuano le rispettive sanzioni. In particolare, l'art. 8, co. 11, del citato contratto Unioncamere, dispone che le mancanze non espressamente previste sono sanzionate facendosi riferimento, quanto all'individuazione dei fatti sanzionabili, agli obblighi di cui all'art. 3. Lo stesso è disposto dall'art. 5, co. 11, del contratto dei segretari comunali e provinciali, stipulato in data 14 dicembre 2010, nonché dal contratto del personale della Presidenza del Consiglio dei Ministri, che già nella tornata contrattuale 2002-2005, faceva riferimento agli obblighi del dipendente.

Il contratto collettivo dei dipendenti delle Università, poi, stipulato prima della “riforma Brunetta”, non contiene alcun riferimento ai doveri, neanche nelle formule di chiusura, fatto salvo quello generale, ripreso dal codice di comportamento, di servire la Repubblica con impegno e responsabilità.

Ancora più indicativo è quanto disposto dai contratti collettivi relativi al personale dirigenziale, tutti stipulati o integrati dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2009. I nuovi contratti, pur sempre relativi alla tornata contrattuale 2006-2009, contengono un intero titolo dedicato alla responsabilità disciplinare del dirigente. Ciò rappresenta una grande differenza rispetto a quelli delle tornate precedenti, in cui vi era sostanzialmente solo un capo dedicato all'estinzione del rapporto. La novità si spiega col fatto che la riforma, come noto, ha introdotto la possibilità di stabilire sanzioni conservative per i dirigenti, in passato ritenute inapplicabili¹⁹.

Orbene, anche per i dirigenti, nei confronti dei quali, in teoria, data la loro peculiare collocazione all'interno dell'amministrazione, potrebbe parlarsi di sussistenza di doveri, il capo sulle norme disciplinari contiene una disposizione sugli obblighi. E anche nelle formule di chiusura non si fa mai riferimento all'esistenza di doveri. E' presente solo un

¹⁸ Anch'esso reperibile, come tutti i contratti collettivi del settore pubblico citati, in www.aranagenzia.it.

¹⁹ Sul punto si rinvia specificamente al capitolo IV.

unico generico riferimento, anche in questo caso, al dovere di servire la Repubblica con impegno e responsabilità²⁰.

2- La questione dell' "obbligo di fedeltà" dei dipendenti pubblici: i dubbi sull'applicazione dell'art. 2105 cod. civ.

Si è detto che gli obblighi del dipendente pubblico, a seguito della c.d. privatizzazione del pubblico impiego, sono riconducibili al contratto di lavoro, sul quale si fonda il rapporto alle dipendenze della pubblica amministrazione.

Se non vi sono particolari difficoltà nel ricondurre quelli che erano i vecchi doveri di obbedienza e diligenza previsti dal d.p.r. n. 3 del 1957, e ora da ritenersi più correttamente, obblighi, nell'alveo dell'art. 2104 cod. civ.²¹, pur potendo essere adattati al diverso contesto in cui opera il dipendente pubblico²², maggiori difficoltà sorgono in relazione all'obbligo di fedeltà, il quale costituisce l'altro dei c.d. obblighi accessori di lavoro per il lavoratore privato, *ex art. 2105 cod. civ.*

Preliminarmente va chiarito che l'obbligo di fedeltà configurabile in capo ai dipendenti pubblici non può essere inteso con lo stesso significato che il medesimo, allora definito dovere, aveva sotto la vigenza del d.p.r. n. 3 del 1957²³. In tale testo normativo esso, pur in assenza di una norma specifica, si faceva discendere dall'art. 13²⁴, e la sua stessa esistenza era naturale conseguenza di un rapporto di lavoro improntato a profili etici. Ne costituivano esemplificazione l'osservanza del segreto d'ufficio e della riservatezza degli atti d'ufficio, il divieto di denigrare l'amministrazione, di usare l'ufficio per fini personali, di usare o distrarre le somme amministrate²⁵.

A tale pregnante dovere di fedeltà si aggiungeva un altro dovere specifico, ossia quello di esclusività, regolamentato dagli artt. 60 e segg. del d.p.r. n. 3 del 1957, e interpretato

²⁰ V. ad esempio gli artt. 6 e segg. del CCNL area VI della dirigenza degli enti pubblici non economici e delle agenzie fiscali 2006-2009, stipulato in data 21 luglio 2010, in www.aranagenzia.it; gli artt. 6 e segg. del CCNL area VII della dirigenza Università e Istituzioni ed Enti di ricerca e sperimentazione 2006-2009 stipulato in data 28 luglio 2010, in www.aranagenzia.it.

²¹ MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, cit., pag. 152.

²² Cfr. CESTER, *La diligenza del lavoratore*, cit., pag. 209 e segg.

²³ Nel c.d. codice di comportamento sono contenute delle esemplificazioni dell'obbligo di fedeltà, ma come già detto nel primo capitolo, prima dell'approvazione della l. n. 190 del 2012 non erano di per sé vincolanti, ma lo divenivano solo per il tramite della contrattazione collettiva: v. BAVARO, *Il potere disciplinare*, in CARABELLI, M.T. CARINCI (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, 2010, pag. 216.

²⁴ Secondo cui, ai commi 1 e 2, «l'impiegato deve prestare tutta la sua opera nel disimpegno delle mansioni che gli sono affidate curando, in conformità delle leggi, con diligenza e nel miglior modo, l'interesse dell'Amministrazione per il pubblico bene. L'impiegato deve conformare la sua condotta al dovere di servire esclusivamente la Nazione, di osservare lealmente la Costituzione e le altre leggi e non deve svolgere attività incompatibili con l'anzidetto dovere».

²⁵ MANTERO, Voce *Impiego pubblico*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XVI, 1989, pagg. 7-8.

come consistente nel dedicare al servizio tutte le proprie energie lavorative²⁶, con un fondamento costituzionale nell'art. 98 Cost.²⁷.

Ora, mentre il citato art. 13 del d.p.r. n. 3 del 1957 e tutto l'impianto sanzionatorio previsto da quella normativa non si applicano ai dipendenti il cui rapporto di lavoro è stato privatizzato, il d.lgs. n. 165 del 2001, all'art. 53, come noto, ha espressamente confermato la disciplina sulle incompatibilità e sul cumulo di impieghi di cui agli artt. 60 e segg. del d.p.r. n. 3 del 1957.

Questa materia è dunque rimasta sottratta alla regolamentazione di fonte contrattuale, nell'ambito del disegno originario del legislatore della riforma degli anni novanta, teso a mantenere in regime pubblicistico alcune materie precisamente individuate.

Ciò che preme in questa sede approfondire è se l'art. 2105 cod. civ. trovi applicazione anche nei confronti dei lavoratori pubblici e soprattutto se, in ogni caso, la violazione dell'obbligo di fedeltà, e di quello di esclusività che ne costituisce espressione, sussistente in capo ad essi, comporti o meno sanzioni rientranti nell'ambito del potere disciplinare.

In linea generale, la norma codicistica dovrebbe applicarsi anche nel rapporto di lavoro pubblico privatizzato, per via del richiamo, contenuto nell'art. 55 del d.lgs. n. 165 del 2001 anche a seguito della riforma del 2009, dell'art. 2106 cod. civ., che ricollega il potere disciplinare alla violazione degli obblighi sanciti, appunto, negli artt. 2104 e 2105 cod. civ., nonché per via del generale rinvio alle disposizioni del libro V, titolo II, capo I del codice civile. Come noto, l'art. 2105 cod. civ., a dispetto della sua rubrica, che riporta la formula ampia di «obbligo di fedeltà», prevede invece nel dispositivo obblighi specifici, e cioè quello di non trattare affari in concorrenza con l'imprenditore (c.d. obbligo di non concorrenza), di non divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa o farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio²⁸.

In dottrina non si è mancato di sottolineare che, se ad un primo esame e per i motivi suddetti, l'art. 2105 cod. civ. sembrerebbe applicabile, tuttavia l'operatività della norma codicistica sarebbe preclusa dalla presenza di regole precise relative al rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti. Infatti quello che, *ex art. 2105 cod. civ.*, è l'obbligo di non concorrenza troverebbe una specifica regolamentazione, con gli opportuni aggiustamenti, negli artt. 60 e segg. del d.p.r. n. 3 del 1957, mentre l'obbligo di non divulgazione e uso di notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa avrebbe una regolamentazione più idonea alla natura del datore di lavoro pubblico nelle norme che

²⁶ *Id.*, *op. ult. cit.*, pag. 8.

²⁷ MONTINI, *Voce Impiego pubblico*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, vol. 7, 2007, pag. 321; TENORE, *Le incompatibilità nel pubblico impiego, gli incarichi, le consulenze e l'anagrafe delle prestazioni*, EPC Libri, 2008, pag. 8; TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo: lavoro privato e pubblico*, Cedam, 2012, pag. 435.

²⁸ In questa sede non si può approfondire il significato e il contenuto dell'art. 2105 cod. civ., con particolare riferimento alla discrasia tra rubrica e dispositivo della disposizione. In merito si rinvia alla monografia di MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro*, Giuffrè, 2000.

prevedono il segreto d'ufficio (art. 15, d.p.r. n. 3 del 1957, come modificato dall'art. 28 della l. n. 241 del 1990; art. 2, co. 5, del c.d. codice di comportamento; contratti collettivi)²⁹.

Non mancano peraltro opinioni che ritengono il dovere di esclusività comunque sussumibile nell'ambito dell'obbligo di fedeltà di cui all'art. 2105 Cod. Civ., anche se caratterizzato da elementi di specialità³⁰.

In effetti, in un'ottica depurata da qualsiasi riferimento a profili etici del rapporto di lavoro, non più sostenibili nell'attuale configurazione del rapporto di lavoro pubblico, anche la disciplina delle incompatibilità, pur rimanendo disciplinata dalla legge e non dalla contrattazione collettiva, dovrebbe essere interpretata alla luce delle posizioni giuridiche soggettive nascenti dal contratto di lavoro, che è alla base dell'instaurazione del rapporto d'impiego. Gli interessi tutelati dalla disciplina sulle incompatibilità dovrebbero comunque essere ricondotti al rapporto contrattuale, e attenere unicamente a tutelare la posizione del datore di lavoro pubblico dal pregiudizio che può essere arrecato dallo svolgimento di attività ulteriori rispetto a quella lavorativa³¹. Tale affermazione non è priva di importanti conseguenze, aprendo la strada ad un completo superamento della regola di un'incompatibilità stabilita *iuris et de iure*, in favore di un regime da valutare in concreto, o quantomeno ad una limitazione ad ipotesi tassative e circoscritte dell'incompatibilità in astratto, che costituirebbe dunque un'eccezione e non più una regola³².

A questo punto, appare necessario scomporre il divieto relativo alle incompatibilità e quello relativo al segreto, in quanto gli artt. 60 e segg., fatti salvi dal d.lgs. n. 165 del 2001, non riguardano la violazione del segreto d'ufficio. Quest'ultimo non sarà oggetto specifico di trattazione. E' sufficiente dire che la sua violazione potrà comportare sanzioni sicuramente di tipo disciplinare, con la conseguente applicazione delle regole sostanziali e procedurali previste dalla legge e dai contratti collettivi³³.

Maggiori dubbi, come subito si dirà, circondano invece le violazioni delle regole sulla incompatibilità e sul cumulo di impieghi. Sul punto infatti persistono numerose difficoltà interpretative, determinate soprattutto dal sovrapporsi di diverse normative successive nel tempo.

²⁹ MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro*, cit., pag. 231 e segg.; v. anche BALASSO, *Controlli su incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi*, in TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico e privato e il nuovo welfare*, Giuffrè, 2008, pag. 553.

³⁰ MONTINI, *Voce Impiego pubblico*, cit., pag. 320.

³¹ MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, cit., pagg. 163-164.

³² In questo senso cfr. TENORE, *Le incompatibilità nel pubblico impiego, gli incarichi, le consulenze e l'anagrafe delle prestazioni*, cit., pagg. 47-48.

³³ I contratti collettivi prevedono espressamente l'obbligo di rispettare il segreto d'ufficio: v. ad es. il già citato CCNL personale non dirigente di DigitPa 2006-2009, del 12 aprile 2011, il quale, all'art. 51 (obblighi del dipendente), co. 3, prevede che il dipendente deve «rispettare il segreto d'ufficio nei casi e nei modi previsti dalle norme dell'ordinamento ai sensi dell'art. 24 della legge n. 241 del 1990».

2.1- Le conseguenze della violazione della disciplina sulle incompatibilità

Come accennato, in materia di incompatibilità l'art. 53, co. 1, d.lgs. n. 165 del 2001 rinvia alla disciplina del d.p.r. n. 3 del 1957, artt. 60 e segg. In caso di violazione della normativa citata, l'art. 63 del d.p.r. prevede una diffida da parte dell'amministrazione a cessare dalla situazione di incompatibilità, alla quale, in caso di mancata ottemperanza da parte del dipendente, segue la dichiarazione di decadenza dall'impiego. Nel caso invece in cui l'impiegato obbedisca alla diffida, ciò non preclude l'esercizio nei suoi confronti del potere disciplinare.

Tale regime sanzionatorio è stato arricchito dal legislatore con l'emanazione della l. n. 662 del 1996, che si occupa delle incompatibilità nell'art. 1, commi da 56 a 63. In particolare, il comma 61 dispone che, nel caso di violazioni delle regole previste nei commi precedenti, i dipendenti il cui rapporto di lavoro è privatizzato siano sanzionati con il licenziamento per giusta causa (o meglio, che le suddette violazioni costituiscono giusta causa di recesso), mentre la decadenza riguarda soltanto i dipendenti ancora sottoposti al modello pubblicistico.

Successivamente, in seguito alla c.d. seconda privatizzazione, avviata con la l.d. n. 59 del 1997, il legislatore ha modificato l'attuale art. 53 del d.lgs. n. 165 del 2001, prevedendo al comma 7, sempre ferma restando l'applicazione degli artt. 60 e segg. del d.p.r. n. 3 del 1957, e salve, tra l'altro, per i rapporti di lavoro a tempo parziale, le deroghe previste dall'art. 1, commi 57 e segg, della l. n. 662 del 1996, che «i dipendenti pubblici non possono svolgere incarichi retribuiti che non siano stati conferiti o previamente autorizzati dall'amministrazione di appartenenza [...]. In caso di inosservanza del divieto, salve le più gravi sanzioni e ferma restando la responsabilità disciplinare, il compenso dovuto per le prestazioni eventualmente svolte deve essere versato, a cura dell'erogante o, in difetto, del percettore, nel conto dell'entrata del bilancio dell'amministrazione di appartenenza del dipendente per essere destinato ad incremento del fondo di produttività o di fondi equivalenti».

L'interpretazione sistematica di questi atti normativi in successione tra loro ha portato dottrina e giurisprudenza a soluzioni opposte riguardo al loro coordinamento.

In dottrina si è rilevato che il combinato disposto tra l'art. 1, co. 61, l. n. 662 del 1996 e l'art. 53, co. 7, d.lgs. n. 165 del 2001 avrebbe determinato l'abrogazione implicita, per il

lavoro pubblico privatizzato, del meccanismo della diffida e della decadenza di cui all'art. 63, d.p.r. n. 3 del 1957, in coerenza con la privatizzazione del rapporto di lavoro³⁴.

La giurisprudenza invece ritiene che la novella dell'art. 53, d.lgs. n. 165 del 2001, abbia implicitamente abrogato quanto previsto dalla l. n. 662 del 1996³⁵.

La questione non è di poco conto. Se la violazione delle regole previste viene considerata fonte esclusivamente di responsabilità disciplinare, l'amministrazione avrebbe un margine di discrezionalità nell'applicazione delle sanzioni (anche se, come accennato nel primo capitolo e come si vedrà in seguito, con la riforma Brunetta sembrerebbe essersi introdotto un obbligo per l'amministrazione di sanzionare il dipendente) e soprattutto sarebbe vincolata ad espletare il procedimento disciplinare, col necessario rispetto, tra l'altro, del principio di proporzionalità³⁶. Qualora invece si ritenga operante il meccanismo della diffida e della decadenza, esulando tali atti, secondo la giurisprudenza³⁷, dalla materia sanzionatoria, non si dovrebbe esperire alcun procedimento disciplinare. La decadenza opererebbe automaticamente in caso di mancata ottemperanza alla diffida e costituirebbe un atto dovuto³⁸.

L'art. 1, co. 61, l. n. 662 del 1996, invero, sembrerebbe limitato solamente al rapporto di lavoro pubblico a tempo parziale, data la sua collocazione insieme ad altre norme che espressamente disciplinano solo tale rapporto, con esclusione dunque dei lavoratori a tempo pieno.

Non appare tuttavia congruo prevedere solo per i lavoratori *part-time* privatizzati conseguenze disciplinari che escludano il meccanismo di diffida e di decadenza previsto dall'art. 63, d.p.r. n. 3 del 1957. Ragioni di carattere sistematico impongono invece di non

³⁴ MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, cit., pag. 165; MONTINI, *Voce Impiego pubblico*, cit., pag. 322; GASPARRINI PIANESI, *La responsabilità disciplinare nella pubblica amministrazione in trasformazione*, cit., pagg. 111-112; BALASSO, *Controlli su incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi*, cit., pag. 557 in nota. La decadenza opererebbe solo per il rapporto di lavoro non privatizzato anche per GALANTINO, *Diritto del lavoro pubblico*, cit., pag. 244.

³⁵ Cass. civ., sez. lav., 19 gennaio 2006, n. 967, in *Foro It.*, 2006, I, col. 2346. In dottrina, l'abrogazione implicita dell'art. 1, co. 61, l. n. 662 del 1996 a seguito dell'introduzione nell'attuale art. 53, d.lgs. n. 165 del 2001, del comma 7 è sostenuta da PAOLUCCI, *Il regime delle incompatibilità*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal D.LGS. 29/1993 ai D.LGS. nn. 396/1997, 80/1998 e 387/1998. Commentario* diretto da F. CARINCI, t. II, Giuffrè, 2000, pagg. 1617-1618.

³⁶ Le due conseguenze sono ben individuate da MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, cit., pagg. 165-166. V. anche DI PAOLA, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e nel pubblico impiego privatizzato*, cit., pag. 394. Di recente, per l'applicazione del licenziamento per lo svolgimento di una seconda attività lavorativa, irrogato a seguito di procedimento disciplinare, v. Cass. civ., sez. lav., 8 luglio 2011, n. 15098, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2011, n. 3-4, pag. 592; Cass. civ., sez. lav., 12 marzo 2010, n. 6091, in *Giust. Civ.*, 2011, n. 12, I, pag. 2978.

³⁷ La decadenza infatti non ha natura sanzionatoria né disciplinare, né è la conseguenza di un inadempimento, bensì scaturisce dalla perdita di quei requisiti di indipendenza e di totale disponibilità che, se fossero mancati *ab origine*, avrebbero precluso la stessa costituzione del rapporto di lavoro: in questi termini, *ex pluribus*, Cass. civ., sez. lav., 19 gennaio 2006, n. 967, cit.; Cass. civ., sez. lav., 21 agosto 2009, n. 18608, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, II, pag. 413. *Contra*, v. però Cass. civ., sez. lav., 12 aprile 2010, n. 8642, in *Mass. Giust. Civ.*, 2010, 5, pag. 657, secondo la quale «qualsiasi forma di contestazione di fatti che comportino asseritamente la decadenza dall'impiego [...] ha natura ontologicamente disciplinare».

³⁸ RAINALDI, *Voce Impiego pubblico*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Vol. VIII, 1993, pag. 173; APICELLA, *Lineamenti del pubblico impiego «privatizzato»*, cit., pag. 227.

limitare la normativa di cui alla l. n. 662 del 1996 solo a questi ultimi³⁹. Se infatti lo svolgimento di un lavoro a tempo parziale può giustificare deroghe rispetto alla disciplina sostanziale prevista per i *full-timers*, in ragione delle necessità di integrazione del reddito, la previsione di conseguenze sanzionatorie diverse solo in ragione del tipo di rapporto di lavoro non appare sorretta da alcuna ragionevole motivazione. Il legislatore però non mostra di seguire questo approccio, richiamando la normativa citata, *ex art. 53, co. 1*, solo per i lavoratori *part-time*, a meno di ritenere valido questo rinvio solo per la disciplina sostanziale e non sanzionatoria.

La giurisprudenza che ha sostenuto l'abrogazione implicita dell'art. 1, co. 61, l. n. 662 del 1996, sembrerebbe però contraddirsi. Essa sostiene l'abrogazione implicita dei commi 57 e segg. dell'art. 1 di quest'ultima legge, in quanto i decreti legislativi attuativi della l.d. n. 59 del 1997⁴⁰, modificando l'attuale art. 53 del d.lgs. n. 165 del 2001, avrebbero disciplinato per intero la materia delle incompatibilità. Tuttavia il comma 7 dell'art. 53, come modificato dall'art. 26 del d.lgs. n. 80 del 1998, fa salve «le più gravi sanzioni» e «la responsabilità disciplinare», prima di introdurre la nuova sanzione di tipo pecuniario cui si è già accennato. Ora, non sembra che tale assunto possa valere a far salvo il meccanismo della diffida e della decadenza, per il semplice fatto che, secondo la stessa giurisprudenza, la decadenza non ha natura sanzionatoria, e dunque le «più gravi sanzioni» di cui parla la norma non possono riferirsi ad essa⁴¹.

In realtà sembrerebbe più corretto ritenere che il d.lgs. n. 80 del 1998 e il d.lgs. n. 387 del 1998, piuttosto che introdurre una disciplina completa, ne abbiano solamente integrato e specificato una preesistente, appunto quella di cui alla l. n. 662 del 1996: l'integrazione risiederebbe nella previsione di una misura sanzionatoria aggiuntiva di tipo pecuniario per il lavoratore, mentre la specificazione consisterebbe nell'aver chiarito che la sanzione prevista abbia natura disciplinare⁴².

Adottando l'approccio interpretativo appena descritto, si dovrebbe ritenere che «le più gravi sanzioni» di cui all'art. 53, co. 7, d.lgs. n. 165 del 2001, si riferiscano al recesso per giusta causa per i dipendenti con rapporto di lavoro privatizzato e non alla decadenza, che resterebbe operante solo per i dipendenti con rapporto di lavoro non privatizzato. Per questa via, si deve però ammettere che la formulazione della norma sia poco felice. Facendo già salva la responsabilità disciplinare, ogni ulteriore riferimento appare infatti pleonastico, dato che il licenziamento per giusta causa può essere di per sé una sanzione disciplinare.

³⁹ PERRINO, *Nota a Cass. civ., sez. lav.*, 19 gennaio 2006, n. 967, in *Foro It.*, 2006, I, col. 2350.

⁴⁰ Si tratta del d.lgs. n. 80 del 1998 e del d.lgs. n. 387 del 1998.

⁴¹ Cass. civ., sez. lav., 19 gennaio 2006, n. 967, cit.; Cass. civ., sez. lav., 21 agosto 2009, n. 18608, cit.

⁴² PERRINO, *Il rapporto di lavoro pubblico*, Cedam, 2004, pag. 375; BALASSO, *Controlli su incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi*, cit., pag. 556.

Alla luce di tali considerazioni, è stata proposta in dottrina una lettura, condivisibile, secondo la quale, in riferimento al rapporto di lavoro privatizzato, il dipendente sarà sanzionato con la misura pecuniaria⁴³, prevista espressamente solo per lo svolgimento di incarichi non conferiti o non autorizzati dall'amministrazione di appartenenza. A questa si potrà aggiungere un'ulteriore sanzione disciplinare, più o meno intensa, dal licenziamento per giusta causa ad una sanzione conservativa, con la precisazione che la sanzione estintiva sarà tendenzialmente applicata nei casi più gravi, corrispondenti allo svolgimento di una vera e propria seconda attività lavorativa⁴⁴, e comunque nel rispetto del principio di proporzionalità *ex art. 2106 cod. civ.* Difatti, la previsione *ex lege* di una determinata condotta come integrante giusta causa di recesso, operata dall'art. 1, co. 61, l. n. 662 del 1996, non può comportare l'automatica applicazione del licenziamento, senza che sia verificata la congruità della sanzione rispetto all'infrazione, tenuto conto di tutte le circostanze del fatto concreto⁴⁵. E' appena il caso di notare che la citata norma utilizza un meccanismo analogo a quello utilizzato dal d.lgs. n. 150 del 2009, modificativo del d.lgs. n. 165 del 2001, laddove prevede l'applicazione del licenziamento, con o senza preavviso, nel caso di determinate infrazioni tipizzate dallo stesso legislatore⁴⁶. Anche per queste ipotesi, come si vedrà nei paragrafi successivi, il dettato legislativo non esclude il rispetto dell'art. 2106 cod. civ., con la conseguente possibile applicazione di una sanzione diversa da quella prevista dalla legge⁴⁷.

Dall'interpretazione suddetta potrebbe però derivare un paradosso, essendo la sanzione di tipo economico applicabile solo per lo svolgimento di incarichi non autorizzati, e non nei casi più gravi di incompatibilità, in cui il dipendente esercita un doppio lavoro in modo stabile. In questi ultimi, ove, in applicazione dell'art. 2106 cod. civ., venisse disposta una sanzione conservativa, il lavoratore potrebbe essere sanzionato in modo meno severo rispetto a quello che ha eseguito un singolo incarico senza autorizzazione. Si tratta però di un paradosso solo apparente, in quanto è poco plausibile che nel caso di sussistenza di un secondo lavoro, subordinato o autonomo, il dipendente eviterà il licenziamento, e la mancata applicazione della sanzione economica sarà ampiamente "compensata" dalla perdita del posto di lavoro.

Dunque, ferma restando la riserva di natura pubblicistica della disciplina sostanziale in materia di incompatibilità e di cumulo di impieghi, le conseguenze della sua violazione,

⁴³ Che, secondo PERRINO, *Il rapporto di lavoro pubblico*, cit., pag. 376, non costituisce sanzione disciplinare, e dunque non è sottoposta a graduazione.

⁴⁴ CLARICH, IARIA, *La riforma del pubblico impiego*, cit., pagg. 518-520.

⁴⁵ Perciò sarebbe meglio dire che la violazione delle regole può comportare anche il licenziamento per giusta causa, ma non integra necessariamente la giusta causa. Cfr. invece in questo secondo senso D'APONTE, *L'autorizzazione dei dipendenti pubblici allo svolgimento di incarichi esterni dopo la riforma Brunetta*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2011, n. 6, pag. 996.

⁴⁶ V. art. 55 *quater*, d.lgs. n. 165 del 2001.

⁴⁷ Cfr. BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, cit., pag. 411.

attenendo alla “gestione del rapporto di lavoro”, dovrebbero essere rette dalle regole di diritto comune, con applicazione delle norme in materia di responsabilità disciplinare⁴⁸.

Non si può sottacere, però, una critica all'intero sistema delle incompatibilità previsto dalla legge. Infatti, se un rigido regime legale poteva trovare una giustificazione sotto la vigenza della disciplina pubblicistica del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni, esso mal si concilia con l'attuale modello, improntato ad una sostanziale, pur se non totale, equiparazione tra rapporto di lavoro privato e pubblico.

Una disciplina, fondata su una regola secondo cui il dipendente pubblico non può svolgere altri lavori, e su una serie, invero ormai nutrita, di eccezioni al divieto, non appare infatti in linea con quella «convergenza degli assetti regolativi del lavoro pubblico con quelli del lavoro privato», che continua ad essere la *ratio* ispiratrice degli interventi di riforma in materia di lavoro nelle pubbliche amministrazioni, proclamata ancora nell'art. 2, co. 1, della l.d. n. 15 del 2009, anche se più volte contraddetta dallo stesso legislatore, probabilmente, come è stato notato, perchè la complessità del processo di riforma del pubblico impiego non può non determinare «aggiustamenti e contropunte»⁴⁹.

La fedeltà del lavoratore pubblico potrebbe benissimo essere garantita in modo analogo a quanto avviene nel lavoro privato, ovvero facendo riferimento all'art. 2105 cod. civ. Ciò che in fin dei conti importa è che il lavoratore esegua la sua prestazione di lavoro. Se ciò non avviene, in ipotesi per lo svolgimento di altre attività, soccorre il potere disciplinare. Vietare aprioristicamente ai dipendenti pubblici di svolgere qualsiasi altra attività di lavoro - divieto peraltro nel tempo sempre più allentato da normative specifiche - appare in realtà privo di una sua giustificazione, una volta che si sia deciso di uniformare il rapporto di lavoro pubblico a quello privato⁵⁰.

Il superamento dell'attuale disciplina delle incompatibilità secondo parte della dottrina comporterebbe una modifica dell'art. 98 Cost., che come già detto costituirebbe il fondamento dell'obbligo di esclusività⁵¹. Tuttavia, si potrebbe ritenere che tale norma costituzionale non comporti un'anacronistica immedesimazione del dipendente pubblico nell'amministrazione, bensì si riferisca esclusivamente all'esecuzione della prestazione, senza incidere sul tempo in cui il dipendente non lavora⁵².

⁴⁸ PERRINO, *Il rapporto di lavoro pubblico*, cit., pag. 374; SORDI, *Il licenziamento del dipendente pubblico: il quadro legale*, cit., pag. 282. In giurisprudenza, per la valenza disciplinare della violazione del regime delle incompatibilità v. Trib. Roma, 30 dicembre 2008, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2009, pag. 383.

⁴⁹ CESTER, *La diligenza del lavoratore*, cit., pagg. 224-225.

⁵⁰ Cfr. TENORE, *Le incompatibilità nel pubblico impiego, gli incarichi, le consulenze e l'anagrafe delle prestazioni*, cit., pag. 46 e segg.; D'APONTE, sub art. 53, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA, *Diritto del lavoro*, vol. III, *Il lavoro pubblico*, III ed., Giuffrè, 2011, pag. 881; ID, *L'autorizzazione dei dipendenti pubblici allo svolgimento di incarichi esterni dopo la riforma Brunetta*, cit., pag. 997 e segg.

⁵¹ TENORE, *Le incompatibilità nel pubblico impiego, gli incarichi, le consulenze e l'anagrafe delle prestazioni*, cit., pag. 48.

⁵² Così L. ZOPPOLI, *Il lavoro pubblico negli anni '90*, Giappichelli, 1998, pag. 152.

La modifica della materia delle incompatibilità nel senso del superamento dei rigidi divieti stabiliti per legge non trova però riscontro nell'esame degli interventi normativi recenti. La già citata l. n. 190 del 2012 infatti, apporta, con l'articolo 1, co. 42, delle modificazioni all'art. 53, d.lgs. n. 165 del 2001, che non modificano nel senso auspicato in precedenza l'assetto generale della materia. Anzi, essa ha inserito nella norma del testo unico un nuovo comma 3 *bis*, che prevede l'emanazione di regolamenti che individuino, pur «secondo criteri differenziati in rapporto alle diverse qualifiche e ruoli professionali, gli incarichi vietati ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche»⁵³.

3- La determinazione delle infrazioni e delle sanzioni tra legge e contrattazione collettiva

Il riferimento normativo da cui partire per affrontare il tema della determinazione delle infrazioni e delle sanzioni disciplinari è costituito dall'art. 55, co. 2, secondo periodo, del d.lgs. n. 165 del 2001, come sostituito dall'art. 68, co. 1, d.lgs. n. 150 del 2009. Il legislatore prevede che «salvo quanto previsto dalle disposizioni del presente capo, la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni è definita dai contratti collettivi».

Si è già detto dell'imprecisione del legislatore nell'utilizzo del termine “capo”⁵⁴. La disposizione racchiude in poche parole il principio secondo cui la materia è di competenza di due fonti, cioè quella legislativa e quella contrattuale. Tuttavia è la legge ad essere “arbitro” della competenza. Il contratto collettivo può intervenire solo negli spazi non occupati dalle disposizioni legislative⁵⁵. La sua competenza è residuale. Se un'infrazione disciplinare è prevista direttamente dalla legge, il contratto collettivo non può dettare una regolamentazione in contrasto con essa, sia nel senso che non può prevedere la condotta tipizzata dalla legge come non integrante un illecito disciplinare, sia nel senso che non può prevedere per la sua punizione una sanzione diversa.

Dunque, la legge ora detta direttamente alcune infrazioni. Ma non appare questa novità più rilevante. Non si deve dimenticare, infatti, che, su un piano generale, gli artt. 2104 e 2105 del codice civile, che sono norme di legge, costituiscono i riferimenti normativi da cui discendono le possibili infrazioni disciplinari. E del resto, anche prima

⁵³ Anche l'introduzione di questo nuovo comma è stata dovuta ai suggerimenti formulati dalla già citata “Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione” nella relazione, anch'essa già citata, presentata al Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione.

⁵⁴ V. *retro*, cap. I, § 3.2. Il d.lgs. n. 165 del 2001 non si compone di capi, a differenza del d.lgs. n. 150 del 2009. E' evidente la disattenzione del legislatore, che non ha tenuto conto di tale fatto in previsione dell'inserimento della norma di cui all'art. 68 del d.lgs. n. 150 del 2009 all'interno del d.lgs. n. 165 del 2001.

⁵⁵ L'intrusione della legge in materie negoziali viene descritta come una «sorta di libertà vigilata» della contrattazione da F. CARINCI, *Filosofia e tecnica di una riforma*, cit., pag. 1586.

della riforma del 2009, la legge tipizzava le infrazioni, ad es. *ex art.* 4, l. n. 146 del 1990⁵⁶. Le disposizioni codicistiche citate necessitano di una specificazione, la quale è stata tradizionalmente di competenza della contrattazione collettiva, sia nel settore privato, sia, dopo la c.d. privatizzazione del pubblico impiego, nel settore pubblico⁵⁷. A seguito delle modifiche operate dal d.lgs. n. 150 del 2009, la legge si appropria in parte di questo compito. Ma si tratta di una innovazione più formale che sostanziale, espressione della generalizzata sfiducia del legislatore per l'operato della contrattazione collettiva. Fatto salvo quanto si dirà circa le infrazioni dei dirigenti, e in particolar modo circa la nuova infrazione di cui all'art. 55 *sexies*, co. 3, del d.lgs. n. 165 del 2001, inserito dal d.lgs. n. 150 del 2009⁵⁸, non si può certo dire che le infrazioni tipizzate dal legislatore costituiscano delle assolute novità, non previste in passato dalla contrattazione collettiva⁵⁹.

Ad esempio, il CCNL relativo al personale del comparto Ministeri 2002-2005⁶⁰ contemplava la sanzione del licenziamento con preavviso per l'ipotesi di «ingiustificato rifiuto del trasferimento disposto dall'amministrazione per riconosciute e motivate esigenze di servizio» (art. 13, co. 5, lett. c), infrazione ora tipizzata dall'art. 55 *quater*, co. 1, lett. b), d.lgs. n. 165 del 2001.

Lo stesso CCNL prevedeva la sanzione del licenziamento senza preavviso in caso di «accertamento che l'impiego fu conseguito mediante la produzione di documenti falsi e, comunque, con mezzi fraudolenti ovvero che la sottoscrizione del contratto individuale di lavoro sia avvenuta a seguito di presentazione di documenti falsi» (art. 13, co. 6, lett. c), espressione che riecheggia l'ipotesi di cui all'art. 55 *quater*, co. 1, lett. d), d.lgs. n. 165 del 2001.

Ancora, lo scarso rendimento riferibile ad un arco temporale non inferiore al biennio era preso in considerazione dal medesimo CCNL Ministeri 2002-2005, che però lo collegava ad un «comportamento negligente» o a «qualsiasi fatto grave che dimostri la piena incapacità ad adempiere adeguatamente agli obblighi di servizio» (art. 15, co. 3, lett. e) e non, come prevede ora l'art. 55 *quater*, co. 2, d.lgs. n. 165/2001, «alla reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione stessa, stabiliti da norme legislative o

⁵⁶ Quindi il sistema già prevedeva la possibilità di eccezioni alla regola generale per cui la determinazione delle infrazioni era rimessa alla contrattazione collettiva: cfr. LEVI, *Il potere disciplinare nel rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, cit., pag. 169; MAINARDI, M. MISCIONE, *Potere e responsabilità disciplinare*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal D.LGS. 29/1993 alla Finanziaria 1995. Commentario* diretto da F. CARINCI, t. II, Giuffrè, 1995, pag. 1030.

⁵⁷ Nel senso che il potere disciplinare del datore di lavoro, genericamente previsto dall'art. 2106 cod. civ., necessita per il suo concreto esercizio della predisposizione di una normativa secondaria, cui peraltro deve corrispondere un onere di pubblicità, v. Cass. civ., sez. lav., 13 settembre 2005, n. 18130, in *Orient. Giur. Lav.*, 2005, n. 3, I, pag. 597, con nota di SARTORI.

⁵⁸ Su cui si rinvia al cap. IV, § 2.

⁵⁹ Cfr. RAVELLI, *Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici*, cit., pag. 1351; BONURA, G. CARUSO, *La nuova disciplina della responsabilità disciplinare del dipendente pubblico e la lotta all'assenteismo*, cit., pag. 19, i quali ritengono che la nuova disciplina abbia «più carattere di ammonimento che di reale innovazione».

⁶⁰ Reperibile in www.aranagenzia.it.

regolamentari, dal contratto collettivo o individuale, da atti e provvedimenti dell'amministrazione di appartenenza o dai codici di comportamento».

Queste considerazioni dimostrano ancora una volta che l'intervento legislativo manifesta semplicemente una sfiducia generalizzata nella contrattazione collettiva: quest'ultima non ha certo trascurato la materia disciplinare, quindi la scarsa effettività del potere disciplinare, che ha costituito uno dei principali motivi della novella legislativa, non è sicuramente imputabile alla contrattazione stessa⁶¹.

Piuttosto, ciò che è veramente nuovo è che la legge non si limita ad individuare alcune infrazioni disciplinari, bensì si spinge a tipizzare anche le relative sanzioni⁶². Come noto, l'art. 2106 cod. civ. non giunge a tanto, dettando esclusivamente quel canone di proporzionalità tra infrazione e sanzione, fondamentale in materia disciplinare, e che, alla luce del fatto che la norma codicistica continua a trovare applicazione nel lavoro con le pubbliche amministrazioni, pone qualche problema interpretativo proprio con la previsione di sanzioni tassative predeterminate in maniera astratta dal legislatore⁶³.

Le norme dettate dalla legge (anche) in materia disciplinare sono imperative. Le eventuali disposizioni contrattuali con esse contrastanti sono nulle e sostituite di diritto ai sensi degli art. 1339 e 1419, co. 2, cod. civ. La contrattazione può regolare la materia delle infrazioni e delle sanzioni, solo limitatamente a quanto non previsto dalla legge.

Si deve allora individuare quale sia lo spazio di intervento lasciato alla contrattazione. Pacifico che essa possa introdurre infrazioni disciplinari non previste dalla legge e stabilire le rispettive sanzioni, ci si può chiedere se la fonte collettiva possa, e se sì con quali limiti, ulteriormente specificare le infrazioni e le sanzioni dettate dalla legge con norme imperative.

Come punto di partenza per affrontare la questione è opportuno esaminare uno dei pochi contratti collettivi dei dipendenti non dirigenti stipulato dopo l'entrata in vigore

⁶¹ MAINARDI, *Sanzioni disciplinari e (nuove) responsabilità dei dipendenti pubblici: dalla legge al contratto collettivo, e ritorno*, in F. CARINCI, MAINARDI (a cura di), *La Terza Riforma del Lavoro Pubblico*, cit., pag. 469. Peraltro, la sottrazione della competenza a determinare le infrazioni alla contrattazione collettiva a favore di una loro enucleazione per via legislativa, rischia di comportare un'individuazione delle condotte vietate che non tenga conto delle specificità dei singoli comparti, potendo invece la contrattazione adempiere meglio a questa funzione: cfr. LEVI, *Il potere disciplinare nel rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, cit., pag. 171. V. anche L. ZOPPOLI, *Il potere disciplinare nel passaggio dal "pubblico" al "privato"*, cit., pag. 422, secondo cui non si tratta «di una concessione ad esigenze ed istanze di maggior tutela, bensì un'apertura ad una fonte più flessibile e dinamica, e dunque più vicina potenzialmente alle singole organizzazioni».

⁶² Invero, anche questo *modus operandi* non è totalmente nuovo, essendo stato utilizzato dall'art. 1, co. 61, l. n. 662 del 1996, che prevede il licenziamento nel caso della violazione delle regole previste nei commi precedenti dello stesso articolo: v. *retro*, § 2.1 del presente capitolo. Nuovo sarebbe invece l'uso massiccio di tale tecnica.

⁶³ Tale problematica verrà analizzata *infra*, nel § 6 di questo stesso capitolo.

della riforma del 2009, cioè il CCNL 12 aprile 2011 del personale non dirigente dipendente da DigitPa, relativo al quadriennio 2006-2009⁶⁴.

In tale contratto si rinvencono esempi di specificazione di infrazioni dettate dalla legge, non nel senso che esso sostituisce la normativa legislativa, ma nel senso che configura ulteriori infrazioni, in qualche modo più ampie rispetto a quelle dettate dal legislatore, e punite con una sanzione inferiore.

L'art. 53, co. 5, lett. f), del CCNL prevede la sanzione della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino a un massimo di dieci giorni per il dipendente in caso di «testimonianza falsa o reticente in procedimenti disciplinari o rifiuto della stessa». Non si tratta peraltro di una sanzione nuova, essendo stata già prevista in passato da altri contratti collettivi⁶⁵.

Il successivo art. 53, co. 6, del medesimo CCNL, prevede invece la sanzione della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino ad un massimo di quindici giorni per l'infrazione, molto simile, prevista dall'art. 55 *bis*, co. 7, d.lgs. n. 165 del 2001. Né poteva fare altrimenti, attesa la natura di norma imperativa della disposizione, la quale punisce con questa sanzione «il lavoratore dipendente o il dirigente, appartenente alla stessa amministrazione pubblica dell'incolpato o ad 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».

Come si nota, l'infrazione oggi prevista dalla legge può rientrare in quella già conosciuta dalla contrattazione collettiva, ma è punita più pesantemente. L'unica distinzione tra le due fattispecie pare essere che quella legale riguarda i casi in cui le informazioni false, reticenti o rifiutate siano conosciute per ragioni di ufficio o servizio, mentre l'altra si applica per le informazioni comunque conosciute⁶⁶.

Il medesimo discorso può essere fatto per l'inosservanza delle disposizioni in materia di assenza per malattia⁶⁷, insufficiente rendimento⁶⁸, assenza ingiustificata dal servizio o arbitrario abbandono dello stesso⁶⁹, sistematici e reiterati atti o comportamenti aggressivi

⁶⁴ Reperibile in www.aranagenzia.it. Da notare che, mentre tale contratto, insieme a quello Unioncamere del 4 agosto 2010, anch'esso in www.aranagenzia.it, riferibile al quadriennio 2006-2009 ma stipulato dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2009, ha tenuto conto delle novità introdotte dalla riforma Brunetta, il CCNL del personale non dirigente Enac, in www.aranagenzia.it, riferito allo stesso periodo e stipulato il 30 novembre 2009, dunque anch'esso in vigenza del decreto del 2009, non ne ha tenuto conto: al riguardo, la deviazione rispetto alle regole in materia disciplinare di quest'ultimo contratto è stata evidenziata da Corte Conti, sez. contr., 23 dicembre 2009, n. 42, in *Riv. Corte Conti*, 2009, n. 6, pag. 96, anche se con riferimento all'ipotesi di accordo stipulata il 10 settembre 2009, ma non modificata in sede di stipula del contratto definitivo.

⁶⁵ V. ad es. l'art. 13, co. 3, lett. e), CCNL Ministeri 12 giugno 2003 per il quadriennio 2002-2005.

⁶⁶ Ma per approfondimenti v. *infra*, § 5.1.

⁶⁷ Art. 53, co. 4, lett. a), CCNL DigitPa, con riferimento all'art. 55 *quater*, co. 1, lett. a), d.lgs. n. 165/2001.

⁶⁸ Art. 53, co. 4, lett. f), CCNL DigitPa, con riferimento all'art. 55 *quater*, co. 2, d.lgs. n. 165/2001.

⁶⁹ Art. 53, co. 5, lett. c), CCNL DigitPa, con riferimento all'art. 55 *quater*, co. 1, lett. b), d.lgs. n. 165 del 2001.

ostili e denigratori che assumano forme di violenza morale o di persecuzione psicologica nei confronti di un altro dipendente⁷⁰: in tutti questi casi, la contrattazione sanziona condotte che non integrano, per qualche motivo, quelle tipizzate dal legislatore. Emerge così con chiarezza, peraltro, la funzione repressiva dell'intervento legislativo, volto a sanzionare in modo più rigido condotte già previste e sanzionate dalla contrattazione.

Sorge però un altro interrogativo. Ci si chiede se, laddove la legge predetermina la sanzione conservativa della sospensione con privazione della retribuzione, siano valide le norme contrattuali previgenti che prevedono comunque il pagamento di alcune indennità, quali ad esempio gli assegni familiari. Il quesito non è solo teorico. Infatti, il CCNL 19 aprile 2004 per il personale del S.s.n., prevede, all'art. 13, co. 5, che, nel caso di infrazioni sanzionate con la sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da undici giorni fino ad un massimo di sei mesi, «il dipendente è privato della retribuzione fino al decimo giorno mentre, a decorrere dall'undicesimo, viene corrisposta allo stesso una indennità pari al 50% della retribuzione [...] nonché gli assegni del nucleo familiare ove spettanti»⁷¹. La norma contrattuale è attualmente vigente, non essendo stato ancora stipulato il nuovo contratto collettivo.

Come evidenziato dalla circolare del Dipartimento della Funzione pubblica n. 14/2010⁷², «la disciplina legale prevale sulla disciplina sostanziale contenuta nei contratti collettivi, compresa quella dei contratti stipulati prima dell'entrata in vigore della riforma (15 novembre 2009) e, in presenza di clausole contrattuali difformi, si verifica la sostituzione della clausola nulla con integrazione del suo contenuto ad opera ad opera della fonte di legge».

Si pone dunque il problema di valutare la validità della suddetta clausola del CCNL Sanità e di tutti gli altri contratti collettivi di comparto, a fronte di un testo legislativo che si limita a sancire la sospensione dal servizio con privazione della retribuzione, senza specificare altro.

A prima vista potrebbe ritenersi che tali norme convenzionali siano in contrasto con la norma imperativa posta dal d.lgs. n. 165 del 2001, e che dunque siano nulle. Ma si può obiettare che non sia così. La soluzione adottata dai contratti collettivi è conforme alla necessaria osservanza dell'art. 36 Cost., e del principio ivi affermato di retribuzione sufficiente⁷³. Ritenendo diversamente, le norme del d.lgs. n. 165 del 2001 che prevedono sanzioni conservative caratterizzate dalla privazione della retribuzione per periodi medio-lunghi potrebbero essere sospettate di incostituzionalità per violazione della disposizione

⁷⁰ Art. 53, co. 5, lett. k), CCNL DigitPa, con riferimento all'art. 55 *quater*, co. 1, lett. e), d.lgs. n. 165/2001.

⁷¹ La stessa disposizione è presente in tutti i contratti collettivi stipulati prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2009.

⁷² Reperibile in www.funzionepubblica.gov.it.

⁷³ MAINARDI, *La responsabilità e il potere disciplinare*, cit., pag. 854.

costituzionale, ove si intendesse quest'ultima operante anche per il trattamento retributivo durante il periodo in cui la sanzione produce i suoi effetti economici⁷⁴. In tal modo, si finirebbe però per subordinare la legittimità costituzionale di una norma di legge alla specificazione della contrattazione collettiva. In questo caso, dunque, non solo ci sarebbe uno spazio di intervento lasciato alla contrattazione, ma si tratterebbe di un contenuto necessario.

Nel periodo antecedente la riforma del 2009, la contrattazione collettiva si era fatta carico di introdurre sanzioni conservative relative alla sospensione del rapporto con privazione della retribuzione "graduate" fino ad un massimo di sei mesi, per ridurre l'area di operatività del licenziamento disciplinare, punendo infrazioni gravi con sanzioni conservative più incisive rispetto alla privazione della retribuzione fino a dieci giorni, prevista dall'art. 7, co. 4, Stat. Lav.⁷⁵. Essa aveva però previsto delle soluzioni che consentissero al lavoratore di avere una fonte di sostentamento sufficiente durante il periodo di decorrenza della sanzione.

Ora che è il legislatore a prevedere direttamente questo tipo di sanzioni, avrebbe potuto contemplare esso stesso tale meccanismo. Non si sarebbe trattato, del resto, di una novità. L'art. 82 del d.p.r. n. 3 del 1957 dispone infatti che «all'impiegato sospeso è concesso un assegno alimentare in misura non superiore alla metà dello stipendio, oltre gli assegni per carichi di famiglia». La norma si riferisce ai casi in cui il dipendente pubblico sia stato allontanato dal servizio con la privazione dello stipendio per non meno di un mese e non più di sei mesi, *ex art.* 81, d.p.r. n. 3 del 1957. Vero è che, secondo la giurisprudenza prevalente, gli assegni previsti dalla norma non hanno natura retributiva, ma assistenziale⁷⁶, e che quindi essi non sarebbero dovuti nel caso in cui il lavoratore avesse avuto altre fonti di reddito, quali ad esempio una pensione⁷⁷. Ma nel d.lgs. n. 165

⁷⁴ Cfr. Trib. Roma, 24 luglio 1996, in *Nuovo Dir.*, 1997, pag. 657, con nota di CIAMPI, che ha ritenuto illegittima una disposizione del contratto collettivo che prevedeva la facoltà del datore di lavoro di sospendere un dipendente dal servizio e dallo stipendio o salario e da ogni altro emolumento o compenso, nel caso di un lavoratore sottoposto a procedimento penale che abbia ottenuto la libertà vigilata, in quanto confliggente con gli artt. 2094 e 2099 cod. civ., e con l'art. 36 Cost. *Contra*, Tar Lazio, 12 dicembre 1987, n. 1867, in *Foro Amm.*, 1988, pag. 2275 secondo cui il potere disciplinare, anche se incide indirettamente sulla retribuzione, fuoriesce dall'ambito disciplinato dai principi costituzionali sul trattamento retributivo. Nello stesso senso Tar Lazio, 16 maggio 1985, n. 1372, in *Foro Amm.*, 1985, n. 10, secondo cui il principio della retribuzione sufficiente e proporzionata opera nell'ambito della corrispettività fra le prestazioni delle parti del rapporto di lavoro e non quindi quando per causa imputabile al dipendente venga sospeso il funzionamento del sinallagma. In questo senso, invero, si è pronunciata anche la Corte Costituzionale, seppur con riferimento ad ipotesi di sospensione cautelare e non di sanzioni disciplinari: v. Corte Cost., ord. 12 maggio 1988, n. 541, in *Foro It.*, 1988, I, col. 3658, ove si legge che «il precetto costituzionale posto dall'art. 36 Cost. ha riferimento alla tutela del lavoro e non anche alle particolari situazioni nelle quali venga a mancare l'applicazione del principio di corrispettività fra le prestazioni delle parti».

⁷⁵ Il quarto comma dell'art. 7 dello Statuto non era applicabile neanche prima della riforma del 2009, in quanto non richiamato dall'art. 55, d.lgs. n. 165 del 2001, e dunque non vi era una preclusione all'innalzamento dei limiti massimi delle sanzioni conservative.

⁷⁶ Cons. Stato, 29 marzo 2010, n. 1781, in *Giurisd. Amm.*, 2010, I, pag. 370; Cons. Stato, 27 aprile 1993, n. 485, in *Foro Amm.*, 1993, pag. 706.

⁷⁷ Tar Milano, 16 maggio 2002, n. 2070, in *Foro Amm. Tar*, 2002, pag. 1504.

del 2001 manca una disposizione che assicuri una indennità ai dipendenti colpiti da sanzioni conservative privative della retribuzione per alcuni mesi.

Si nota, inoltre, che nel caso dell'infrazione disciplinare di cui all'art. 55 *sexies*, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001⁷⁸, che sembra più grave, in quanto da essa potrebbe scaturire anche la risoluzione del rapporto, il legislatore ha previsto per il lavoratore la fruizione di una indennità, pari all'80% dello stipendio e dell'indennità integrativa speciale, dichiarando applicabile alla fattispecie l'art. 33, co. 8, dello stesso decreto.

Alla luce di questa previsione normativa, potrebbe ritenersi che il legislatore abbia voluto espressamente escludere qualsiasi indennità nel caso dell'applicazione di sanzioni superiori alla sospensione per più di dieci giorni, secondo il principio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*. Tale lettura però, oltre a poter collidere con l'art. 36 Cost., nei limiti di quanto detto, parrebbe anche evidenziare una irragionevolezza della legge, in quanto l'infrazione *ex art. 55 sexies*, co. 2, può comportare effetti estintivi del rapporto, e dunque pare essere considerata dal legislatore più grave.

In base al ragionamento effettuato, quindi, si potrebbero ritenere valide le disposizioni contrattuali previgenti che prevedono norme idonee a garantire al lavoratore un sostentamento durante il periodo della sospensione dal servizio e dalla retribuzione. Tuttavia si rileva che nei primi contratti collettivi stipulati dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2009 non vi è traccia di tali meccanismi integrativi della lacuna legislativa⁷⁹.

La materia delle infrazioni e delle sanzioni è una di quelle in cui emerge nettamente il nuovo sistema delle fonti nel lavoro pubblico. Ciò in quanto la legge interviene direttamente, esautorando parzialmente la contrattazione in un settore in cui essa è tradizionalmente competente.

In questo contesto, desta qualche sorpresa la norma transitoria contenuta nell'art. 73, co. 3, d.lgs. n. 150 del 2009⁸⁰, che prevede che «le disposizioni di legge, non incompatibili con quelle del presente decreto, concernenti singole amministrazioni e

⁷⁸ V. *infra*, in questo capitolo i §§ 5.8 e 8.

⁷⁹ Per i comparti per cui non è stato ancora stipulato il nuovo contratto successivo alla riforma del 2009, l'Aran ha provveduto a stilare delle “raccolte sistematiche delle disposizioni contrattuali”, predisposte in particolare, quanto al personale non dirigente, per i comparti Regioni e autonomie locali, agenzie fiscali, ministeri ed enti pubblici non economici, tutte reperibili in www.aranagenzia.it. Per quanto qui rileva, può essere interessante notare che l'Aran considera ancora vigenti le disposizioni che prevedono il pagamento di indennità nel caso della sanzione della sospensione compresa tra undici giorni e sei mesi: v. *Raccolta sistematica del comparto regioni e autonomie locali* del settembre 2012, pag. 116; *Raccolta sistematica del comparto Agenzie fiscali* del settembre 2012, pag. 77; *Raccolta sistematica del comparto Ministeri* del settembre 2012, pag. 110; *Raccolta sistematica del comparto Enti pubblici non economici* del settembre 2012, pag. 102. Fermo restando che tali raccolte possono avere al massimo valore di orientamento interpretativo, esse però non risolvono il problema se la contrattazione possa prevedere le indennità anche nel caso in cui sia la legge a prevedere direttamente la sanzione sospensiva superiore ai dieci giorni.

⁸⁰ Sulla disposizione v. MARINELLI, *Le norme transitorie*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2011, n. 5, pag. 1401; MAINARDI, *Sanzioni disciplinari e (nuove) responsabilità dei dipendenti pubblici: dalla legge al contratto collettivo, e ritorno*, cit., pag. 468.

recanti fattispecie sanzionatorie specificamente concernenti i rapporti di lavoro del personale di cui all'articolo 2, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, continuano ad essere applicabili fino al primo rinnovo del contratto collettivo di settore successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto».

Essa appare come una sorta di “gentile concessione” alla contrattazione collettiva, testimonianza dell'ormai superato sistema delle fonti antecedente alla riforma del 2009.

Secondo la vecchia formulazione dell'art. 2, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001, infatti, la disapplicazione di norme speciali in materia di lavoro pubblico privatizzato al momento della stipulazione dei nuovi contratti collettivi costituiva la regola. La nuova formulazione della disposizione invece enuncia l'opposto principio che le norme di legge possono essere derogate dalla contrattazione successiva «solo qualora ciò sia espressamente previsto dalla legge».

La contrattazione dunque si riappropria (momentaneamente) di competenze eccezionalmente regolate da norme di legge, esattamente come accadeva prima della riforma. Ma restano ferme le norme del d.lgs. n. 165 del 2001. E del resto, stante l'attuale formulazione dell'art. 2, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001, il legislatore potrà introdurre nuove norme imperative, speciali e settoriali, le quali non potranno essere disapplicate a seguito dei vari rinnovi contrattuali, salvo un'espressa previsione di legge.

3.1- Segue. La l.d. n. 174 del 2011, il d.d.l. “anti-corrruzione” e la successiva l. n. 190 del 2012, l'intesa del maggio 2012: verso un'accentuazione dell'ingerenza della legge sul contratto collettivo?

Dall'osservazione dell'attuale attività normativa e dei disegni di legge in discussione in Parlamento, si constata che il sistema non si è ancora assestato, e che possa essere ulteriormente intaccato il ruolo della contrattazione collettiva in materia disciplinare.

L'art. 1, co. 1, lett. c) e d), l. n. 174 del 2011, recante «Disposizioni per la codificazione in materia di pubblica amministrazione»⁸¹, aveva delegato il Governo ad adottare «entro dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge [...] uno o più decreti legislativi con i quali provvede a raccogliere in appositi codici o testi unici le disposizioni vigenti nelle materie di cui» al d.lgs. n. 165 del 2001 e al d.lgs. n. 150 del 2009.

I principi e i criteri direttivi da seguire nell'attuazione della delega sono elencati al comma 2: «a) ricognizione e abrogazione espressa delle disposizioni oggetto di

⁸¹ Pubblicata in *G.U.* del 2 novembre 2011, n. 255.

abrogazione tacita o implicita, nonché di quelle che siano prive di effettivo contenuto normativo o siano comunque obsolete; b) organizzazione delle disposizioni per settori omogenei o per materie, secondo il contenuto precettivo di ciascuna di esse; c) coordinamento delle disposizioni, apportando le modifiche necessarie per garantire la coerenza giuridica, logica e sistematica della normativa e per adeguare, aggiornare e semplificare il linguaggio normativo; d) risoluzione di eventuali incongruenze e antinomie tenendo conto dei consolidati orientamenti giurisprudenziali».

L'intento di razionalizzare e raccogliere le norme in materia di lavoro pubblico privatizzato vigenti nell'ordinamento era lodevole.

Peraltro, non si sarebbe dovuto trattare di un testo meramente compilativo, alla luce dei criteri di cui alle lett. c) e d). Perciò era possibile che nell'apportare «le modifiche necessarie per garantire la coerenza giuridica, logica e sistematica della normativa» e nel perseguire la «risoluzione di eventuali incongruenze e antinomie», il legislatore intervenisse anche in materia di infrazioni e sanzioni disciplinari.

Senonché, anche a causa del cambiamento del Governo avvenuto alla fine del 2011, i dodici mesi previsti per l'attuazione della delega sono trascorsi senza che i decreti delegati abbiano visto la luce⁸².

Tuttavia, nel maggio 2012 è stata stipulata un'intesa tra il Ministro per la pubblica amministrazione, le Regioni, le Province, i Comuni e le Organizzazioni sindacali, riguardante il lavoro pubblico⁸³, che, come affermato dal Ministro, costituiva «una buona base in vista della delega legislativa» che lo stesso titolare del dicastero intendeva presentare al Consiglio dei Ministri⁸⁴.

Non resta che vedere quale sarà il contenuto della delega stessa e se, e in che modo, possa incidere sulla materia disciplinare, sempre ammesso che anche tale iniziativa vada in porto, dopo le recenti vicende di governo che hanno portato alle dimissioni del governo Monti nel dicembre 2012. L'intesa pare però fornire alcune anticipazioni.

Alcuni riferimenti alla responsabilità disciplinare sono contenuti nel punto concernente «Nuove regole riguardanti il mercato del lavoro», laddove si parla di «modifiche al decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, con riguardo ai profili [...] della responsabilità disciplinare».

La lett. f) di tale punto, prevede come obiettivo di un futuro intervento normativo quello di «contrastare l'uso improprio e strumentale delle tipologie contrattuali di lavoro flessibile con disciplina della responsabilità dirigenziale e delle sanzioni da applicare per

⁸² La legge è entrata in vigore il 17 novembre 2011, sicché il termine entro cui il governo avrebbe dovuto dare attuazione alla delega è scaduto il 17 novembre 2012.

⁸³ Citata nel § 1 del presente capitolo.

⁸⁴ Dichiarazione del Ministro Patroni Griffi del 4 maggio 2012, reperibile in www.funzionepubblica.gov.it.

il caso di abuso», cosicché sembrano possibili nuove fattispecie disciplinari a carico dei dirigenti⁸⁵.

Soprattutto, la lett. l) prevede un riordino della «disciplina dei licenziamenti per motivi disciplinari fermo restando le competenze attribuite alla contrattazione collettiva nazionale» e la lett. m) parla di un rafforzamento dei «doveri disciplinari dei dipendenti pubblici». Se i contenuti dell'intesa si tradurranno in legge, è possibile che si assisterà ad una ancora maggiore ingerenza della fonte primaria su quella negoziale, sia con riferimento a nuove possibili ipotesi di condotte sanzionate con il recesso, sia con riferimento alla tipizzazione di ulteriori obblighi di comportamento dei lavoratori⁸⁶.

La tendenza a espandere ulteriormente il ruolo della legge a discapito della contrattazione collettiva in materia disciplinare emerge in maniera decisa anche dall'analisi dei lavori preparatori all'emanazione della c.d. legge anti-corruzione.

Il d.d.l. AC 4434, approvato dal Senato il 15 giugno 2011, prevedeva norme di modifica al d.lgs. n. 165 del 2001. In particolare l'art. 3 del d.d.l. conteneva modifiche all'art. 53 del T.U.P.I., mentre il successivo art. 4 era volto a tutelare il dipendente che «denuncia o riferisce condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro». Tali modifiche sono poi effettivamente confluite nella l. n. 190 del 2012, ma in queste disposizioni, invero, non vi è nulla in grado di determinare un ulteriore ampliamento della competenza della legge in materia di sanzioni e infrazioni.

La suddetta tendenza però emerge in maniera forte da altre norme confluite nel testo definitivo della c.d. «legge anticorruzione», l. n. 190 del 2012, introdotte anche dietro suggerimento della già citata «Commissione per lo studio e l'elaborazioni di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione».

Nella relazione presentata al Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, erano svolte alcune riflessioni e proposte emendative al d.d.l. allora in discussione in Parlamento, alcune delle quali in tema di codici di condotta e di responsabilità disciplinare.

Il punto 2.5.2.2. della relazione proponeva il rafforzamento del codice di comportamento dei dipendenti pubblici, «chiarendone la natura di fonte che individua doveri di comportamento giuridicamente rilevanti, quindi sanzionabili in termini di responsabilità disciplinare». traspariva la volontà di rendere direttamente vincolanti le norme del codice di condotta, in contrasto con l'orientamento preferibile sulla base delle

⁸⁵ Si rinvia al capitolo IV.

⁸⁶ La Relazione 2012 della Corte dei Conti sul costo del lavoro pubblico, in www.corteconti.it, tuttavia, a pag. 22, interpreta il contenuto della lett. l) dell'intesa nel senso di un ampliamento della «competenza della contrattazione collettiva in materia di individuazione ed applicazione delle sanzioni». Nello stesso senso anche TAMPIERI, *La legge n. 92/2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, 2012, pagg. 44-45; PASQUALETTO, *La questione del pubblico impiego privatizzato*, in CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la l. n. 92 del 2012*, Cedam, 2013, pag. 49 e segg.

norme di legge vigenti prima dell'entrata in vigore della legge del 2012⁸⁷. Si prevedeva di modificare l'art. 54 del d.lgs. n. 165 del 2001, prevedendo che «violazioni gravi o reiterate del codice di comportamento [...] comportano l'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 55 *quater*, comma 1»⁸⁸, vale a dire il licenziamento. In questo caso non si sarebbe trattato di un esproprio della contrattazione collettiva direttamente da parte della legge, ma, per il suo tramite, da parte del codice di condotta, emanato con norma pubblicistica⁸⁹. Comunque un'ingerenza di una fonte pubblicistica su quella negoziale.

Il successivo punto 2.5.2.3. era dedicato alla responsabilità disciplinare. Vi si auspicava un completamento del suo processo di rafforzamento «avviato dalle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 150 del 2009, intervenuta a dettare norme imperative, limitatrici della contrattazione collettiva per i procedimenti disciplinari», e si proponeva di «regolamentare più attentamente con fonte di rango legislativo il sistema della responsabilità disciplinare, unificando in modo organico le responsabilità legate allo svolgimento della prestazione lavorativa e le responsabilità legate all'esercizio della funzione», rafforzando, in particolare, «lo strumento disciplinare nella prospettiva del contrasto dei fenomeni di corruzione e dei conflitti d'interesse, anche attraverso l'integrazione delle ipotesi di licenziamento disciplinare di cui all'art. 55 *quater*, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001». Si proponeva quindi di introdurre un art. 3 *bis* al d.d.l. AC 4434, contenente una delega al Governo volta a riordinare la materia della responsabilità disciplinare, prevedendo tra i criteri e i principi direttivi quelli di «individuare le infrazioni e le sanzioni garantendo proporzionalità nelle sanzioni, giusto procedimento, celerità, efficacia delle procedure ed efficacia delle sanzioni» e di «definire le ipotesi di doveri rilevanti dal punto di vista disciplinare, anche con la previsione delle relative sanzioni, ed affidamento alle fonti regolamentari delle diverse amministrazioni [...] della individuazione di ulteriori infrazioni e delle sanzioni». Questo ultimo suggerimento però è stato seguito solo in parte. L'art. 1, co. 48, della l. n. 190 del 2012, infatti delega il Governo ad adottare un decreto legislativo «per la disciplina organica degli illeciti, e relative sanzioni disciplinari, *correlati al superamento dei termini di definizione dei procedimenti amministrativi*», dunque con un oggetto di delega meno ampio.

Il Ministro per la Pubblica amministrazione e la semplificazione, con dichiarazione del 30 gennaio 2012, aveva affermato che avrebbe tratto spunto dai suggerimenti avanzati per elaborare emendamenti da presentare al disegno di legge anticorruzione in

⁸⁷ V. *retro*, cap. I, § 3.4.

⁸⁸ Proposta di modifica all'art. 3 del d.d.l. AC 4434, c.d. “d.d.l. anticorruzione”.

⁸⁹ La Commissione proponeva di emanare il codice con decreto della presidenza della Repubblica, e non più con decreto ministeriale, e così è poi stato previsto dall'art. 1, co. 44, l. n. 190 del 2012, che ha modificato l'art. 54 del d.lgs. n. 165 del 2001.

discussione alla Camera⁹⁰, e così è stato, tant'è che molte delle proposte della Commissione di studio sono state poi inserite nel testo definitivo approvato dal Parlamento nel novembre 2012.

4- *La pubblicità del codice disciplinare*

Si è già detto nel primo capitolo che, nonostante la nuova formulazione dell'art. 55, d.lgs. n. 165 del 2001, come modificato dal d.lgs. n. 150 del 2009, non richiami più l'applicazione nel lavoro pubblico dell'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori, è da ritenere che il codice disciplinare costituisca ancora, come nel settore privato, un documento di formazione datoriale, sempre adottabile anche nell'ipotesi teorica in cui manchi il contratto collettivo: sia perché l'art. 55 del T.U.P.I. richiama tuttora l'art. 2106 cod. civ., che attribuisce il potere direttamente al datore di lavoro, sia perché l'art. 5, co. 2, del d.lgs. n. 165 del 2001 riconosce che «le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro»⁹¹. Nel settore privato, infatti, non si dubita del potere datoriale di definire unilateralmente il codice, in assenza di contrattazione collettiva.

In questo paragrafo ci si dedicherà invece alla pubblicità del codice. Come noto, infatti, l'art. 55 co. 2, come sostituito dall'art. 68, co. 1, d.lgs. n. 150 del 2009, dispone che «la pubblicazione sul sito istituzionale dell'amministrazione del codice disciplinare, recante l'indicazione delle [...] infrazioni e relative sanzioni, equivale a tutti gli effetti alla sua affissione all'ingresso della sede di lavoro».

L'introduzione di questa disposizione spiega l'abrogazione del rinvio al comma 1 dell'art. 7 Stat. Lav., che prevede l'affissione del codice in luogo accessibile a tutti i lavoratori come requisito indefettibile di pubblicità, sostenuta da una interpretazione rigorosa della giurisprudenza⁹².

Tuttavia, l'eliminazione del rinvio alla disposizione statutaria, di per sé, non determina anche la scomparsa dell'obbligo di affissione nel lavoro pubblico. Lo stesso art. 55, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001, contempla pur sempre l'affissione. Dire che la pubblicazione sul

⁹⁰ La dichiarazione è reperibile sul sito www.funzionepubblica.gov.it.

⁹¹ V. *supra*, cap. I, § 3.3.

⁹² *Ex multis*, v. Cass., sez. un., 5 febbraio 1988, n. 1208, in *Foro It.*, 1988, I, col. 1556; Cass. civ., sez. lav., 3 ottobre 2007, n. 20733, in *Mass. Giust. Civ.*, 2007, n. 10; Trib. Grosseto, 31 marzo 2003, in *Lav. Giur.*, 2004, pag. 1010. Si è però già accennato al fatto che il primo comma dell'art. 7 non disciplina solo i requisiti di pubblicità, ma enuncia anche il principio per cui le norme disciplinari debbano conformarsi al contenuto dei contratti collettivi, ove esistenti, e che anche quest'ultimo principio potrebbe essere ritenuto vigente in forza del richiamo generale alle norme della l. n. 300 del 1970 operato dall'art. 51, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001: cfr. cap. I, § 3.3.

sito è equivalente all'affissione, implica la permanenza di quest'ultima quale possibile forma di pubblicità⁹³.

La problematica principale al riguardo è stabilire se le due forme di pubblicità (affissione e pubblicazione *on line*) siano alternative⁹⁴ (e in tal caso, non solo nel senso che la pubblicazione su *internet* possa sostituire la tradizionale affissione, ma anche, viceversa, che quest'ultima sia sufficiente in assenza della prima) o debbano invece cumularsi. La nuova norma, infatti, pur rientrando tra quelle imperative non derogabili dalla contrattazione collettiva, *ex art. 55, co. 1, d.lgs. n. 165 del 2001*, non prevede che debba procedersi necessariamente alla pubblicazione *on line*, ma si limita a stabilire l'equivalenza di tale forma di pubblicità con l'affissione. Ne deriva che quest'ultima sarebbe sufficiente, ma, ove vi sia stata la pubblicazione sul *web*, questa avrebbe lo stesso valore dell'affissione, e sarebbe ugualmente adeguata⁹⁵.

E' opportuno a questo punto esaminare come la contrattazione collettiva intervenuta dopo la riforma del 2009 ha applicato la disposizione e come si è posta la prima giurisprudenza di fronte alla nuova regola.

I primi contratti collettivi stipulati dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2009 prevedono, con formula "*standard*", che «al codice disciplinare [...] deve essere data la massima pubblicità, mediante pubblicazione sul sito istituzionale dell'Ente, secondo le previsioni dell'art. 55, co. 2, ultimo periodo, del D.Lgs. n. 165 del 2001»⁹⁶.

L'autonomia collettiva non ritiene sufficiente la sola affissione. Tuttavia, l'esame di questa disposizione contrattuale pone qualche dubbio ermeneutico. Essa menziona come mezzo di pubblicità unicamente la pubblicazione sul sito *internet* dell'Amministrazione interessata, richiamando l'art. 55, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001. Al contempo però richiede che al codice sia data la «massima pubblicità».

E' chiaro che tra il caso in cui siano adottate insieme le due forme di pubblicità e quello in cui sia attuata solo la pubblicazione *on line* del codice, si avrà una massima pubblicità nel primo caso. Dunque, si potrebbe ritenere insufficiente, ai sensi della

⁹³ Nello stesso senso DI PAOLA, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e nel pubblico impiego privatizzato*, cit., pag. 441; LAZZARI, *Il codice disciplinare*, cit., pag. 65.

⁹⁴ VALLEBONA, *La riforma del lavoro pubblico: il difficile risveglio da un incubo*, cit., pag. 135.

⁹⁵ Cfr. OLIVERI, *Il nuovo ordinamento del lavoro pubblico*, Maggioli, 2009, pag. 242, secondo cui la pubblicazione *on line* non sostituisce quella cartacea, essendo le due modalità non alternative, ma equivalenti.

⁹⁶ Così testualmente, per i dirigenti, l'art. 7, co. 11, CCNL Regioni e autonomie locali (area II) del 22 febbraio 2010 e l'art. 9, co. 11, CCNL Ministeri (area I) del 12 febbraio 2010; ma formule analoghe sono adottate anche dall'art. 8, co. 13, del CCNL Dirigenza sanitaria, professionale tecnica e organizzativa (area III) e del CCNL Dirigenza medico-veterinaria (area IV) del 6 maggio 2010, integrativi dei CCNL del 17 ottobre 2008, che però aggiunge che «tale pubblicità equivale a tutti gli effetti all'affissione all'ingresso della sede di lavoro»; dall'art. 16, co. 12, CCNL Scuola (area V) del 15 luglio 2010; dall'art. 9, co. 11, del CCNL Enti pubblici non economici e agenzie fiscali (area VI) del 21 luglio 2010 e del CCNL Università ed Enti di ricerca (area VII) del 28 luglio 2010; dall'art. 13, co. 9, del CCNL Presidenza del Consiglio dei Ministri (area VIII) del 4 agosto 2010. Per il personale non dirigenziale, v. l'art. 53, co. 12, del CCNL DigitPa del 12 aprile 2011; l'art. 8, co. 12, CCNL Unioncamere del 4 agosto 2010. Così anche l'art. 5, co. 12, del CCNL Segretari comunali e provinciali del 14 dicembre 2010. Tutti i contratti sono reperibili sul sito www.aranagenzia.it.

disciplina pattizia, la sola pubblicazione su *internet*. Ma così facendo, si determinerebbe una violazione della norma imperativa. Dunque, per conciliare la disposizione contrattuale e quella legislativa, deve ritenersi che la pubblicazione *on line* costituisca già forma idonea a garantire la massima pubblicità.

La stessa norma convenzionale però non può essere intesa nel senso che l'affissione non sia in ogni caso necessaria. Al riguardo è intervenuta anche una circolare del Dipartimento della Funzione pubblica, la circ. n. 14/2010 del 23 dicembre 2010⁹⁷. Da quest'ultima emerge la consapevolezza della difficoltà di sostituire totalmente l'affissione. Essa quindi dispone che «le amministrazioni potranno completamente sostituire la pubblicità tramite affissione con la pubblicazione *on line* solo qualora l'accesso alla rete *internet* sia consentito a tutti i lavoratori, tramite la propria postazione informatica»⁹⁸. E suggerisce inoltre di pubblicare il codice, «con adeguato risalto e indicazione puntuale della data, oltre che sull'*home page internet* anche di quella *intranet* dell'amministrazione [...] al fine di assicurarne la massima visibilità e conoscibilità».

La *ratio* della pubblicità del codice è quella di rendere edotti i lavoratori delle infrazioni disciplinari e delle relative sanzioni. Quindi, nel caso di dipendenti per i quali non risulti agevole il reperimento *on line* del codice, la pubblicazione telematica non sarà sufficiente⁹⁹.

In materia si è avuta anche una pronuncia della giurisprudenza¹⁰⁰ (tra le poche relative alle nuove regole disciplinari in materia di lavoro pubblico). Pur emessa nell'ambito di un procedimento cautelare, la pronuncia enuncia alcuni principi rilevanti. Essa sottolinea la necessità che il dipendente sanzionato abbia avuto la libera accessibilità ad *internet* dal luogo di lavoro¹⁰¹, ed evidenzia alcune criticità della nuova forma di pubblicazione, in particolare in relazione alla prova che la “schermata” *internet* del sito istituzionale fosse

⁹⁷ Reperibile sul sito www.funzionepubblica.gov.it.

⁹⁸ Nello stesso senso anche ROMEI, *Spunti sulla responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici*, cit., pag. 1630; PALLIGIANO, *Il procedimento disciplinare si svincola dal penale*, in *Guida Dir.*, 2009, n. 13, pagg. 55-56; BUSICO, *La responsabilità disciplinare nella riforma Brunetta*, cit., pag. 351, seppure ritenendo solo preferibile mantenere fino a quel momento l'affissione, per evitare contestazioni in sede giudiziale.

⁹⁹ Con le dovute cautele, si può applicare il principio, affermato in giurisprudenza per la modalità dell'affissione, secondo cui l'accesso deve essere libero e comodo, ossia senza difficoltà particolari: v. Cass. civ., sez. lav., 3 ottobre 2007, n. 20733, cit. *Contra*, ritiene che la pubblicazione *on line* costituisca idonea forma di conoscenza per i dipendenti privi della disponibilità di un *personal computer* TENORE, *Il procedimento disciplinare nel pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, Giuffrè, 2010, pag. 34.

¹⁰⁰ Trib. S. Maria Capua Vetere, ord. 1 ottobre 2010, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2011, n. 3-4, pag. 696, con nota di STASSANO, *Prime applicazioni del nuovo sistema disciplinare di cui al d.l.vo n. 150 del 2009: riflessioni e note critiche* e in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2011, n. 1, pag. 158, con nota di BUSICO, *Prime questioni applicative in tema di responsabilità disciplinare a seguito della “riforma Brunetta”: la pubblicità del codice disciplinare*.

¹⁰¹ Nel caso di specie, tale accessibilità era garantita, essendo emerso dalle dichiarazioni del dipendente che quest'ultimo era in possesso presso la sede di lavoro di proprio *personal computer* munito di collegamento *internet*.

disponibile all'epoca della realizzazione delle condotte sanzionate¹⁰². Tuttavia, non chiarisce i rapporti tra le due forme alternative di pubblicità.

Si deve affrontare la tematica delle conseguenze circa la legittimità delle sanzioni disciplinari applicate in caso di mancata pubblicazione *on line* del codice. La soluzione muta a seconda che si consideri sussistente l'obbligo di adempiere ad una sola o ad entrambe le forme di pubblicità.

Se si ritiene, come pare corretto, attesa la *ratio* dell'obbligo, che ciò che non deve mancare è che per i lavoratori sia possibile conoscere le disposizioni del codice, allora si può concludere che la mancata pubblicazione sul sito *internet* dell'amministrazione non possa determinare la nullità della sanzione, ove comunque sia stata effettuata l'affissione.

Viceversa, è chiaro che se l'amministrazione adotterà la nuova forma come unica modalità di pubblicità - beninteso, sempre che sia garantita a tutti i dipendenti la possibilità di accesso dalla propria postazione informatica -, la sua carenza non potrà che determinare l'invalidità della sanzione¹⁰³.

Creare conseguenze diverse per i lavoratori a seconda che essi abbiano o meno accesso ad *internet* non appare coerente con la *ratio* della pubblicità del codice. In dottrina¹⁰⁴ si è sostenuto che, per i primi la mancata pubblicazione *on line* determinerebbe nullità della sanzione eventualmente irrogata, pur essendosi proceduto alla tradizionale affissione. Ma tale tesi, benché apprezzabile in quanto volta ad incentivare l'amministrazione ad adeguarsi alle innovazioni tecnologiche e a dotare tutti i dipendenti della possibilità di accesso ad *internet*, senza far cadere nel nulla la nuova disposizione, non appare in armonia con la funzione dell'obbligo incombente sul datore di lavoro pubblico.

Va segnalato che il legislatore ha individuato espressamente il luogo in cui deve essere affisso il codice, e precisamente l'«ingresso della sede di lavoro»¹⁰⁵. Ne discende che nel caso in cui il codice sia affisso in luogo diverso, la sanzione eventualmente applicata dovrà essere considerata nulla¹⁰⁶.

In definitiva, l'impatto della nuova forma di pubblicità, che merita un giudizio positivo per il tentativo di adeguamento alle nuove tecnologie¹⁰⁷, pare, almeno per il momento,

¹⁰² In dottrina, tali aspetti delicati sono evidenziati da MAINARDI, *Profili della responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici*, cit., pag. 622.

¹⁰³ Entro questi termini può essere condiviso quanto affermato in dottrina da SPINELLI, *I limiti sostanziali all'esercizio del potere disciplinare nel lavoro pubblico. Il licenziamento disciplinare*, cit., pagg. 483-484, che afferma la nullità della sanzione in caso di mancata pubblicazione del codice.

¹⁰⁴ RAVELLI, *Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici*, cit., pagg. 1354-1355.

¹⁰⁵ Art. 55, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001.

¹⁰⁶ La citata circ. DFP n. 14 del 2010 sottolinea la necessità di affiggere il codice all'ingresso del luogo di lavoro, essendo l'affissione in quel luogo particolare «la modalità alternativa alla pubblicazione sul sito».

¹⁰⁷ Cfr. LAZZARI, *Il codice disciplinare*, cit., pag. 69, secondo cui la soluzione telematica «sembra garantire una migliore conoscibilità del codice in tutte quelle ipotesi in cui il collegamento fisico fra lavoratore e struttura aziendale risulti problematico».

alquanto modesto. La legge tende a superare l'interpretazione rigida della giurisprudenza sulla non equivalenza di forme di pubblicità diverse dall'affissione¹⁰⁸, ma fintanto che non sarà garantito il libero e comodo accesso ad *internet* dal luogo di lavoro per tutti i dipendenti, l'affissione continuerà ad essere indefettibile requisito per tutti i lavoratori. Se così è, la pubblicazione *on line* costituisce una mera duplicazione dell'onere.

Resta salvo però che la validità delle sanzioni applicate per le infrazioni tipizzate dal legislatore non è subordinata alla pubblicazione nel sito *web* o all'affissione. Per esse infatti vale il principio *ignorantia legis non excusat*¹⁰⁹.

5- *Gli illeciti disciplinari tipizzati dal legislatore*

In questo paragrafo ci si soffermerà sull'analisi di alcune delle infrazioni tipizzate dal legislatore del 2009, approfondendone gli aspetti più problematici in relazione alla realizzazione delle singole fattispecie.

Va premesso che la previsione da parte del d.lgs. n. 165 del 2001 di infrazioni disciplinari tipizzate non costituisce un'assoluta novità. Le nuove disposizioni di cui agli articoli da 55 a 55 *novies* risaltano per il fatto che il vecchio art. 55, prima delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 150 del 2009, non predeterminava alcuna infrazione. Ma, allargando lo sguardo ad altre norme del T.U.P.I., ci si avvede che erano già previsti alcuni illeciti disciplinari.

Il riferimento è alle disposizioni dell'art. 53, d.lgs. n. 165 del 2001, in tema di incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi, che, oltre a richiamare alcune normative preesistenti¹¹⁰, conteneva già alcuni divieti, rivolti alle pubbliche amministrazioni, e quindi riguardanti i funzionari responsabili (art. 53, co. 2 e 8)¹¹¹ e ai dipendenti (art. 53, co. 7). Semmai, la differenza con le nuove norme introdotte dal d.lgs. n. 150 del 2009 è che il legislatore non tipizzava anche la corrispondente sanzione disciplinare¹¹².

In relazione ai citati commi, resta dubbio se l'inosservanza delle regole ivi contenute costituisca responsabilità dirigenziale o disciplinare. Mentre infatti le disposizioni di cui all'art. 53, co. 7 e 8, richiamano espressamente la responsabilità disciplinare, le altre

¹⁰⁸ Cfr. LOSTORTO, *Il nuovo procedimento disciplinare*, cit., pag. 480.

¹⁰⁹ TENORE, *Il procedimento disciplinare nel pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, cit., pag. 35; DEODATO, FRETTONI, *La riforma Brunetta: le nuove regole del lavoro pubblico*, Nel diritto editore, 2009, pagg. 71-72; BUSICO, *La responsabilità disciplinare nella riforma Brunetta*, cit., pag. 352.

¹¹⁰ Gli artt. 60 e segg. del d.p.r. n. 3 del 1957; gli artt. 267, co. 1, 273, 274, 508, 676 del d.lgs. n. 297 del 1994; l'art. 9, co. 1 e 2, l. n. 498 del 1992; l'art. 4, co. 7 della l. n. 412 del 1991 e successive modificazioni.

¹¹¹ A questi il d.lgs. n. 150 del 2009 ha aggiunto un nuovo comma 1 *bis*. L'art. 53 è poi stato ulteriormente modificato dall'art. 1, co. 42, della l. n. 190 del 2012.

¹¹² La tipizzazione della sanzione disciplinare era invece prevista dal comma 61 dell'art. 1, l. n. 662 del 1996, pure richiamato dall'art. 53. Su tale comma v. *retro*, § 2.1 di questo capitolo.

tacciono sul punto, inducendo a ritenere che le stesse violazioni siano valutabili in sede di responsabilità dirigenziale.

Fatta questa doverosa premessa, si procede all'analisi delle infrazioni tipizzate dal legislatore con il d.lgs. n. 150 del 2009, e confluite nel d.lgs. n. 165 del 2001. Negli artt. 55 *bis* e seguenti di quest'ultimo decreto sono previsti vari illeciti disciplinari, la maggior parte validi per i dipendenti pubblici in generale, alcuni riguardanti i dirigenti o comunque i soggetti responsabili del procedimento disciplinare, altri applicabili ai medici. Peraltro, non tutte le disposizioni prevedono unicamente condotte del dipendente: in alcuni casi il legislatore pone l'accento sulle conseguenze del comportamento del lavoratore. Emblematico al riguardo è l'art. 55 *sexies*, co. 1, d.lgs. n. 165 del 2001, che subordina la sanzione disciplinare alla «condanna della pubblica amministrazione al risarcimento del danno derivante dalla violazione, da parte del lavoratore dipendente, degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa...».

Nel terzo paragrafo si è già posto in evidenza che le infrazioni elencate nel d.lgs. n. 165 del 2001 non costituiscono assolute novità, essendo già per la maggior parte sanzionabili alla luce delle norme contrattuali. Si è visto anche che i primi contratti collettivi stipulati dopo la riforma recepiscono, nella norma sul codice disciplinare, le disposizioni legislative con la relativa sanzione - operazione imposta dal fatto che le stesse disposizioni sono imperative e, a dire il vero, anche pleonastica, in quanto le norme di legge troverebbero comunque applicazione per via del meccanismo di cui agli artt. 1339 e 1419, co. 2, cod. civ.¹¹³ - ma continuano a prevedere anche infrazioni, punite con sanzioni inferiori a quelle prefigurate dal legislatore, per infrazioni che non integrano tutti gli elementi della fattispecie indicati nelle disposizioni legislative.

Appare utile allora in questa sede esaminare le fattispecie disciplinari previste dal legislatore, differenziandole così da quelle già previste in passato, e tuttora contemplate dalla contrattazione collettiva. Nell'analisi si procederà seguendo l'ordine in cui esse sono individuate dal d.lgs. n. 165 del 2001, tralasciando, salvo alcuni richiami essenziali, le infrazioni dei dirigenti, che verranno affrontate più diffusamente nel quarto capitolo.

5.1- *La mancata collaborazione nel procedimento disciplinare*

L'art. 55 *bis*, co. 7, d.lgs. n. 165 del 2001 punisce «il lavoratore dipendente o il dirigente, appartenente alla stessa amministrazione pubblica dell'incolpato o ad una

¹¹³ Potrebbe essere questo il motivo per cui il CCNL Enac, stipulato il 30 novembre 2009 (dunque a d.lgs. n. 150 del 2009 già vigente), sulla base dell'ipotesi di accordo raggiunta il 10 settembre 2009 (quando ancora non erano state emanate le nuove norme), non ha tenuto conto delle nuove regole in materia disciplinare.

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».

La fattispecie generale corrispondente, prevista tuttora dai contratti collettivi, è quella consistente nella «testimonianza falsa o reticente in procedimenti disciplinari o rifiuto della stessa»¹¹⁴, più “ampia” e punita con meno rigore, fermo restando l'aggravamento della sanzione nei casi di recidiva¹¹⁵.

La norma di legge è più dettagliata. Essa si dimostra indifferente al fatto che i due lavoratori, quello incolpato e quello chiamato a collaborare, siano dipendenti della stessa amministrazione o meno¹¹⁶, mentre la “tradizionale” norma contrattuale tace sul punto. La disposizione legislativa parla inoltre di rifiuto della «collaborazione richiesta» e non di rifiuto della «testimonianza», ma deve ritenersi che la differenza sia solo terminologica, non potendosi configurare un obbligo di collaborazione che vada oltre quello di riferire notizie di cui si è a conoscenza. L'art. 55 *bis*, co. 7, ancora, specifica che le notizie devono essere conosciute «per motivi di ufficio o di servizio».

Vanno chiariti subito alcuni punti. L'infrazione di cui all'art. 55 *bis*, co. 7, scatta solo se al dipendente viene formalmente chiesto di fornire le informazioni. Non si configura invece un obbligo di rendere dichiarazioni spontanee di fatti di cui lo stesso abbia notizia ma, ove ciò avvenga, esse devono essere veritiere e complete¹¹⁷. Il dipendente, quindi, non è tenuto a dire quello che sa, ove non sollecitato; tuttavia, se decide autonomamente di rivelare informazioni rilevanti, deve dire tutto quello di cui è a conoscenza. La *ratio* della completezza e verità delle dichiarazioni è quella di non sviare il procedimento disciplinare.

¹¹⁴ V. ad esempio art. 53, co. 5, lett. f), CCNL del personale non dirigente dipendente da DigitPa del 12 aprile 2011, cit.

¹¹⁵ V. ad es. art. 53, co. 9, lett. a) e co. 10, lett. b), CCNL del personale non dirigente dipendente da DigitPa del 12 aprile 2011, cit.

¹¹⁶ Nel caso che l'amministrazione precedente ritenga di acquisire informazioni da un'altra amministrazione, ex art. 55 *bis*, co. 6, d.lgs. n. 165 del 2001, qualora il dipendente di quest'ultima non collabori, il procedimento disciplinare originario deve comunque concludersi entro i termini, e nei confronti del lavoratore inerte potrà eventualmente essere iniziato un altro procedimento disciplinare, condotto dall'amministrazione di cui è dipendente: cfr. KRANZ, *Procedimento disciplinare*, in MASTROGIUSEPPE, RUFFINI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico tra continuità e innovazione: valutazione, trasparenza, premialità e ordinamento nella riforma Brunetta*, Ipsoa, 2010, pag. 466; NITTI, *La riforma del pubblico impiego: nuovo procedimento disciplinare e nuovo sistema sanzionatorio*, in *Nuova Rass. Legisl. Dottr. Giur.*, 2010, n. 2, pag. 166, che ipotizza anche l'avvio del procedimento disciplinare a carico del lavoratore dell'amministrazione precedente nel caso in cui questi non informi l'amministrazione datrice di lavoro del dipendente che non ha collaborato.

¹¹⁷ L'art. 1, co. 51, della l. n. 190 del 2012, peraltro, ha inserito nel d.lgs. n. 165 del 2001 un nuovo art. 54 *bis*, che tutela il dipendente che segnala, oltre che all'autorità giudiziaria o alla Corte dei Conti, anche «al proprio superiore gerarchico condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro». Egli «non può essere sanzionato, licenziato o sottoposto ad una misura discriminatoria, diretta o indiretta, avente effetti sulle condizioni di lavoro per motivi collegati direttamente o indirettamente alla denuncia», salvo i casi di «responsabilità a titolo di calunnia, diffamazione ovvero per lo stesso titolo ai sensi dell'articolo 2043 del codice civile».

In secondo luogo, l'infrazione si riferisce espressamente ai procedimenti in corso. Dunque, a rigore, la norma non può essere utilizzata per ottenere informazioni prima che sia formalmente avviato l'*iter* procedimentale. A tal proposito, si ricorda che il momento in cui, per giurisprudenza consolidata, ha avvio il procedimento disciplinare è quello della contestazione¹¹⁸. Ne deriva che l'infrazione non si determina durante la fase che precede l'inizio del procedimento, e quindi, ad esempio, durante la fase delle indagini preliminari, legittime anche in materia di lavoro pubblico privatizzato¹¹⁹.

E' chiaro che in tal modo l'utilità della disposizione al fine dell'accertamento della responsabilità disciplinare dei dipendenti diviene alquanto modesta, a meno di interpretare il riferimento al «procedimento disciplinare in corso» in senso lato, ricomprendente anche la fase preliminare. Tuttavia, tale interpretazione estensiva non sembra possibile, in quanto andrebbe contro la lettera della legge e l'interpretazione consolidata della giurisprudenza; non sembra neanche opportuna, in quanto aprirebbe, più di quanto già avviene in tema di lavoro pubblico, ad istanze «eticheggianti», obbligando i lavoratori ad essere dei «delatori», mettendoli l'uno contro l'altro in nome della superiore esigenza repressiva dell'amministrazione pubblica¹²⁰.

Dunque, la norma si applica solo nel caso di procedimenti disciplinari già avviati, e solo con riferimento alle notizie conosciute per motivi di ufficio o di servizio. Non è sanzionabile *ex art. 55 bis*, co. 7, d.lgs. n. 165 la reticenza o la falsità circa notizie rilevanti conosciute in altro modo. Si è detto *supra* che proprio tale inciso sembra essere l'elemento distintivo rispetto alla norma contrattuale di contenuto simile, tuttora prevista dalla contrattazione collettiva¹²¹. Senonché, ad una più attenta analisi si può dubitare che la norma convenzionale consenta di reprimere falsità o reticenze circa notizie conosciute in qualsiasi modo dai lavoratori. Se infatti non arriva a tanto il legislatore della riforma, spinto da una forte tendenza repressiva in materia disciplinare, pare alquanto improbabile che vi giunga la contrattazione. Se così fosse, i margini di applicazione della norma contrattuale sarebbero molto limitati, per non dire nulli.

¹¹⁸ *Ex multis*, Cons. Stato, 30 giugno 2011, n. 3883. in *Foro Amm. Cds*, 2011, n. 6, pag. 2098; Cass. civ., sez. lav., 21 luglio 2008, n. 20074, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, n. 7-8, pag. 1188; Cons. Stato, 19 dicembre 2005, n. 7172, in *Foro Amm. Cds*, 2005, n. 12, pag. 3685; Cons. Stato, ad. plen., 14 gennaio 2004, n. 1, in *Foro Amm. Cds*, 2004, pag. 104.

¹¹⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. I, 7 luglio 2004, n. 7807, in *Stato Civ. It.*, 2005, pag. 715, con nota di MATARAZZO.

¹²⁰ Particolarmente critico nei confronti della disposizione è URSI, *Alcune considerazioni sul nuovo regime delle sanzioni disciplinari dopo il decreto Brunetta*, cit., pag. 764, che ritiene che «l'interesse tutelato non è quello di sanzionare una condotta connessa allo svolgimento della propria prestazione lavorativa ma l'obbligo di collaborare al perseguimento della repressione dell'inefficienza».

¹²¹ V., in questo capitolo, il § 3. Ritiene che la norma contrattuale sia da considerarsi superata KRANZ, *Procedimento disciplinare*, cit., pag. 486.

5.2- La falsa attestazione della presenza in servizio, le falsità in materia di assenza per malattia e le assenze ingiustificate

L'art. 55 *quater*, co. 1, lett. a), punisce il lavoratore in caso di «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». Non si tratta dell'unica disposizione in materia di assenza dal lavoro, per la quale dispone anche la successiva lett. b) del medesimo comma.

La norma è confluita nei contratti collettivi post-riforma del 2009¹²², che anche in questo caso prevedono altresì infrazioni “*minor*”, simili ma che non assumono la gravità richiesta dal precetto legislativo. Si allude, ad esempio, alla «inosservanza delle disposizioni di servizio, anche in tema di assenze per malattia, nonché dell'orario di lavoro, ove non ricorrano le fattispecie considerate nell'art. 55-*quater*, comma 1, lett. a) del D.Lgs n. 165 del 2001»¹²³.

La distinzione tra le due infrazioni, molto rilevante data la diversità sanzionatoria (licenziamento senza preavviso per la norma di legge, rimprovero verbale o multa fino a 4 ore della retribuzione nella seconda ipotesi), riguarda l'elemento fraudolento, che può riguardare sia la presenza in servizio sia la giustificazione dell'assenza.

Anche in questo caso, non si tratta di un'infrazione nuova, ma semplicemente punita in modo più pesante. A titolo di esempio, si veda l'art. 46, co. 4, lett. g), del CCNL Università del 16 ottobre 2008, che punisce con la sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da undici giorni fino ad un massimo di sei mesi «fatti e comportamenti tesi all'elusione dei sistemi di rilevamento elettronici della presenza e dell'orario o manomissione dei fogli di presenza o delle risultanze anche cartacee degli stessi», estendendo la sanzione anche a «chi avalli, aiuti o permetta tali atti o comportamenti».

La norma di legge non si riferisce invece alle assenze prive di giustificazione. In realtà, laddove venga accertata l'assenza, o perché viene scoperta la falsa attestazione della presenza, o perché la certificazione medica era falsa o attestava falsamente la malattia, l'assenza è comunque ingiustificata. Tuttavia, le assenze ingiustificate sono prese in esame dalla successiva lett. b) dell'art. 55 *quater*, co. 1, che punisce la «assenza priva di valida giustificazione per un numero di giorni, anche non continuativi, superiore a tre

¹²² V. ad es. art. 53, co. 10, n. 2, lett. a), CCNL del personale non dirigente dipendente da DigitPa del 12 aprile 2011, cit.

¹²³ Così l'art. 53, co. 4, lett. a), CCNL del personale non dirigente dipendente da DigitPa del 12 aprile 2011, cit. L'infrazione era prevista anche nei contratti stipulati *ante* riforma: v. ad es., art. 46, co. 2, lett. a), CCNL Università del 16 ottobre 2008.

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» sempre con la sanzione estintiva, ma con preavviso.

Il legislatore, in definitiva, ha quindi ritagliato dalla assenza ingiustificata *tout court* una fattispecie più grave, caratterizzata dall'intento fraudolento, e che giustifica, *in astratto*, il licenziamento anche a seguito di un unico giorno di “assenza ingiustificata”. Altro discorso è invece valutare la proporzionalità del licenziamento all'infrazione, che in alcuni casi, *in concreto*, può essere insussistente¹²⁴. L'art. 55 *quater*, co. 1, lett. a) non richiede una reiterazione del comportamento, né una durata particolare della falsa attestazione della presenza: ne consegue che, in ipotesi, anche un'unica ed isolata condotta, e addirittura un allontanamento per pochi minuti dalla sede di lavoro, configurerebbe la sussistenza dell'infrazione¹²⁵. La stessa condotta non è punita solo in via disciplinare. Infatti l'art. 55 *quinquies*, co. 1, prevede una sanzione penale, e il comma 2 prevede anche il risarcimento del danno patrimoniale e del danno all'immagine subiti dalla amministrazione.

Anche l'infrazione di cui all'art. 55 *quater*, co. 1, lett. b) era già prevista dai contratti collettivi pre-riforma, ma richiedeva un'assenza più lunga ed era punita con sanzioni inferiori¹²⁶. Proprio il minor numero di giorni di assenza ingiustificata in rapporto ad un periodo di tempo molto ampio (più di 3 nel biennio; più di 7 in dieci anni) può destare qualche perplessità in relazione alla proporzionalità dell'infrazione con la sanzione del licenziamento¹²⁷.

La previsione della sanzione estintiva al raggiungimento del numero massimo di giorni di assenza ha avuto come ovvia conseguenza che al di sotto della soglia prevista dalla legge vi sia spazio solo per un'altra sanzione, mentre in passato i contratti prevedevano una più ampia graduazione a seconda del numero di giorni¹²⁸. Così, prendendo ad esempio il già citato CCNL del personale DigitPa, al di sotto dei limiti

¹²⁴ Sull'applicazione del principio di proporzionalità con riguardo alle infrazioni e alle sanzioni tipizzate dal legislatore, v. il § 6 del presente capitolo.

¹²⁵ Cfr. KRANZ, *Procedimento disciplinare*, cit., pagg. 487-488; MANZOLI, *Il licenziamento del dirigente nell'impiego pubblico*, in C. RUSSO (a cura di), *Il licenziamento nel rapporto di lavoro pubblico e privato*, Giappichelli, 2011, pag. 515; MASSI, *Contrattazione collettiva e potere disciplinare dell'amministrazione*, cit., pag. 42.

¹²⁶ Si veda ancora l'art. 46, co. 3, lett. a), CCNL Università del 16 ottobre 2008, che punisce la «assenza ingiustificata dal servizio fino a 10 giorni o arbitrario abbandono dello stesso» con la sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino a 10 giorni. Nel caso di assenza tra 11 e 15 giorni, la sanzione prevista è la sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino a sei mesi (art. 46, co. 4, lett. b). Infine, per le assenze superiori a 15 giorni, si applicava la sanzione del licenziamento con preavviso nel caso di «mancata ripresa del servizio nel termine prefissato dall'Amministrazione» (art. 46, co. 5, lett. c).

¹²⁷ BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, cit., pag. 413; ROMEL, *Spunti sulla responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici*, cit., pag. 1633, in nota. Dubbi sono espressi anche da VALLEBONA, *La riforma del lavoro pubblico: il difficile risveglio da un incubo*, cit., pag. 134, che vi ravvisa una possibile incostituzionalità per irragionevolezza.

¹²⁸ V. *supra*, nota 126.

legali la sanzione è quella della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino a 10 giorni¹²⁹.

Appare perciò una forte sproporzione: un'assenza ingiustificata di 3 giorni può integrare una sanzione conservativa tutto sommato modesta, mentre anche un solo giorno in più legittimerebbe il datore di lavoro pubblico a recedere dal rapporto. Vero è che in caso di recidiva, è prevista la sospensione fino a sei mesi¹³⁰, ma la recidiva è calcolata nel biennio, e prende quindi in considerazione lo stesso periodo di tempo contemplato dalla norma di legge. L'applicazione della recidiva sarà possibile quindi solo se, nel complesso, le giornate di assenza non siano state più di tre.

5.3- Le infrazioni dei medici dipendenti da strutture sanitarie pubbliche

Abbandonando temporaneamente la sequenza delle infrazioni previste dalla legge, appare utile affrontare la materia delle infrazioni tipizzate a carico dei medici, in quanto connesse alle assenze ingiustificate e alle false attestazioni di malattia.

L'art. 55 *quinquies*, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001, prevede due fattispecie sanzionatorie.

La prima, invero, più che una condotta a sé, è un effetto della condanna penale del medico che abbia falsamente attestato uno stato di malattia. Come accennato, il comma 1 della disposizione prevede una sanzione penale per il lavoratore «che attesta falsamente la propria presenza in servizio, mediante l'alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente, ovvero giustifica l'assenza dal servizio mediante una certificazione medica falsa o falsamente attestante uno stato di malattia», estendendo la pena anche al medico e a chiunque altro concorra nel reato. La responsabilità del medico, tuttavia, si riferisce solo agli ultimi due casi. Si può pensare, oltre all'ipotesi paradigmatica di malattia inesistente, a quella di certificato medico con data falsa. Ebbene, se il medico, dipendente pubblico, viene condannato per il reato in questione, è previsto il licenziamento per giusta causa, oltre alla radiazione dall'albo.

La seconda infrazione, punita pure con la stessa sanzione espulsiva, consiste nel rilascio di «certificazioni che attestano dati clinici non direttamente constatati né oggettivamente documentati».

Si tratta, in entrambi i casi, di giuste cause legali di licenziamento, per le quali valgono però i rilievi circa la necessità del principio di proporzionalità, di cui si dirà oltre¹³¹.

¹²⁹ Art. 53, co. 5, lett. c), CCNL del personale non dirigente dipendente da DigitPa del 12 aprile 2011, cit.

¹³⁰ Art. 53, co. 9, lett. a), CCNL del personale non dirigente dipendente da DigitPa del 12 aprile 2011, cit.

¹³¹ V. in questo capitolo, § 6.

In questa sede è appena il caso di rilevare che, in relazione alla prima ipotesi sanzionatoria, l'applicazione della sanzione disciplinare non sarà comunque automatica, ma dovrà essere necessariamente preceduta da un apposito procedimento disciplinare, in armonia con la nota giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di divieto di meccanismi sanzionatori automatici¹³².

La norma infine non pare configurare l'obbligo per il medico di effettuare una valutazione circa l'incompatibilità della malattia con le mansioni del lavoratore. In linea teorica una tale operazione dovrebbe essere sottintesa, ma potrebbe essere ostacolata dalla difficoltà di indagine sulla specifica attività lavorativa del dipendente e in generale sul contesto lavorativo in cui è eseguita la prestazione. Ad ogni modo, la legge non impone che la valutazione emerga sul piano documentale nella certificazione¹³³. E' sanzionata la falsa attestazione della malattia: dunque deve ritenersi che il medico risponda solo se la malattia sia inesistente, e non se essa esista ma non sia tale da incidere sulla possibilità di svolgere la prestazione.

Un'ulteriore infrazione disciplinare a carico dei medici, tipizzata dal legislatore, è contenuta nell'art. 55 *septies*, co. 4, che sanziona l'inosservanza degli obblighi di trasmissione telematica della certificazione di malattia.

Il legislatore tipizza anche la relativa sanzione del licenziamento solo nel caso di condotta reiterata. Dunque, la singola condotta costituisce infrazione disciplinare, ma la determinazione della sanzione è lasciata alla contrattazione collettiva. La reiterazione, parrebbe anche per una sola volta, della medesima condotta, dà luogo alla sanzione estintiva¹³⁴. La legge non specifica se il licenziamento debba essere con preavviso o senza preavviso. La scelta sembra rimessa anche in questo caso alla contrattazione collettiva. E infatti, il CCNL della dirigenza medico-veterinaria del 6 maggio 2010, integrativo di quello del 17 ottobre 2008, prevede, all'art. 8, co. 8, lett. j) la sanzione della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da un minimo di tre giorni ad un massimo di sei mesi per «l'inosservanza degli obblighi [...] in merito alla certificazione medica concernente assenze di lavoratori per malattia». Tale sanzione si riferisce proprio alla prima e unica infrazione. Invece, nel caso di reiterazione, la norma contrattuale di riferimento è quella di cui all'art. 8, co. 11, n. 1, lett. a), che prevede il licenziamento con preavviso per «le ipotesi considerate dall'art. [...] 55 *septies*, comma 4». La norma contrattuale pare non distinguere tra prima infrazione e reiterazione. Ma è da ritenere che

¹³² Corte Cost., 14 ottobre 1988, n. 971, in *Dir. Lav.*, 1988, II, pag. 494. In questo senso anche DI PAOLA, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e nel pubblico impiego privatizzato*, cit., pag. 399.

¹³³ Su tali argomenti cfr. CASALE, *La certificazione e il controllo della malattia*, in F. CARINCI, MAINARDI (a cura di), *La Terza Riforma del Lavoro Pubblico*, cit., pagg. 539-541.

¹³⁴ SPINELLI, *I limiti sostanziali all'esercizio del potere disciplinare nel lavoro pubblico. Il licenziamento disciplinare*, cit., pag. 486, parla, a tal proposito, di un'ipotesi legale di recidiva.

essa sia mal formulata, e riguardi solo il caso di reiterazione, mentre nella prima ipotesi trova applicazione, come detto, la lettera j) del comma 8.

Può suscitare perplessità la previsione, imposta dalla legge, del licenziamento connesso alla semplice reiterazione dell'infrazione anche per una sola volta, e, stando alla lettera della legge, anche a distanza di anni dalla prima, anche in quanto si tratta di un'infrazione meramente procedurale¹³⁵. L'asprezza della sanzione prevista, allora, impone quanto meno un accertamento circa la condotta dolosa del medico¹³⁶.

5.4- Il rifiuto ingiustificato di trasferimento

La lett. c) dell'art. 55 *quater*, co. 1, d.lgs. n. 165 del 2001, sanziona con il licenziamento con preavviso l'«ingiustificato rifiuto del trasferimento disposto dall'amministrazione per motivate esigenze di servizio».

Anche tale norma non costituisce una novità, essendo già prevista dalla contrattazione collettiva e punita con la medesima sanzione. Ad esempio, l'art. 13, co. 5, lett. c), CCNL Ministeri del 12 giugno 2003, contempla l'«ingiustificato rifiuto del trasferimento disposto dall'amministrazione per riconosciute e motivate esigenze di servizio nel rispetto delle vigenti procedure in relazione alla tipologia di mobilità attivata».

I contratti collettivi stipulati dopo la riforma del 2009, come ovvio, data l'imperatività della norma legislativa, recepiscono all'interno del codice disciplinare l'infrazione in questione. Così ha fatto ad esempio il già citato CCNL DigitPa del 12 aprile 2011, all'art. 53, co. 10, n. 1, lett. a), peraltro semplicemente rinviando alla norma di legge.

La contrattazione però prevede anche in questo caso un'infrazione “*minor*”, punita in modo più lieve, che deve essere considerata legittima nel silenzio della legge, frutto di quella competenza residuale che permane in capo all'autonomia collettiva in materia disciplinare *ex art.* 55, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001. Si tratta dunque di un'altra ipotesi di intervento del contratto collettivo, teso a ritagliare nell'ambito dell'infrazione tipizzata dal legislatore una condotta meno grave, che non integra gli estremi della prima.

I contratti dunque puniscono tuttora, con la sanzione della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino a 10 giorni, l'«ingiustificato ritardo, non superiore a 10 giorni, a trasferirsi nella sede assegnata dai superiori»¹³⁷. Anche questa infrazione era peraltro già prevista in passato¹³⁸.

¹³⁵ BRIGUORI, *Invio dei certificati on line entro il 31 gennaio*, in *Guida Pubbl. Imp.*, 2010, n. 10, pag. 17.

¹³⁶ CASALE, *La certificazione e il controllo della malattia*, cit., pag. 527.

¹³⁷ V. art. 53, co. 5, lett. d), CCNL del personale non dirigente dipendente da DigitPa del 12 aprile 2011, cit.

¹³⁸ V. art. 13, co. 3, lett. c), CCNL Ministeri del 12 giugno 2003.

Occorre dunque rintracciare il *discrimen* tra le due infrazioni, punite una con la sanzione estintiva e l'altra con una conservativa. Esse riguardano, rispettivamente, il «rifiuto» e il «ritardo non superiore a 10 giorni». La contrattazione non prevede altre sanzioni nel caso di ritardo superiore ai dieci giorni. Ne consegue che, in tale evenienza, il ritardo si trasforma in rifiuto, con applicazione della sanzione del licenziamento con preavviso. Pare poi doversi ritenere che, se il dipendente non rifiuta formalmente il trasferimento, ma poi non vi adempie immediatamente, ma comunque entro 10 giorni, a lui debba essere contestata l'infrazione minore. In sostanza, la non immediata obbedienza all'ordine di trasferimento, purché non eccedente il limite temporale previsto dalla contrattazione, non dovrebbe assurgere a rifiuto implicito di trasferimento.

La domanda che ci si può porre è se in tal modo la contrattazione non eluda parzialmente la norma imperativa di cui all'art. 55 *quater*, co. 1, lett. c), d.lgs. n. 165 del 2001. Sembra di no, data la differenza di significato tra rifiuto e ritardo. Il primo infatti allude ad una manifestazione di volontà definitiva, il secondo termine implica una situazione temporanea, che si presume definitiva e integrante il concetto di rifiuto solo nel caso in cui il ritardo si prolunghi oltre i dieci giorni. Quello che appare controverso è se la contrattazione abbia la competenza di condizionare l'applicazione della norma di legge al decorso di un numero minimo di giorni. Se non si vuole limitare ulteriormente lo spazio di intervento della contrattazione, si deve ritenere che essa sia abilitata a tale operazione, se non altro perché il rifiuto, come detto, è un concetto diverso da quello di ritardo.

Tuttavia, l'amministrazione potrebbe chiedere conto dell'indugio nel trasferimento, in ipotesi diffidando il dipendente a trasferirsi immediatamente, chiedendo espressamente di accettare o rifiutare. In tal caso, anche entro i dieci giorni, potrebbe sostenersi che il persistere nel ritardo possa integrare rifiuto implicito, e quindi legittimare in astratto il licenziamento.

5.5- *Le falsità commesse per l'assunzione o per le progressioni*

La lett. d) dell'art. 55 *quater*, co. 1, d.lgs. n. 165 del 2001, sanziona con il licenziamento senza preavviso le «falsità documentali o dichiarative commesse ai fini o in occasione dell'instaurazione del rapporto di lavoro ovvero di progressioni di carriera».

I contratti collettivi pre-riforma contemplavano l'ipotesi dell'«accertamento che l'impiego fu conseguito mediante la produzione di documenti falsi e, comunque, con mezzi fraudolenti ovvero che la sottoscrizione del contratto individuale di lavoro sia avvenuta a seguito di presentazione di documenti falsi», punendola con la medesima

sanzione¹³⁹. Anche questa infrazione disciplinare non costituisce dunque una assoluta novità. Tuttavia, vi è una differenza essenziale. Il legislatore del 2009 accomuna le ipotesi di falsità ai fini dell'instaurazione del rapporto a quelle finalizzate alle progressioni di carriera. In realtà, sebbene queste ultime non fossero espressamente previste dalla contrattazione collettiva, è da ritenere che anche in passato esse fossero sanzionabili, per via delle formule di chiusura presenti nei contratti collettivi¹⁴⁰.

L'infrazione disciplinare, limitatamente alla parte relativa alle falsità teleologicamente orientate all'assunzione, invero attiene ad una condotta tenuta in un tempo in cui il soggetto che le ha commesse non è dipendente pubblico. Da questo punto di vista, appare problematico calare la fattispecie all'interno della responsabilità disciplinare, dato che questa presuppone una condotta tenuta in costanza di rapporto, per violazione degli obblighi contrattuali¹⁴¹. E' chiaro tuttavia che l'accertamento della falsità, avvenuto successivamente all'assunzione, è fatto idoneo ad incidere sulla prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto già instaurato, e può configurare quindi giusta causa di licenziamento. Per questo motivo la legge, così come già prima la contrattazione collettiva, prevede il recesso senza preavviso. Si tratta di una situazione speculare all'ipotesi in cui venga accertata la falsità documentale durante la procedura concorsuale di assunzione, come tale idonea a determinare l'esclusione dal concorso¹⁴².

A prima vista, parrebbe che la norma di legge non richieda che la falsità abbia costituito fattore determinante per l'instaurazione del rapporto. Ai fini della configurabilità dell'infrazione sembrerebbe sufficiente l'accertamento del falso. Se così fosse, vi sarebbe un'ulteriore differenza tra la disposizione legale e quelle dei contratti collettivi stipulati prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2009. Questi ultimi sembrano infatti collegare l'infrazione allo scopo precipuo dell'instaurazione del rapporto. Tale impressione è suggerita dalle parole utilizzate dalle norme contrattuali (impiego conseguito *mediante* la produzione di documenti falsi; sottoscrizione del contratto ... *a seguito* di presentazione di documenti falsi). La norma di legge, invece, prevede la

¹³⁹ V. ad es. l'art. 13, co. 6, lett. c), CCNL Ministeri del 12 giugno 2003; l'art. 46, co. 6, lett. c), CCNL Università del 16 ottobre 2008 e l'art. 13, co. 8, lett. c), CCNL Sanità del 19 aprile 2004.

¹⁴⁰ V. ad es. l'art. 13, co. 9, CCNL Sanità del 19 aprile 2004, secondo cui «le mancanze non espressamente richiamate nei commi da 6 a 8 sono comunque sanzionate secondo i criteri previsti nei commi da 1 a 3, facendosi riferimento ai principi da essi desumibili quanto all'individuazione dei fatti sanzionabili, agli obblighi dei lavoratori di cui all'art. 28 del CCNL 1 settembre 1995 come modificato dal presente CCNL, nonché al tipo e alla misura delle sanzioni».

¹⁴¹ Si veda Cass. civ., sez. lav., 9 agosto 2004, n. 15373, in *Giust. Civ.*, 2004, pag. 2931, che, pur relativamente ad una condotta tenuta in un precedente rapporto di lavoro nel settore privato, ritiene che essa possa rilevare «non come addebito di natura disciplinare, ma quale giusta causa di licenziamento», con una accezione di giusta causa fatta propria, di recente e con riguardo anche all'art. 55 *quater*, co. 1, lett. d), da Cass. civ., sez. lav., 17 maggio 2012, n. 7751, in *Giust. Civ. Mass.*, 2012, n. 5, pag. 626.

¹⁴² Su tale aspetto, v. da ultimo Tar Sardegna-Cagliari, 25 novembre 2011, n. 1138, in *Foro Amm. Tar.*, 2011, n. 11, pag. 3747, che pronunciandosi appunto in tema di dichiarazioni false in una procedura concorsuale, ritiene che la norma di cui all'art. 55 *quater*, co. 1, lett. d) «rappresenta, logicamente, un impedimento insuperabile anche all'instaurazione del rapporto». Così, l'esclusione dal concorso è legittima anche «a prescindere dall'incidenza della dichiarazione mendace nella valutazione dei titoli».

sanzionabilità per le falsità commesse ai fini dell'instaurazione del rapporto, ma anche *in occasione* dello stesso. Dunque, pare che qualsiasi falso, anche se non finalizzato all'assunzione e non determinante per essa, commesso nella fase pre-assuntiva e accertato dopo la costituzione del rapporto di lavoro, sia suscettibile della sanzione espulsiva. Per questa via, anche la mancata indicazione del possesso di un titolo (ad es. quello di dottore di ricerca), che non pregiudica la validità della domanda di assunzione e che di per sé svantaggia il soggetto privandolo del previsto punteggio, potrebbe legittimare successivamente il licenziamento senza preavviso. La conclusione appare assurda, a meno di non concepire gli obblighi informativi del soggetto aspirante all'assunzione come obblighi di dichiarare anche quanto non sia strettamente necessario per ambire al posto di lavoro¹⁴³. Ovviamente, ciò non vale per il caso opposto, in cui il soggetto dichiara il possesso di un titolo che non possiede¹⁴⁴.

5.6- *Le condotte aggressive, moleste, minacciose o ingiuriose*

La lett. e) dell'art. 55 *quater*, co. 1, prende in considerazione la «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», prevedendo per essa la sanzione del licenziamento senza preavviso.

La norma si applica non al primo caso di condotta, ma alla sua reiterazione. Occorrono cioè almeno due condotte gravi ripetute nel tempo, anche a parecchia distanza l'una dall'altra¹⁴⁵. La disposizione non pare richiedere che le condotte siano dello stesso tipo, potendo consistere, ad esempio, la prima in una minaccia e la seconda in un'ingiuria, purché gravi. Non è neanche necessario che chi subisce la condotta sia un altro dipendente, potendo essere anche un terzo, ad esempio un utente: in tal senso depone l'utilizzo del termine «altrui».

La contrattazione resta libera di prevedere come infrazione il primo episodio e di ricollegare al suo verificarsi la rispettiva sanzione. E infatti, analizzando i primi contratti collettivi stipulati dopo la riforma del 2009, si vede come la fonte contrattuale

¹⁴³ Si veda in questo senso Cass. civ., sez. lav., 17 maggio 2012, n. 7751, cit., secondo cui «la falsità [...] concerne elementi costitutivi del rapporto o qualità essenziali del lavoratore, e non anche circostanze non essenziali, che la parte non è tenuta a dichiarare in sede di trattative»

¹⁴⁴ Tuttavia, secondo Tar Sardegna, 9 luglio 2009, n. 1254, in *Guida Pubbl. Imp.*, 2009, n. 10, pag. 65, l'indicazione di un titolo non posseduto, in mancanza di regole dettate dal bando, non comporta la decadenza dalla graduatoria del vincitore, ma solo la decadenza dal punteggio attribuito dal titolo non posseduto.

¹⁴⁵ La norma infatti non indica dei limiti temporali. Tale mancanza è stata ritenuta foriera di indeterminazione della fattispecie da Di STASI, *Prime note sulla responsabilità e le sanzioni disciplinari nel rapporto di lavoro pubblico a seguito del c.d. «Decreto Brunetta»*, in *Amministrativamente*, 2009, n. 11, pag. 13.

predisponga un lungo catalogo di infrazioni e sanzioni diverse, che comporta anche qualche problema di coordinamento con la fattispecie prevista dalla legge.

Prendiamo a modello ancora una volta il CCNL del personale non dirigente di DigitPa del 12 aprile 2011. In esso si ritrovano molteplici infrazioni ascrivibili a quella di cui all'art. 55 *quater*, co. 1, lett. e). Procedendo dalla meno grave alla più grave, si rinvengono le seguenti condotte: «condotta non conforme a principi di correttezza verso superiori o altri dipendenti o nei confronti degli utenti o terzi pubblico» (art. 53, co. 4, lett. b), punita col rimprovero verbale o scritto o con la multa fino ad un massimo di quattro ore di retribuzione; «comportamenti minacciosi, gravemente ingiuriosi calunniosi o diffamatori nei confronti di altri dipendenti o degli utenti o di terzi», «alterchi negli ambienti di lavoro, anche con utenti o con terzi», «manifestazioni ingiuriose nei confronti dell'Ente, salvo che siano espressione della libertà di pensiero, ai sensi dell' art. 1 della L. n. 300/1970», «atti, comportamenti o molestie, anche di carattere sessuale, lesivi della dignità della persona», «ove non ricorrano le fattispecie considerate nell'art. 55-*quater*, comma 1, lett. e) del D. Lgs. n. 165/2001 sistematici e reiterati atti o comportamenti aggressivi ostili e denigratori che assumano forme di violenza morale o di persecuzione psicologica nei confronti di un altro dipendente» (art. 53, co. 5, lett. g, h, i, j, k), punite con la sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino ad un massimo di 10 giorni; «esercizio, attraverso sistematici e reiterati atti e comportamenti aggressivi ostili e denigratori, di forme di violenza morale o di persecuzione psicologica nei confronti di un altro dipendente al fine di procurargli un danno in ambito lavorativo o addirittura di escluderlo dal contesto lavorativo», «atti, comportamenti o molestie, anche di carattere sessuale, di particolare gravità che siano lesivi della dignità della persona», «alterchi con ricorso a vie di fatto negli ambienti di lavoro, nei riguardi di altri dipendenti, di utenti o di terzi» (art. 53, co. 9, lett. c, d, e), punite con la sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino ad un massimo di 6 mesi; infine, in conformità al dettato del d.lgs. n. 165 del 2001, come modificato dal d.lgs. n. 150 del 2009, si prevede il licenziamento senza preavviso nell'ipotesi di cui all'art. 55 *quater*, co. 1, lett. e (art. 53, co. 10, n. 2, lett. a).

Ma il catalogo non finisce qui. A rendere infatti più ingarbugliato il quadro intervengono le norme contrattuali in cui rileva la particolare gravità del fatto e quelle dettate in materia di recidiva. Così sempre il citato CCNL DigitPa prevede la sanzione della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino a 10 giorni nel caso di «particolare gravità delle mancanze previste dal comma 4» (art. 53, co. 5, lett. b): per quanto qui rileva, si tratta della condotta non conforme a correttezza verso superiori, altri dipendenti, utenti o pubblico. Ancora, è prevista la sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino a sei mesi nel caso di «recidiva nel biennio delle

mancanze previste nei commi 5, 6, 7 e 8 quando sia stata comminata la sanzione massima oppure quando le mancanze previste dai medesimi commi presentino caratteri di particolare gravità» (art. 53, co. 9, lett. a); si applica la sanzione del licenziamento con preavviso nel caso di «recidiva plurima, in una delle mancanze previste ai commi 5 e 6, 7, 8 e 9 anche se di diversa natura, o recidiva, nel biennio, in una mancanza che abbia già comportato l'applicazione della sanzione massima di 6 mesi di sospensione dal servizio e dalla retribuzione», di «recidiva nel biennio, anche nei confronti di persona diversa, di sistematici e reiterati atti e comportamenti aggressivi ostili e denigratori e di forme di violenza morale o di persecuzione psicologica nei confronti di un collega al fine di procurargli un danno in ambito lavorativo o addirittura di escluderlo dal contesto lavorativo», di «recidiva nel biennio di atti, comportamenti o molestie, anche di carattere sessuale, che siano lesivi della dignità della persona» (art. 53, co. 10, n. 1, lett. b, d, e). Infine, si applica la sanzione del licenziamento senza preavviso nel caso di «terza recidiva nel biennio di minacce, ingiurie gravi, calunnie o diffamazioni verso il pubblico o altri dipendenti, alterchi con vie di fatto negli ambienti di lavoro, anche con utenti» (art. 53, co. 10, n. 2, lett. b).

Il quadro che emerge è molto complesso. Se alcune disposizioni contrattuali si pongono nell'ottica di sanzionare infrazioni che non raggiungono l'intensità e la gravità richiesta dalla norma di legge, altre determinano senz'altro problemi di coordinamento, e in definitiva di validità delle stesse clausole, rispetto alla norma imperativa di cui all'art. 55 *quater*, co. 1, lett. e).

Se la legge prevede che la reiterazione comporti l'applicazione del licenziamento senza preavviso, non si vede come possa essere compatibile con essa la previsione negoziale che dispone sanzioni diverse dal licenziamento nei casi di recidiva nel biennio. E ancora, se la legge parla di «gravi condotte aggressive o moleste o minacciose o ingiuriose o comunque lesive dell'onore e della dignità personale altrui», problemi di compatibilità con la disposizione legislativa sorgono dalla previsione della sospensione fino a 10 giorni nel caso di «particolare gravità delle mancanze previste al comma 4», nel caso di «comportamenti [...] gravemente ingiuriosi, calunniosi o diffamatori nei confronti di altri dipendenti o degli utenti o di terzi».

La legge, come detto, parla di «reiterazione di gravi condotte». Dunque, sono legittime le previsioni contrattuali che prevedono sanzioni diverse nel caso di condotte isolate, o di condotte, anche se reiterate, non gravi. Entro questi limiti, sono valide le norme sulla recidiva. Prevedere la sanzionabilità a titolo di recidiva di condotte gravi, o prevedere che condotte gravi e reiterate siano punite con sanzione diversa, costituisce una violazione della norma imperativa di legge.

Un discorso a parte va fatto poi per le norme contrattuali (art. 53, co. 5, lett. k, art. 53, co. 9, lett. e, CCNL DigitPa) ascrivibili al fenomeno del c.d. *mobbing*. Esso, per opinione consolidata, è integrato proprio da comportamenti sistematici e reiterati, ma che devono essere sorretti da una intenzionalità persecutoria o discriminatoria¹⁴⁶. E' chiaro che la legittimità delle clausole contrattuali è limitata all'ipotesi di reiterazione di comportamenti che non raggiungono la soglia di gravità richiesta dalla norma di legge. La reiterazione di un comportamento grave costituisce invece già, *ex art. 55 quater*, co. 1, lett. e), infrazione suscettibile di licenziamento senza preavviso.

5.7- L'effetto della condanna penale definitiva

La lettera f) dell'art. 55 *quater*, co. 1, sanziona con il licenziamento senza preavviso il dipendente in caso di «condanna penale definitiva, in relazione alla quale è prevista l'interdizione perpetua dai pubblici uffici ovvero l'estinzione, comunque denominata, del rapporto di lavoro».

In questo caso la legge non tipizza una specifica infrazione¹⁴⁷, ma individua la sanzione disciplinare estintiva come effetto della condanna definitiva per reati per i quali la legge prevede le citate sanzioni accessorie¹⁴⁸.

Anche per tale disposizione non si avverte alcun cambiamento sostanziale. I contratti collettivi hanno sempre contemplato tale ipotesi come suscettibile di licenziamento senza preavviso, e così fanno anche quelli successivi all'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2009. Anzi, i contratti collettivi, a ben vedere, erano ancora più rigidi dell'attuale disciplina legale, prevedendo il licenziamento senza preavviso anche per reati per i quali non è prevista l'estinzione del rapporto di lavoro¹⁴⁹.

¹⁴⁶ In giurisprudenza, *ex multis*, Cons. Stato, 14 febbraio 2012, n. 815, in *Red. Amm. Cds*, 2012, n. 2; Cons. Stato, 10 gennaio 2012, n. 14, in *Dir. & Giust.*, 2012; Cass. civ., sez. lav., 27 dicembre 2011, n. 28962, in *Banca dati De Jure*; Tar Lazio-Roma, sez. I, 1 aprile 2011, n. 2907, in *Foro Amm. Tar*, 2011, n. 4, pag. 1232; Cass. civ., sez. lav., 9 settembre 2008, n. 22858, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, n. 9, pag. 1331. Si tratta di una definizione, tratta dalla sociologia, che ha trovato riconoscimento anche nella giurisprudenza della Corte Costituzionale: v. Corte Cost., 19 dicembre 2003, n. 359, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2003, pag. 1197, con nota di LOFFREDO. In dottrina, da ultimo, GIUBBONI, BORELLI, *Discriminazioni, molestie, mobbing*, in PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. IV, *Contratto di lavoro e organizzazione*, t. II, *Diritti e obblighi*, a cura di MARAZZA, Cedam, 2012, pag. 1885 e segg.

¹⁴⁷ RAVELLI, *Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici*, cit., pag. 1361, in nota, ritiene che «la condanna definitiva costituisca un'autonoma ipotesi di infrazione idonea a fungere da presupposto per l'instaurazione del procedimento disciplinare».

¹⁴⁸ L'interdizione dai pubblici uffici, che può essere perpetua o temporanea, è prevista dall'art. 28 cod. pen. In linea generale, l'art. 29, co. 1, primo periodo, cod. pen., dispone che quella perpetua consegua alla condanna all'ergastolo o alla reclusione per almeno cinque anni. L'estinzione del rapporto di lavoro o di impiego, invece, ai sensi dell'art. 32 *quinquies*, cod. pen., consegue alla condanna alla reclusione per almeno tre anni in relazione ai delitti di peculato, concussione e corruzione.

¹⁴⁹ V. ad es. l'art. 3, co. 8, lett. c), n. 1, CCNL regioni ed enti locali dell'11 aprile 2008 che, richiamando parzialmente gli artt. 58 e 59 del d.lgs. n. 267 del 2000, ricollega la sanzione del licenziamento anche ai delitti di peculato mediante profitto dell'errore altrui e di malversazione a danno dello stato nel caso di sentenza

Peraltro, è chiaro che la soluzione era già imposta dalle stesse norme di legge che espressamente ricollegano le pene accessorie in questione, se applicate, mentre, nel caso in cui le stesse non siano state applicate in sede penale, la formulazione della norma pare rendere comunque possibile il licenziamento¹⁵⁰. Semmai, in questa sede preme sottolineare che, essendo previsto in simili ipotesi il licenziamento disciplinare, si conferma che l'applicazione della sanzione non è automatica, ma deve comunque essere disposta dopo l'esperimento del procedimento disciplinare¹⁵¹.

A fronte della disposizione di cui alla lett. f) dell'art. 55 *quater*, co. 1, d.lgs. n. 165 del 2001, i contratti collettivi successivi alla riforma del 2009 hanno recepito la norma legislativa, mantenendo tuttavia altre norme non imposte dal d.lgs. n. 150 del 2009. Così, il licenziamento con preavviso si applica nel caso di «condanna passata in giudicato, per un delitto che, commesso fuori dal servizio e non attinente in via diretta al rapporto di lavoro, non ne consenta la prosecuzione per la sua specifica gravità»¹⁵², mentre quello senza preavviso si applica, oltre che per il caso previsto dalla norma del Testo Unico sul Pubblico Impiego, anche in altre ipotesi¹⁵³.

Emerge dunque, dalla lettura delle disposizioni contrattuali, imposte e non imposte dal d.lgs. n. 150 del 2009, un maggiore rigore nel caso di intrecci tra commissione di reati e conseguenze disciplinari. Emblematico è il fatto che non è più richiesto in molti casi il passaggio in giudicato della sentenza di condanna¹⁵⁴.

passata in giudicato, nonché nel caso di condanna ad una pena non inferiore a due anni di reclusione per un delitto non colposo o per il delitto di associazione mafiosa. Il CCNL DigitPa del 12 aprile 2011 contiene una disposizione di analogo contenuto, ma prevedendo l'applicazione della sanzione disciplinare anche in caso di sentenza non ancora passata in giudicato (art. 53, co. 10, lett. f).

¹⁵⁰ DEODATO, FRETTONI, *La riforma Brunetta: le nuove regole del lavoro pubblico*, cit., pag. 81.

¹⁵¹ V. la fondamentale Corte Cost., 14 ottobre 1988, n. 971, cit.

¹⁵² Art. 53, co. 10, n. 1, lett. f), CCNL DigitPa del 12 aprile 2011.

¹⁵³ E precisamente nel caso di «commissione di gravi fatti illeciti di rilevanza penale, ivi compresi quelli che possono dare luogo alla sospensione cautelare», nel rispetto delle regole in materia di rapporto tra procedimento disciplinare e procedimento penale (art. 53, co. 10, n. 2, lett. c, CCNL DigitPa), «condanna passata in giudicato per un delitto commesso in servizio o fuori servizio che, pur non attenendo in via diretta al rapporto di lavoro, non ne consenta neanche provvisoriamente la prosecuzione per la sua specifica gravità» (art. 53, co. 10, n. 2, lett. d, CCNL DigitPa) e di «condanna, anche non passata in giudicato», per i delitti di associazione mafiosa, quelli connessi alla produzione e al traffico di sostanze stupefacenti o in materia di armi, peculato mediante profitto dell'errore altrui, nel caso di condanna alla pena della reclusione complessivamente superiore a sei mesi per uno o più delitti commessi con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti ad una pubblica funzione o a un pubblico servizio, nel caso di condanna ad una pena non inferiore a due anni di reclusione per delitto non colposo, quando alla condanna consegua comunque l'interdizione perpetua dai pubblici uffici, per i delitti previsti dall'art. 3, co. 1, l. n. 97 del 2001 e per gravi delitti commessi in servizio (art. 53, co. 10, n. 2, lett. f, CCNL DigitPa, che richiama in parte gli artt. 58 e 59 del d.lgs. n. 267 del 2000).

¹⁵⁴ Cfr. l'art. 53, co. 10, n. 2, lett. f), CCNL DigitPa, che, appunto, non richiede il passaggio in giudicato, a differenza dell'art. 3, co. 8, lett. c) e d), CCNL Regioni ed enti locali dell'11 aprile 2008, e dell'art. 13, co. 6, lett. e), CCNL Ministeri del 12 giugno 2003.

5.8- *L'insufficiente rendimento e l'inefficienza o incompetenza professionale del lavoratore causativa di grave danno al funzionamento dell'ufficio di appartenenza*

Le condotte tipizzate rispettivamente agli art. 55 *quater*, co. 2, e 55 *sexies*, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001 vanno esaminate insieme, sia perché sono strettamente collegate alle norme in tema di valutazione dei lavoratori pubblici¹⁵⁵, sia per cercare di individuare la differenza tra le due infrazioni disciplinari, in particolare tra l' "insufficiente rendimento" e l' "inefficienza".

L'art. 55 *quater*, co. 2, prevede la sanzione del licenziamento con preavviso «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».

Si tratta di una norma diretta espressione della *ratio* della riforma del 2009, volta a combattere lo scarso rendimento dei dipendenti.

Senonché, come si è già avuto modo di sottolineare, neanche questa disposizione ha in sé niente di rivoluzionario. La fattispecie in questione era infatti già prevista e sanzionata dalla contrattazione collettiva, anche se ad essa erano ricollegate sanzioni diverse a seconda dell'intensità del rendimento. L'art. 13, co. 2, lett. f), CCNL Ministeri del 13 giugno 2003 puniva con la sanzione del rimprovero verbale o scritto o con la multa fino a 4 ore di retribuzione l'«insufficiente rendimento»; il successivo comma 4, lett. d), della medesima disposizione contrattuale puniva con la sospensione dal servizio e dalla retribuzione da 11 giorni fino a sei mesi l'«insufficiente persistente scarso rendimento dovuto a comportamento negligente»; infine, il comma 5, lett. e) sanzionava con il licenziamento con preavviso la «continuità, nel biennio, dei comportamenti attestanti il perdurare di una situazione di insufficiente scarso rendimento dovuta a comportamento

¹⁵⁵ Cfr. URSI, *Alcune considerazioni sul nuovo regime delle sanzioni disciplinari dopo il decreto Brunetta*, cit., pag. 766; KRANZ, *Le distorsioni dell'interdipendenza tra nuovo sistema disciplinare e sistema di valutazione della performance dopo il decreto Brunetta*, in *Azienditalia. Il personale*, 2010, n. 8-9, pag. 420 e segg., che evidenzia, in modo critico, l'uso del sistema di valutazione come «vocabolario» per l'applicazione delle sanzioni disciplinari; LUCIANI, *Il licenziamento del dipendente pubblico tra ambiguità normative e inerzie applicative*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2012, n. 10, pag. 764. Di recente, per alcuni riferimenti alla valutazione della performance nel lavoro pubblico, all'interno però di uno studio incentrato sul rendimento del lavoratore privato, v. PANTANO, *Il rendimento e la valutazione del lavoratore subordinato nell'impresa*, cit., pag. 11 e segg.

negligente ovvero per qualsiasi fatto grave che dimostri la piena incapacità ad adempiere adeguatamente agli obblighi di servizio».

Proprio quest'ultima disposizione rivela che l'insufficiente rendimento, di cui alla prima parte della norma contrattuale, e l'incompetenza professionale di cui alla seconda parte, che oggi sono individuate dalla legge come infrazioni distinte e con sanzioni diverse, erano invece assimilate dalla contrattazione collettiva.

Analizzando i contratti stipulati dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2009, si nota una minore graduazione sanzionatoria. Mentre infatti il citato CCNL Ministeri individuava tre “gradi” dell'infrazione¹⁵⁶, il CCNL DigitPa ne individua solo due: oltre a quanto adesso imposto dalla legge, si prevede la sanzione del rimprovero verbale o scritto o la multa fino a quattro ore di retribuzione nel caso di «insufficiente rendimento, rispetto ai carichi di lavoro e, comunque, nell'assolvimento dei compiti assegnati, ove non ricorrano le fattispecie considerate nell'art. 55-*quater*, comma 2, del D.Lgs. n. 165 del 2001» (art. 53, co. 4, lett. f)¹⁵⁷.

Dunque, stando alla contrattazione collettiva, adesso il persistente insufficiente rendimento, che non riguardi il biennio, ma sia relativo ad un periodo di tempo più ridotto, potrebbe comportare al massimo la multa. Certo, le tipizzazioni della contrattazione collettiva non escludono che il giudice possa ritenere integranti giusta causa o giustificato motivo di licenziamento condotte non previste da essa come tali¹⁵⁸. Ma scompare la possibilità di applicare una sanzione mediana tra multa e licenziamento prima prevista dai contratti collettivi, e del resto la sanzione estintiva potrà trovare applicazione solo se ricorrono tutti gli estremi della fattispecie descritta nell'art. 55 *quater*, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001.

Da qui i condivisibili rilievi critici mossi all'intervento legislativo in dottrina, secondo cui il legislatore avrebbe reso più complesso il licenziamento per insufficiente rendimento, con un evidente paradosso rispetto alla *ratio* della riforma¹⁵⁹.

La legge richiede per la configurabilità dell'infrazione due presupposti. Non basta infatti il giudizio dell'amministrazione che formula una valutazione di insufficiente rendimento, in rapporto ad un periodo di tempo di almeno due anni, ma è necessario altresì che lo scarso rendimento sia dovuto alla reiterata violazione degli obblighi

¹⁵⁶ Non si tratta di una scelta solo del CCNL Ministeri. V. ad esempio anche il CCNL Regioni ed autonomie locali dell'11 aprile 2008; il CCNL Università del 16 ottobre 2008; il CCNL Sanità del 19 aprile 2004.

¹⁵⁷ Allo stesso modo anche il CCNL Unioncamere del 4 agosto 2010, all'art. 8, co. 4, lett. f).

¹⁵⁸ MAINARDI, *Sanzioni disciplinari e (nuove) responsabilità dei dipendenti pubblici: dalla legge al contratto collettivo, e ritorno*, cit., pag. 471; SPINELLI, *I limiti sostanziali all'esercizio del potere disciplinare nel lavoro pubblico. Il licenziamento disciplinare*, cit., pag. 485.

¹⁵⁹ MAINARDI, *Sanzioni disciplinari e (nuove) responsabilità dei dipendenti pubblici: dalla legge al contratto collettivo, e ritorno*, cit., pagg. 471-472. Su questa scia anche BONURA, G. CARUSO, *La nuova disciplina della responsabilità disciplinare del dipendente pubblico e la lotta all'assenteismo*, cit., pag. 20, secondo i quali «sul piano sostanziale, l'effetto prodotto dall'intervento normativo rischia, addirittura, di attenuare i (già deboli) rigori precedenti».

lavorativi¹⁶⁰. In tal modo, si è cercato probabilmente di ricollegare l'infrazione ad una mancanza del lavoratore, in quanto il rendimento insufficiente ai fini disciplinari non può essere automaticamente ricavato dall'applicazione delle regole in tema di valutazione¹⁶¹. Ciò per due motivi: innanzitutto, in quanto la valutazione può avere ad oggetto *performance* di gruppo, come tali non imputabili unicamente ad un solo dipendente; in secondo luogo, perché, alla luce della disciplina legislativa, è previsto che vi sia comunque una quota percentuale di dipendenti (peraltro abbastanza alta, cioè il 25% dei lavoratori di ogni amministrazione) da porre nella fascia più bassa, ma da ciò non può automaticamente ricavarsi un giudizio di scarso rendimento di questi ultimi, essendo la stessa differenziazione prevista solo per l'attribuzione del trattamento economico accessorio collegato alla *performance* individuale¹⁶².

A creare ulteriore complessità nell'applicazione della disposizione di legge vi è poi l'incerto destino delle regole sulla valutazione dei dipendenti pubblici¹⁶³. Esse, già intaccate dall'intesa del 4 febbraio 2011¹⁶⁴ e dal d.lgs. n. 144 del 2011, rischiano di subire un'ulteriore battuta d'arresto dopo la già citata intesa stipulata nel maggio 2012 tra il Ministro della Pubblica Amministrazioni, le Regioni, le Province, i Comuni e le organizzazioni sindacali. Tra i punti oggetto dell'intesa, vi è quello relativo alla «razionalizzazione e semplificazione dei sistemi di misurazione, valutazione e premialità». Nell'intesa si legge che le parti intendono superare «il sistema della ripartizione dei dipendenti nelle fasce di merito di cui all'articolo 19» del d.lgs. n. 150 del

¹⁶⁰ In questo senso, BONURA, G. CARUSO, *La nuova disciplina della responsabilità disciplinare del dipendente pubblico e la lotta all'assenteismo*, cit., pag. 20.

¹⁶¹ Come evidenziato da SPINELLI, *I limiti sostanziali all'esercizio del potere disciplinare nel lavoro pubblico. Il licenziamento disciplinare*, cit., pag. 488, in tal modo il legislatore dimostra coerenza con l'orientamento giurisprudenziale affermatosi nel settore privato che ritiene legittimo il licenziamento solo nel caso in cui il datore di lavoro provi che lo scarso rendimento sia imputabile al negligente inadempimento degli obblighi contrattuali da parte del lavoratore. Secondo CURRAO, PICARELLA, *Lo sguardo "severo" del legislatore: le nuove regole del potere disciplinare*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 109/2010, pagg. 15-16, la precisazione secondo cui l'insufficiente rendimento, per essere sanzionato, deve essere collegato ad una violazione degli obblighi contrattuali sarebbe pleonastica, in quanto esso è «ontologicamente, una violazione» di tali obblighi.

¹⁶² Cfr. MAINARDI, *Sanzioni disciplinari e (nuove) responsabilità dei dipendenti pubblici: dalla legge al contratto collettivo, e ritorno*, cit., pag. 472; KRANZ, *Procedimento disciplinare*, cit., pag. 490; VOZA, *Fondamento e fonti del potere disciplinare nel lavoro pubblico*, cit., pag. 664. L'automatica applicazione della sanzione nel caso di collocamento nella fascia bassa è esclusa da BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, cit., pagg. 413-414 e da MONDA, *Il licenziamento del dipendente pubblico*, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA, *Diritto del lavoro*, cit., pag. 1038, alla luce della mancata aggiunta all'art. 23 del d.lgs. n. 150 del 2009, del quarto comma, originariamente previsto, che equiparava la collocazione nella fascia più bassa per tre anni all'insufficiente rendimento. *Contra*, seppure in via dubitativa, GARILLI, *Il pubblico impiego e la «ricetta Brunetta»*, in AA. VV., *Studi in onore di Tizano Treu*, cit., pag. 1622. Peraltro, ai sensi dell'art. 6, co. 1, d.lgs. n. 141 del 2011, «la differenziazione retributiva in fasce [...] si applica a partire dalla tornata di contrattazione collettiva successiva a quella relativa al quadriennio 2006-2009».

¹⁶³ Cfr. RUSCIANO, *A due anni dalla cd. riforma Brunetta*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2011, n. 2, pag. 196.

¹⁶⁴ Reperibile in www.fpcgil.it.

2009, attribuendo alla *performance* organizzativa un ruolo più significativo rispetto a quella individuale, con l'eccezione per i dirigenti¹⁶⁵.

L'art. 55 *sexies*, co. 2, del d.lgs. n. 165 del 2001 invece sanziona il lavoratore che «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».

Il richiamo delle disposizioni concernenti la valutazione del personale consente di riproporre anche per tale fattispecie quanto appena rilevato sulle sorti delle norme sulla valutazione, alla luce dei contenuti dell'intesa del maggio 2012.

La norma colpisce più che altro per il tipo di sanzione comminata. Nessun dubbio che la legge consideri tale ipotesi come un'infrazione disciplinare, in quanto essa stessa prevede l'esperimento del relativo procedimento¹⁶⁶. Ebbene, la sanzione prevista è quantomeno anomala¹⁶⁷, consistendo nel collocamento in disponibilità con l'individuazione, nel provvedimento che definisce il procedimento disciplinare, delle mansioni e della qualifica per le quali può avvenire l'eventuale ricollocamento. Le considerazioni sul tipo di sanzione verranno effettuate successivamente¹⁶⁸. Qui ci si concentrerà sui requisiti della fattispecie. Si rileva però che, a differenza di tutte le altre norme disciplinari introdotte dalla legge, i primi contratti collettivi stipulati dopo l'entrata in vigore della riforma non dedicano ad essa alcun cenno.

La norma parla di inefficienza e di incompetenza professionale, e richiede che da essa sia derivato un «grave danno al normale funzionamento dell'ufficio di appartenenza». Inoltre essa rileva al di fuori dei casi previsti dal comma 1 dell'art. 55 *sexies*, d.lgs. n. 165 del 2001. Dunque, la norma non si riferisce al danno che l'amministrazione subisce dall'aver risarcito quello causato dalla condotta inadempiente del lavoratore. La disposizione legislativa riecheggia in parte quella già conosciuta dalla contrattazione collettiva e riportata *supra*, ove si prevedeva la sanzione del licenziamento con preavviso per «qualsiasi fatto grave che dimostri la piena incapacità ad adempiere adeguatamente agli obblighi di servizio»¹⁶⁹. Quest'ultima però non contiene alcun riferimento al danno subito dall'amministrazione, ed è slegata dalle procedure di valutazione, richiedendo unicamente anche un solo fatto grave dal quale emerga la piena incapacità del lavoratore.

¹⁶⁵ Un giudizio positivo, limitatamente a questa parte dell'intesa, in OLIVERI, *Una controriforma per il pubblico impiego*, in www.lavoce.info.

¹⁶⁶ BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, cit., pag. 417, rileva che la qualificazione della fattispecie come infrazione disciplinare non era invece chiara nella l.d. n. 15 del 2009.

¹⁶⁷ L'aggettivo è usato con riferimento alla procedura sanzionatoria da BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, cit., pag. 417, e da CURRAO, PICARELLA, *Lo sguardo "severo" del legislatore: le nuove regole del potere disciplinare*, cit., pag. 17. La sanzione è invece definita come atipica da LOSTORTO, *Il nuovo procedimento disciplinare*, cit., pag. 485.

¹⁶⁸ Si rinvia al § 8 del presente capitolo.

¹⁶⁹ Art. 13, co. 5, lett. e), CCNL Ministeri del 13 giugno 2003.

Anche il concetto stesso di «piena incapacità», peraltro, pare più grave e più difficile da dimostrare di quelli di «inefficienza» e di «incompetenza professionale» usati dalla legge.

Gli interrogativi sono due, e riguardano la differenza con l'insufficiente rendimento¹⁷⁰, e il concetto di grave danno al funzionamento dell'ufficio.

A differenza dell'infrazione di cui all'art. 55 *quater*, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001, non è richiesto espressamente un comportamento negligente del lavoratore, e quindi una sua colpa¹⁷¹. La norma pare prefigurare piuttosto una responsabilità di tipo oggettivo nell'adempimento della prestazione, di difficile comprensione dato che il presupposto teorico dell'assunzione alle dipendenze della pubblica amministrazione è il principio del concorso, che dovrebbe garantire la selezione dei migliori e dei più capaci¹⁷². Ma, dato che la legge configura un'ipotesi di responsabilità disciplinare, a ben vedere occorre comunque che vi sia stata una violazione di qualche obbligo lavorativo. Ancora più problematica è la previsione della necessità della sussistenza del danno al funzionamento dell'ufficio, come se l'amministrazione dovesse essere costretta a mantenere un dipendente di cui abbia accertato l'incompetenza. Oltretutto il danno deve essere grave. Un rallentamento lieve dell'attività dell'amministrazione, dunque, non integrerebbe l'infrazione, a differenza, ad esempio, di una paralisi più lunga. Ne consegue che non pare essere possibile ritenere l'esistenza di un danno *in re ipsa* nei casi previsti dalla disposizione¹⁷³.

Come è stato osservato, poi, la presenza del requisito del danno grave, presente nell'infrazione di cui all'art. 55 *sexies*, co. 2, e non richiesto invece *ex art. 55 quater*, co. 2, indurrebbe a ritenere che la prima sia considerata più grave, ma tale affermazione è contraddetta dal fatto che essa è sanzionata in modo meno duro: per essa, infatti, la risoluzione del rapporto è prevista eventualmente solo dopo il decorso dei due anni di collocamento in disponibilità, ove non sia avvenuto il ricollocamento, dal che potrebbe

¹⁷⁰ La differenza fra scarso rendimento e inefficienza non è infatti così netta: cfr. LAPERUTA, *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Maggioli, 2009, pag. 175, secondo cui non si giustificano conseguenze sanzionatorie diverse nelle due ipotesi; KRANZ, *Le distorsioni dell'interdipendenza tra nuovo sistema disciplinare e sistema di valutazione della performance dopo il decreto Brunetta*, cit., pag. 420 e segg.

¹⁷¹ Cfr. CORTI, SARTORI, *Il decreto attuativo della c.d. "legge Brunetta" sul pubblico impiego*, cit., pag. 41. V. anche quanto si dirà nel § 7 di questo capitolo.

¹⁷² Cfr. CURRAO, PICARELLA, *Lo sguardo "severo" del legislatore: le nuove regole del potere disciplinare*, cit., pag. 17. Per DI PAOLA, *La nuova disciplina dell'esercizio del potere disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, cit., pag. 10, «il trattamento sanzionatorio [...] ambisce, probabilmente, a stigmatizzare una non troppo oculata valutazione, in occasione della procedura concorsuale prodromica all'assunzione, delle capacità del lavoratore».

¹⁷³ In relazione al concetto di danno al normale funzionamento dell'ufficio, URSI, *Alcune considerazioni sul nuovo regime delle sanzioni disciplinari dopo il decreto Brunetta*, cit., pag. 761, ritiene che il concetto sia «tanto indefinito tale da lasciare all'interprete ampi margini per la definizione della condotta punibile» e parla della disposizione legislativa come di una «norma in bianco»; l'indeterminatezza della fattispecie è evidenziata anche da RAVELLI, *Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici*, cit., pag. 1364. In realtà, anche la contrattazione collettiva pre-riforma conosce il concetto di danno, e non si può dire che esso sia meno indefinito: cfr., *ex multis*, art. 27, co. 2, CCNL Ministeri del 14 settembre 2007, che aggiunge all'art. 13, co. 4, del CCNL 12 giugno 2003 una lett. i), la quale sanziona «qualsiasi comportamento da cui sia derivato danno grave all'Amministrazione o a terzi».

ricavarsi un contrasto con il principio di proporzionalità tra infrazione e sanzione¹⁷⁴. Si può però ritenere che nel caso di insufficiente rendimento il danno all'amministrazione sia sottinteso.

Nemmeno è previsto espressamente che l'inefficienza e l'incompetenza siano riscontrate in un periodo di tempo predefinito, a differenza della norma sull'insufficiente rendimento. Ma, dato che la valutazione della *performance* individuale, ai sensi dell'art. 7, co. 1, d.lgs. n. 150 del 2009, ha cadenza annuale, è chiaro che esse vadano rapportate a quanto accaduto nell'anno. Certamente non possono essere desunte più da «qualsiasi fatto grave che dimostri la piena incapacità ad adempiere adeguatamente agli obblighi di servizio» e, quindi, anche da un unico episodio, dovendo essere ricavate all'esito delle procedure sulla valutazione¹⁷⁵. In altri termini, inefficienza e incompetenza professionale dovrebbero essere ricavate dalla condotta complessiva del dipendente. Parrebbe dunque che nel caso di un episodio che dimostri l'inefficienza e l'incompetenza professionale, l'amministrazione non possa attivare il procedimento disciplinare, dovendo attendere l'esito della valutazione.

Ci si può chiedere, se così stanno le cose, il senso di tale operazione, a maggior ragione a fronte di una riforma che, come si è più volte detto, è orientata al rigore in materia disciplinare. Potrebbe dirsi che, subordinando l'accertamento dell'infrazione alle procedure di valutazione, verrebbe tutelato il dipendente. Tale lettura, però, non è facilmente ricavabile dall'interpretazione sistematica del d.lgs. n. 150 del 2009, che ha introdotto la disposizione, volto, al contrario, e dichiaratamente, a combattere in modo rigoroso proprio l'inefficienza.

Dovrebbe valere il principio della non vincolatività delle disposizioni (della legge e) del contratto collettivo per il giudice, nel senso che questi resta libero di giudicare come giusta causa o giustificato motivo di licenziamento condotte non tipizzate. La condotta non tipizzata, in questo caso, sarebbe proprio la rilevazione dell'inefficienza palesata a prescindere dall'accertamento effettuato alla stregua delle norme sulla valutazione¹⁷⁶. Ma,

¹⁷⁴ SPINELLI, *I limiti sostanziali all'esercizio del potere disciplinare nel lavoro pubblico. Il licenziamento disciplinare*, cit., pag. 489; cfr. anche CURRAO, PICARELLA, *Lo sguardo "severo" del legislatore: le nuove regole del potere disciplinare*, cit., pag. 16.

¹⁷⁵ Cfr., in questo senso, CURRAO, PICARELLA, *Lo sguardo "severo" del legislatore: le nuove regole del potere disciplinare*, cit., pagg. 16-17. *Contra*, URSI, *Alcune considerazioni sul nuovo regime delle sanzioni disciplinari dopo il decreto Brunetta*, cit., pag. 766, ritiene che «il singolo evento che cagiona un danno al normale funzionamento dell'ufficio ed è imputabile alla inefficienza ovvero alla incompetenza professionale» sia sottoposto alla sanzione prevista dalla norma in commento. Ma, a monte, vi è sempre l'esigenza di dimostrare uno dei due presupposti, che sono in relazione con la valutazione del dipendente e quindi devono essere accertati all'esito della procedura valutativa.

¹⁷⁶ Cfr. KRANZ, *Le distorsioni dell'interdipendenza tra nuovo sistema disciplinare e sistema di valutazione della performance dopo il decreto Brunetta*, cit., pag. 420 e segg., che rileva l'auspicio «che chi ha il potere di gestione non abbia necessità di attendere un evento traumatico per l'organizzazione, qual è il grave danno al funzionamento dell'ufficio per attuare un trasferimento in altra posizione dell'organizzazione, dove il lavoratore possa collaborare dispiegando con beneficio di tutti [...] le competenze di cui è in realtà fornito», ritenendo preferibile l'uso di altri poteri gestionali rispetto all'attivazione di un procedimento disciplinare.

in presenza della disposizione dell'art. 55 *sexies*, co. 2, potrebbe essere facilmente attaccata, in via giudiziale, la legittimità della sanzione irrogata senza il rispetto delle regole ivi previste. In conclusione, il legislatore, così come avvenuto con la norma di cui all'art. 55 *quater*, co. 2, avrebbe reso più complessa la possibilità di comminare sanzioni disciplinari.

Per sanzionare il singolo episodio dannoso per l'amministrazione, non necessariamente attestante un'inefficienza o un'incompetenza professionale, tuttavia, possono soccorrere le norme contrattuali "di chiusura", che continuano ad essere previste nei contratti stipulati post-riforma, che sanzionano la «violazione di doveri ed obblighi di comportamento [...] da cui sia derivato disservizio ovvero danno o pericolo all'Ente»¹⁷⁷, o «da cui sia, comunque, derivato grave danno all'Ente»¹⁷⁸.

5.9- La violazione di obblighi del dipendente causativa di condanna della Pubblica Amministrazione al risarcimento del danno

L'art. 55 *sexies*, co. 1 prevede che «la condanna della pubblica amministrazione al risarcimento del danno derivante dalla violazione, da parte del lavoratore dipendente, degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa [...] comporta l'applicazione nei suoi confronti, ove già non ricorrano i presupposti per l'applicazione di un'altra sanzione disciplinare, della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da un minimo di tre giorni fino ad un massimo di tre mesi, in proporzione all'entità del risarcimento».

L'infrazione si realizza, dunque, solo nel caso in cui, a causa della violazione di obblighi del dipendente, l'amministrazione sia stata condannata a risarcire un danno a terzi. E' chiaro che in tal caso anche l'amministrazione subisce un danno dalla sentenza di condanna emessa nei suoi confronti.

La norma ha applicazione residuale, rilevando solo se non ricorrano gli estremi per l'applicazione di un'altra sanzione disciplinare, non necessariamente più afflittiva, dato il silenzio della legge al riguardo.

Appare già difficile immaginare una violazione di un obbligo che non sia sottoposta a sanzione¹⁷⁹. Si è detto che, prima delle modifiche apportate all'art. 54 del d.lgs. n. 165 del

¹⁷⁷ Art. 53, co. 4, lett. h), CCNL DigitPa del 12 aprile 2011, che prevede il rimprovero o la multa fino a quattro ore di retribuzione.

¹⁷⁸ Art. 53, co. 5, lett. l) e co. 9, lett. f), che prevedono rispettivamente la sanzione della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino a dieci giorni e fino a sei mesi.

¹⁷⁹ Cfr. ROMEI, *Spunti sulla responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici*, cit., pag. 1634, che dubita delle possibilità di concreta applicazione della norma.

2001 dall'art. 1, co. 44, l. n. 190 del 2012, tale formulazione avrebbe potuto suffragare la teoria secondo cui gli obblighi sanciti dal codice di comportamento non siano direttamente vincolanti, riferendosi proprio all'ipotesi, invero solo teorica, di un obbligo del codice di comportamento non recepito dalla contrattazione collettiva¹⁸⁰. Qui è il caso di aggiungere che la norma non prevede che per quell'obbligo violato sia stata applicata una sanzione, ma è sufficiente che ne ricorrano gli estremi, non rilevando la sua mancata irrogazione. Inoltre, dato che la sentenza di condanna dell'amministrazione avviene a distanza di tempo dalla violazione dell'obbligo che vi ha dato causa, l'ente non potrebbe comunque attendere l'esito del giudizio per valutare quale sanzione applicare. La legge non prevede infatti una tale ipotesi di sospensione del procedimento disciplinare. Del resto, il datore di lavoro pubblico non potrebbe neanche applicare una nuova sanzione all'esito del giudizio, pena la violazione del principio del *ne bis in idem*. Per quell'infrazione, infatti, sarebbe già stato avviato un procedimento disciplinare.

Alla luce di tali osservazioni, l'impatto pratico della disposizione appare pressoché nullo¹⁸¹. Qualora l'amministrazione non abbia sanzionato la violazione dell'obbligo, la sanzione prevista dall'art. 55 *sexies*, co. 1, non appare applicabile per il decorso dei termini perentori circa la tempestività della contestazione disciplinare.

La legge ricollega espressamente una sanzione disciplinare alla condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno. Tuttavia, pare di poter dire che anche tale condotta, prima della riforma, non era certo esente da sanzioni disciplinari, potendo rilevare quelle norme che punivano «qualsiasi comportamento da cui sia derivato danno grave all'amministrazione»¹⁸².

La differenza fondamentale, però, era che nel caso delle norme convenzionali, doveva essere dimostrata la gravità del danno, mentre, *ex art. 55 sexies*, co. 1, è sufficiente che ci sia stata la condanna dell'amministrazione al risarcimento, del resto non richiesta dalla norma pattizia¹⁸³. L'entità del risarcimento rileva solo ai fini della graduazione della sanzione, non ai fini della sussistenza dell'infrazione. Quest'ultima consiste pur sempre nella violazione degli obblighi contrattuali. La sanzione disciplinare prevista dall'art. 55 *sexies*, co. 1, pur giustificata dall'inadempimento del dipendente, sarebbe applicabile solo

¹⁸⁰ V. cap. I, §§ 3.4 e 3.5.

¹⁸¹ Si aggiunga, come rilevato da URSI, *Alcune considerazioni sul nuovo regime delle sanzioni disciplinari dopo il decreto Brunetta*, cit., pag. 767, che «appare problematico il rapporto tra azione disciplinare e la responsabilità amministrativa che grava sul dipendente pubblico».

¹⁸² Art. 13, co. 3, lett. h), CCNL Ministeri del 12 giugno 2003 e co. 4, lett. i), aggiunta dal CCNL del 14 settembre 2007.

¹⁸³ Cfr. DI PAOLA, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e nel pubblico impiego privatizzato*, cit., pagg. 413-414.

dopo l'accertamento giudiziale del diritto di terzi al risarcimento del danno loro procurato¹⁸⁴.

5.10- *Il mancato esercizio e la decadenza dell'azione disciplinare. Rinvio*

L'art. 55 *sexies*, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001 introduce senza dubbio la novità più rilevante, dal punto di vista sistematico per la materia disciplinare, della riforma del 2009.

Essa prevede che «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. Ai soggetti non aventi qualifica dirigenziale si applica la predetta sanzione della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione, ove non diversamente stabilito dal contratto collettivo».

Dalla disposizione, come si è già accennato nel primo capitolo, parrebbe ricavarsi il principio dell'obbligatorietà dell'esercizio del potere disciplinare.

L'esame della disposizione verrà affrontata nel quarto capitolo, relativo ai dirigenti, anche se la norma si rivolge anche a soggetti non aventi qualifica dirigenziale, ove verrà approfondita la questione della discrezionalità o dell'obbligatorietà dell'azione disciplinare¹⁸⁵.

5.11- *L'obbligo di identificazione del personale a contatto con il pubblico*

Un'ulteriore infrazione tipizzata dal legislatore è quella prevista dall'art. 55 *novies* del d.lgs. n. 165 del 2001. In realtà, qui la legge si limita a prevedere che «i dipendenti delle amministrazioni pubbliche che svolgono attività a contatto con il pubblico sono tenuti a

¹⁸⁴ KRANZ, *Procedimento disciplinare*, cit., pagg. 478-479. Secondo DI PAOLA, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e nel pubblico impiego privatizzato*, cit., pag. 414, l'emanazione della sentenza di condanna assumerebbe il valore di condizione obiettiva di punibilità.

¹⁸⁵ Sul punto si rinvia al cap. IV, §§ 1.3 e 2.1. V. anche il cap. I, § 4.

rendere conoscibile il proprio nominativo mediante l'uso di cartellini identificativi o di targhe da apporre presso la postazione di lavoro», senza indicare, diversamente dagli articoli precedenti, la relativa sanzione. Anzi, la norma, a differenza di quelle precedenti, non è qualificata come imperativa¹⁸⁶, lasciando la contrattazione libera, oltre di individuare la sanzione, apparentemente anche di non prevedere la sua violazione come infrazione disciplinare. Invero, appare difficile sostenere che un obbligo previsto dalla legge, se violato, non esponga a conseguenze sanzionatorie di tipo disciplinare il trasgressore. Nella circolare del Dipartimento della Funzione Pubblica del 17 febbraio 2010, n. 3¹⁸⁷, si legge che «l'inosservanza della prescrizione verrà valutata secondo i criteri ordinari della responsabilità disciplinare con l'irrogazione delle sanzioni in relazione alle violazioni accertate». E infatti i contratti collettivi stipulati dopo la riforma hanno previsto la condotta nel codice disciplinare, prevedendo per essa l'applicazione della sanzione del rimprovero verbale o scritto o della multa fino a quattro ore di retribuzione¹⁸⁸.

6- Il principio di proporzionalità tra infrazione e sanzione

Si è visto, nel paragrafo precedente, che il legislatore ha provveduto a tipizzare alcune infrazioni disciplinari, prevedendo anche le relative sanzioni, in alcuni casi in misura “fissa” (licenziamento con o senza preavviso; collocamento in disponibilità con eventuale ricollocazione anche con diversa qualifica e mansione o con licenziamento al termine del periodo), in altri casi prevedendo il tipo di sanzione (sospensione dal servizio con privazione della retribuzione), ma lasciando la possibilità di graduare la sua entità tra un minimo e un massimo edittale.

Si è anche detto che la vera novità della legge, più che l'individuazione delle infrazioni, per la maggior parte già previste dalla contrattazione, consiste proprio nella predeterminazione legislativa delle sanzioni.

Tale operazione impone quindi di armonizzare le innovazioni legislative con il fondamentale principio di proporzionalità tra infrazione e sanzione.

Necessario punto di avvio dell'indagine è la constatazione che il principio, affermato dall'art. 2106 cod. civ., è tuttora vigente nel lavoro pubblico. L'art. 55, co. 2, d.lgs. n. 165

¹⁸⁶ L'art. 55, co. 1, d.lgs. n. 165 del 2001, infatti prevede che sono imperative «le disposizioni del presente articolo e di quelli seguenti, fino all'articolo 55-*octies*».

¹⁸⁷ Reperibile sul sito www.funzionepubblica.gov.it.

¹⁸⁸ V. art. 53, co. 4, lett. g), CCNL DigitPa del 12 aprile 2011; art. 8, co. 4, lett. g), CCNL Unioncamere del 4 agosto 2010.

del 2001, prevede che ai rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni «si applica l'articolo 2106 del codice civile».

E' necessario allora cercare di conciliare questa norma con quelle che predeterminano la sanzione disciplinare in relazione alle varie infrazioni. La questione si pone soprattutto per le norme che prevedono l'applicazione del licenziamento. Non si può escludere però che il problema riguardi anche quelle che, contemplando una forbice tra un minimo e un massimo, consentono una maggiore elasticità. Si potrebbe ritenere che una sospensione, ad esempio, per tre mesi, sia sproporzionata rispetto all'infrazione contestata e alle modalità concrete della sua commissione.

Alla base della questione non vi è solo il fatto in sé della predeterminazione delle sanzioni, ma l'uso da parte del legislatore della parola «comunque» nella norma dell'art. 55 *quater*, d.lgs. n. 165 del 2001, sul licenziamento disciplinare, che sembrerebbe evidenziare proprio la necessaria applicazione di tale sanzione per tutte le infrazioni tipizzate dalla stessa disposizione.

Si potrebbe sostenere che sia stato il legislatore ad effettuare direttamente il giudizio di proporzionalità, impedendo ogni spazio di intervento al giudice¹⁸⁹. Ma a tale affermazione si può obiettare che la proporzionalità va accertata in concreto¹⁹⁰, e il legislatore invece può effettuare solo una valutazione generale ed astratta, non potendo prevedere tutte le circostanze che accompagnano la commissione dei fatti suscettibili di costituire infrazioni disciplinari.

Si è allora attribuito alla parola “comunque” un significato simbolico, con «la valenza psicologica di una sollecitazione a punire in modo adeguato»¹⁹¹, e quindi insuscettibile di produrre effettive conseguenze giuridiche.

Secondo un'altra tesi, elaborata, invero, più per armonizzare la norma con il divieto di sanzioni automatiche senza che sia prima esperito il procedimento disciplinare, che con riferimento al principio di proporzionalità, il legislatore avrebbe voluto sottolineare che «i contratti possono prevedere anche forme ulteriori di licenziamento, ma, in ogni caso - “comunque”, appunto - la sanzione disciplinare del licenziamento non può essere

¹⁸⁹ VALLEBONA, *La riforma del lavoro pubblico: il difficile risveglio da un incubo*, cit., pag. 134, con riferimento a tutte le tipizzazioni effettuate dal legislatore e, quindi, anche a quelle punite con sanzioni conservative; ROMEI, *Spunti sulla responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici*, cit., pag. 1633; RAVELLI, *Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici*, cit., pag. 1362. V. anche CINELLI, *Dal «Collegato 2010» alle manovre dell'estate 2011: quali scenari per la giustizia del lavoro?*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2011, n. 4, pag. 559 e segg., che, leggendo la norma dell'art. 55 *quater*, d.lgs. n. 165 del 2001 in collegamento con l'art. 30, co. 3, l. n. 183 del 2010, ritiene che possa sussistere un vincolo del giudice alle tipizzazioni di giusta causa contenute nella norma del d.lgs. n. 165 del 2001; nello stesso senso anche PISANI, *Le norme del Collegato dirette al giudice del lavoro*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2011, pag. 550.

¹⁹⁰ *Ex multis*, Cass. civ., sez. lav., 13 febbraio 2012, n. 2013, in *Red. Giust. Civ. Mass.*, 2012, n. 2; Cass. civ., sez. lav., 21 giugno 2011, n. 13575, in *Banca dati De Jure*; Cass. civ., sez. lav., 3 gennaio 2011, n. 35, in *Giust. Civ. Mass.*, 2011, n. 1, pag. 9.

¹⁹¹ BORGOGELLI, *Sui poteri della dirigenza pubblica nella disciplina dei rapporti di lavoro: il nuovo modello regolativo*, in *AA. VV., Studi in onore di Tiziano Treu*, cit., pag. 1554.

pretermissa dai contratti, e - anche quando non prevista dagli stessi - va applicata (sempre all'esito di un ordinario procedimento disciplinare), nei casi elencati dalla legge»¹⁹². Tale interpretazione, pur valida, non è però utile per sostenere la possibilità di applicare una sanzione diversa, nel caso in cui tale sanzione non appaia proporzionata ai fatti come accaduti in concreto.

Potrebbe però essere fornita un'ulteriore lettura, in combinazione con l'art. 55, co. 3, secondo periodo, d.lgs. n. 165 del 2001, ai sensi del quale «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...». In altri termini, l'art. 55 *quater* sottolineerebbe, in maniera invero pleonastica - ma non sarebbe l'unico caso - che per le infrazioni individuate nella medesima norma non possano essere previste procedure di conciliazione dalla contrattazione collettiva. In tal modo, il legislatore manifesterebbe ulteriormente la sfiducia aprioristica nella contrattazione collettiva, togliendo ad essa la possibilità di effettuare una diversa valutazione circa la congruità della sanzione all'infrazione, già inibita dall'imperatività delle norme disciplinari dettate dalla legge, e così anche non aggirabile mediante procedure conciliative. Ma ciò non comporterebbe anche una limitazione del potere del giudice, che non sarebbe ammissibile atteso il persistente richiamo dell'art. 2106 cod. civ., che impone di valutare la gravità del fatto sia sotto il profilo soggettivo, sia sotto quello oggettivo¹⁹³.

Il richiamo dell'art. 2106 cod. civ. deve consentire un margine di autonomia anche al dirigente competente ad irrogare la sanzione disciplinare. Il primo soggetto chiamato ad effettuare una valutazione di proporzionalità tra l'infrazione e la sanzione non è infatti il giudice, bensì il datore di lavoro. Ne consegue che il soggetto titolare del potere disciplinare non può essere costretto ad applicare la sanzione predeterminata in astratto dal legislatore, ma deve applicare quella che, alla luce dei fatti come emersi in concreto a seguito dell'istruttoria procedimentale, gli appaia più congrua¹⁹⁴.

Tale affermazione si impone anche tenendo in considerazione le conseguenze di un eventuale annullamento della sanzione disciplinare applicata per difetto di proporzionalità,

¹⁹² BONURA, G. CARUSO, *La nuova disciplina della responsabilità disciplinare del dipendente pubblico e la lotta all'assenteismo*, cit., pag. 18.

¹⁹³ Cfr. BORGOGELLI, *Sui poteri della dirigenza pubblica nella disciplina dei rapporti di lavoro: il nuovo modello regolativo*, cit., pag. 1554.

¹⁹⁴ Cfr. LOSTORTO, *Il nuovo procedimento disciplinare*, cit., pagg. 483-484, che, a proposito della norma di cui all'art. 55 *quater*, dopo aver rilevato che «a stretto rigore tale norma sembra escludere ogni intervento discrezionale da parte dell'amministrazione datrice di lavoro in ordine alla gradualità e conseguente proporzionalità della sanzione da applicare», aggiunge che «una interpretazione costituzionalmente orientata della norma non può che tener conto dell'esplicito richiamo del legislatore delegato all'articolo 2106 del codice civile [...] dovendosi pertanto ritenere comunque operante il criterio generale di valutazione incentrato sulla gradualità e proporzionalità della sanzione rispetto all'infrazione, di cui pur sempre l'amministrazione, ai fini del corretto esercizio dell'azione disciplinare, dovrà tener conto nell'applicazione e nella motivazione della misura sanzionatoria». V. anche VOZA, *Fondamento e fonti del potere disciplinare nel lavoro pubblico*, cit., pag. 663.

che esporrebbe l'amministrazione ad affrontare spese processuali e risarcimenti del danno altrimenti evitabili. Di ciò il legislatore non sembra avere tenuto conto. Limitando la responsabilità civile del dirigente procedente in relazione ai profili di illiceità nelle determinazioni concernenti lo svolgimento del procedimento disciplinare ai casi di dolo o colpa grave, esso lo incentiva, unitamente alla previsione di sanzioni disciplinari in caso di mancato esercizio o decadenza del potere, a procedere e ad applicare pedissequamente la legge. Ma non si è avveduto che l'eccessiva rigidità delle regole può determinare conseguenze risarcitorie in capo all'amministrazione, intesa come datore di lavoro.

Se così è, deve ritenersi che il titolare del potere disciplinare possa applicare una sanzione diversa da quella predeterminata dalla legge, nel caso in cui, valutati tutti gli elementi della fattispecie concreta, addivenga alla conclusione che la sanzione proporzionata sia inferiore a quella prevista dal legislatore¹⁹⁵.

Certo, si può ritenere che egli debba motivare la sua decisione, almeno in vista della giustificazione nel corso del procedimento disciplinare eventualmente attivato a suo carico *ex art. 55 sexies*, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001, e che, nel caso in cui essa sia valutata errata, il dirigente possa subire conseguenze, sotto il profilo della responsabilità disciplinare o di quella dirigenziale.

Inoltre, può apparire dubbio che tale lettura possa trovare applicazione nella pratica, dato che difficilmente un dirigente si assumerà la responsabilità di applicare una sanzione inferiore a quella predeterminata dalla legge.

Ma rimane il fatto che in tal modo si riduce, almeno dal punto di vista prettamente giuridico, l'imbrigliamento dei poteri dirigenziali, che può essere controproducente rispetto alle finalità di efficienza perseguite dal legislatore.

6.1- Segue. La proporzionalità: la rilevanza del danno prodotto dall'infrazione e i nuovi criteri della gravità dell'infrazione non perseguita e di quella per la quale si sta procedendo

Nel paragrafo 5 del presente capitolo, descrivendo le singole infrazioni tipizzate dal legislatore, si è avuto modo di notare che molte di esse prendono in considerazione il danno prodotto dalla condotta.

¹⁹⁵ Cfr. MAINARDI, *Profili della responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici*, cit., pag. 620; VOZA, *Fondamento e fonti del potere disciplinare nel lavoro pubblico*, cit., pag. 663. Spunti in tal senso, sembrerebbe, in MATTARELLA, *La responsabilità disciplinare*, cit., pag. 35, che se da un lato ritiene che le norme del decreto che prevedono il licenziamento riguardino «condotte di indubbia gravità, rispetto alle quali la sanzione espulsiva non appare sproporzionata», riconosce che in concreto «alcune delle ipotesi menzionate possono modularsi variamente: l'assenza può essere più o meno ingiustificata, la falsità può essere più o meno grave».

Ora, ciò che preme in questa sede rilevare è che, in dottrina e in giurisprudenza, il danno non è ritenuto elemento necessario dell'infrazione disciplinare, in quanto una condotta può essere suscettibile di sanzione anche se non ne cagiona alcuno¹⁹⁶.

Il danno invece può rilevare per la graduazione della sanzione disciplinare e, quindi, ai fini della stessa applicazione del principio di proporzionalità. Tutti i contratti collettivi, sia quelli stipulati prima della riforma¹⁹⁷, sia quelli successivi¹⁹⁸, prevedono in apertura della norma sul codice disciplinare, tra i criteri per individuare il tipo e l'entità delle sanzioni, il grado di danno o di pericolo causato all'Ente.

Mentre può destare perplessità, quindi, il fatto che alcune delle condotte tipizzate dal legislatore richiedano la sua sussistenza ai fini della stessa configurabilità dell'infrazione¹⁹⁹, non configura alcunché di rivoluzionario il proporzionamento della sanzione all'entità del danno subito dall'amministrazione²⁰⁰.

Si ripropone però la questione se l'entità del danno costituisca l'unico criterio da applicare per proporzionare la sanzione, come parrebbe richiedere la legge, o se debbano essere utilizzati anche tutti gli altri criteri, indicati dalla contrattazione collettiva e utilizzati solitamente dal giudice.

Se si segue l'approccio enunciato *supra*, non dovrebbero mutare le conclusioni. Né il giudice, né, almeno sotto il profilo strettamente giuridico, i titolari del potere disciplinare, potrebbero essere costretti a non tenere conto di altre circostanze che, alla luce della fattispecie concreta, portino a ritenere proporzionata una sanzione meno afflittiva di quella richiesta dalla legge.

Il legislatore, poi, nel tipizzare quella che costituisce la più innovativa infrazione disciplinare, vale a dire quella che colpisce i soggetti titolari dell'azione nel caso di mancato esercizio o di decadenza del potere, ha introdotto un nuovo criterio strumentale alla graduazione della sanzione. L'art. 55 *sexies*, co. 3, infatti, prevede la sanzione della

¹⁹⁶ MATTAROLO, *Il potere disciplinare*, cit., pag. 800; MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, cit., pag. 169; URSI, *Alcune considerazioni sul nuovo regime delle sanzioni disciplinari dopo il decreto Brunetta*, cit., pag. 766. In giurisprudenza, Cass. civ., sez. lav., 22 settembre 2006, n. 20601, in *Lav. Giur.*, 2007, n. 5, pag. 489, con nota di LUPOLI. Lo stesso art. 55 *quinquies*, co. 1 e 2, d.lgs. n. 165 del 2001, introdotto dal d.lgs. n. 150 del 2009, si mostra in armonia con tale principio: la norma infatti tratta della responsabilità disciplinare al primo comma, senza parlare di danno, mentre considera il risarcimento di quest'ultimo, sicuramente sussistente e quantificato dalla stessa disposizione, ma non costituente elemento della fattispecie disciplinare, al secondo comma.

¹⁹⁷ Cfr. art. 13, co. 1, lett. d), CCNL Sanità del 19 aprile 2004; art. 16, co. 1, lett. d), CCNL Enti pubblici non economici del 9 ottobre 2003; art. 3, co. 1, lett. d), CCNL Regioni ed autonomie locali dell'11 aprile 2008; art. 13, co. 1, CCNL Ministeri del 12 giugno 2003, che parla però di «grado di disservizio o di pericolo».

¹⁹⁸ Cfr. art. 53, co. 1, lett. d), CCNL DigitPa del 12 aprile 2011; art. 8, co. 1, lett. d), CCNL Unioncamere del 4 agosto 2010.

¹⁹⁹ Si veda l'art. 55 *sexies*, commi 1 e 2. Il discorso sarà approfondito *infra*, a proposito della funzione della sanzione disciplinare.

²⁰⁰ Come previsto dallo stesso art. 55 *sexies*, co. 1, d.lgs. n. 165 del 2001. Tale norma quindi considera il danno con due finalità: la stessa configurazione dell'infrazione e la scelta della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione compresa tra tre giorni e tre mesi. In dottrina, invece parla di «applicazione ben strana del principio di proporzionalità» RAVELLI, *Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici*, cit., pag. 1358.

sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino ad un massimo di tre mesi, e aggiunge che la concreta entità della stessa debba essere stabilita «in proporzione alla gravità dell'infrazione non perseguita».

Un analogo criterio è utilizzato anche per l'infrazione di cui all'art. 55 *bis*, co. 7, relativa alla mancata collaborazione del dipendente ad un procedimento disciplinare riguardante un altro lavoratore. In tal caso, la sanzione prevista dalla disposizione è quella della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino ad un massimo di quindici giorni, e la sua concreta afflittività deve essere «commisurata alla gravità dell'illecito contestato al dipendente».

Ancora, nel caso previsto dall'art. 55 *sexies*, co. 1, l'entità della sanzione da applicare è stabilita «in proporzione all'entità del risarcimento»²⁰¹.

In tutti e tre i casi, si tratta di criteri innovativi, non previsti in passato dalla contrattazione collettiva. Anche in queste ipotesi, tuttavia non può ritenersi che i criteri indicati dalle disposizioni legislative siano gli unici idonei a commisurare la sanzione da applicare nel caso concreto.

Si considerino isolatamente le infrazioni. Cominciando dalla prima, non può ammettersi che un dirigente, che cagioni, senza dolo o colpa grave, la decadenza dell'azione disciplinare rispetto ad un'infrazione lieve, venga colpito da una sanzione minore rispetto ad altro dirigente che provochi la decadenza in relazione ad un'infrazione ugualmente lieve, ma agendo con dolo. E similmente intollerabile sarebbe il caso di un soggetto punito con la sanzione massima perché provoca la decadenza per un'infrazione grave, senza dolo, rispetto ad un soggetto che provoca le stesse conseguenze, con dolo. E' ovvio che in tal caso si determinerebbe una mancata corretta applicazione del principio di proporzionalità, oltre ad una probabile disparità di trattamento.

Per quanto riguarda la seconda infrazione, *ex art. 55 bis*, co. 7, non si può non tenere conto, ad esempio, della posizione di lavoro occupata dal dipendente o dall'eventuale esistenza di circostanze aggravanti o attenuanti.

Infine, per la terza, non appare conforme al principio di proporzionalità tra infrazione e sanzione ancorare il *quantum* del provvedimento disciplinare unicamente all'ammontare del danno che l'amministrazione sia stata condannata a risarcire, senza tenere conto, anche qui, del tipo di obbligo violato, se ad esempio meramente procedurale o più grave, e del contesto nel quale l'infrazione è stata commessa²⁰².

²⁰¹ Come rilevato da VIOLA, *La riforma Brunetta del sistema disciplinare e gli imprevedibili riflessi sulla responsabilità civile della PA*, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2010, n. 3, pag. 719, viene utilizzato «un elemento che, più che alla sfera del soggetto agente, attiene alla diversa problematica delle conseguenze del comportamento illecito».

²⁰² *Contra*, BIANCO, *Guida pratica alla riforma Brunetta*, Gruppo 24 ore, 2009, pag. 150, secondo cui non vanno considerati «la condotta, i comportamenti o le ragioni».

Anche per tali sanzioni conservative, dunque, la conferma del principio di proporzionalità di cui all'art. 2106 cod. civ. consente non solo di influire sul minimo e massimo edittale, ma anche di riconoscere congrua all'infrazione anche una sanzione diversa²⁰³. Anzi, rispetto a quanto detto sulla norma sul licenziamento, tale conclusione è ancora più ovvia, data l'assenza in queste disposizioni di quel “comunque”, presente invece nell'art. 55 *quater*. Proprio tale assenza, potrebbe costituire un'ulteriore conferma della lettura che collega la parola alla norma dell'art. 55, co. 3, sulla conciliazione prevista dalla contrattazione collettiva: il legislatore non la utilizza, perché per le sanzioni conservative la conciliazione è ammessa.

7- La funzione delle sanzioni disciplinari

Nel primo capitolo si è parlato della funzione del potere disciplinare nella pubblica amministrazione, giungendo alla conclusione che, come nel settore privato, essa sia quella di consentire l'autotutela del datore di lavoro, il quale può fruire di uno strumento rapido per garantire il buon funzionamento dell'organizzazione di lavoro.

Si è negata una funzionalizzazione diretta del potere disciplinare al perseguimento dell'interesse pubblico, che invece è demandato all'attività dell'amministrazione nel suo complesso, affermando che il potere trova legittima esplicazione unicamente per colpire violazioni degli obblighi attinenti alla prestazione lavorativa.

Si è anche accennato al fatto che alcune delle condotte tipizzate dal legislatore, però, sembravano configurare obblighi non connessi alla prestazione di lavoro, intesa in senso stretto²⁰⁴. Ora, prima di procedere all'analisi di una tematica connessa, ma diversa, e cioè quella della funzione della sanzione disciplinare, intesa nella sua singolarità, è necessario specificare meglio quanto in quella sede esposto.

Invero, integrando quanto già rilevato²⁰⁵, si può ritenere che anche le nuove disposizioni legislative configurino obblighi collocabili nell'alveo delle disposizioni di cui agli artt. 2104 e 2105 cod. civ., e comunque obblighi contrattuali. Semplicemente, la particolarità del rapporto di lavoro pubblico, impone che quegli obblighi si atteggino in

²⁰³ Seppure non affermi questo, VIOLA, *La riforma Brunetta del sistema disciplinare e gli imprevedibili riflessi sulla responsabilità civile della PA*, cit., pag. 722 rileva che le norme che rapportano la proporzionalità della sanzione non ad una condotta, ma ad un danno o ad elementi analoghi, presentano «evidenti problematiche di coerenza interna (il richiamo dell'art. 2106 c.c. [...] importa il riferimento a un sistema di valutazione complessivo della rilevanza della violazione che è in contrasto con il richiamo del solo elemento del danno arrecato...) ed esterna (il richiamo del solo elemento del danno si presenta in contrasto con il principio generale di proporzionalità che è alla base di tutti i sistemi disciplinari ed è caratterizzato da quelle sostanziali ambiguità di fondo [...] che ne rendono impossibile l'uso in funzione di criterio esclusivo di graduazione della sanzione disciplinare) che ne rendono fortemente problematica l'applicazione».

²⁰⁴ V. i §§ 2 e 2.1 del capitolo I.

²⁰⁵ V. cap. I, § 2.1.

maniera più pregnante rispetto a quelli dei lavoratori privati, così da adattarsi al contesto differente all'interno del quale viene eseguita la prestazione. Essi devono comunque essere considerati obblighi di natura contrattuale, collegati alla corretta esecuzione della prestazione di lavoro.

Del resto, si è visto che una delle nuove infrazioni che a suo tempo furono richiamate per mettere in dubbio questo assunto, e cioè la mancata collaborazione ad un procedimento disciplinare, era sostanzialmente già prevista dalla contrattazione collettiva, che, *ex art. 40, co. 1, d.lgs. n. 165 del 2001*, «determina i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro». A fronte di ciò, non si può dubitare che un obbligo presente nella contrattazione non sia attinente alla prestazione lavorativa, come specificato dalla fonte collettiva²⁰⁶.

Detto questo, si può procedere all'individuazione della funzione della singola sanzione. Essa può perseguire molteplici finalità. Quella principale, alla luce della natura contrattuale del potere disciplinare, è costituita dal ripristino del corretto funzionamento dell'organizzazione di lavoro dell'amministrazione²⁰⁷. A questa si accompagna lo scopo afflittivo nei confronti del dipendente che abbia commesso l'illecito. Vi è poi una finalità di prevenzione, sia speciale, nei confronti del singolo dipendente, per evitare che reiteri in futuro la medesima infrazione, sia generale, nei confronti di tutti i dipendenti pubblici, per distoglierli dalla tentazione di commettere degli illeciti disciplinari²⁰⁸.

Tali finalità, in linea generale, sono presenti, alcune in misura superiore alle altre, a seconda del modello adottato. Analizzando le norme introdotte dal d.lgs. n. 150 del 2009, sembrano risultare più accentuate le finalità afflittive e, soprattutto, preventive generali²⁰⁹.

Emblematiche in tal senso sono le norme che disciplinano i casi in cui il dipendente che ha commesso un'infrazione venga trasferito ad altra amministrazione o si dimetta.

L'art. 55 *bis*, co. 8, d.lgs. n. 165 del 2001, prevede che «in caso di trasferimento del dipendente, a qualunque titolo, in un'altra amministrazione pubblica, il procedimento disciplinare è avviato o concluso o la sanzione è applicata presso quest'ultima».

²⁰⁶ A proposito di tale fattispecie, ritiene che si configuri un «dovere di leale collaborazione nei confronti dell'Amministrazione» inserito tra i «doveri contrattuali» ROMEL, *Spunti sulla responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici*, cit., pag. 1632. Tuttavia, per una critica all'individuazione di doveri e non di obblighi contrattuali, v. *supra*, in questo capitolo, il § 1.

²⁰⁷ URSI, *Alcune considerazioni sul nuovo regime delle sanzioni disciplinari dopo il decreto Brunetta*, cit., pag. 766.

²⁰⁸ MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, cit., pagg. 170-172; MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, cit., pag. 25. Con particolare riferimento alla funzione di prevenzione generale, VIOLA, *La riforma Brunetta del sistema disciplinare e gli imprevedibili riflessi sulla responsabilità civile della PA*, cit., pag. 722.

²⁰⁹ VIOLA, *La riforma Brunetta del sistema disciplinare e gli imprevedibili riflessi sulla responsabilità civile della PA*, cit., pag. 722, rileva però che aver ancorato l'entità della sanzione di cui all'art. 55 *sexies*, co. 1, unicamente all'ammontare del danno al cui risarcimento sia stata condannata l'amministrazione, produca effetti distorsivi: «sotto il profilo general-preventivo, è infatti, fin troppo semplice attendersi dipendenti pubblici fortemente motivati e attenti nelle ipotesi in cui il danno possibile sia di rilevante entità [...] e, al contrario, un minimo di attenzione nelle ipotesi in cui, indipendentemente dalla gravità del comportamento, il danno non possa essere che di limitata rilevanza economica».

Il comma 9 dell'art. 55 *bis*, invece, dispone che «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 [...] e le determinazioni conclusive sono assunte ai fini degli effetti giuridici non preclusi dalla cessazione del rapporto di lavoro».

Queste due disposizioni, e in particolar modo la seconda, evidenziano come la sanzione applicata non rivesta alcuna finalità ripristinatoria, atteso che il soggetto sanzionato non è destinato ad eseguire la prestazione a favore dell'amministrazione (nel caso di dimissioni) o continua il suo rapporto presso un'amministrazione diversa da quella in cui si è rivelato inadempiente²¹⁰.

Con riferimento alla norma di cui all'art. 55 *bis*, co. 8, si nota che viene imposto all'amministrazione di sanzionare un dipendente che non ha violato, nei confronti di essa, alcun obbligo contrattuale. In dottrina, si è sottolineato correttamente come una tale imposizione non abbia ragione di essere, dato che l'amministrazione non può essere intesa come un soggetto unitario, ma, al contrario, ciascuna ha propri assetti e caratteristiche²¹¹.

In relazione invece all'art. 55 *bis*, co. 9, si rileva che l'applicazione della sanzione al dipendente dimissionario non trova una giustificazione nella funzione preventiva, nel senso di distogliere il dipendente dalla commissione di future infrazioni²¹².

Ebbene proprio quest'ultima norma, soprattutto, appare improntata a rafforzare la funzione di prevenzione generale nei confronti degli altri dipendenti, che sono messi a conoscenza del fatto che nemmeno le dimissioni eviteranno loro l'applicazione della

²¹⁰ Secondo MAINARDI, *Il "dovere" del dirigente di sanzionare il demerito: il procedimento disciplinare*, cit., pag. 2720, le due norme sarebbero espressione della «proiezione del potere» disciplinare «verso interessi ultronei rispetto quelli dell'amministrazione colpita dall'illecito».

²¹¹ URSI, *Alcune considerazioni sul nuovo regime delle sanzioni disciplinari dopo il decreto Brunetta*, cit., pag. 764. Lo stesso autore pone alcuni interessanti interrogativi circa l'applicazione della norma nel caso di trasferimento da un'amministrazione statale ad una locale o da un'amministrazione "privatizzata" ad una in regime di diritto pubblico. V. anche IACOPONI, *Le nuove disposizioni in materia di sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici*, in *Nuova Rass. Legisl. Dottr. Giur.*, 2010, n. 1, pag. 36, che evidenzia come, «in caso di mobilità tra enti diversi, non vi è soluzione di continuità tra i due rapporti di lavoro». *Contra*, DEODATO, FRETTONI, *La riforma Brunetta: le nuove regole del lavoro pubblico*, cit., pag. 76, secondo cui la norma si spiega con il fatto che presso l'amministrazione nella quale il dipendente risulta trasferito «continua a vivere il rapporto di servizio» e dunque quest'ultima ha «un interesse concreto alla piena conoscenza, alla valutazione e alla "gestione" dei suoi profili disciplinari». V. anche LOSTORTO, *Il nuovo procedimento disciplinare*, cit., pag. 498, secondo cui con la disposizione «viene consacrata a livello normativo la regola del passaggio al nuovo datore di lavoro di tutti i poteri datoriali e quindi anche di quello disciplinare, con la conseguente non conservazione del potere disciplinare in capo all'amministrazione di provenienza in quanto non più attuale datore di lavoro». Critiche alla norma sono state avanzate anche da RAVELLI, *Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici*, cit., pag. 1357, secondo cui «il trasferimento del dipendente fa venir meno l'interesse dell'amministrazione di provenienza a portare avanti il procedimento e ancor meno interessata a farlo dovrebbe essere l'amministrazione di destinazione», dato che l'esercizio del potere è funzionale al ripristino del corretto svolgimento della prestazione.

²¹² URSI, *Alcune considerazioni sul nuovo regime delle sanzioni disciplinari dopo il decreto Brunetta*, cit., pag. 765, che non vi ravvede nemmeno una funzione repressiva.

sanzione²¹³. Come notato in dottrina, se certo la sanzione non ha alcun effetto nel caso in cui il dipendente sanzionato non ambisca ad essere riassunto da un'altra amministrazione, così non è nel caso contrario, dato che tutti i bandi di assunzione, solitamente, richiedono tra i requisiti di ammissione al concorso, quello di non essere stati licenziati dall'impiego presso una pubblica amministrazione²¹⁴.

Altrettanto pacifico è che la sanzione disciplinare non ha la funzione di risarcire un danno al datore di lavoro. A sostegno della tesi vi sono vari argomenti. Innanzitutto il danno non sarebbe un elemento essenziale dell'infrazione, potendo alcune condotte essere punite a prescindere da esso²¹⁵. In secondo luogo, si fa notare che il datore di lavoro non si appropria dell'importo delle sanzioni pecuniarie, che invece confluisce in vari fondi gestiti dagli enti previdenziali²¹⁶, o, quando introitato dal bilancio dell'amministrazione, viene destinato ad attività sociali²¹⁷.

Come detto, però, il legislatore del 2009 ha introdotto alcune infrazioni che invece prevedono tra gli elementi costitutivi dell'infrazione disciplinare il danno. Si tratta dell'art. 55 *sexies*, co. 2 e dell'art. 55 *sexies*, co. 1, ove peraltro, come già visto, si parla di danno al normale funzionamento dell'ufficio, che non necessariamente pare essere di tipo patrimoniale.

In altre disposizioni, invece il danno è preso in considerazione separatamente dalla responsabilità disciplinare, come nel caso dell'art. 55 *quinqüies*, co. 2. Peraltro, la disposizione è congegnata in modo tale da fare apparire che il danno sia sottinteso nella condotta fraudolenta del lavoratore, tant'è che viene addirittura quantificato l'importo del risarcimento, pari «al compenso corrisposto a titolo di retribuzione nei periodi per i quali sia accertata la mancata prestazione».

In altre norme, come ad esempio nell'art. 55 *quater*, co. 2, il danno, pur non menzionato, appare sottinteso dal legislatore.

²¹³ In questo senso anche RAVELLI, *Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici*, cit., pag. 1357; URSI, *Alcune considerazioni sul nuovo regime delle sanzioni disciplinari dopo il decreto Brunetta*, cit., pag. 765, che però critica ugualmente la norma come sproporzionata e irragionevole.

²¹⁴ V. MAINARDI, *Il "dovere" del dirigente di sanzionare il demerito: il procedimento disciplinare*, cit., pag. 2720; DEODATO, FRETTONI, *La riforma Brunetta: le nuove regole del lavoro pubblico*, cit., pag. 77; DI PAOLA, *La nuova disciplina dell'esercizio del potere disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, cit., pag. 21; RAVELLI, *Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici*, cit., pag. 1357; CURRAO, PICARELLA, *Lo sguardo "severo" del legislatore: le nuove regole del potere disciplinare*, cit., pag. 11, le quali individuano ulteriori ipotesi in cui può essere opportuna la prosecuzione del procedimento disciplinare, ad esempio in relazione al medico che, dimettendosi, voglia evitare di subire la radiazione dall'albo prevista dall'art. 55 *quinqüies*, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001. Sottolinea come il provvedimento disciplinare produrrà gli effetti non pregiudicati dalla cessazione del rapporto anche KRANZ, *Il nuovo sistema disciplinare nella pubblica amministrazione locale*, in *Azienditalia Il Personale*, 2009, n. 11, pag. 486.

²¹⁵ MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, cit., pag. 169; URSI, *Alcune considerazioni sul nuovo regime delle sanzioni disciplinari dopo il decreto Brunetta*, cit., pag. 766. V. in questo capitolo il § 6.1.

²¹⁶ URSI, *Alcune considerazioni sul nuovo regime delle sanzioni disciplinari dopo il decreto Brunetta*, cit., pag. 766.

²¹⁷ Cfr. ad es. l'art. 13, co. 2, del CCNL Ministeri del 12 giugno 2003, che così dispone nel caso delle multe.

Ora, alla luce di queste norme, e soprattutto di quelle di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 55 *sexies*, in dottrina si è rilevato che il legislatore si pone in contrasto con la funzione tradizionale della sanzione disciplinare, dando un ruolo centrale non alla condotta del dipendente, ma al danno cagionato all'amministrazione²¹⁸.

Tuttavia, approfondendo l'analisi delle due norme citate, ci si accorge che, in entrambi i casi, il danno appare come l'effetto della condotta vietata, che presuppone comunque la violazione degli obblighi contrattuali. Ciò è espressamente previsto nell'art. 55 *sexies*, co. 1. Ma anche l'infrazione di cui al comma successivo della medesima norma, non può prescindere da una violazione contrattuale. Non è immaginabile un lavoratore inefficiente o che dimostra una incompetenza professionale senza aver violato alcun obbligo della sua prestazione lavorativa. E del resto, anche la stessa previsione del danno come elemento costitutivo dell'infrazione non è sconosciuta alla contrattazione collettiva, che prevedeva, già prima della riforma Brunetta, come visto, la sanzionabilità di «qualsiasi comportamento da cui sia derivato danno grave all'amministrazione o a terzi»²¹⁹.

In conclusione, le norme legislative non appaiono “rivoluzionarie”. Il danno è sempre previsto come un effetto della violazione dell'obbligo contrattuale. Paradossalmente, con l'intervento legislativo, anche in questo caso, è stato reso più rigido l'utilizzo delle sanzioni volute dal legislatore, in quanto, se il danno non è espressamente indicato nella norma disciplinare, non necessiterà di prova, mentre, nel caso opposto, dovrà essere provato. Subordinare la sanzionabilità nel caso di dimostrata inefficienza e incompetenza professionale alla causazione del danno, implica infatti la prova di quest'ultimo, appesantendo l'onere probatorio dell'amministrazione. Non era necessario, dato che i due concetti costituiscono senz'altro, di per sé, condotte astrattamente sanzionabili, beninteso, se sorrette, come pare scontato, da una violazione degli obblighi della prestazione lavorativa.

8- *Sanzioni conservative e sanzioni estintive*

E' noto che le sanzioni disciplinari si distinguono in conservative ed estintive, a seconda che consentano la prosecuzione del rapporto o determinino la sua cessazione. L'art. 7 dello Statuto dei lavoratori cita solo quelle conservative. Il comma 4 della disposizione prevede limiti massimi alla multa e alla sospensione dal servizio e dalla retribuzione, e

²¹⁸ URSI, *Alcune considerazioni sul nuovo regime delle sanzioni disciplinari dopo il decreto Brunetta*, cit., pag. 767.

²¹⁹ Così, ad esempio, l'art. 13, co. 3, lett. h) del CCNL Ministeri del 12 giugno 2003.

vieta sanzioni disciplinari che comportino mutamenti definitivi del rapporto. Il comma quinto cita il rimprovero verbale.

Dopo la riforma Brunetta, nessun comma dell'art. 7 dello Statuto è richiamato dal testo unico sul pubblico impiego. Si può discutere se tale mancato richiamo sia indice dell'inapplicabilità totale della norma, o se invece, in forza del rinvio generale alle norme della l. n. 300 del 1970 operato dall'art. 51, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001, trovino comunque applicazione quelle disposizioni dell'art. 7 che non sono espressamente o implicitamente derogate dalle norme speciali applicabili al lavoro pubblico privatizzato²²⁰. Di sicuro, già prima del d.lgs. n. 150 del 2009, il comma 4 dell'art. 7 Stat. Lav. non trovava applicazione, in quanto l'art. 55 del d.lgs. n. 165 del 2001 richiamava solo i commi 1, 5 e 8. E si può ritenere, anche aderendo alla tesi dell'applicabilità dei commi della disposizione statutaria non derogati da norme speciali, che esso continui ad essere inapplicabile, in quanto implicitamente derogato dalle norme del d.lgs. n. 165 del 2001 che prevedono sanzioni di entità superiore a quella ivi prevista²²¹.

Dal mancato richiamo del quarto comma, la dottrina riteneva ammissibile sia la previsione di sanzioni che comportassero un mutamento definitivo del rapporto²²², sia la possibilità di stabilire dei massimi edittali più elevati per la multa e la sospensione dal servizio con privazione della retribuzione. In relazione a tale ultima possibilità, anzi, l'opportunità di elevare tali massimi era vista con favore, nell'ottica di limitare e, sostanzialmente, di relegare ad un ruolo di *extrema ratio*, l'applicazione del licenziamento disciplinare solo ai casi in cui fosse effettivamente proporzionato ai fatti.

Alla luce di ciò, la contrattazione collettiva, mentre non aveva ritenuto di aumentare l'importo della multa, né aveva previsto sanzioni conservative che comportassero un mutamento definitivo del rapporto, aveva invece provveduto a prevedere casi di sospensione dal lavoro e dalla retribuzione fino a sei mesi, a seconda della gravità della condotta. Contestualmente, però, aveva previsto, al fine di non intaccare il principio di retribuzione sufficiente *ex art. 36 Cost.*, che in tutti i casi di sospensione da 11 giorni a sei mesi, «il dipendente è privato della retribuzione fino al decimo giorno, mentre, a decorrere dall'undicesimo giorno, viene corrisposta allo stesso un'indennità pari al 50% della retribuzione [...] nonché gli assegni del nucleo familiare ove spettanti»²²³.

²²⁰ Per quest'ultima tesi, si veda quanto detto nel cap. I, § 3.3. Si veda inoltre quanto si dirà in questo capitolo, al § 9 e nel cap. III, § 4.

²²¹ V. art. 55 *bis*, co. 7, che prevede la sospensione fino a quindici giorni; l'art. 55 *sexies*, co. 1 e 3, che la prevedono fino a 3 mesi. Per una sanzione che può comportare un mutamento definitivo del rapporto, v. l'art. 55 *sexies*, co. 2. Anche i contratti collettivi successivi alla riforma prevedono sanzioni che sfiorano il massimo previsto dal comma 4 dell'art. 7 dello Statuto.

²²² Con l'eccezione delle sanzioni previste per il caso dello sciopero nei servizi pubblici essenziali, *ex art. 4, co. 1, l. n. 146 del 1990*, che le esclude espressamente.

²²³ Così ad esempio l'art. 13, co. 4, CCNL Ministeri del 12 giugno 2003.

Ebbene, il legislatore del 2009 prevede sanzioni conservative “lunghe”, fino al limite dei tre mesi già previsto dalla contrattazione collettiva, e introduce per la prima volta una sanzione che può, in ipotesi, comportare una mutazione definitiva del rapporto.

Si è però accennato al fatto che, nel prevedere la sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino a tre mesi, il legislatore non ha avuto la stessa cura della contrattazione collettiva, nel senso che non ha dettato una norma volta a contemperare l'entità della sanzione con il principio costituzionale della sufficiente retribuzione. E che i contratti collettivi stipulati dopo la riforma del 2009 non hanno provveduto a colmare tale lacuna, in quanto non contengono più disposizioni come quella sopra citata.

Si può ritenere, al riguardo, che continuino a trovare applicazione le disposizioni che contemplavano questo meccanismo retributivo, contenute nei contratti collettivi stipulati prima della riforma, e ancora vigenti, nella parte non incompatibile con le norme del d.lgs. n. 165 del 2001, come modificato dal d.lgs. n. 150 del 2009, fino alla stipulazione dei nuovi contratti²²⁴. Tale opinione si fonda su una interpretazione costituzionalmente orientata delle nuove norme legislative. Ma i nuovi contratti collettivi, come visto, tacciono sul punto. In assenza di una norma, sia pure convenzionale, da cui il giudice possa trarre spunto, si potrebbe dubitare della legittimità delle norme stesse, nella parte in cui non prevedono meccanismi idonei a garantire il rispetto dell'art. 36 della Costituzione²²⁵.

Sul fronte delle sanzioni che comportano un mutamento definitivo del rapporto, rileva invece l'art. 55 *sexies*, co. 2, del d.lgs. n. 165 del 2001. In realtà, la norma contempla la possibilità di una tale sanzione, ma solamente in maniera potenziale.

Essa prevede, all'esito del procedimento disciplinare, il collocamento in disponibilità, e l'indicazione, nel provvedimento conclusivo del procedimento, delle mansioni e della qualifica per le quali può avvenire il ricollocamento. E' chiaro che si tratta di una sanzione modificativa del rapporto solo eventuale²²⁶, in quanto essa può avvenire in caso, appunto, di ricollocamento, mentre, se ciò non avviene, il rapporto di lavoro sarà risolto definitivamente.

²²⁴ Si è già detto che nelle raccolte sistematiche delle disposizioni contrattuali elaborate dall'Aran le norme in questione sembrano essere considerate ancora vigenti. V. in questo capitolo il § 3, nota 79.

²²⁵ Ammesso che la norma costituzionale si applichi nei casi in cui il rapporto di lavoro è sospeso per motivi disciplinari. Sul punto, v. in questo capitolo, il § 3.

²²⁶ Cfr. RAVELLI, *Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici*, cit., pag. 1365; CURRAO, PICARELLA, *Lo sguardo “severo” del legislatore: le nuove regole del potere disciplinare*, cit., pag. 17.

La sanzione è già quindi la messa in disponibilità²²⁷, mentre le successive vicende del rapporto sono incerte: si potrà avere o un ricollocamento con demansionamento, o la risoluzione del rapporto.

In primo luogo la legge non prevede una facoltà da parte dell'amministrazione di indicare mansioni e qualifica. L'uso del termine «stabilisce» porta a ritenere che si tratti di un'incombenza necessaria. In linea teorica, si potrebbe ritenere che le mansioni e la qualifica non debbano essere necessariamente nuove, potendo essere anche le stesse. Ma nella pratica, appare difficile che ciò possa avvenire, in quanto il lavoratore, per quelle mansioni e quella qualifica, ha già dimostrato la sua inefficienza e la sua incompetenza professionale, e dunque nessuna amministrazione si accollerebbe il rischio di utilizzare un lavoratore dimostratosi inefficiente o incompetente.

Che si tratti, nella volontà del legislatore, di una sanzione disciplinare è innegabile, atteso che essa è disposta all'esito del procedimento disciplinare²²⁸. Ecco quindi che per la prima volta, il legislatore ha previsto la possibilità - si ripete, solo eventuale - di una sanzione definitivamente modificativa del rapporto²²⁹.

La previsione di una sanzione disciplinare comporta la necessità di ancorare la stessa ad un'infrazione, e in definitiva ad una violazione degli obblighi contrattuali, da cui discenda l'accertamento dell'inefficienza e della incompetenza professionale, a loro volta accertate all'esito delle procedure di valutazione.

Tuttavia, analizzando la disposizione legislativa e la sanzione prevista, la fattispecie sembrerebbe più propriamente collocabile nell'ambito delle norme sulle cause oggettive di risoluzione del rapporto. La stessa sanzione, infatti, sembra configurare una sorta di possibile *repêchage*, prevedendo la risoluzione del rapporto solo come *extrema ratio*, nell'ipotesi in cui non fosse possibile il ricollocamento nonostante un sostanziale demansionamento del lavoratore²³⁰.

Ma così non è. Il legislatore l'ha contemplata come sanzione disciplinare. Ciò potrebbe anche aprire nuovi spiragli per l'applicazione del principio di *repêchage* nel caso di licenziamento disciplinare, attualmente negato dalla giurisprudenza maggioritaria²³¹.

²²⁷ Cfr. LOSTORTO, *Il nuovo procedimento disciplinare*, cit., pag. 486, che indica proprio la messa in disponibilità come sanzione conservativa. Tuttavia, è agevole concludere che la sanzione conservativa potrebbe divenire sostanzialmente estintiva nel caso in cui non avvenga il ricollocamento entro due anni.

²²⁸ In questo senso anche LOSTORTO, *Il nuovo procedimento disciplinare*, cit., pag. 485.

²²⁹ V. DI PAOLA, *La nuova disciplina dell'esercizio del potere disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, cit., pag. 10; BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, cit., pag. 417.

²³⁰ Di demansionamento per legge parla KRANZ, *Il nuovo sistema disciplinare nella pubblica amministrazione locale*, cit., pag. 488.

²³¹ L'obbligo di *repêchage* è infatti previsto, nel settore del lavoro privato, solo nel caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Un licenziamento disciplinare trova giustificazione in motivi soggettivi, e quindi la regola in tal caso non vale. V. Cass. civ., sez. lav., 1 ottobre 1998, n. 9768, in *Giust. Civ.*, 1998, I, pag. 1755, con nota di CARO. Per l'esclusione dell'obbligo di *repêchage* in caso di inidoneità permanente assoluta a rendere la prestazione lavorativa, integrante giusta causa, v. Cass. civ., sez. lav., 29 marzo 2010, n. 7531, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2011, II, pag. 3, con nota di D'AUTO. Il d.lgs. n. 165 del 2001 detta disposizioni

L'accertata inefficienza o incompetenza professionale è infatti sicuramente un fatto capace di minare la fiducia del datore di lavoro nell'esattezza dei successivi adempimenti. E allora, se il legislatore ha introdotto tale possibilità, pur in relazione ad una ben precisa infrazione, si potrebbe sostenere l'applicabilità del meccanismo ivi sotteso ad altre ipotesi in cui sarebbe possibile il licenziamento disciplinare.

Da ultimo, si accenna al fatto che, sempre per la prima volta, sono state previste sanzioni conservative a carico dei dirigenti. La tematica verrà approfondita nel quarto capitolo. Qui si anticipa che l'applicazione di tale tipo di sanzioni può costituire una delegittimazione del dirigente, agli occhi dei dipendenti a lui sottoposti²³².

9- *La recidiva e la reiterazione delle infrazioni*

La tematica della rilevanza della recidiva nel lavoro pubblico si presenta, dopo la riforma del 2009, ancora più complessa.

Come più volte detto, l'art. 55, nella sua attuale formulazione, non richiama più l'art. 7 dello Statuto dei lavoratori, e quindi neanche il comma 8, il quale prevede che «non può tenersi conto ad alcun effetto delle sanzioni disciplinari decorsi due anni dalla loro applicazione».

Ne consegue che, secondo parte della dottrina, la norma non sarebbe più applicabile ai pubblici dipendenti, e che quindi oggi non vi sarebbe alcuna disposizione legislativa in materia riguardante il lavoro pubblico privatizzato. Non può infatti essere recuperato l'art. 86 del d.p.r. n. 3 del 1957²³³, alla luce dell'inequivocabile lettera dell'art. 2, co. 2, primo periodo, d.lgs. n. 165 del 2001²³⁴. La disciplina della recidiva quindi sarebbe rimessa interamente alla contrattazione collettiva, in controtendenza rispetto al quadro complessivo della riforma, teso ad una forte riduzione delle competenze del contratto

specifiche in tema di permanente inidoneità psicofisica del dipendente, rinviando anche ad un apposito regolamento governativo, emanato con d.p.r. n. 171 del 2011. Va evidenziato che il d.p.r. prevede un obbligo di *repêchage* nel caso di inidoneità permanente relativa (art. 7), mentre, per quella assoluta, prevede la risoluzione del rapporto, con corresponsione, se dovuta, dell'indennità sostitutiva del preavviso, senza richiamare l'esperimento del procedimento disciplinare (art. 8). Quest'ultimo è invece necessario «in caso di rifiuto ingiustificato di sottoporsi alla visita reiterato per due volte» da parte del dipendente (art. 6, co. 3). Circa la legittimità del licenziamento per quest'ultima ipotesi, già prima della riforma del 2009, v. Trib. Rimini, 12 dicembre 2008, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2008, n. 6, pag. 1331.

²³² In questo senso MAINARDI, *Fonti, poteri e responsabilità nella valutazione del merito dei dipendenti pubblici*, cit., pag. 756.

²³³ Secondo cui «all'impiegato che incorre in una infrazione disciplinare dopo essere stato punito per una infrazione della stessa specie può essere inflitta la sanzione più grave di quella prevista per l'infrazione stessa».

²³⁴ La norma dispone che «i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto, che costituiscono disposizioni a carattere imperativo».

collettivo a favore delle disposizioni di legge²³⁵. Il testo dell'art. 40, co. 1, ultimo periodo, d.lgs. n. 165 del 2001, ai sensi del quale «nelle materie relative alle sanzioni disciplinari [...] la contrattazione collettiva è consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge», non può essere inteso nel senso che la competenza della fonte contrattuale sia autorizzata ad intervenire solo laddove vi sia un espresso rinvio della legge²³⁶. Se il legislatore avesse voluto limitare l'intervento del contratto anche in materia di recidiva, lo avrebbe dovuto fare espressamente, come avvenuto, ad esempio, in relazione all'istituzione di procedure di impugnazione delle sanzioni disciplinari.

Tuttavia, è stata anche avanzata la tesi della vigenza dell'art. 7, e quindi pure del suo ottavo comma, nonostante il mancato richiamo espresso della norma statutaria, per via del già riferito rinvio generale alle norme dello Statuto operato dall'art. 51, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001²³⁷, quantomeno per quelle disposizioni che non sono derogate esplicitamente o implicitamente da norme speciali dettate per il lavoro pubblico privatizzato, come è appunto per la recidiva.

Quest'ultima tesi sembra trovare un appiglio nella contrattazione collettiva stipulata dopo la riforma del 2009. Il CCNL DigitPa del 12 aprile 2011, all'art. 52, co. 3, ha lo stesso identico contenuto dell'art. 7, co. 8, Stat. Lav.²³⁸. Soprattutto, poi, tra i criteri generali da utilizzare per determinare il tipo e l'entità delle sanzioni, lo stesso contratto pone quello dei «precedenti disciplinari nell'ambito del *biennio previsto dalla legge*»²³⁹.

Ora, potrebbe trattarsi semplicemente di una svista. Le parti stipulanti non avrebbero tenuto conto che non vi è più, dopo l'eliminazione del rinvio all'art. 7, Stat. Lav., alcuna norma di legge sulla recidiva relativa al lavoro pubblico. Il contratto collettivo può mantenere immutata la sua rilevanza solo biennale, come infatti fa l'art. 52 del CCNL DigitPa, ma per una libera scelta, e non in osservanza di una norma di legge non più applicabile²⁴⁰.

²³⁵ RAVELLI, *Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici*, cit., pag. 1353; BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, cit., pag. 409; CURRAO, PICARELLA, *Lo sguardo "severo" del legislatore: le nuove regole del potere disciplinare*, cit., pag. 6, secondo cui si tratta di «una delle poche ipotesi in cui un ambito prima di competenza della legge viene rimesso alla competenza delle parti negoziali». Tuttavia, non si trattava di una materia di competenza esclusiva della legge, tant'è che la contrattazione collettiva ha sempre dettato disposizioni in merito, ovviamente nel rispetto del principio della norma statutaria.

²³⁶ Cfr. MAINARDI, *Fonti, poteri e responsabilità nella valutazione del merito dei dipendenti pubblici*, cit., pag. 735, secondo cui «l'intervento della contrattazione potrà avvenire solo negli interstizi regolativi lasciati liberi da parte della legge». Il dubbio è sollevato da SPINELLI, *I limiti sostanziali all'esercizio del potere disciplinare nel lavoro pubblico. Il licenziamento disciplinare*, cit., pagg. 480-481, che però pare optare per l'interpretazione accolta in questa sede.

²³⁷ Cfr. URSI, *Alcune considerazioni sul nuovo regime delle sanzioni disciplinari dopo il decreto Brunetta*, cit., pag. 761; BUSICO, *La responsabilità disciplinare nella riforma Brunetta*, cit., pag. 350; con riferimento specifico proprio al comma ottavo, DI PAOLA, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e nel pubblico impiego privatizzato*, cit., pag. 379.

²³⁸ Identico è anche l'art. 7, co. 3, CCNL Unioncamere del 4 agosto 2010.

²³⁹ Art. 53, co. 1, lett. e), CCNL DigitPa del 12 aprile 2011.

²⁴⁰ Cfr. BONURA, G. CARUSO, *La nuova disciplina della responsabilità disciplinare del dipendente pubblico e la lotta all'assenteismo*, cit., pag. 17. *Contra*, DI PAOLA, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e nel*

Oppure potrebbe essere indice della persistente vigenza del comma 8 dell'art. 7 della l. n. 300 del 1970, derivante dall'art. 51, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001 e dall'assenza di norme speciali applicabili ai dipendenti pubblici²⁴¹.

La questione principale da affrontare riguarda il significato del concetto di recidiva. Ci si chiede se esso si riferisca alla reiterazione di condotte, a prescindere dall'essere state in concreto sanzionate, o se invece rilevi solo nel caso di condotte già punite con un provvedimento disciplinare. La lettera dell'ottavo comma dell'art. 7, st. lav., induce a ritenere esatta la seconda lettura, posto che esso si riferisce alle sanzioni applicate²⁴². Senonché, data la controversa vigenza della disposizione in materia di lavoro pubblico, la questione non è più così sicura.

E' opportuno a questo proposito, ad ogni modo, vedere quanto disposto dai contratti collettivi stipulati dopo la riforma del 2009, prendendo come punto di riferimento ancora una volta il CCNL DigitPa del 12 aprile 2011.

Come detto, le norme contrattuali hanno un contenuto uguale a quello dell'art. 7, co. 8, Stat. Lav.²⁴³. Ora, anche ritenendo che la disposizione statutaria non sia più applicabile - il che, alla luce del dato normativo, non è così scontato -, la precisazione, che in virtù del regime pre-riforma poteva apparire pleonastica, è invece di grande rilevanza. Viene confermata la necessità, per far valere la recidiva, che sia stata applicata una sanzione, e che della stessa si può tenere conto solo nei limiti dei due anni.

Il ruolo della contrattazione collettiva, che sia di conferma dell'art. 7, co. 8, l. n. 300 del 1970, ove questo sia ritenuto ancora applicabile al lavoro pubblico privatizzato, o di supplenza ad una fonte legislativa mancante, nel caso contrario, è molto importante. In assenza di tale disposizione contrattuale, in ipotesi, ritenendo inapplicabile la norma statutaria, si sarebbe potuto registrare un ritorno ad un regime simile a quello previsto sotto la vigenza della vecchia disciplina pubblicistica, antecedente alla privatizzazione, che non conteneva norme sulla rilevanza temporale della recidiva. Anzi, la disciplina sarebbe stata addirittura peggiorativa, in quanto il d.p.r. n. 3 del 1957 prevedeva, all'art. 87, l'istituto della riabilitazione, che determinava, decorsi due anni dall'applicazione della sanzione, la nullità degli effetti «esclusa ogni efficacia retroattiva»²⁴⁴; norma che, *ex art. 2*, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001, non è applicabile ai lavoratori pubblici privatizzati.

L'assenza di una norma legislativa, però, avrebbe potuto anche andare a svantaggio del datore di lavoro pubblico, ove i testi contrattuali avessero previsto una rilevanza della

pubblico impiego privatizzato, cit., pag. 379, per il quale la rilevanza solo biennale delle sanzioni applicate si porrebbe in contrasto con le finalità di efficienza perseguite dalla riforma del 2009.

²⁴¹ Sul punto e per maggiori approfondimenti v. anche il cap. III, § 4.

²⁴² MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, cit., pag. 334.

²⁴³ Art. 52, co. 3, CCNL DigitPa. Identico è anche l'art. 7, co. 3, CCNL Unioncamere del 4 agosto 2010.

²⁴⁴ Tuttavia, la riabilitazione non era automatica, dovendo essere concessa con decreto ministeriale e subordinata in ogni caso all'evenienza «che l'impiegato abbia riportato nei due anni la qualifica di "ottimo"».

recidiva ancora più limitata nel tempo, in estremo anche una sua assoluta irrilevanza. Se si ritiene libera in tale materia la contrattazione collettiva, ciò sarebbe potuto accadere, insorgendo in tal caso, però, una palese incongruenza con la più rigorosa regolamentazione disciplinare introdotta dal d.lgs. n. 150 del 2009²⁴⁵.

Ad ogni modo, l'indicazione dei precedenti disciplinari come uno dei criteri generali di determinazione del tipo e dell'entità della sanzione, nel rispetto del principio di gradualità e proporzionalità, di cui all'art. 53, co. 1, lett. e), CCNL DigitPa del 12 aprile 2011, continua a comportare che l'applicazione della recidiva non sia automatica, in quanto la proporzionalità della sanzione va sempre valutata con riguardo a tutti gli elementi del fatto concreto²⁴⁶. Tale conclusione, a rigore, dovrebbe anzi valere a prescindere dalla norma contrattuale, in virtù della diretta applicazione dell'art. 2106 cod. civ.

Altro discorso attiene, come detto, alla possibilità di utilizzare, ai fini della recidiva, anche infrazioni che non siano state sanzionate o addirittura, nemmeno contestate al lavoratore.

Analizzando il CCNL DigitPa, si notano delle differenze lessicali nella formulazione delle norme sulla recidiva. In alcuni casi si ritiene applicabile l'istituto nel caso di «mancanze [...] già sanzionate»²⁴⁷, di «mancanze [...] che abbiano comportato l'applicazione» della sanzione²⁴⁸, di «mancanze [...] quando sia stata comminata la sanzione»²⁴⁹. In altri invece si legittima la recidiva «quando le mancanze [...] presentino carattere di particolare gravità»²⁵⁰, o comunque senza specificare se le stesse siano state sanzionate²⁵¹.

Il d.lgs. n. 165 del 2001, poi, come visto, pur non parlando mai di recidiva, contiene alcune disposizioni che prendono in considerazione i precedenti del lavoratore, al fine di ricollegarvi una sanzione, il più delle volte estrema, quale il licenziamento²⁵².

²⁴⁵ Del resto, nel settore privato un accorciamento della durata della rilevanza della recidiva è stata prevista anche in costanza dell'applicazione dell'art. 7, co. 8, Stat. Lav., posto che la norma prevede solo un tetto massimo oltre il quale non si può andare, non impedendo un suo abbassamento, in funzione di maggior tutela per i lavoratori: cfr. PAPALEONI, *Il procedimento disciplinare nei confronti del lavoratore*, cit., pag. 460.

²⁴⁶ Cfr. MAINARDI, *La responsabilità e il potere disciplinare*, cit., pag. 875.

²⁴⁷ Art. 53, co. 2, CCNL DigitPa del 12 aprile 2011. Ma v. anche l'art. 8, co. 2, CCNL Unioncamere del 4 agosto 2010.

²⁴⁸ Art. 53, co. 5, lett. a) e co. 10, n. 1, lett. b), seconda parte, CCNL DigitPa del 12 aprile 2011. V. anche art. 8, co. 5, lett. a) e co. 10, n. 1, lett. b), seconda parte, CCNL Unioncamere del 4 agosto 2010.

²⁴⁹ Art. 53, co. 9, lett. a), prima parte, CCNL DigitPa del 12 aprile 2011; art. 8 co. 9, lett. a), prima parte, CCNL Unioncamere del 4 agosto 2010.

²⁵⁰ Art. 53, co. 9, lett. a), seconda parte, CCNL DigitPa del 12 aprile 2011; art. 8, co. 9, lett. a), seconda parte, CCNL Unioncamere del 4 agosto 2010.

²⁵¹ Art. 53, co. 10, n. 1, lett. b), prima parte, lett. c), lett. d), lett. e) e n. 2, lett. b) CCNL DigitPa del 12 aprile 2011; art. 8, co. 10, n. 1, lett. b), prima parte, lett. c), lett. d), lett. e) e n. 2, lett. b) CCNL Unioncamere del 4 agosto 2010.

²⁵² Si tratta dell'art. 55 *quater*, co. 1, lett. b), che considerando le assenze in un arco temporale di più anni, implicitamente dà rilevanza anche ad un precedente giorno di assenza; lett. e) («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*, co. 2 («insufficiente rendimento [...] dovuto alla reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione stessa»); art. 55 *septies*, co. 4 (reiterazione dell'«inosservanza degli obblighi di trasmissione per via telematica della certificazione medica concernente assenze di lavoratori per

Ora, anche per le disposizioni per le quali non è chiaramente specificato se sia stato o meno applicato un provvedimento sanzionatorio, è da ritenere che l'irrogazione della sanzione più grave sia condizionata alla comminazione di una sanzione ai precedenti disciplinari, che ovviamente presuppone la contestazione. Quest'ultima, di per sé, non è sufficiente, ove non sia stata seguita dall'applicazione della sanzione: in tal caso infatti il potere disciplinare si sarebbe consumato, senza l'accertamento di alcuna infrazione disciplinare.

Ritenendo diversamente, il lavoratore non verrebbe messo nelle condizioni di difendersi in relazione alle prime mancanze, anche per via del tempo trascorso dalla presunta commissione del fatto²⁵³. Non appare lecito assumere a base della recidiva una presunta infrazione che, non essendo stata sanzionata, o addirittura nemmeno contestata, non è stata oggetto di "accertamento" tempestivo da parte del datore di lavoro. E' evidente che, in caso contrario, in sede di procedimento disciplinare attivato per la recidiva dell'infrazione, il dipendente verrebbe sanzionato anche per un'infrazione per la quale sarebbe stata limitata la sua possibilità di difesa, aggirando tra l'altro il principio di tempestività della contestazione.

Ove invece la prima infrazione sia stata a suo tempo sanzionata, il diritto di difesa sarebbe salvo; né si avrebbe una violazione del principio del *ne bis in idem*, in quanto non verrebbe sottoposta ad una nuova valutazione la medesima condotta, ma verrebbe semplicemente posta quest'ultima, già accertata, a sostegno dell'applicazione della norma sulla recidiva, unitamente ad un'altra infrazione.

Tale ragionamento vale a maggior ragione nel rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni, considerando sia la perentorietà dei termini del procedimento disciplinare, sia l'obbligo di attivare il procedimento per ogni infrazione, sancito in linea generale dall'art. 55 *sexies*, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001²⁵⁴.

Per quanto attiene invece alle norme di legge che puniscono la reiterazione di determinate condotte, ci si trova in un contesto diverso dalla vera e propria recidiva. Quest'ultima, infatti, alla luce dei contratti collettivi vigenti, ha un limite di rilevanza temporale che continua ad essere biennale. Le disposizioni legislative invece puniscono la reiterazione di condotte poste in essere anche a notevole distanza di tempo, a volte indicando comunque un riferimento temporale, come nel caso delle assenze ingiustificate,

malattia»); art. 55 *octies*, co. 1, lett. d) («reiterato rifiuto, da parte del dipendente, di sottoporsi alla visita di idoneità»).

²⁵³ Appare utile richiamare la dottrina e la giurisprudenza che ricollegano il principio di immediatezza della contestazione anche all'esigenza di tutelare il dipendente, agevolato nell'addurre elementi di giustificazione a breve intervallo di tempo dall'infrazione: cfr. CHIECO, *Poteri dell'imprenditore e decentramento produttivo*, Torino, 1996, pag. 261.

²⁵⁴ Ma per un approfondimento su tale disposizione, v. capitolo IV, § 2.

altre volte no, come nel caso della reiterazione da parte del medico della violazione degli obblighi di trasmissione telematica dei certificati di malattia.

A maggior ragione per queste condotte, deve ritenersi che le precedenti debbano essere state contestate e sanzionate. Non si tratta infatti di comportamenti che assumono rilevanza disciplinare solo se visti nella loro cumulabilità, ma di fatti che assumono anche singolarmente un rilievo disciplinare. Un'assenza ingiustificata di un giorno costituisce già un'infrazione, sanzionata dal codice disciplinare²⁵⁵. Se non viene contestata e sanzionata, non può essere poi posta a base, ad esempio, della norma che punisce le quattro assenze nell'arco di un biennio di cui parla l'art. 55 *quater*, co. 1, lett. b), d.lgs. n. 165 del 2001. E ciò perché non è stata data al dipendente la possibilità, pregiudicata dal passare del tempo, di fornire le sue giustificazioni.

Vero è che la giurisprudenza ritiene possibile considerare fatti non contestati anche risalenti nel tempo al fine di una valutazione sulla complessiva gravità della condotta²⁵⁶, ma in tal caso, a prescindere dalle condivisibili critiche mosse a quest'orientamento giurisprudenziale, legate proprio alle suddette esigenze di difesa del lavoratore, non si tratta di valutare la gravità della condotta complessiva, ma di applicare una norma sanzionatoria che presenta come elementi della fattispecie le singole condotte, che anche isolatamente costituiscono infrazioni disciplinari, e che quindi vanno giudicate tempestivamente, anche come episodi singoli²⁵⁷.

²⁵⁵ V. art. 53, co. 5, lett. c), CCNL DigitPa del 12 aprile 2011.

²⁵⁶ Cfr. MATTAROLO, *Il potere disciplinare*, cit., pag. 837, e la giurisprudenza ivi citata.

²⁵⁷ Ovviamente è diverso per il caso, ad esempio, di un'assenza di quattro giorni consecutivi. In tale ipotesi, dato che l'assenza è continuativa, si potrà direttamente procedere alla contestazione dell'infrazione *ex art.* 55 *quater*, co. 1, lett. b), nel rispetto del termine per la contestazione di cui all'art. 55 *bis*, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001. La disposizione presenta però ulteriori questioni controverse. Ad es., nel caso di 4 giorni di assenza, non continui ma comunque spalmati in un tempo relativamente breve, come 30 giorni, si potrà contestare l'infrazione anche se sono decorsi i termini per la contestazione del primo giorno di assenza? La risposta dovrà essere positiva, se si considerano i fatti come unica infrazione, in quanto in tal caso i termini decorrono dall'ultimo giorno di assenza. La legge pare configurare un'infrazione autonoma. Ma, così facendo, si aggirerebbe la perentorietà dei termini per la contestazione della singola infrazione, consentendo all'amministrazione di utilizzare la singola assenza, non contestata tempestivamente, al fine dell'irrogazione della sanzione più grave. Appare preferibile ritenere che il datore di lavoro debba comunque contestare nei termini ogni singolo giorno di assenza, salvo, in caso, riunire i procedimenti disciplinari non conclusi al fine dell'applicazione del licenziamento.

CAPITOLO TERZO

Il procedimento disciplinare: termini, soggetti, negoziabilità della sanzione tra conciliazione ed arbitrato

1- Cenni generali in tema di procedimento disciplinare. Le ricadute della regolamentazione legislativa dei termini sul modello teorico della responsabilità disciplinare configurato dal legislatore

Se la materia delle sanzioni e delle condotte sanzionate va analizzata tenendo in particolare considerazione il fondamento contrattuale del potere disciplinare, le regole sul procedimento vanno indagate in stretta connessione con la questione della funzione del potere stesso.

Il procedimento disciplinare costituisce l'*iter* che il datore di lavoro deve seguire per giungere alla decisione di irrogare o meno una sanzione al lavoratore che si sia reso inadempiente ai suoi obblighi contrattuali. La funzione del procedimento disciplinare è in primo luogo quella di tutelare il dipendente da un uso arbitrario del potere datoriale. Indirettamente però il procedimento è utile anche al datore, in quanto gli consente di ponderare, anche alla luce delle giustificazioni del lavoratore, la necessità della sanzione e il tipo di pena da applicare. In questo senso dunque la sequenza procedimentale è strumentale al potere, e perciò essa non può essere analizzata astraendola dal potere cui è preordinata.

Se si ritiene che la funzione della *potestas* disciplinare del datore di lavoro pubblico sia quella di consentire l'autotutela datoriale, al fine di salvaguardare con uno strumento rapido il buon funzionamento dell'organizzazione e la disciplina del lavoro¹, il procedimento disciplinare deve essere studiato nell'ottica, appunto, di quello strumento veloce volto a soddisfare l'esigenza alla quale è servente, bilanciata con le esigenze di tutela del lavoratore.

E' noto come, specie nel settore privato, in un certo senso sia nato prima il potere disciplinare e poi il procedimento disciplinare, in forza della necessità di garantire un

¹ V. MONTUSCHI, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro privato*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1991, n. 9, pag. 1; GASPARRINI PIANESI, *La responsabilità disciplinare nella pubblica amministrazione in trasformazione*, cit., pag. 102; KRANZ, *Le distorsioni dell'interdipendenza tra nuovo sistema disciplinare e sistema di valutazione della performance dopo il decreto Brunetta*, cit., pag. 420 e segg.; BROLLO, CAMPANELLA, *Potere disciplinare*, cit., pag. 756.

minimo di tutele al lavoratore a fronte di un potere altrimenti libero ed arbitrario del datore. Nel settore del lavoro pubblico, viceversa, l'esercizio del potere è sempre stato accompagnato, già prima della privatizzazione del rapporto, da una procedura molto rigorosa da rispettare, che in parte bilanciava la discrezionalità dell'amministrazione nell'individuazione delle infrazioni disciplinari dei dipendenti pubblici². Costituisce un dato imprescindibile che la rapidità dell'azione datoriale deve essere bilanciata con le istanze garantistiche del dipendente, il quale deve poter fornire le sue giustificazioni prima ancora che la sanzione gli sia irrogata, oltre che *ex post* in sede giudiziale³.

Queste esigenze di difesa del lavoratore nel procedimento non sono venute meno con la riforma del 2009; anzi, per certi versi si sono rafforzate, per via della configurazione come perentori di tutti i termini che cadenzano la procedura, *ex art. 55 bis*, co. 2, ultimo periodo, e co. 4, ultimo periodo: la violazione di uno qualsiasi dei termini previsti dal legislatore (per la contestazione, per l'instaurazione del contraddittorio, per la conclusione del procedimento con l'archiviazione o con l'irrogazione del provvedimento disciplinare) «comporta, per l'amministrazione, la decadenza dall'azione disciplinare ovvero, per il dipendente, dall'esercizio del diritto di difesa»⁴.

In questa tesi non ci si propone di analizzare le singole fasi del procedimento disciplinare, ma di verificare, nell'ottica di uno studio sulla configurazione sistematica della responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici, se le disposizioni procedurali possano fornire strumenti ermeneutici utili per delineare l'esatta impostazione giuridica del fenomeno disciplinare nel pubblico impiego.

Ora, se è vero che il procedimento disciplinare è servente all'analogo potere datoriale, il modo con cui il legislatore lo configura può essere meritevole di attenzione.

Sotto tale aspetto, e diversamente da quanto visto in tema di infrazioni e sanzioni⁵, solo in parte si può parlare di una rilegificazione della materia. Sin dal d.lgs. n. 29 del

² Cfr. anche VOZA, *Fondamento e fonti del potere disciplinare nel lavoro pubblico*, cit., pag. 649. Sul quadro relativo al periodo precedente la privatizzazione, v. *passim* il cap. I.

³ Sul principio del contraddittorio all'interno del procedimento disciplinare come diritto fondamentale dell'individuo v. FERRANTE, *Forma e procedura del licenziamento. Il licenziamento disciplinare*, in *Trattato di diritto privato* diretto da BESSONE, vol. XXIV, *Il lavoro subordinato*, a cura di F. CARINCI, t. III, *Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzia dei diritti*, coordinato da MAINARDI, Torino, 2007, pag. 209.

⁴ Deve invece essere considerato come ordinatorio il termine previsto dall'art. 55 bis, co. 3, secondo cui «il responsabile della struttura, se non ha qualifica dirigenziale ovvero se la sanzione da applicare è più grave di quelle di cui al comma 1, primo periodo, trasmette gli atti, entro cinque giorni dalla notizia del fatto, all'ufficio individuato ai sensi del comma 4, dandone contestuale comunicazione all'interessato»: in questo senso v. TENORE, *Il procedimento disciplinare nel pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, cit., pagg. 103-104; LOSTORTO, *Il nuovo procedimento disciplinare*, cit., pag. 490; BUSICO, *La responsabilità disciplinare nella riforma Brunetta*, cit., pag. 354; APICELLA, *Lineamenti del pubblico impiego «privatizzato»*, cit., pag. 247. Ne costituisce conferma il testo del CCNL Area VIII, che esclude il termine in questione da quelli perentori (art. 12, co. 10). Infatti, in tal caso siamo ancora in una fase pre-procedimentale. Ad ogni modo, non è escluso che il ritardo eccessivo possa comportare l'illegittimità della sanzione poi applicata, per violazione del principio di difesa, qualora passi molto tempo tra la commissione del fatto e la sua persecuzione. La mancata segnalazione potrà comunque essere causa di responsabilità disciplinare, *ex art. 55 sexies*: v. LOSTORTO, *Il nuovo procedimento disciplinare*, cit., pag. 490.

⁵ V. *retro*, cap. II.

1993, infatti, il procedimento disciplinare è stato sempre regolato, nei suoi aspetti generali, dalla legge. Vero è che adesso il legislatore, con l'art. 55 *bis*, interviene più massicciamente⁶. Tuttavia, anche in tal caso la contrattazione non scompare. La legge demanda interamente ed in maniera espressa alla fonte contrattuale sia la disciplina del procedimento per le infrazioni per le quali è previsto il rimprovero verbale (art. 55 *bis*, co. 1, ultimo periodo, d.lgs. n. 165 del 2001) sia quella «per le infrazioni disciplinari ascrivibili al dirigente ai sensi degli articoli 55-*bis*, comma 7, e 55-*sexies*, comma 3», con la sola precisazione che «le determinazioni conclusive del procedimento sono adottate dal dirigente generale o titolare di incarico conferito ai sensi dell'articolo 19, comma 3» (art. 55, co. 4, d.lgs. n. 165 del 2001)⁷. Già questa considerazione porta a negare la sussistenza di una forma di ri-pubblicizzazione del potere e del procedimento. Quest'ultimo non torna ad essere un procedimento amministrativo, come prima della privatizzazione⁸.

Ciò che muta rispetto al passato è invece l'imposizione legislativa di termini procedurali rigorosi e perentori, che non sono lasciati, come prima, alla disciplina contrattuale collettiva⁹. Appare utile dedicare qualche cenno alla questione. Prima delle modifiche operate dal d.lgs. n. 150 del 2009, il d.lgs. n. 165 del 2001 non prevedeva espressamente la decadenza in caso di superamento dei (pochi) termini previsti dalla legge. L'art. 55, vecchia formulazione, prevedeva solo un termine dilatorio tra la contestazione e l'irrogazione per il tramite del rinvio al quinto comma dell'art. 7 Stat. Lav. (art. 55, co. 2) e disponeva, al comma 5, che «trascorsi inutilmente quindici giorni dalla convocazione per la difesa del dipendente, la sanzione viene applicata nei successivi quindici giorni»¹⁰.

⁶ Cfr. VOZA, *Fondamento e fonti del potere disciplinare nel lavoro pubblico*, cit., pag. 665.

⁷ V. B. CARUSO, *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (Il ridisegno della governance nelle p.a. italiane)*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 104/2010, pag. 36. Con riferimento al procedimento a carico dei dirigenti, infatti, le regole dell'art. 55 *bis*, co. 4, valgono solo in mancanza di diversa regolamentazione ad opera della contrattazione collettiva. Non si vede peraltro il motivo per cui il procedimento debba essere diverso a seconda dell'infrazione, dovendosi ritenere che le regole siano le stesse per qualunque tipo di mancanza del dirigente, e non solo per quelle di cui all'art. 55 *bis*, co. 7, e 55 *sexies*, co. 3. La disposizione però, come si vedrà nel prossimo paragrafo, è stata interpretata in maniera molto restrittiva dal dipartimento della funzione pubblica, ed i contratti collettivi non hanno previsto niente di specifico al riguardo.

⁸ BORGOGELLI, *Sui poteri della dirigenza pubblica nella disciplina dei rapporti di lavoro: il nuovo modello regolativo*, cit., pag. 1554.

⁹ V. a questo proposito, anche per la differenza col vecchio regime, Cass. civ., sez. lav., 4 maggio 2011, n. 9767, in *Guida Dir.*, 2011, n. 24, pag. 67. Come detto, deve invece ritenersi non perentorio il termine previsto dall'art. 55 *bis*, co. 3.

¹⁰ Sebbene in dottrina non mancavano voci circa la perentorietà di tale ultimo termine (v. TENORE, *I termini che cadenzano il procedimento disciplinare nell'impiego pubblico "privatizzato"*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2002, n. 1, pag. 77), la giurisprudenza propendeva per la sua natura ordinatoria, quanto meno nel caso in cui il dipendente avesse svolto le sue difese, e comunque lo riteneva derogabile dalla contrattazione collettiva e dai regolamenti di disciplina delle amministrazioni pubbliche datrici di lavoro (Cass. civ., sez. lav., 4 maggio 2011, n. 9767, cit.).

La contrattazione collettiva dal canto suo integrava i termini legali, fissando un termine entro cui effettuare la contestazione dell'addebito¹¹ ed uno finale massimo entro cui concludere il procedimento¹². Quest'ultimo era considerato perentorio sin dalla prima tornata contrattuale, data l'affermazione dell'estinzione del procedimento ove non rispettato. Quello relativo alla contestazione invece è stato espressamente dichiarato perentorio solo a partire dalla tornata contrattuale 2002-2005¹³. Questi citati erano gli unici espressamente definiti perentori dai contratti; gli altri termini, pure previsti da questi ultimi, erano considerati ordinatori.

Peraltro, secondo l'orientamento dominante della Cassazione, prima dell'espressa qualificazione come perentorio anche del termine per la contestazione operata dai contratti collettivi, soltanto quello finale dei 120 giorni era considerato tale¹⁴. L'orientamento che invece riteneva perentorio anche il termine per la contestazione era assolutamente minoritario¹⁵.

In ogni caso, in dottrina non si mancava di rilevare come la materia dei termini procedurali desse vita a molte incertezze interpretative, individuate come «una delle

¹¹ Si veda l'art. 24, comma 2, del CCNL Regioni e autonomie locali, come modificato dal CCNL 22 gennaio 2004, secondo cui «la contestazione deve essere effettuata tempestivamente e comunque nel termine di 20 giorni che decorrono [...] dal momento in cui il responsabile della struttura in cui il dipendente lavora ha avuto conoscenza del fatto» o «dal momento in cui l'ufficio competente per i procedimenti disciplinari, su segnalazione del responsabile della struttura in cui il dipendente lavora, ha avuto conoscenza del fatto comportante la applicazione di sanzioni più gravi del rimprovero verbale e di quello scritto».

¹² V. l'art. 24, comma 6, del CCNL Regioni e autonomie locali, secondo cui «il procedimento disciplinare deve concludersi entro 120 giorni dalla data della contestazione d'addebito. Qualora non sia stato portato a termine entro tale data, il procedimento si estingue».

¹³ La perentorietà del termine anche per la contestazione è stato espressamente previsto solo a partire dalla tornata contrattuale 2002-2005: v. art 24, comma 9 *bis*, CCNL Regioni e autonomie locali, come modificato dal CCNL 22 gennaio 2004, secondo cui «sono da intendersi perentori il termine iniziale e quello finale del procedimento disciplinare. Nelle fasi intermedie i termini ivi previsti saranno comunque applicati nel rispetto dei principi di tempestività ed immediatezza, che consentano la certezza delle situazioni giuridiche»; nello stesso senso l'art. 24, comma 10 CCNL Ministeri, come modificato dal CCNL 12 giugno 2003. Con riferimento a quest'ultimo comma, la giurisprudenza ha ritenuto che «attesa la mancanza di ogni riferimento all'avvenuta insorgenza di controversie di carattere generale sull'interpretazione della norma collettiva, [...] la nuova disposizione non costituisca norma pattizia di interpretazione autentica, di portata sostitutiva della clausola controversa con efficacia retroattiva, ma integri una modifica, come tale operante soltanto in riferimento alle vicende successive all'entrata in vigore del c.c.n.l. con il quale è stata pattuita»: così Cass. civ., sez. lav., 10 marzo 2010, n. 5806, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2010, n. 2, pag. 609; Cass. civ., sez. lav., 9 marzo 2009, n. 5637, in *Giust. Civ.*, 2010, n. 1, pag. 218.

¹⁴ V. Cass. civ., sez. lav., 8 luglio 2011, n. 15098, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2011, n. 3-4, pag. 592, secondo cui «la violazione di termini endoprocedimentali non comporta nullità del provvedimento disciplinare, salvo che il dipendente denunci, con concreto fondamento, l'impossibilità o l'eccessiva difficoltà della propria difesa», escludendo così in linea generale la perentorietà del termine per la contestazione: la sentenza, però, come le altre di seguito citate, si riferiscono appunto al periodo antecedente all'espressa qualificazione come perentoria anche del termine per la contestazione; Cass. civ., sez. lav., 12 marzo 2010, n. 6091, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, n. 3, pag. 365; Cass. civ., sez. lav., 10 marzo 2010, n. 5806, cit.; Cass. civ., sez. lav., 1 luglio 2009, n. 15394, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2009, n. 3-4, pag. 682. In dottrina, nel senso della natura ordinatoria del termine per la contestazione, prima che i contratti collettivi lo qualificassero come perentorio, TENORE, *I termini che cadenzano il procedimento disciplinare nell'impiego pubblico "privatizzato"*, cit., pag. 79; VIRGA, *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, cit, pag. 92.

¹⁵ Cass. civ., sez. lav., 18 marzo 2004, n. 5527, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, n. 3; Tar Lazio, sez. I, 24 febbraio 1998, n. 831, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 1998, pag. 919.

concause del cattivo funzionamento (che si traduce in sanzioni vittoriosamente impugnate in sede giurisdizionale per vizi procedurali) del sistema sanzionatorio interno»¹⁶.

L'operazione del legislatore del 2009 dovrebbe dunque essere analizzata nell'ottica di un tentativo di porre rimedio a tali incertezze. Se è vero che il termine perentorio è, nel lavoro pubblico, fissato più nell'interesse dell'amministrazione, in chiave di verifica dell'operato del dirigente chiamato a condurre il procedimento, che a tutela del lavoratore, come avviene invece nel settore del lavoro privato, tuttavia, almeno indirettamente, il dipendente trarrà un indubbio vantaggio dallo spirare dei termini.

La nuova cadenza procedimentale non pare in grado di smentire la funzione del potere disciplinare così come descritta nelle pagine precedenti. La speditezza dell'azione disciplinare non comporta un'attenzione diretta del legislatore verso finalità pubblicistiche¹⁷. La funzione del potere rimane quella di garantire la regolare attività lavorativa. Il suo esercizio contribuisce alla ricostituzione del regolare funzionamento dell'organizzazione del lavoro, il quale produce indubbiamente, ma sempre in via indiretta, effetti positivi anche sul raggiungimento degli obiettivi di efficienza dell'amministrazione. Assicurare tempi più rigidi e certi all'azione disciplinare contribuisce ad un rapido accertamento circa l'adempimento o l'inadempimento del lavoratore, facendo emergere in modo veloce se sia stato o meno commesso un fatto capace di intaccare il regolare funzionamento dell'organizzazione lavorativa e se, dunque, sia necessaria l'applicazione di una sanzione per ripararvi.

La legge pone una decadenza dall'esercizio del diritto di difesa anche in capo al lavoratore, nel tentativo di scongiurare atteggiamenti dilatori di quest'ultimo, volti a paralizzare l'azione datoriale¹⁸. Tuttavia, sarebbe preferibile ritenere che essa non sia assolutamente rigida, invero forzando il significato letterale della norma. Se si vuole considerare l'efficienza e la buona amministrazione nel suo complesso, infatti, non va dimenticato che l'applicazione non corretta di una sanzione disciplinare, perché sproporzionata o per fatti insussistenti, espone comunque l'amministrazione a conseguenze risarcitorie e restitutorie nel caso in cui, all'esito del ricorso giudiziale del lavoratore, il giudice abbia accertato l'illegittimità della sanzione applicata¹⁹. Dunque, è da ritenere che l'amministrazione, anche dopo che siano scaduti i termini perentori che la legge pone per l'esercizio delle difese del lavoratore, possa tenere conto delle

¹⁶ Così TENORE, *I termini che cadenzano il procedimento disciplinare nell'impiego pubblico "privatizzato"*, cit., pag. 61.

¹⁷ Cfr. LIGNANI, *La responsabilità disciplinare dei dipendenti dell'amministrazione statale*, cit., pag. 384, che pur all'interno di una visione tendente a sopravvalutare un sistema disciplinare attento a garantire il prestigio dell'amministrazione, e quindi orientato verso una funzionalizzazione del potere disciplinare, è scettico circa il termine breve per la contestazione, a causa della lunghezza dei tempi di lavorazione della pubblica amministrazione.

¹⁸ Art. 55 bis, co. 2 e 4, ultimo periodo, d.lgs. n. 165 del 2001.

¹⁹ Sul risarcimento del lavoratore a fronte di sanzioni disciplinari illegittime v. TENORE, *Il procedimento disciplinare nel pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, cit., pag. 171 e segg.

giustificazioni tardive del dipendente, purché, si intende, intervenute prima della conclusione del procedimento, e non troppo a ridosso della scadenza del termine di conclusione dello stesso²⁰.

In questo senso potrebbe essere letta una recente pronuncia della giurisprudenza di merito, secondo cui «il termine a difesa dell'incolpato *ex art. 55-bis* d.lgs. n. 165 del 2001 va qualificato quale termine dilatorio e inderogabile *in pejus* (ma non perentorio). La sua violazione determina l'illegittimità del procedimento disciplinare e la nullità della sanzione»²¹. Dalla pronuncia emerge una distinzione tra inderogabilità *in pejus* del termine, nel senso che esso non può essere inferiore a quello previsto dalla legge, e perentorietà dello stesso. In sostanza, pare doversi ricavare che, fermo che al dipendente debba essere concesso un termine di almeno 10 giorni tra la convocazione e l'audizione a difesa, con nullità del procedimento e decadenza del potere disciplinare ove esso non sia stato rispettato, il lavoratore potrebbe presentare le proprie difese anche spirato il termine. Come detto però, tale interpretazione non è esente da dubbi, a causa del contrasto con la lettera della legge.

Le decadenze imposte in capo ai soggetti attivi del procedimento disciplinare appaiono invece assolutamente invalicabili. Con riferimento al termine dilatorio per la difesa di cui sopra, ad esempio, l'aver convocato il dipendente senza la sua osservanza comporterebbe decadenza anche se, in ipotesi, venisse successivamente disposto un differimento²². Ciò può destare qualche perplessità. Vero è che non è una novità che la tardività con cui vengono posti in essere gli atti procedurali possa avere conseguenze estintive del procedimento, e che a tal riguardo sono irrilevanti le disfunzioni interne al datore²³. Ma è altrettanto vero che, a parte il termine finale di 120 giorni entro cui concludere il procedimento già fissato dalla contrattazione prima della riforma, e quello per la contestazione dichiarato perentorio dai contratti a partire dalla tornata contrattuale 2002-2005, l'illegittimità della sanzione applicata per inosservanza dei termini procedurali era subordinata al fatto che il ritardo avesse determinato impossibilità o

²⁰ In questo senso v. anche DI PAOLA, *La nuova disciplina dell'esercizio del potere disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, cit., pag. 15.

²¹ Trib. Catania, 24 maggio 2011, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2011, n. 6, pag. 1003.

²² Ciò appare emergere, oltre che dalla pronuncia di cui *supra*, Trib. Catania, 24 maggio 2011, cit., nella parte in cui distingue proprio tra inderogabilità *in pejus* e perentorietà del termine, ancor più chiaramente da Trib. Catania, 18 maggio 2011, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2011, n. 6, pag. 1002, secondo cui «con il d.lgs. 150/2009 il legislatore ha introdotto, nella regolamentazione dell'esercizio dell'azione disciplinare, una serie di termini - endoprocedimentali e finali - di carattere perentorio. Nel corso del procedimento disciplinare, la violazione del termine dilatorio a difesa dell'incolpato determina dunque l'illegittimità della sanzione irrogata e la decadenza dell'Amministrazione dall'esercizio dell'azione disciplinare, senza che risulti valutabile il grado di effettiva compromissione dei diritti di difesa del dipendente. Un simile esito interpretativo non solo è conforme alla chiara lettera della norma, ma, ancor prima, funzionale al principio del contraddittorio tra le parti».

²³ Cfr. TENORE, *Il procedimento disciplinare nel pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, cit., pag. 82.

eccessiva difficoltà delle difese del lavoratore²⁴. Se l'azione disciplinare decade, dunque, paradossalmente viene sicuramente meno la potestà sanzionatoria sul dipendente che, in ipotesi, si fosse reso inadempiente ad uno dei suoi obblighi, con conseguente sacrificio del ripristino del regolare funzionamento dell'organizzazione di lavoro. La sanzionabilità del responsabile della decadenza, prevista dall'art. 55 *sexies*, comma 3, non può certo sostituire e avere la stessa valenza della mancata sanzione al dipendente che andava punito. Essa è applicazione di un'altra fattispecie, che non contribuisce a restaurare, anche con scopi di prevenzione generale e speciale, il funzionamento dell'organizzazione del lavoro violato; riguarda un'altra condotta, collegata alla prima solo da un punto di vista causale, ma per il resto autonoma.

La perentorietà dei termini, dunque, finisce col tutelare il dipendente e ritorcersi contro il soggetto competente ad avviare e condurre il procedimento. In un contesto legislativo che, come emerso nel capitolo precedente, appare proiettato verso una maggiore incisività in materia di responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici, ciò appare singolare.

Non si discute la necessità di tutele procedimentali a favore dei dipendenti in termini di rispetto dei principi di tempestività dell'azione e della sanzione disciplinare, che è assunto fondamentale all'interno di un rapporto di lavoro privo di potenziali risvolti destabilizzanti per i lavoratori, e che oltretutto è connaturato all'esigenza di un rapido ristabilimento della corretta condotta lavorativa complessiva all'interno dell'amministrazione.

Ciò che si vuole dire è che, alla luce dell'impianto complessivo della riforma del 2009, suscita perplessità la fissazione di termini rigidi, per di più abbreviati rispetto al passato²⁵, che non tengano conto delle concrete problematiche che possono sussistere. Certo, in tal modo risulta accresciuta l'esigenza di certezza circa i tempi del procedimento e la sua legittimità. Ma si finisce per impedire l'applicazione della sanzione anche per un leggero sfioramento dei termini endoprocedimentali, riversandone la responsabilità sui soggetti attivi del procedimento.

Qui si palesa il rigore sanzionatorio imposto ai dirigenti, che fa passare in secondo piano quello nei confronti del personale privo di qualifica dirigenziale²⁶. Il tutto aggravato dal fatto che, come meglio si vedrà nei prossimi paragrafi, quei soggetti attivi del procedimento disciplinare, più spesso che in passato, sono proprio i dirigenti responsabili

²⁴ V. da ultimo Cass. civ., sez. lav., 8 luglio 2011, n. 15098, cit.

²⁵ Di «drastica abbreviazione dei termini per la gestione del procedimento» parla OLIVERI, *Il nuovo ordinamento del lavoro pubblico*, cit., pag. 233.

²⁶ Non a caso, la norma che prevede la sanzionabilità dei dirigenti e dei responsabili del procedimento disciplinare è stata considerata come la norma cardine dell'intera riforma del sistema disciplinare: v. BONURA, G. CARUSO, *La nuova disciplina della responsabilità disciplinare del dipendente pubblico e la lotta all'assenteismo*, cit., pag. 21.

di struttura, oberati di altri poteri di gestione, e non un apposito ufficio (l'ufficio competente per i procedimenti disciplinari) che, sebbene secondo l'opinione prevalente possa svolgere anche altre funzioni²⁷, in teoria, specie nelle amministrazioni più grandi, potrebbe occuparsi solo della gestione del potere disciplinare, con una sorta di specializzazione in tale campo.

La decadenza dell'azione disciplinare non contribuisce al raggiungimento dei fini dell'efficienza e del buon andamento dell'amministrazione. Il meccanismo configurato dal legislatore spinge chi di dovere ad esercitare l'azione disciplinare, ma può determinare conseguenze non coerenti con l'impianto rigoristico della riforma. La mancata sanzione al dipendente e l'eventuale sanzione a chi doveva condurre o ha condotto il procedimento non possono essere considerati equipollenti ai fini del buon andamento, ma, si ripete, agiscono su piani diversi.

Probabilmente il legislatore ha voluto bilanciare il rigore sanzionatorio nei confronti dei dipendenti pubblici accrescendo la loro tutela sotto il profilo della tempistica procedimentale.

Infatti, il termine conclusivo del procedimento per le sanzioni fino alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione per non più di 10 giorni è più breve (60 giorni) rispetto a quello già previsto in passato dai contratti collettivi (120 giorni); e, ad un attento esame, anche il termine per le sanzioni più gravi, sebbene sia uguale a quello già previsto in passato dai contratti collettivi (120 giorni), è nel complesso più breve, considerato che questi ultimi fissavano come *dies a quo* il giorno della contestazione dell'addebito²⁸, mentre l'art. 55 *bis*, co. 4, prevede che il termine decorra dalla «data di prima acquisizione della notizia dell'infrazione, anche se avvenuta da parte del responsabile della struttura in cui il dipendente lavora», che ovviamente precede il giorno della contestazione²⁹. Ne discende che il lavoratore potrà avvantaggiarsi degli eventuali ritardi nella conclusione del procedimento, con esiti in contrasto con quella che appare la principale finalità della riforma. In sostanza i termini sono adesso più certi, stante la loro espressa perentorietà, e più brevi. Ma ciò, paradossalmente, può non risolvere, ma anzi accentuare, il cattivo funzionamento del sistema sanzionatorio già rilevato in passato.

Non si può tacere inoltre una contraddizione del quadro legislativo. Per giurisprudenza e dottrina pacifica, il procedimento disciplinare ha inizio formalmente con la

²⁷ MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, cit., pag. 459; ALESSI, *Il potere disciplinare nel pubblico impiego riformato*, cit., pag. 500; NICOSIA, *Dirigenze responsabili e responsabilità dirigenziali pubbliche*, cit., pag. 195. Ma *contra*, a sostegno della creazione di un ufficio *ad hoc*, MISCIONE, *Sanzioni disciplinari e responsabilità*, cit., pag. 1707.

²⁸ V. ad es. l'art. 24, co. 6, CCNL Ministeri; art. 24, co. 6, CCNL Regioni e autonomie locali.

²⁹ Nota l'illogicità e contraddittorietà di un termine più breve per l'irrogazione di sanzioni più gravi anche VALLEBONA, *La riforma del lavoro pubblico: il difficile risveglio da un incubo*, cit., pag. 136.

contestazione dell'addebito³⁰. Non è allora facilmente spiegabile perché il termine per la conclusione del procedimento decorra non dalla contestazione stessa, ma da un momento in cui esso non è ancora avviato, e che, peraltro, presenta, a differenza della contestazione, evidenti problemi di prova del tempo in cui è avvenuta la suddetta prima acquisizione della notizia. Se ha un senso ancorare il termine per la contestazione al giorno in cui si è avuta notizia dell'infrazione, appare meno intuitivo il motivo per cui si fa decorrere dallo stesso momento anche quello per la definizione della procedura sanzionatoria, e ancor meno intuitivo il motivo per cui il legislatore abbia stabilito un *dies a quo* diverso a seconda della sanzione irrogabile (il termine infatti decorre dalla contestazione dell'addebito per le sanzioni minori, *ex art. 55 bis*, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001). L'impressione è che il legislatore abbia voluto compensare il maggior tempo (120 giorni) concesso per la definizione dell'*iter* sanzionatorio per le sanzioni più gravi con un'anticipazione della data di decorrenza del termine, il tutto sotto l'insegna della celerità, che però, si ribadisce, rischia di causare distorsioni nel corretto esercizio e nella corretta finalizzazione del potere.

Tempestività della contestazione, dell'audizione a difesa e dell'irrogazione della sanzione (o del provvedimento di archiviazione), così come quantificate dal legislatore, insomma, appaiono più calibrate verso un controllo del corretto operato del responsabile del procedimento disciplinare, piuttosto che verso un'effettiva sanzionabilità dei dipendenti sottoposti all'azione. Non muta il rigore sanzionatorio che traspare da tutta la riforma del 2009, ma viene traslato da colui che andava sanzionato a colui che doveva sanzionare, consentendo più facilmente che in passato, paradossalmente, la possibilità di "impunità" del dipendente inadempiente.

1.1- *La contrattazione collettiva e il procedimento disciplinare*

Si è detto che i contratti collettivi rimangono liberi di prevedere procedure disciplinari anche diverse da quelle fissate dal legislatore all'art. 55 *bis*, co. 2 e 4, d.lgs. n. 165 del 2001, per le infrazioni punite con il rimprovero verbale (art. 55 *bis*, co. 1), e per quelle

³⁰ In giurisprudenza v. Cass. civ., sez. lav., 21 luglio 2008, n. 20074, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2008, pag. 651; Cons. Stato, sez. IV, 14 maggio 2001, n. 2662, in *Foro Amm.*, 2001, pag. 1132. In dottrina, relativamente al procedimento nel lavoro pubblico, v. BAVARO, *Il potere disciplinare*, cit., pag. 220; DI PAOLA, *La nuova disciplina dell'esercizio del potere disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, cit., pag. 19; MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, cit., pag. 461; GASPARRINI PIANESI, *La responsabilità disciplinare nella pubblica amministrazione in trasformazione*, cit., pag. 97; del resto ciò vale anche per il lavoro privato: v. MONTUSCHI, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro privato*, cit., pag. 16; CHIECO, *Poteri dell'imprenditore e decentramento produttivo*, cit., pag. 259.

ascrivibili ai dirigenti ai sensi degli articoli 55 *bis*, co. 7, e 55 *sexies*, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001 (art. 55, co. 4)³¹.

Si tratta però di una facoltà di cui i contratti collettivi stipulati dopo la data di entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2009 non si sono avvalsi.

Per quanto riguarda il procedimento per l'applicazione della sanzione del rimprovero verbale, nei contratti collettivi di comparto stipulati dopo la riforma del 2009 non si rinviene alcuna disposizione al riguardo. Gli accordi si limitano a prevedere che «per l'individuazione dell'autorità disciplinare competente per i procedimenti disciplinari dei dipendenti e per le forme e i termini del procedimento disciplinare trovano applicazione le previsioni dell'art. 55-*bis* del D. Lgs. n. 165 del 2001»³². Appare assurdo pensare che per una sanzione così blanda valga lo stesso procedimento previsto per le sanzioni più gravi. E' stata così data correttamente una lettura secondo cui la legge lascerebbe ferma la «previgente disciplina contrattuale»³³, anche quindi in assenza di norme *ad hoc* nei nuovi contratti³⁴.

La stessa formula citata *supra* è utilizzata anche dalla maggior parte dei contratti collettivi delle aree dirigenziali, che dunque hanno rinunciato alla facoltà di prevedere una procedura diversa per le infrazioni dei dirigenti³⁵.

Soltanto i CCNL di Area III, IV (integrativi di quelli del 17 ottobre 2008) e VIII prevedono maggiori specificazioni.

I primi due rinviano comunque all'art. 55 *bis* per l'individuazione dell'autorità disciplinare competente per i procedimenti disciplinari della dirigenza e per le forme e i termini del procedimento disciplinare, salvo individuare concretamente il soggetto competente ad assumere le determinazioni conclusive del procedimento disciplinare, nei casi di cui all'art. 55, co. 4, in persona del «direttore generale o chi da lui delegato», e ribadire principi assolutamente pacifici anche dopo la riforma, quali la specificità e la tempestività della contestazione³⁶.

Il CCNL Area VIII (Presidenza del consiglio dei ministri) si dilunga molto sulla procedura disciplinare, anche se in gran parte ribadendo le regole legali. In aggiunta al

³¹ Se è vero che in passato la disciplina del procedimento risultava «da poche disposizioni di legge e da molte disposizioni di contratto collettivo» (MATTARELLA, *La responsabilità disciplinare*, cit., pag. 36), si può dire che la situazione è oggi rovesciata, con molte disposizioni legislative e poche disposizioni contrattuali.

³² Così l'art. 52, co. 2, CCNL DigitPa del 12 aprile 2011; art. 7, co. 2, CCNL Unioncamere del 4 agosto 2010.

³³ TENORE, *Il procedimento disciplinare nel pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, cit., pag. 99.

³⁴ In tal senso, ad esempio, con riferimento al contratto Unioncamere, v. l'art. 1, co. 3, secondo cui «per quanto non previsto dal presente contratto collettivo, restano in vigore le disposizioni dei precedenti CCNL».

³⁵ «Per l'individuazione dell'autorità disciplinare competente per i procedimenti disciplinari della dirigenza e per le forme ed i termini del procedimento disciplinare trovano applicazione le previsioni dell'art. 55-*bis* del D.Lgs. n. 165 del 2001»: così l'art. 8, co. 2, CCNL Area I; art. 6, co. 2, CCNL Area II; art. 15, co. 2, CCNL Area V; art. 8, co. 2, CCNL Area VI; art. 8, co. 2, CCNL Area VII. Cfr. MELI, *Il contratto collettivo relativo al personale dirigente dell'area II (regioni ed autonomie locali) - quadriennio normativo 2006-2009 e biennio economico 2006-2007*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2011, n. 2, pag. 384.

³⁶ Art. 7 CCNL Area III; art. 7 CCNL Area IV.

disposto legislativo, però, è previsto che «qualora anche nel corso del procedimento, già avviato con la contestazione, emerga che la sanzione da applicare non sia di sua competenza, il responsabile della struttura, entro 5 giorni, trasmette tutti gli atti all'ufficio competente, dandone contestuale comunicazione all'interessato. Il procedimento prosegue senza soluzione di continuità presso quest'ultimo ufficio, secondo quanto previsto dal comma seguente, e senza ripetere la contestazione scritta dell'addebito»³⁷. Inoltre, è espressamente esclusa la perentorietà del termine suddetto, unitamente a quello di «5 giorni dalla notizia» entro cui il titolare della struttura in cui il dirigente lavora, deve segnalare all'Ufficio competente per i procedimenti disciplinari, i fatti da contestare al dirigente per l'istruzione del procedimento disciplinare, dandone contestuale comunicazione all'interessato, per i casi di infrazioni punibili con sanzione più grave della sospensione fino a dieci giorni³⁸ ed è riconosciuto espressamente «al dirigente o, su espressa delega, alla persona che lo assiste [...] l'accesso, anche per l'estrazione di copia, a tutti gli atti riguardanti il procedimento a suo carico»³⁹.

La mancanza, nei contratti collettivi delle aree dirigenziali, di norme particolari sul procedimento disciplinare a carico dei dirigenti è in sintonia con l'interpretazione molto restrittiva data dal Dipartimento della Funzione pubblica con la circolare n. 14 del 2010⁴⁰ all'art. 55, co. 4, del d.lgs. n. 165 del 2001, che, si noti, è successiva alla stipulazione dei contratti, e quindi non pare avere influenzato l'autonomia collettiva.

La circolare innanzitutto limita la norma alle sole infrazioni espressamente indicate all'art. 55, co. 4, d.lgs. n. 165 del 2001. Di conseguenza, limita la possibilità di deroga ad opera dei contratti collettivi solo in relazione a queste ultime. Si nota però che, sebbene tale orientamento interpretativo sia sostenibile in base alla lettera della legge, non sembra ragionevole diversificare la derogabilità della procedura legale a seconda delle infrazioni perseguite⁴¹.

Inoltre, la circolare restringe lo spazio di intervento della fonte convenzionale, che «non può [...] riguardare la materia dell'organo competente all'avvio del procedimento, allo svolgimento della procedura e all'irrogazione della sanzione». Ci si può chiedere allora in cosa consista la possibile deroga da parte della contrattazione collettiva, visto anche che, ai sensi dell'art. 55 *bis*, co. 5, «è esclusa l'applicazione di termini diversi o ulteriori rispetto a quelli stabiliti nel presente articolo».

³⁷ Art. 12, co. 7, CCNL Area VIII.

³⁸ Art. 12, co. 10, CCNL Area VIII.

³⁹ Art. 12, co. 11, CCNL Area VIII.

⁴⁰ Reperibile in www.funzionepubblica.gov.it.

⁴¹ In questo senso anche TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo: lavoro privato e pubblico*, cit., pag. 427.

Dall'analisi dei contratti stipulati dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2009 si rileva dunque, in tema di procedimento disciplinare, una sostanziale rinuncia a regolare i pochi spazi lasciati liberi dalla legge e da questa demandati alla fonte collettiva.

A prescindere dall'interpretazione restrittiva fornita dalla circolare n. 14 del 2010, si può cercare di dare una spiegazione a tale fenomeno, considerando che il principale compito che la contrattazione collettiva aveva svolto in materia prima della riforma, ossia la fissazione di termini massimi per la contestazione e per la conclusione del procedimento, è ora avvocato a sé direttamente dal legislatore, sicché la contrattazione non ha ragione di diversificare il procedimento disciplinare a seconda del soggetto responsabile (dirigente o dipendente privo di qualifica dirigenziale).

Oltretutto, se, come è emerso dal confronto della disciplina dei termini introdotta dal legislatore con quella della contrattazione collettiva pre-riforma, è vero che la normativa appare nel complesso addirittura più favorevole al lavoratore, per via della riduzione del tempo entro cui concludere il procedimento, è chiaro che l'autonomia negoziale non ha interesse a stabilire, anche dove può (quindi in particolare per la responsabilità dei dirigenti) regole diverse.

Ciò potrebbe essere spiegato, ancora, oltre che con la tradizionale tendenza dei sindacati dei lavoratori a contenere le differenze tra dirigenti e non dirigenti⁴², anche alla luce dell'ipotesi interpretativa formulata *supra*, secondo cui trapela dal sistema del procedimento delineato dal legislatore, l'accettazione del rischio di una più facile decadenza del potere disciplinare, compensata, in maniera inopportuna, come detto, con un maggiore rigore nei confronti di chi si è reso responsabile della decadenza. In sostanza, essendo questo rigore indirizzato soprattutto ai dirigenti, si capisce il motivo per cui la contrattazione relativa a questi ultimi abbia mantenuto lo stesso trattamento complessivamente più favorevole sul piano procedimentale anche per i dirigenti.

Con il che vi è il rischio di un circolo vizioso. Il minor tempo concesso dalla legge per la conclusione del procedimento disciplinare può determinare più facilmente un'impunità per il dipendente inadempiente; tale rischio si compensa con la sanzionabilità del dirigente responsabile del ritardo⁴³; ma il tempo per concludere il procedimento a suo carico è lo stesso, col rischio di ulteriore impunità.

La funzione del potere disciplinare, come descritta nelle pagine precedenti, non muta. Le regole del procedimento disciplinare dovrebbero essere strumentali ad essa, ma, così

⁴² A questo riguardo, seppur in relazione non al procedimento, bensì alla tipologia delle infrazioni, v. ZUCARO, *L' "ircocervo" delle responsabilità dirigenziali tra il Decreto 150/2009 ed i contratti collettivi nazionali*, cit., pag. 947.

⁴³ O dell'omissione del procedimento: cfr. BAVARO, *Il potere disciplinare*, cit., pag. 217, secondo cui «il comportamento omissivo - e quindi inadempiente - del dirigente (consistente, appunto, nella mancata attivazione del procedimento a carico del dipendente) non intacca la posizione giuridica del lavoratore, che, in ogni caso, resterà normalmente non punibile per decorrenza dei termini procedimentali».

come sono formulate dalla legge e confermate, dove pure potevano derogarvi, dai contratti collettivi, non sembrano in armonia con essa e con l'impianto complessivo della riforma in materia disciplinare, consentendo, più che in passato, una più facile non sanzionabilità del dipendente.

2. I soggetti attivi del procedimento disciplinare

Se, come accennato, il modo in cui è congegnato il procedimento disciplinare impone una valutazione sulla sua idoneità a garantire la funzione del potere, facendo attenzione al contempo anche alle esigenze organizzative del datore pubblico e alle garanzie di tutela del lavoratore, appare utile affrontare il problema dell'individuazione dei soggetti attivi del procedimento.

Su questo fronte, la riforma del 2009 ha apportato alcune novità, comportanti una diversificazione, più accentuata rispetto al passato, dei soggetti competenti. La legge individua varie possibili figure aventi un ruolo nell'*iter* sanzionatorio.

Sotto un primo profilo, quello del procedimento a carico di dipendenti privi di qualifica dirigenziale, possono rilevare «il responsabile della struttura» privo di qualifica dirigenziale, che ha competenze di trasmissione degli atti all'ufficio competente per i procedimenti disciplinari; «il responsabile della struttura» con qualifica dirigenziale, competente direttamente per le infrazioni punite con sanzioni fino alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino a 10 giorni; «l'ufficio competente per i procedimenti disciplinari», competente per le infrazioni punibili con sanzioni più gravi, e in ogni caso quando il responsabile della struttura non è un dirigente.

Sotto il profilo del procedimento a carico dei dirigenti e del procedimento per infrazioni sanzionabili col rimprovero verbale, la legge lascia spazi di autonomia alla contrattazione collettiva, che però, come visto nel paragrafo precedente, non ha introdotto sostanziali differenze⁴⁴, fermo restando che, per le determinazioni conclusive a carico dei dirigenti per le infrazioni di cui agli art. 55 *bis* comma 7 e 55 *sexies* comma 3, d.lgs. n. 165 del 2001, è competente il «dirigente generale o titolare di incarico conferito ai sensi dell'articolo 19, comma 3», *ex art.* 55, co. 4, dello stesso decreto.

Per quanto riguarda in particolare le sanzioni a carico dei dirigenti, la contrattazione, come detto, si è dimostrata silente o quantomeno timida. Da un lato vi è un sostanziale rinvio alle norme di legge, secondo cui la competenza è in ogni caso dell'ufficio

⁴⁴ Con riferimento alla sanzione del rimprovero verbale, come detto, onde evitare l'assurdità di un procedimento complesso per la più tenue delle sanzioni disciplinari, si deve ritenere che rimangano in vigore le disposizioni contrattuali previste nei contratti pre-riforma: *v. supra*, in questo capitolo, il § 1.1.

competente per i procedimenti disciplinari; dall'altro non è estesa a tutte le infrazioni dei dirigenti la regola imposta dall'art. 55 co. 4, che perciò rimane cogente solo per le infrazioni ivi espressamente enunciate⁴⁵: solo il CCNL Area III e IV specifica che il soggetto competente è in questi casi il direttore generale o chi da lui delegato, il quale, peraltro, a pena di violazione della norma imperativa di legge, dovrà essere scelto comunque tra i titolari di incarichi conferiti *ex art.* 19, co. 3.

Problematico poi, sempre per quanto riguarda le infrazioni dei dirigenti, è l'individuazione del soggetto competente a condurre il procedimento nei confronti degli alti dirigenti, in relazione ai quali l'u.p.d. potrebbe essere quantomeno prudente⁴⁶.

Al riguardo, merita attenzione, ancora una volta, la circolare DFP n. 14/2010. Essa prevede che la competenza dell'u.p.d. «si arresta all'istruttoria e le determinazioni conclusive del procedimento sono rimesse al dirigente di ufficio dirigenziale generale (se il procedimento riguarda un dirigente di ufficio non generale) e al dirigente sovraordinato, come il capo Dipartimento o il Segretario generale (se il procedimento riguarda un dirigente di ufficio dirigenziale generale)». È invece rimessa all'autonomia organizzativa di ciascuna amministrazione l'individuazione della struttura e dell'organo competente a svolgere il procedimento ed eventualmente ad irrogare le sanzioni «nel caso in cui l'illecito sia commesso dal responsabile dell'U.P.D., dal dirigente dell'ufficio dirigenziale generale sovraordinato e dai dirigenti titolari di incarico di struttura complessa», fermo restando che l'individuazione debba essere effettuata «a priori in astratto»⁴⁷.

Dal quadro appena esposto, in relazione all'esercizio del potere disciplinare sui dirigenti, emerge un richiamo ad un rapporto gerarchico tra i diversi livelli della dirigenza⁴⁸.

Una valutazione del corretto esercizio del potere disciplinare poi è demandata dalla legge all'Ispettorato per la funzione pubblica, che, *ex art.* 60, co. 6, d.lgs. n. 165 del 2001, «vigila e svolge verifiche [...] sull'esercizio dei poteri disciplinari», i cui esiti «costituiscono obbligo di valutazione, ai fini dell'individuazione delle responsabilità e delle eventuali sanzioni disciplinari».

⁴⁵ Ciò in base ad un'interpretazione letterale della norma, in armonia con l'interpretazione della citata circolare DFP n. 14 del 2010; anche se, come detto, appare discutibile differenziare la procedura a seconda del tipo di infrazione commessa. Cfr. anche LOSTORTO, *Il nuovo procedimento disciplinare*, cit., pagg. 507-508. In dottrina si veda anche BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, cit., pag. 428, secondo cui «potrebbe anche configurarsi una [...] interpretazione estensiva, che consenta di “sciogliere” la regolazione del procedimento disciplinare a carico dei dirigenti dal vincolo eteronomo, a favore dell'autonomia collettiva».

⁴⁶ Cfr. ZUCARO, *L' “ircocervo” delle responsabilità dirigenziali tra il Decreto 150/2009 ed i contratti collettivi nazionali*, cit., pag. 948.

⁴⁷ In dottrina al riguardo v. RAVELLI, *Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici*, cit., pagg. 1358-1359, che suggerisce la previsione di un ufficio competente a pronunciarsi sulle infrazioni dei dirigenti apicali.

⁴⁸ PAPA, *Dirigenze pubbliche e responsabilità “al plurale” tra oscillazioni normative e giurisprudenziali*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2011, n. 6, pag. 957; B. CARUSO, *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (Il ridisegno della governance nelle p.a. italiane)*, cit., pagg. 36-37.

Si tratta dunque di un quadro alquanto composito, caratterizzato da una «estensione pluriarticolata delle competenze»⁴⁹, che peraltro non tiene conto dei problemi di coordinamento con il sistema delle amministrazioni locali. L'individuazione del soggetto competente costituisce poi un tema molto delicato, stante il principio, affermato già sotto la vigenza della vecchia disciplina, ma valido anche dopo le modifiche del 2009, della nullità del provvedimento adottato da un soggetto diverso da quello previsto dalla legge, inderogabile non solo dalla contrattazione collettiva, ma anche dall'autonomia regolamentare degli enti⁵⁰.

Un discorso più ampio sulla figura del dirigente verrà svolto nel successivo capitolo.

In questa sede ci si limiterà ad analizzare da un punto di vista generale la scelta legislativa di ripartizione delle competenze relative al procedimento, alcune problematiche connesse all'ufficio per i procedimenti disciplinari e il ruolo dell'Ispettorato per la funzione pubblica. Appare opportuno infine dedicare qualche cenno ad alcuni punti critici della disciplina procedimentale nelle amministrazioni locali.

2.1- Il modello di competenza pluriarticolata e le sue possibili implicazioni, alla luce dei nuovi termini del procedimento

È noto come la scelta di attribuire la competenza disciplinare all'ufficio per i procedimenti disciplinari, risalente alla c.d. prima privatizzazione, sopprimendo le vecchie commissioni di disciplina, era la logica conseguenza della mutata concezione del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, da amministrativo-pubblicistica a contrattuale-privatistica. L'u.p.d. infatti non è un organo terzo, come le commissioni di disciplina⁵¹, ma un organo dell'amministrazione-datore di lavoro, e dunque, di parte⁵². È, o meglio, rappresenta, insomma il datore di lavoro. Nel sistema precedente alla riforma del 2009 i singoli dirigenti avevano competenze dirette residuali, limitate alle infrazioni punibili col rimprovero verbale o scritto.

⁴⁹ MAINARDI, *Profili della responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici*, cit., pag. 623.

⁵⁰ In questo senso, *ex multis*, Cass. civ., sez. lav., 25 luglio 2011, n. 16190, in *Dir. & Giust.*, 2011, 30 luglio; Cass. civ., sez. lav., 17 giugno 2010, n. 14628, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, n. 6, pag. 926; Trib. Modica, 27 aprile 2011, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2011, n. 6, pag. 1002. Il rigore con cui la giurisprudenza applica tale principio è evidente in Trib. S. Maria Capua Vetere, 1 ottobre 2010, cit., che ha dichiarato nulla per contrasto con norma imperativa *ex art. 52 comma 4 d.lgs. n. 150 del 2009* la contestazione disciplinare effettuata non dall'ufficio per il procedimento disciplinare, ma dal dirigente dell'ufficio medesimo, quando questi operi non nella specifica qualità, ma quale dirigente della relativa unità operativa complessa. In dottrina v. LOSTORTO, *Il nuovo procedimento disciplinare*, cit., pag. 490.

⁵¹ Dubbi sulla autentica imparzialità delle vecchie commissioni di disciplina erano comunque sollevati da TAMPIERI, *Contrattazione collettiva e potere disciplinare nel lavoro pubblico*, cit., pagg. 55-56.

⁵² LUCIBELLO, *La responsabilità disciplinare nel pubblico impiego: nodi e questioni*, cit., pag. 344.

Con la riforma del 2009, l'ufficio per i procedimenti disciplinari mantiene una competenza, che però è in parte erosa dai dirigenti responsabili di struttura, che vedono accrescere la loro competenza per l'irrogazione delle sanzioni fino alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione per non più di 10 giorni⁵³.

Tale operazione non si pone in contrasto con l'idea di fondo che emergeva dalla privatizzazione. Anzi, si può dire che ne costituisce una conferma e un approfondimento. Il dirigente responsabile di struttura rappresenta infatti agli occhi del dipendente il datore di lavoro, sicché non genera distorsioni rispetto al modello l'accrescimento delle sue competenze in materia sanzionatoria. Sia il singolo dirigente responsabile, sia l'ufficio per i procedimenti disciplinari, costituiscono evidentemente parti dell'amministrazione-datore di lavoro⁵⁴.

La ragione per cui il legislatore ha optato per la distribuzione delle competenze suddette è da rinvenire, però, più che nell'assimilazione dei dirigenti pubblici ai dirigenti privati, dichiarata spesso come intenzione ma smentita altrettanto spesso, di fatto, da una regolamentazione che nel complesso appare tesa ad imbrigliare, più che a liberare, l'esercizio dei poteri gestori del dirigente pubblico, nell'intento di semplificare, ove possibile, il procedimento, riducendone i tempi.

Si è però accennato come il sistema appare non reggere. Certo, si alleggerisce il lavoro dell'ufficio dei procedimenti disciplinari, che si dedicherà alle infrazioni più gravi o ai casi in cui nella struttura in cui il dipendente svolge la propria prestazione non vi sia un responsabile con qualifica dirigenziale. Ma la riduzione dei tempi del procedimento e l'attribuzione di maggiori competenze a dirigenti che non svolgono mai solo funzioni disciplinari rischiano di impedire la conclusione del procedimento nei termini, o, peggio, di determinare una superficiale conduzione dell'*iter* procedimentale, anche a causa del timore del responsabile di incorrere a sua volta in sanzioni disciplinari, con conseguenti ricadute negative di natura risarcitoria in caso di sanzione dichiarata illegittima in sede giudiziale. In sostanza, sembrano risultare accentuate le esigenze di speditezza del

⁵³ Critico in relazione a questa modifica, con riferimento alle sanzioni per i dirigenti, ZUCARO, *L' "ircocervo" delle responsabilità dirigenziali tra il Decreto 150/2009 ed i contratti collettivi nazionali*, cit., pag. 948, che dà per scontato che la procedura condotta nei confronti dei dirigenti dal responsabile di struttura si applichi anche nel caso di sanzioni minori. Tuttavia, è anche ammissibile la tesi che nei loro confronti la procedura debba essere sempre condotta dall'u.p.d., e che quindi il rinvio operato dall'art. 55 co. 4 all'art. 55 bis, co. 4, non sia limitato solo alle infrazioni ivi espressamente previste. V. anche MAINARDI, *Profili della responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici*, cit., pag. 625, che, per le sanzioni minori, tende per la competenza dei «dirigenti di vertice, titolari di uffici dirigenziali sovraordinati».

⁵⁴ V. BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, in www.aidlass.it, pag. 9, che parla di «immedesimazione fra il dirigente e il datore di lavoro»; così anche B. CARUSO, ZAPPALÀ, *La riforma «continua» delle pubbliche amministrazioni: licenziare i nullafacenti o riorganizzarne la governance?*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2007, n. 1, pag. 10 e segg. È alquanto ambigua la definizione che la giurisprudenza dà dell'u.p.d. come organo "terzo", essendo comunque tale ufficio organo del datore di lavoro: v. Cass. civ., sez. lav., 30 settembre 2009, n. 20981, in *Giust. Civ. Mass.*, 2009, n. 9; Cass. civ., sez. lav., 3 giugno 2004, n. 10600, in *Giust. Civ.*, 2005, n. 1, pag. 243. In dottrina, v. BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, cit., pag. 424.

procedimento nel mantenimento delle garanzie del dipendente già riconosciute dal vecchio testo dell'art. 55 *ante* riforma e dalla contrattazione collettiva⁵⁵, ma così il rischio è quello di una decadenza più frequente del potere o di un'applicazione poco ponderata della sanzione, con un effetto contrario a quello che il legislatore probabilmente si prefiggeva.

2.2- L'ufficio competente per i procedimenti disciplinari

La legge mantiene in vita l'u.p.d., attribuendogli la competenza per la persecuzione delle infrazioni più gravi, ma ne alleggerisce il carico di lavoro, come detto, togliendogli quella per le infrazioni punibili con sanzioni inferiori alla sospensione fino a 10 giorni, salvo il caso in cui il responsabile della struttura non abbia qualifica dirigenziale.

Anche sotto l'attuale dettato normativo, l'ufficio è individuato da ciascuna amministrazione «secondo il proprio ordinamento». Ciò dovrebbe confermare la tesi della dottrina secondo cui esso non debba necessariamente occuparsi solo della materia disciplinare ed essere costituito a questo unico scopo, ma possa anche avere altre funzioni⁵⁶. Si tratta di un'interpretazione che consente di evitare che, specie nelle amministrazioni pubbliche medio-piccole, venga creato un apposito ufficio destinato verosimilmente a periodi di inattività⁵⁷. Ma nelle amministrazioni più grandi, alla luce anche della sostanziale riduzione dei termini procedurali, per evitare il rischio di decadenza del potere, sarebbe preferibile che venisse individuato un ufficio *ad hoc*, che si occupi, se non in via esclusiva quantomeno in via preferenziale, dei procedimenti disciplinari.

⁵⁵ V. MAINARDI, *La responsabilità e il potere disciplinare*, cit., pag. 890, che, a proposito del procedimento antecedente alla riforma, disciplinato dall'art. 55, d.lgs. n. 165 del 2001 e integrato dalla contrattazione, nota che i contratti «sembrano perseguire una mediazione tra speditezza nella procedura e accentuazione delle garanzie formali per i dipendenti».

⁵⁶ MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, cit., pag. 459; ALESSI, *Il potere disciplinare nel pubblico impiego riformato*, cit., pag. 500; NICOSIA, *Dirigenze responsabili e responsabilità dirigenziali pubbliche*, cit., pag. 195. Ma in via dubitativa a sostegno della possibile creazione di un ufficio *ad hoc*, MISCIONE, *Sanzioni disciplinari e responsabilità*, cit., pag. 1707, che però aggiunge che tale soluzione «si scontra con un principio di efficienza, quanto meno nelle piccole amministrazioni»; v. anche TAMPIERI, *Contrattazione collettiva e potere disciplinare nel lavoro pubblico*, cit., pag. 71, che pur trovando pertinente la tesi secondo cui l'ufficio deve avere una competenza unica in materia disciplinare, sottolinea come «difficilmente ogni amministrazione potrà - e vorrà - istituire un apposito ufficio che si occupi esclusivamente della materia». Sull'indifferenza per la legge rispetto alla creazione di un ufficio *ad hoc* o all'utilizzo di strutture già esistenti v. LOSTORTO, *Il nuovo procedimento disciplinare*, cit., pag. 489. Sul punto la circ. DFP n. 14/2010 dispone che «non è richiesta la costituzione di un apposito ufficio; infatti la competenza si può svolgere anche nell'ambito di una struttura deputata a più ampie attribuzioni, ma si tratta comunque di una competenza da esercitare in via esclusiva».

⁵⁷ GASPARRINI PIANESI, *La responsabilità disciplinare nella pubblica amministrazione in trasformazione*, cit., pag. 95; MAINARDI, *La responsabilità e il potere disciplinare*, cit., pagg. 882-883.

Vi è poi una considerazione che emerge da un attento esame della disciplina legislativa, e che pare confermare la tesi precedentemente esposta, secondo cui il legislatore sembra più intento a colpire i soggetti attivi del procedimento disciplinare nel caso di decadenza dall'esercizio del potere che i dipendenti che andavano sanzionati.

L'u.p.d. è competente, oltre che per le infrazioni più gravi, anche per quelle minori, punite con sanzioni fino alla sospensione per non più di dieci giorni, nel caso in cui, nella struttura nella quale il dipendente inadempiente rende la sua prestazione, non vi è un responsabile con qualifica dirigenziale. Ebbene, in tal caso i termini per la conclusione del procedimento da parte dell'u.p.d. sono quelli dell'art. 55 *bis*, comma 2, d.lgs. n. 165 del 2001 ma, diversamente dal caso in cui il procedimento è condotto dal responsabile, essi decorrono dalla data di prima acquisizione della notizia da parte dell'amministrazione, e non dalla contestazione⁵⁸. Ne discende un'ulteriore riduzione dei termini: non più 60 giorni dalla contestazione, ma sessanta giorni dalla prima notizia, e considerato che la contestazione può avvenire entro il ventesimo giorno dalla notizia⁵⁹, residueranno 40 giorni per la conclusione del procedimento. Beninteso, è un tempo che può anche essere congruo, considerato che si tratta di infrazioni punite con sanzioni minori. Ma è sempre sotto il profilo teorico che tale disciplina induce ancora una volta a ritenere che per il legislatore del 2009 sia più importante punire in via disciplinare chi doveva sanzionare i dipendenti inadempienti, e non questi ultimi ove ne sussistano gli estremi. Il che, si ripete, appare poco opportuno e in contrasto con la funzione del potere disciplinare, che le regole procedurali non dovrebbero mai perdere di vista. Se si decade dall'esercizio del potere, non si ristabilisce il corretto funzionamento dell'organizzazione. La sanzione comminata ai responsabili della decadenza non ha lo stesso effetto di quella che andava irrogata ai dipendenti inadempienti. Risultano mortificate le esigenze, connaturate alle singole sanzioni, di prevenzione generale e speciale⁶⁰. Certo, si può dire che tali funzioni si esplicano invece nei confronti di chi doveva sanzionare. Ma ciò non fa che confermare la confusione dei piani sanzionatori in cui sembra caduto il legislatore, e la finalità, che pare emergere, di punire più i controllori che i controllati.

Vi è infine un ulteriore possibile dubbio interpretativo. Salvo il caso in cui il responsabile della struttura non abbia qualifica dirigenziale, nella quale ipotesi la competenza è sempre dell'u.p.d., quest'ultima è distribuita dal legislatore a seconda della sanzione prevista per l'infrazione commessa. Ma vi sono molti casi in cui la sanzione non è predeterminata, ma è individuata una forbice sanzionatoria, tra un minimo e un

⁵⁸ L'art. 55 *bis*, co. 4, infatti, disciplina il procedimento condotto dall'u.p.d., senza distinzioni, sul punto del termine di conclusione del procedimento, sulla base del tipo di sanzioni applicabili. Il raddoppio dei termini del comma 2 è previsto solo per i procedimenti riguardanti l'applicazione di sanzioni superiori alla sospensione per 10 giorni.

⁵⁹ Art. 55 *bis*, co. 2.

⁶⁰ V. cap. II, § 7.

massimo, o è previsto il tipo di sanzione, con indicazione del solo massimo⁶¹. Ebbene, ci si può chiedere di chi sia la competenza nei casi in cui, per la medesima infrazione, sia previsto un minimo al di sotto della sospensione fino a dieci giorni e un massimo superiore. In dottrina si è proposto di prendere in considerazione, a tal fine, il limite edittale massimo⁶². Tale interpretazione si farebbe preferire, oltre che per evidenti esigenze di certezza, anche in quanto contribuirebbe a sgravare le incombenze disciplinari dei singoli responsabili di struttura. Ma non è detto che sia quella corretta. Prendendo spunto dall'esame del CCNL Area VIII, che dispone che «qualora anche nel corso del procedimento, già avviato con la contestazione, emerga che la sanzione da applicare non sia di sua competenza, il responsabile della struttura, entro 5 giorni, trasmette tutti gli atti all'ufficio competente, dandone contestuale comunicazione all'interessato»⁶³, prevedendo quindi unicamente il passaggio dal responsabile di struttura all'u.p.d., e non viceversa, potrebbe sostenersi che il procedimento debba essere avviato dal responsabile di struttura, e solo nel caso in cui appaia applicabile una sanzione più grave di quelle per cui il soggetto è competente, si debba procedere alla continuazione del procedimento da parte dell'u.p.d.

Inoltre, se vale comunque il principio di proporzionalità, può ben accadere che un'infrazione, astrattamente punibile solo con una sanzione “maggiore”, all'esito del procedimento appaia punibile in concreto con una sanzione minore⁶⁴. Anche in tal caso ci si può chiedere chi debba concludere il procedimento e irrogare la sanzione, se l'u.p.d. o il responsabile di struttura con qualifica dirigenziale. Razionalmente si dovrebbe ritenere che chi ha condotto il procedimento debba poi anche irrogare la sanzione⁶⁵. Vero è che la stessa legge conosce casi in cui il soggetto che irroga la sanzione è diverso da quello che ha condotto il procedimento, *ex art. 55 co. 4*. Si tratta però di una diversità verso l'alto, con l'attribuzione del compito ad un soggetto sovraordinato.

Ora, tra responsabile di struttura con qualifica dirigenziale e u.p.d. non dovrebbe esservi un rapporto di sovraordinazione-sottordinazione, ma solo di diversità di funzioni e competenze. Dunque, non si vede il motivo per cui, se il responsabile di struttura debba

⁶¹ Gli esempi rinvenibili nel d.lgs. n. 165 del 2001 sono molteplici: v. art. 55 *bis*, co. 7 («sospensione dal servizio con privazione della retribuzione [...] fino ad un massimo di quindici giorni»); art. 55 *sexies*, co. 1 («sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da un minimo di tre giorni fino ad un massimo di tre mesi»); art. 55 *sexies*, co. 3 («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»).

⁶² TENORE, *Il procedimento disciplinare nel pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, cit., pag. 71; LOSTORTO, *Il nuovo procedimento disciplinare*, cit., pag. 487.

⁶³ Art. 12, co. 7, CCNL Area VIII.

⁶⁴ V. cap. II, § 6.

⁶⁵ In questo senso si è espresso il Dipartimento della Funzione Pubblica, con la circolare n. 14/2010, solo nel caso in cui l'u.p.d. debba trovarsi ad applicare una sanzione minore. La circolare tace invece sul caso opposto.

trasmettere gli atti all'u.p.d., come previsto espressamente dal suddetto CCNL Area VIII, non possa valere anche l'opposto.

Ancora, vi è il problema di quali termini del procedimento tenere in considerazione, se quelli dell'art. 55 *bis*, co. 2 o quelli raddoppiati *ex art.* 55 *bis*, co. 4, nel caso in cui proceda l'u.p.d., e poi ci si accorga che la sanzione applicabile sia una di quelle minori, ma nella struttura in cui il dipendente lavora non vi è un responsabile con qualifica dirigenziale. L'art. 55 *bis*, co. 4, infatti, dispone che i termini sono quelli raddoppiati solo «se la sanzione da applicare è più grave di quelle di cui al comma 1, primo periodo». La sanzione da applicare, non quella che si riteneva applicabile al momento dell'avvio del procedimento. Da qui il possibile paradossale effetto di un procedimento che improvvisamente si ritrovi oltre i termini, con i già visti rischi di impunità del dipendente, compensata inopportuna dalla responsabilità del soggetto sanzionatore, o di applicazione affrettata della sanzione, esposta a contestazioni successive in sede giudiziale.

2.3- L'Ispettorato della funzione pubblica

A rigore, l'Ispettorato per la funzione pubblica non è un soggetto attivo del procedimento disciplinare, così come non lo è il responsabile della struttura privo di qualifica dirigenziale. Quest'ultimo ha mere competenze di segnalazione e di trasmissione degli atti, *ex art.* 55 *bis*, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001. L'Ispettorato svolge invece un ruolo di sostanziale vigilanza incidente, per quanto qui rileva, «sull'esercizio dei poteri disciplinari».

Appare opportuno però dedicarvi un cenno, perché anche attraverso l'analisi del suo ruolo possono essere tratti argomenti rilevanti relativi a quanto detto nelle pagine precedenti del capitolo.

In particolare, due sono le considerazioni da fare. L'Ispettorato non è un organo nuovo introdotto dalla riforma del 2009, ma era già previsto dal d.lgs. n. 165 del 2001 sin dalla sua approvazione, e già dal d.lgs. n. 29 del 1993. Tuttavia la materia oggetto di vigilanza citata è stata inserita nell'art. 60 del d.lgs. n. 165 del 2001 con l'art. 71 del d.lgs. n. 150 del 2009, dunque nell'ambito del disegno riformatore del 2009.

È palese come tale attività di vigilanza «sull'esercizio dei poteri disciplinari», non riguardi la sanzionabilità dei dipendenti o dei dirigenti, che potrebbe essere detta “in via principale”, intendendosi quella per condotte inerenti direttamente al proprio rapporto di lavoro, ma si indirizza ad un controllo su chi è tenuto ad attivare, condurre e concludere il procedimento disciplinare, e dunque riguarda la sanzionabilità, per così dire, “in via

secondaria”, intesa come responsabilità da mancata attivazione o decadenza del procedimento, in sostanza quella prevista dall'art. 55 *sexies*, co. 3⁶⁶. Del che è ancora più indicativo il fatto che l'art. 60, d.lgs. n. 165 del 2001, prevede che «gli esiti delle verifiche svolte dall'ispettorato costituiscono obbligo di valutazione, ai fini dell'individuazione delle responsabilità e delle eventuali sanzioni disciplinari di cui all'articolo 55, per l'amministrazione medesima». Appare così confermato, in relazione alla concomitanza della modifica dell'art. 60 con l'entrata in vigore della riforma del 2009, il rilievo principale, quasi ossessivo, attribuito dalla legge al rigore sanzionatorio di chi è tenuto ad attivare il procedimento disciplinare, che è, nell'ottica del legislatore, particolarmente importante⁶⁷.

In secondo luogo, questa nuova funzione di vigilanza in materia sanzionatoria potrebbe suffragare la rilevanza propriamente disciplinare della violazione delle norme su incompatibilità e cumulo di incarichi di cui all'art. 53, d.lgs. n. 165 del 2001⁶⁸. L'Ispektorato infatti ha anche compiti di verifica del rispetto di tali norme, *ex art.* 53, co. 16 *bis*, d.lgs. n. 165 del 2001, e se tra «gli esiti delle verifiche svolte dall'ispettorato» che «costituiscono obbligo di valutazione, ai fini dell'individuazione delle responsabilità e delle eventuali sanzioni disciplinari di cui all'articolo 55, per l'amministrazione medesima», rientrano anche quelli relativi a tale controllo, come non è escluso dall'art. 60, d.lgs. n. 165 del 2001, allora si potrebbe sostenere a maggior ragione che la violazione delle norme su incompatibilità e cumulo di incarichi sia fonte di responsabilità disciplinare per i dipendenti che svolgano le differenti attività.

2.4- Cenni su alcune problematiche inerenti alle amministrazioni locali e agli enti senza dirigenti.

Questa tesi è calibrata essenzialmente sulla responsabilità disciplinare delle amministrazioni centrali. Non di meno, in questa parte dedicata ai soggetti attivi del procedimento disciplinare, appare opportuno dedicare qualche cenno ai problemi specifici

⁶⁶ Cfr. M. MARINELLI, *Il potere ispettivo*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2011, n. 5, pag. 1397, che, a proposito delle verifiche svolte dall'Ispektorato, parla di «una forma ulteriore di controllo esterno sul modo in cui le amministrazioni esercitano tale potere disciplinare».

⁶⁷ Non a caso, in dottrina si è letto il rafforzamento dei poteri dell'Ispektorato unitamente alle norme dell'art. 55 *sexies*, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001, nell'ottica della questione sull'obbligatorietà dell'esercizio del potere disciplinare: v. MAINARDI, *Profili della responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici*, cit., pag. 626.

⁶⁸ V. cap. II, §§ 2 e 2.1.

delle amministrazioni locali e degli enti privi di dirigenti, quantomeno per evidenziarne i punti critici⁶⁹.

Con riguardo alle amministrazioni locali, va premesso che le regole in materia disciplinare, per espressa disposizione di legge, rientrano nella competenza legislativa esclusiva dello Stato, riguardando dunque tutte le amministrazioni pubbliche⁷⁰. Da qui l'affermazione di una tendenza centralistica dell'intervento legislativo, poco attento alle specificità delle singole amministrazioni, e quindi anche delle autonomie locali, con la conseguente impossibilità di deroghe da parte dei singoli enti⁷¹.

Un primo problema è costituito dal soggetto competente ad adottare le determinazioni conclusive del procedimento nei confronti del dirigente delle amministrazioni locali. È stato notato infatti che la norma dell'art. 55, co. 4, d.lgs. n. 165 del 2001 concerne i dirigenti del Comparto ministeri, e che quindi i contratti collettivi delle altre aree dirigenziali avrebbero potuto e dovuto stabilire i soggetti a ciò adibiti⁷². Ciò, nell'area II (Regioni ed autonomie locali), diversamente, come visto, dall'area dei dirigenti della sanità, non è avvenuto.

Inoltre, più in generale, si pone il problema dell'individuazione del soggetto competente a condurre il procedimento, a prescindere dall'adozione della determinazione conclusiva, nei confronti degli stessi dirigenti. Se infatti, per le sanzioni superiori alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino a 10 giorni è competente l'u.p.d., i dubbi riguardano le sanzioni minori. A tal riguardo, il contratto di Area II, come detto, rinvia alle disposizioni dell'art. 55 *bis*. Alla luce di ciò, dovrebbe ritenersi che per le sanzioni minori sia competente il dirigente capo della struttura⁷³. Rimane comunque il problema nell'ipotesi in cui tale figura non ci sia. In coerenza con quanto previsto dalla citata circolare n. 14 del 2010⁷⁴, si potrebbe ritenere che anche questo caso sia rimesso all'autonomia organizzativa di ciascuna amministrazione, come suggerito in tema di illeciti commessi dal responsabile dell'u.p.d., dal dirigente dell'ufficio dirigenziale generale sovraordinato e dai dirigenti titolari di incarico di struttura complessa. Ad

⁶⁹ Sul sistema disciplinare delle amministrazioni locali prima della riforma del 2009, v. MAINARDI, *Il sistema disciplinare nelle autonomie locali: un cantiere aperto*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 53/2007.

⁷⁰ Art. 74, co. 1, d.lgs. n. 150 del 2009. In argomento vedi BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, cit., pag. 404. Si noti però che la natura delle norme poste dal legislatore prescinde dalla qualificazione datane dalla legge stessa, essendo quella che «risulta dalla loro oggettiva sostanza»: Corte Cost., 10 giugno 2010, n. 207, in *Giur. Cost.*, 2010, n. 3, pag. 2403. In argomento v. anche TROJSI, *La riforma del lavoro pubblico del 2009: riflessi nell'impiego regionale*, in AA. VV., *Studi in onore di Tiziano Treu*, cit., pag. 1653 e segg.

⁷¹ GRANDELLI, ZAMBERLAN, *Il nuovo procedimento disciplinare nella riforma Brunetta*, in *Ris. Umane*, 2010, n. 1, pag. 167. Quello dei vincoli alle regioni e alle autonomie locali imposte a livello centrale è peraltro un problema che va oltre la materia disciplinare, ed è stato avvertito anche prima della riforma del 2009: v. TOPO, *Legge e autonomia collettiva nel lavoro pubblico*, cit., spec. pag. 61 e segg.

⁷² KRANZ, *Il Codice disciplinare per i dirigenti nel nuovo CCNL*, in *Azienditalia il Personale*, 2010, n. 1, pag. 22.

⁷³ Così anche sulla base della circ. DFP n. 14 del 2010.

⁷⁴ Che richiama anche quanto formulato nelle prime linee guida dell'Anci sull'applicazione del decreto legislativo n. 150 del 2009 negli enti locali, in *www.promopa.it*.

esempio potrebbe attribuirsi competenza al segretario comunale. Si poteva ritenere astrattamente competente anche il direttore generale, senonché tale figura, per i comuni con meno di 100.000 abitanti, è stata soppressa dall'art. 2, co. 186, lett. d), della l. n. 191 del 2009⁷⁵.

Per quanto riguarda più nello specifico gli enti senza dirigenti, si nota che il legislatore, nella sua opera volta ad estendere la competenza in materia di procedimento disciplinare ai responsabili di struttura, ha però stabilito come condizione che tali responsabili debbano avere qualifica dirigenziale. In mancanza, essi hanno solo un obbligo di segnalazione all'u.p.d., ex art. 55 bis, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001. Ne consegue che non possono essere considerati soggetti attivi del procedimento quei soggetti che, pur svolgendo funzioni dirigenziali, come ad esempio i titolari di posizioni organizzative, non sono inquadrati nell'area dirigenziale⁷⁶. In tali enti, dunque, tutte le competenze in materia disciplinare, tranne quella del rimprovero verbale, che, ove previsto dai contratti collettivi, potrebbe essere irrogata da un responsabile non dirigente⁷⁷, dovrebbero spettare all'u.p.d., comprese quelle di irrogazione del rimprovero scritto o censura, in passato invece applicabili dal semplice responsabile di struttura⁷⁸. Rimane però un problema: l'u.p.d. in questi enti non sarà costituito da dirigenti. Dunque, si deve ammettere che l'ufficio abbia una competenza che prescinde dalla sua composizione, regolata nei regolamenti dei singoli enti⁷⁹. Tale tesi, malgrado la sua contraddizione con la scelta legislativa di togliere ai responsabili non dirigenti anche la competenza di irrogazione del rimprovero scritto, appare necessaria, e a prima vista non trova ostacoli nella lettera dell'art. 55 bis, co. 4, che prevede che «ciascuna amministrazione, secondo il proprio ordinamento, individua l'ufficio competente per i procedimenti disciplinari», senza mai citare la sua composizione anche dirigenziale⁸⁰.

⁷⁵ Come modificato dal d.l. n. 2 del 2010, conv. in l. n. 42 del 2010.

⁷⁶ LOSTORTO, *Il nuovo procedimento disciplinare*, cit., pag. 489; RAVELLI, *Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici*, cit., pag. 1352; BIANCO, *Guida pratica alla riforma Brunetta*, cit., pag. 154; KRANZ, *Il nuovo sistema disciplinare nella pubblica amministrazione locale*, cit., pag. 485. Con riferimento agli enti locali, la circ. DFP n. 14/2010, dopo aver previsto che «con l'espressione in "possesso della qualifica di dirigente" la norma fa riferimento [...] anche ai titolari di incarico dirigenziale con contratto a tempo determinato, con inclusione quindi dei soggetti preposti [...] ai sensi dell'art. 110 del d.lgs. n. 267 del 2000», aggiunge che «per gli enti locali privi di qualifica dirigenziale [...] la competenza non sussiste invece in capo al dipendente titolare di posizione organizzativa cui siano state attribuite le funzioni dirigenziali ai sensi dell'art. 109, comma 2, del d.lgs. n. 267 del 2000, poiché trattasi di soggetti non muniti di qualifica dirigenziale».

⁷⁷ LOSTORTO, *Il nuovo procedimento disciplinare*, cit., pag. 488. Ciò vale in generale per tutti gli enti.

⁷⁸ BIANCO, *Guida pratica alla riforma Brunetta*, cit., pag. 154; KRANZ, *Il nuovo sistema disciplinare nella pubblica amministrazione locale*, cit., pag. 485.

⁷⁹ L'u.p.d. è una struttura che è titolare di una «competenza funzionale»: così la circ. DFP n. 14 del 2010.

⁸⁰ In questo senso si è espressa la circ. DFP n. 14 del 2010, secondo cui «negli enti locali privi di qualifica dirigenziale la responsabilità dell'ufficio può essere attribuita anche ai funzionari a cui sono assegnate le funzioni dirigenziali ai sensi del [...] art. 109, comma 2, del d.lgs. n. 267 del 2000» o «alternativamente, la scelta dell'ente locale potrebbe ricadere sull'attribuzione delle funzioni in questione al segretario comunale, opportunamente investito [...] ovvero sulla costituzione di un U.P.D. in convenzione con altri enti». Si noti il paradosso che il non dirigente non può irrogare nemmeno le sanzioni minori, ma se a capo dell'ufficio del procedimento disciplinare, può irrogare, in quanto responsabile dell'ufficio, tutte le sanzioni, anche quelle

3- Dal c.d. “patteggiamento” alla conciliazione non obbligatoria

In un capitolo incentrato sul modo in cui il legislatore tratteggia il procedimento disciplinare, finalizzato, più che ad una analitica descrizione delle sue fasi, a ricavare principi utili per studiare il fondamento e la funzione del potere, non si può tralasciare di trattare dell'evoluzione legislativa che ha condotto all'abrogazione del c.d. patteggiamento e alla sua sostituzione con procedure di conciliazione non obbligatoria di fonte contrattuale. Ciò perché il patteggiamento disciplinare, oltre che riguardare direttamente il procedimento, forniva indizi utili circa la questione dell'obbligatorietà o della discrezionalità dell'esercizio del potere.

Senza darne una descrizione completa, è quindi necessario dedicarvi qualche cenno. L'istituto del patteggiamento era espressamente previsto dal d.lgs. n. 165 del 2001, prima delle modifiche del 2009, dall'art. 55, co. 6, secondo cui «con il consenso del dipendente la sanzione applicabile può essere ridotta, ma in tal caso non è più suscettibile di impugnazione».

Dietro questa norma «troppo piccola rispetto alle potenzialità dell'istituto»⁸¹, era ravvisabile una conferma della piena disponibilità del potere disciplinare in capo alle parti nella fase dell'applicazione della sanzione, dalla quale già emergeva quella tendenza alla gestione di tipo manageriale del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici, del tutto coerente con la privatizzazione del rapporto⁸². Insomma, era una disposizione estremamente succinta, ma di grande impatto sistematico. Avendo ad oggetto la possibile riduzione della sanzione applicabile, era chiara nell'affermare l'esperibilità dell'istituto nel corso del procedimento, e quindi prima della sua conclusione⁸³.

Il legislatore del 2009, nel riscrivere l'art. 55 del d.lgs. n. 165 del 2001, tace sul patteggiamento. Da ciò discende la sua abrogazione. A prima vista, si potrebbe pensare

maggiori. In generale, ma evidentemente per gli enti dotati di personale dirigenziale, v. APICELLA, *Lineamenti del pubblico impiego «privatizzato»*, cit., pag. 248, secondo cui «evidenti esigenze di simmetria inducono a ritenere, pur nel silenzio del testo unico, che anche l'ufficio competente per i procedimenti disciplinari concernenti le sanzioni più gravi debba essere configurato come ufficio dirigenziale dagli ordinamenti particolari dei singoli enti».

⁸¹ MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, cit., pag. 488; in modo simile anche MISCIONE, *Sanzioni disciplinari e responsabilità*, cit., pag. 1718.

⁸² V. GASPARRINI PIANESI, *La responsabilità disciplinare nella pubblica amministrazione in trasformazione*, cit., pag. 123.

⁸³ Cfr. ALESSI, *Il potere disciplinare nel pubblico impiego riformato*, cit., pag. 502. V. però MISCIONE, *Sanzioni disciplinari e responsabilità*, cit., pag. 1718, secondo cui «nel silenzio della legge non si può escludere neppure un patteggiamento dopo la fine del procedimento e addirittura dopo la comunicazione della sanzione, anche se in tal caso occorrerebbe dare una giustificazione logica a una sua riduzione». Da notare che, per i motivi suddetti, è criticabile quanto sostenuto nella circ. DFP n. 9 del 27 novembre 2009, secondo cui il patteggiamento si svolge nella fase successiva in cui la sanzione è stata già irrogata. La legge infatti parlava di sanzione applicabile, non di sanzione applicata.

che durante il procedimento disciplinare non sia più ammesso che, anche per motivi di opportunità, che non è escluso possano incidere sul piano dell'efficienza e della buona amministrazione⁸⁴, il datore di lavoro pubblico possa valutare e concordare l'applicazione di una sanzione ridotta col dipendente da sanzionare. Nelle intenzioni del legislatore il procedimento andrebbe avviato e concluso con la sanzione prevista dalla contrattazione collettiva nel codice disciplinare o, come avviene sempre più spesso, direttamente dalla legge.

L'analisi più approfondita del sistema disciplinare nel suo complesso porta però a stemperare la rigidità di tale affermazione.

In primo luogo, si è già chiarito che l'applicazione del principio di proporzionalità tra infrazione e sanzione, cui deve attenersi, prima ancora del giudice in sede di controllo della legittimità della sanzione, il soggetto che conduce il procedimento, esclude una rigida applicazione delle sanzioni predeterminate dalla legge o dai contratti⁸⁵.

In secondo luogo, e soprattutto, non è affatto scomparsa la possibilità che si pervenga ad una sanzione concordemente definita dalle parti⁸⁶. L'attuale art. 55, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001, infatti, dispone che «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, da instaurarsi e concludersi entro un termine non superiore a trenta giorni dalla contestazione dell'addebito e comunque prima dell'irrogazione della sanzione. 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».

Certo, ci sono delle differenze rilevanti rispetto al vecchio patteggiamento, alcune delle quali tentano di rimediare a carenze della vecchia disciplina che erano già state avvertite dalla dottrina⁸⁷. La procedura è esclusa per le infrazioni per le quali è previsto il licenziamento; la pena concordemente determinata non può essere di specie diversa da

⁸⁴ Si pensi al risparmio di tempo da dedicare al singolo procedimento e dei costi da sostenere in sede giudiziale, evitati dalla dichiarata non impugnabilità della sanzione patteggiata: v. VIOLA, *Del diritto disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, in *Ragiusan*, 1997, n. 153, pag. 367; URSI, *Alcune considerazioni sul nuovo regime delle sanzioni disciplinari dopo il decreto Brunetta*, cit., pag. 762.

⁸⁵ V. cap. II, § 6. Al riguardo si veda anche OLIVERI, *Il nuovo ordinamento del lavoro pubblico*, cit., pag. 191, che segnala come «possono rivelarsi manifestamente infondate ed irragionevoli anche le sanzioni disciplinari apoditticamente applicate in semplice omaggio ad una norma che vuole configurare una dirigenza inquisitoria e repressiva».

⁸⁶ Non a caso, in dottrina c'è chi ha parlato a proposito della conciliazione non obbligatoria di cui all'art. 55, co. 3, seconda parte, di «una sorta di “patteggiamento disciplinare”»: DEODATO, FRETTONI, *La riforma Brunetta: le nuove regole del lavoro pubblico*, cit., pag. 72; essa è accostata al patteggiamento, pur senza disconoscerne le differenze, anche da DI PAOLA, *La nuova disciplina dell'esercizio del potere disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, cit., pag. 12. V. anche BAVARO, *Il potere disciplinare*, cit., pag. 221.

⁸⁷ Come ad esempio l'esclusione delle sanzioni più gravi dalla possibilità di riduzione: v. MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, cit., pag. 492; MELE, *Linee evolutive in tema di responsabilità dei dipendenti e degli amministratori pubblici*, in *Trib. Amm. Reg.*, 1994, II, pag. 245.

quella astrattamente prevista; l'amministrazione non può aprire la "negoziazione" autonomamente, ma la procedura implica che i contratti collettivi la abbiano prevista.

Come in passato, invece, la sanzione concordemente determinata non può più essere impugnata, e il dipendente non ha un diritto alla riduzione, in quanto, come prima l'amministrazione non era obbligata a cercare un accordo col dipendente, anche oggi la conciliazione, da un lato, non è obbligatoria, e dunque l'amministrazione potrà anche non parteciparvi, bloccandola sul nascere, dall'altro, potrà anche fallire, nel qual caso il procedimento riprenderà il suo *iter*, fino alla sua conclusione.

Le conseguenze che si possono trarre dall'evoluzione legislativa sono varie. Come detto, non è scomparsa la possibilità di una determinazione concordata della sanzione. Con dei limiti, esiste ancora una disponibilità circa la sanzione da applicare. Solo che tale disponibilità è condizionata dalla previsione nei contratti collettivi. Da un punto di vista pratico cambia poco, essendo prevedibile che i contratti la introducano, mediando tra l'interesse dell'amministrazione a valutare l'opportunità di ricorrervi caso per caso e istanze di tutela del dipendente, evidentemente avvantaggiato dalla possibilità di ottenere una riduzione della sanzione. E infatti così hanno fatto tutti quelli stipulati dopo l'entrata in vigore della riforma⁸⁸, peraltro intitolando la relativa disposizione, in modo molto significativo, con la rubrica «la determinazione concordata della sanzione»⁸⁹. Ma da un punto di vista teorico, viene sottratta autonomia manageriale alla dirigenza, che, ove in ipotesi la contrattazione tacesse sul punto, non potrebbe avviare un *iter*, anche deflattivo del contenzioso, sia giudiziale che disciplinare, finalizzato all'applicazione di una sanzione concordata. Qui la contrattazione, la cui competenza in materia disciplinare è stata notevolmente erosa dal legislatore del 2009, diventa essenziale. Il soggetto che conduce il procedimento, in assenza di essa, non può valutare la convenienza di una riduzione della sanzione per motivi di opportunità, perché il legislatore gli ha tolto tale facoltà. Ma, si badi, secondo la tesi qui sostenuta, nemmeno è tenuto ad applicare necessariamente la sanzione predeterminata dalla legge, ove, alla luce del caso concreto e in ossequio al principio di proporzionalità, appaia congrua una sanzione diversa al fatto commesso dal lavoratore⁹⁰.

Del resto, su un piano sistematico, non essendo scomparso l'istituto della determinazione concordata della sanzione, si può dire che una disponibilità della sanzione

⁸⁸ V, per il personale non dirigente, l'art. 57 del CCNL DigitPa; l'art. 12 del CCNL Unioncamere; per il personale dirigenziale, v. l'art. 15 del CCNL Area I; art. 13, CCNL Area II; art. 12 dei CCNL Aree III e IV (integrativi di quelli del 17 ottobre 2008); art. 22, CCNL Area V; art. 15 CCNL Area VI; art. 15 CCNL Area VII; art. 17 CCNL Area VIII; art. 13 CCNL Dirigenti ENAC; art. 13 CCNL Dirigenti CNEL.

⁸⁹ Solo il CCNL area V (scuola) fa eccezione, rubricando l'art. 22 come «procedura di conciliazione non obbligatoria».

⁹⁰ V. cap. II, § 6.

applicabile permanente⁹¹. Ciò sconfessa, o quantomeno riduce di molto, l'affermazione di un soggetto attivo del procedimento, per così dire, “con le mani completamente legate”.

Un'ultima considerazione, cui si è già accennato nel capitolo precedente, va fatta a proposito dell'art. 55, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001, e collegata alla questione dell'applicazione della sanzione predeterminata dal legislatore, e in particolare del licenziamento, che, ai sensi dell'art. 55 *quater*, si applica «comunque» nei casi indicati da quest'ultima disposizione.

Proprio l'uso dell'avverbio, che potrebbe far pensare ad un'applicazione necessaria della sanzione, che mal si concilia col principio di proporzionalità, potrebbe essere spiegato proprio in connessione con la norma sulla conciliazione. Come detto, è escluso il ricorso alla determinazione concordata della sanzione nelle ipotesi in cui la legge prevede l'applicazione del licenziamento. Quindi, si può sostenere che quel «comunque» sta ad indicare e confermare proprio che quando la legge prevede il licenziamento, non vi è possibilità di conciliazione. Ma ciò non implica anche che quella sanzione poi debba necessariamente trovare applicazione, se, in base ad un giudizio di proporzionalità effettuato in concreto da chi conduce il procedimento, appaia sproporzionata. A conferma di ciò, si noti che il d.lgs. n. 165 del 2001, come modificato dal d.lgs. n. 150 del 2009, non tipizza solo il licenziamento, ma anche altre sanzioni (sospensione dal servizio con privazione della retribuzione, commisurata alla gravità dell'illecito contestato al dipendente, fino ad un massimo di quindici giorni, *ex art. 55 bis*, co. 7; sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da un minimo di tre giorni fino ad un massimo di tre mesi, *ex art. 55 sexies*, co. 1; collocamento in disponibilità, all'esito del procedimento disciplinare, *ex art. 55 sexies*, co. 1; sospensione dal servizio con privazione della retribuzione in proporzione alla gravità dell'infrazione non perseguita, fino ad un massimo di tre mesi, *ex art. 55 sexies*, co. 3), per le quali non adopera mai l'avverbio in questione. E, in coerenza, queste altre sanzioni, pure predeterminate, possono essere oggetto della conciliazione non obbligatoria di cui all'art. 55, co. 3, e quindi di riduzione a seguito del procedimento conciliativo, seppur senza trasformarsi in sanzioni di specie diverse⁹².

⁹¹ In questo senso cfr. anche VOZA, *Fondamento e fonti del potere disciplinare nel lavoro pubblico*, cit., pag. 659.

⁹² Sul punto, v. anche il cap. II, § 6.

4- Conciliazione non obbligatoria, impugnazione della sanzione in via conciliativa e arbitrato. Differenze e problematiche applicative dovute alla successione delle leggi nel tempo. Implicazioni sulla determinazione della sanzione applicata.

La conciliazione di cui si è detto, ammessa dal d.lgs. n. 165 del 2001 ove i contratti collettivi la prevedano, non va confusa con la conciliazione quale mezzo di impugnazione della sanzione disciplinare alternativo rispetto a quello giurisdizionale. La prima si colloca all'interno del procedimento disciplinare, quale parentesi incidentale ed eventuale dell'*iter*, in un momento in cui il procedimento non si è concluso e quindi nessuna sanzione è stata ancora applicata. La seconda invece costituisce un'impugnazione della sanzione disciplinare già applicata, dunque a procedimento già concluso e a sanzione già irrogata.

Il d.lgs. n. 165 del 2001, come modificato dal d.lgs. n. 150 del 2009, è categorico nell'escludere che la contrattazione collettiva possa «istituire procedure di impugnazione dei provvedimenti disciplinari». Ma procedure di questo tipo sono spesso previste dalla legge. Si pone quindi il problema di verificare la loro applicabilità alle sanzioni disciplinari dei dipendenti pubblici.

Si tratta di una questione complessa, che coinvolge il confine tra la specialità del rapporto di lavoro pubblico e l'uniformazione della sua disciplina al rapporto di lavoro privato. Quest'ultima, dopo la privatizzazione, costituisce la regola, *ex art. 2, co. 2 e 3, e art. 51, d.lgs. n. 165 del 2001*. Come tale però può avere delle eccezioni, come espressamente previsto proprio nell'*art. 2, co. 2 del decreto*, nella parte in cui afferma l'applicazione delle norme sul lavoro privato «fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto, che costituiscono disposizioni a carattere imperativo», e aggiungendo che «eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata, non sono ulteriormente applicabili, solo qualora ciò sia espressamente previsto dalla legge».

Ora, il d.lgs. n. 165 del 2001 non esclude l'impugnazione in via conciliativa e arbitrale in via assoluta, ma soltanto la possibilità che la contrattazione collettiva la preveda. L'*art. 7, co. 6, l. n. 300 del 1970*, continua a prevedere la possibilità che il lavoratore promuova «la costituzione, tramite l'ufficio provinciale del lavoro e della massima occupazione, di un collegio di conciliazione ed arbitrato». In tal caso, quindi, la procedura non è istituita dalla contrattazione collettiva, ma dalla legge. La *l. n. 300 del 1970*, come noto, è tuttora

dichiarata applicabile al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni dall'art. 51, co. 2.

Come già più volte detto, prima della riforma del 2009, l'art. 55 del d.lgs. n. 165 del 2001 richiamava solo i commi 1, 5 e 8 dell'art. 7 St. Lav. Da qui, l'opinione prevalente riteneva che i commi non richiamati non trovassero applicazione, e da ciò, ad esempio, si era tratta la conseguenza che non valessero i limiti dell'entità delle sanzioni conservative indicate al quarto comma della norma statutaria.

Con la riforma del 2009 è stato espunto dal testo legislativo ogni riferimento all'art. 7 dello Statuto. Da ciò si è ritenuto che, per i commi 1 e 5 della disposizione, valessero le norme poste dal legislatore, mentre per il comma 8, sulla recidiva, non disponendo alcunché il d.lgs. n. 165 del 2001, la contrattazione collettiva si sia riappropriata della materia⁹³.

Si può però, come anticipato, avanzare una tesi interpretativa diversa. Si potrebbe infatti ritenere che, alla luce dell'omessa menzione di commi specifici della norma, l'art. 7 Stat. Lav. non trovi applicazione in relazione alle tematiche per cui il d.lgs. n. 165 del 2001 detta una disciplina speciale (si pensi, appunto, alle modalità di pubblicità del codice disciplinare⁹⁴, all'*iter* procedimentale⁹⁵, al limite quantitativo delle sanzioni e al divieto di sanzioni che comportano un mutamento definitivo del rapporto, in quanto è lo stesso legislatore che prevede sanzioni disciplinari che esorbitano dai limiti statuari⁹⁶), così come accade anche per altre norme per le quali è prevista una disciplina specifica (per fare un altro esempio avulso dalla materia disciplinare, si pensi alle regole sulle mansioni, dettate dall'art. 52 del d.lgs. n. 165 del 2001, senza che il legislatore abbia ritenuto di escludere espressamente l'applicazione dell'art. 2103 cod. civ., come modificato dall'art. 13 dello Statuto). Ma dove il legislatore non pone una disciplina sostitutiva, o quantomeno implicitamente contraria, potrebbe ritenersi che l'art. 7 Stat. Lav. si riespanda. Quando si è trattato della recidiva, si è notato che i contratti collettivi hanno mantenuto il rilievo solo biennale della stessa. Tale risultanza può essere interpretata come volontà di non discostarsi dalla tradizione, ma anche come adeguamento ad una disposizione legislativa (l'art. 7, co. 8, Stat. Lav., appunto) che mantiene il suo vigore, in assenza di una disciplina contraria⁹⁷.

⁹³ V. CURRAO, PICARELLA, *Lo sguardo "severo" del legislatore: le nuove regole del potere disciplinare*, cit., pagg. 5-6.

⁹⁴ Per cui dispone l'art. 55, co. 2, ult. periodo, d.lgs. n. 165 del 2001.

⁹⁵ Art. 55 *bis*, d.lgs. n. 165 del 2001.

⁹⁶ V. ad es. art. 55 *bis*, co. 7; art. 55 *sexies*, co. 1; art. 55 *sexies*, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001. Per la previsione di sanzioni che comportano un mutamento definitivo del rapporto v. l'art. 55 *sexies*, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001.

⁹⁷ E a conferma di quest'ultima tesi può essere letto, ad. es., l'art. 53, co. 1, lett. e), CCNL DigitPa del 12 aprile 2011, che pone tra i criteri generali per determinare il tipo e l'entità delle sanzioni, quello dei «precedenti disciplinari nell'ambito del *biennio previsto dalla legge*». Infatti, o si ritiene che le parti stipulanti siano incorse in una svista, richiamando una «legge» non più applicabile, o si intende sottintesa l'ancora

Venendo ai commi 6 e 7, il d.lgs. n. 165 del 2001, prima della riforma, non li citava nell'art. 55, ciò in quanto vi era una norma, l'art. 56, che disciplinava in maniera autonoma la materia, peraltro richiamando «modalità ed effetti» della norma statutaria. L'art. 56, d.lgs. n. 165 del 2001 è ora abrogato. L'intento del legislatore era verosimilmente quello di vietare impugnazioni stragiudiziali delle sanzioni. Lo dimostra il fatto che avrebbe potuto, invece di abrogare interamente la disposizione, limitarsi ad eliminare l'inciso iniziale «se i contratti collettivi nazionali non hanno istituito apposite procedure di conciliazione e arbitrato», lasciando solo il disposto secondo cui «le sanzioni disciplinari possono essere impugnate 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»: e si badi che l'art. 66, d.lgs. n. 165 del 2001 era rimasto in vigore dopo la riforma del 2009, ed è stato abrogato soltanto con il c.d. “Collegato Lavoro”, l. n. 183 del 2010.

La *ratio legis* però non costituisce l'unico e prevalente canone di interpretazione legislativa. Non si può prescindere né dal dato letterale, né dall'interpretazione sistematica, che consente di evitare incoerenze nel sistema legislativo.

Se il legislatore dichiara applicabili le regole del lavoro privato, e se non pone espressamente una disciplina sostitutiva, si può ritenere dunque che quelle regole mantengano, o addirittura acquistino, ove non fossero applicabili in passato, vigore.

Da qui la possibile impugnazione della sanzione disciplinare in via conciliativa, seppur non rimessa alla contrattazione collettiva, ma prevista dalla legge, *ex art. 7, co. 6 e 7, Stat. Lav.*⁹⁸, salvo ritenere l'inapplicabilità della norma, oltre che per quella che appare l'*intentio legis*, anche per l'inciso contenuto nel comma 6, «salvo analoghe procedure previste dai contratti collettivi di lavoro», essendo, come detto, espressamente preclusa qualsiasi competenza delle fonti contrattuali collettive in materia.

L'interpretazione “alternativa” che si è esposta si pone però in contrasto con gli atti di indirizzo provenienti dalle fonti ministeriali. Sul punto è intervenuto un parere del

attuale applicazione, in questo caso, del comma 8 dell'art. 7, l. n. 300 del 1970. La vicenda del comma 8 è molto simile a quella dei commi 6 e 7, in quanto tutti richiamati, direttamente o indirettamente dalla legge nella previgente disciplina, e ora non citati dal decreto, senza che il legislatore abbia posto, come fatto a proposito dei commi 1, 2, 3 e 5, una disciplina sostitutiva, o, come fatto per il comma 4, una disciplina che implicitamente ne impedisca l'applicazione.

⁹⁸ A sostegno di tale orientamento, si vedano, oltre alla dottrina che ritiene comunque applicabile l'art. 7 anche dopo la riforma Brunetta e già citata, anche BORGHESI, *I primi contratti collettivi definiscono il nuovo statuto dell'arbitrato irrituale*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2001, n. 1, pag. 180, secondo cui, pur in un contesto in cui la legge richiamava espressamente la norma statutaria, «la norma base in materia disciplinare [...] resta pur sempre l'art. 7 della legge n. 300/1970, i cui commi» 6 e 7 «anche se non espressamente richiamati (come invece lo erano dall'art. 59 *bis* decreto n. 29/1993) sono comunque applicabili». Sembra dare per scontata la possibilità dell'impugnazione della sanzione davanti al collegio di conciliazione e arbitrato, ai sensi dell'art. 7 Stat. Lav., NITTI, *La riforma del pubblico impiego: nuovo procedimento disciplinare e nuovo sistema sanzionatorio*, cit., pag. 167.

Dipartimento della Funzione Pubblica del 22 luglio 2010⁹⁹, che dichiara non applicabile l'art. 7, co. 6 e 7, della l. n. 300 del 1970, di cui ha preso atto anche il ministero del lavoro, con la circolare n. 28 del 2 agosto 2010¹⁰⁰.

Tuttavia, successivamente, lo stesso Ministero del Lavoro, con il recente interpello n. 11 del 10 aprile 2012¹⁰¹, ha riformulato il suo orientamento, alla luce anche delle innovazioni apportate dal Collegato Lavoro al codice di procedura civile. Pur ribadendo l'inapplicabilità dell'art. 7, co. 6 e 7, alle sanzioni disciplinari dei pubblici dipendenti, il ministero si pronuncia a favore della possibilità di esperire una conciliazione ed eventualmente anche un arbitrato in materia disciplinare. Il che conferma quanto sostenuto prima, circa l'assenza di un divieto assoluto di conciliazione e arbitrato in materia disciplinare nel rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici. L'interpretazione prende spunto, appunto, dagli artt. 410 segg. del codice di procedura civile, come modificati dalla l. n. 183 del 2010.

Le norme della l. n. 183 del 2010 sono successive a quelle del d.lgs. n. 150 del 2009. In applicazione del criterio cronologico di successione delle leggi nel tempo dovrebbero prevalere, ma in questo caso appare preferibile l'utilizzo di un criterio di specialità, per cui le norme del d.lgs. n. 150 del 2009 non sono suscettibili di abrogazione implicita da parte del Collegato Lavoro. Ciò però vale, a rigore, solo per le procedure arbitrali e conciliative introdotte dalla contrattazione collettiva, essendo queste ultime quelle categoricamente escluse dopo la riforma del 2009. L'art. 412 *ter* cod. proc. civ., dunque, rubricato «altre modalità di conciliazione e arbitrato previste dalla contrattazione collettiva», appare inapplicabile alla materia disciplinare dei pubblici dipendenti¹⁰².

Ciò però non vale per il tentativo, divenuto facoltativo, di conciliazione, *ex* art. 410 c.p.c., nonché per la «risoluzione arbitrale della controversia» *ex* art. 412 c.p.c. e le «altre modalità di conciliazione e arbitrato» di cui all'art. 412 *quater* del codice di rito. Esse infatti sono procedure disciplinate direttamente dalla legge, non dalla contrattazione collettiva, che hanno come campo di applicazione le controversie di cui all'art. 409 c.p.c. ed, *ex* art. 31, co. 9, l. n. 183 del 2010, espressamente anche quelle di cui all'art. 63, co. 1, d.lgs. n. 165 del 2001 e, dunque, anche quelle inerenti al rapporto di lavoro pubblico privatizzato, tra cui non vi è motivo di escludere quelle riguardanti l'applicazione di

⁹⁹ Reperibile in www.funzionepubblica.gov.it.

¹⁰⁰ Reperibile in www.dplmodena.it.

¹⁰¹ Reperibile in www.lavoro.gov.it.

¹⁰² In questo senso ORSINI, MATTEINI, *Il nuovo arbitrato e i riflessi sul settore pubblico*, in F. CARINCI, MAINARDI (a cura di), *La Terza Riforma del Lavoro Pubblico*, cit., pag. 635. Cfr. però MAINARDI, *Sanzioni disciplinari e (nuove) responsabilità dei dipendenti pubblici: dalla legge al contratto collettivo, e ritorno*, cit. pag. 476, che ravvede nell'inapplicabilità dell'art. 412 *ter*, data dall'applicazione del criterio di specialità, «una inspiegabile diversità di trattamento tra fonti (legale e contrattuale) dell'arbitrato».

sanzioni disciplinari¹⁰³. Il d.lgs. n. 165 del 2001 esclude, *ex art.* 55, co. 3, che la contrattazione collettiva possa istituire procedure di impugnazione delle sanzioni disciplinari, non che tali procedure possano essere previste dalla legge. A sua volta, il d.lgs. n. 150 del 2009, all'art. 73 dispone che «dalla data di entrata in vigore del presente decreto non è ammessa, a pena di nullità, l'impugnazione di sanzioni disciplinari dinanzi ai collegi arbitrali di disciplina», limitando quindi l'esclusione ai procedimenti svolti dinanzi a questi particolari organismi, senza che da ciò possa desumersi un divieto assoluto¹⁰⁴.

L'unica diversità sembrerebbe riguardare la possibilità di arbitrato sulla base della clausola compromissoria. L'art. 31, co. 10, l. n. 183 del 2010, infatti prevede che «in relazione alle materie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile, le parti contrattuali possono pattuire clausole compromissorie [...] che rinviano alle modalità di espletamento dell'arbitrato di cui agli articoli 412 e 412-*quater* del codice di procedura civile, solo ove ciò sia previsto da accordi interconfederali o contratti collettivi di lavoro». Il successivo comma 11 dispone che «in assenza degli accordi interconfederali o contratti collettivi di cui al primo periodo del comma 10, trascorsi dodici mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, il Ministro del lavoro e delle politiche sociali convoca le organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative, al fine di promuovere l'accordo. In caso di mancata stipulazione dell'accordo di cui al periodo precedente [...] il Ministro del lavoro e delle politiche sociali con proprio decreto, tenuto conto delle risultanze istruttorie del confronto tra le parti sociali, individua in via sperimentale, fatta salva la possibilità di integrazioni e deroghe derivanti da eventuali successivi accordi interconfederali o contratti collettivi, le modalità di attuazione e di piena operatività delle disposizioni di cui al comma 10».

Secondo una tesi tale norma non riguarderebbe le controversie di lavoro pubblico, per cui i due commi non sarebbero applicabili ad esse, stante l'assenza del richiamo alle controversie di cui all'art. 63, co. 1, d.lgs. n. 165 del 2001, cui la legge rinvia in altri casi¹⁰⁵.

In realtà, tra le materie di cui all'art. 409 c.p.c. vi sono anche le controversie relative a «rapporti di lavoro dei dipendenti di enti pubblici ed altri rapporti di lavoro pubblico,

¹⁰³ Per la possibile applicazione degli art. 412 e 412 *quater* v. MAINARDI, *Sanzioni disciplinari e (nuove) responsabilità dei dipendenti pubblici: dalla legge al contratto collettivo, e ritorno*, cit., pag. 476. In dottrina, a proposito dell'applicazione delle norme su conciliazione e arbitrato, come modificate dal Collegato lavoro, al lavoro pubblico, seppure in generale e non con specifico riferimento alla materia disciplinare, v. A. ZOPPOLI, *Riforma della conciliazione e dell'arbitrato e riflessi sul lavoro pubblico*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2010, n. 2, pag. 440, secondo cui «si potrebbe ammettere l'utilizzazione di quegli strumenti nei limiti in cui non vi sia contrasto con le finalità della disposizione di volta in volta interessata». Per l'operatività dell'arbitrato, anche prima delle modifiche introdotte dal Collegato lavoro, BIANCO, *Guida pratica alla riforma Brunetta*, cit., pag. 150.

¹⁰⁴ In questo senso, il citato interpello del ministero del lavoro, n. 11 del 2012.

¹⁰⁵ ORSINI, MATTEINI, *Il nuovo arbitrato e i riflessi sul settore pubblico*, cit., pag. 643.

sempreché non siano devoluti dalla legge ad altro giudice», formula che senza dubbio ricomprende anche la materia del lavoro pubblico privatizzato.

Il vero ostacolo attiene invece al fatto che i commi citati rinviano per l'ammissibilità della clausola compromissoria alla previsione nei contratti collettivi, a fronte del divieto posto dall'art. 55, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001. O si ritiene che in materia di lavoro pubblico la clausola compromissoria sia liberamente stipulabile tra le parti individuali, ma in tal caso vi sarebbero evidenti problemi di tutela dei dipendenti pubblici, analoghi a quelli che hanno spinto il Capo dello stato a rinviare l'originario testo di legge alle Camere. O si ritiene che la clausola compromissoria non sia ammissibile nel lavoro pubblico, con una discutibile differenziazione tra quest'ultimo e il lavoro privato. O infine si ritiene che, a fronte della impossibilità di intervento della fonte contrattuale, vi sia una competenza sostitutiva del ministro, con il decreto citato in caso di assenza di accordo, che potrebbe apparire come la soluzione meno problematica, anche se non scevra da dubbi di disparità di trattamento¹⁰⁶.

Non esiste dunque un divieto di arbitrato, come apparentemente si può essere portati a pensare¹⁰⁷, ma un divieto di impugnazione davanti ai vecchi Collegi arbitrali di disciplina, che vengono aboliti, o comunque un divieto per la contrattazione di istituire apposite procedure non previste dalla legge¹⁰⁸ (e dunque sarebbe travolto anche l'art. 6 del CCNQ del 23 gennaio 2001, che tratta dell'arbitrato su sanzioni disciplinari, e che ha affiancato ai C.a.d. la figura dell'Arbitro unico)¹⁰⁹. La norma imperativa dell'art. 55, co. 3, si limita a quest'ultimo disposto. L'art. 73, co. 1, d.lgs. n. 150 del 2009, si limita ad escludere l'impugnazione davanti ai collegi arbitrali di disciplina. L'abrogazione dell'art. 56, d.lgs. n.

¹⁰⁶ Nel senso dell'inapplicabilità della norma al pubblico impiego «visto il richiamo dell'art. 31, comma 11, del Collegato lavoro al decreto del ministro del lavoro in mancanza di accordi interconfederali» v. però CARBONE, *Il licenziamento nell'impiego pubblico*, in C. RUSSO (a cura di), *Il licenziamento nel rapporto di lavoro pubblico e privato*, cit., pag. 331.

¹⁰⁷ Nel senso di un divieto sembra essersi espresso il Dipartimento della funzione pubblica, con il citato parere del 22 luglio 2010, ove afferma che «sembra emergere 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» e che l'eliminazione della possibilità di ricorrere ai collegi arbitrali di disciplina «pare indice della volontà di escludere decisioni arbitrali nella materia delle impugnazioni disciplinari».

¹⁰⁸ Si potrebbe spiegare così l'operato del legislatore del 2009, che in definitiva non è contro l'arbitrato, ma contro i c.a.d. e molto diffidente nei confronti della contrattazione collettiva. A tal proposito, si veda FERRARO, *Prove generali di riforma del lavoro pubblico*, cit., pag. 258 che aveva definito «singolare» la scelta «di abolire i collegi arbitrali di disciplina vietando espressamente di reinserirli in sede di contrattazione collettiva, considerato [...] la incalzante tendenza a valorizzare gli organi arbitrali in materia di controversie di lavoro». Per l'apparente esistenza di un divieto di arbitrato v. IACOPONI, *Le nuove disposizioni in materia di sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici*, cit., pagg. 33-34; CORTI, SARTORI, *Il decreto attuativo della c.d. "legge Brunetta" sul pubblico impiego*, cit., pag. 36, secondo cui la disciplina legislativa «chiude anche ogni strada alla definizione in via arbitrale dei procedimenti disciplinari». V. anche RAVELLI, *Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici*, cit., pag. 1355, secondo cui «la riforma riduce drasticamente la possibilità di fare ricorso a strumenti di composizione stragiudiziale delle controversie originate dall'esercizio del potere disciplinare da parte del datore di lavoro pubblico»: riduzione drastica non significa infatti divieto.

¹⁰⁹ Reperibile in www.aranagenzia.it. In questo senso anche la circolare DFP n. 9 del 27 novembre 2009, in www.funzionepubblica.gov.it.

165 del 2001, non implica automaticamente l'esistenza di un divieto di impugnazione davanti alle commissioni di conciliazione. Può al massimo ritenersi che vengano meno gli effetti e le modalità di cui all'art. 7, co. 6 e 7, l. n. 300 del 1970, cui la norma rinviava, ove non si accolga la tesi di un'applicazione della stessa disposizione, in assenza di norme di legge contrarie, in forza dell'art. 51, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001. Ma l'art. 55, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001 non preclude l'applicazione di altre norme di legge, come quelle citate del codice di rito, dettate senza distinzioni tra lavoro privato e lavoro pubblico, e senza escludere le controversie aventi ad oggetto sanzioni disciplinari da liti relative a materie diverse.

Il mantenimento della possibilità di esperire una conciliazione o un giudizio arbitrale, anche a prescindere dall'applicazione dei commi 6 e 7 dell'art. 7 dello Statuto, a procedimento disciplinare concluso, ha delle conseguenze rilevanti, su un piano sistematico e per quanto qui di interesse, sulla configurazione del potere disciplinare della pubblica amministrazione.

Il lodo arbitrale eventualmente pronunciato, infatti, *ex art. 412 quater*, c.p.c., «produce tra le parti gli effetti di cui agli art. 1372 [...] del codice civile». Quindi, ha gli effetti del contratto, ciò che evoca un'idea comunque di disponibilità della sanzione.

Ma vi è di più. Si potrebbero ritenere esperibili le procedure di conciliazione e arbitrato anche in caso di applicazione della sanzione del licenziamento, e si può ritenere che in tali sedi si possa pervenire anche all'applicazione di una sanzione di specie diversa da quella applicata. Il divieto al riguardo imposto dal legislatore, *ex art. 55*, comma 3, d.lgs. n. 165 del 2001, attiene soltanto alla conciliazione non obbligatoria endoprocedimentale eventualmente prevista dal contratto collettivo, ma non alle procedure *ex art. 410, 412 e 412 quater* c.p.c.

Se così fosse, anche il rigore dimostrato dal legislatore, teso a vincolare l'amministrazione all'applicazione delle sanzioni predeterminate dal d.lgs. n. 165 del 2001, in particolare quella del licenziamento, si allenterebbe.

In prima battuta, tale rigore è già limitato, come detto più volte, dalla necessaria applicazione del principio di proporzionalità in fase di irrogazione della sanzione.

In seconda battuta, troverebbe un ulteriore possibile limite, ancor prima della fase propriamente giudiziale, nella fase conciliativa e facoltativa *ex art. 410* c.p.c., e in quella arbitrale. Vero è che il tentativo di conciliazione e l'accettazione della procedura arbitrale presuppone comunque il consenso dell'amministrazione, ma ciò implica che vi sia ancora possibilità per quest'ultima di addivenire ad un accordo circa la controversia, o direttamente in sede di conciliazione, o indirettamente accettando il giudizio arbitrale e conseguentemente uniformandosi al contenuto del lodo.

Oltretutto, a fronte della conciliazione di cui all'art. 410 c.p.c. e all'arbitrato, non sembra applicabile l'art. 55 *sexies*, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001, che attiene al mancato esercizio o alla decadenza del potere disciplinare - e dunque non si applica nei casi in cui il potere disciplinare sia stato esercitato e sia stata evitata la decadenza stessa - e non riguarda invece le determinazioni successive all'applicazione della sanzione, inerenti alla conciliazione facoltativa o all'accettazione dell'arbitrato.

É prevedibile che nella pratica non saranno frequenti tali ipotesi, ma su un piano teorico le considerazioni esposte appaiono rilevanti per ridimensionare la portata del rigore delle norme del d.lgs. n. 165 del 2001. Ciò vale, più che per l'arbitrato, che è comunque un istituto per molti aspetti analogo al procedimento di impugnazione giudiziale della sanzione, per l'eventuale conciliazione facoltativa *ex art.* 410 c.p.c. Non è da escludere, infatti, che ove si dia luogo ad essa, l'amministrazione possa anche accettare di tornare sui suoi passi, ove si accorga che, anche a causa della fretta imposta dal legislatore per concludere il procedimento, sia stata applicata una sanzione che inevitabilmente sarebbe dichiarata illegittima dal giudice. E a favorire tale decisione, può essere letto l'ultimo comma dell'art. 410 c.p.c., secondo cui «la conciliazione della lite da parte di chi rappresenta la pubblica amministrazione [...] non può dar luogo a responsabilità, salvi i casi di dolo e colpa grave». Tale inciso può costituire un incentivo a conciliare, e serve in qualche modo a bilanciare il contenuto dell'art. 55 *sexies*, co. 4, che al contrario incentiva il dirigente ad applicare comunque una sanzione, disponendo che «la responsabilità civile eventualmente configurabile a carico del dirigente in relazione a profili di illiceità nelle determinazioni concernenti lo svolgimento del procedimento disciplinare è limitata, in conformità ai principi generali, ai casi di dolo o colpa grave». Quest'ultima spinge chi deve applicare la sanzione a curarsi poco della liceità delle sue decisioni, non rispondendo per semplice colpa. L'ultimo comma dell'art. 410 c.p.c., allo stesso modo, spinge ad addivenire ad una conciliazione sulla sanzione applicata, ugualmente escludendo una responsabilità (che non pare comunque di tipo disciplinare) per colpa non grave.

In conclusione, anche a fronte dell'abrogazione del c.d. patteggiamento disciplinare, analizzando le norme sulla conciliazione non obbligatoria, sul tentativo facoltativo di conciliazione, e sulla possibilità di arbitrato, di cui rispettivamente all'art. 55, co. 3, seconda parte, d.lgs. n. 165 del 2001, all'art. 410 c.p.c. e agli art. 412 e 412 *quater* c.p.c., non risulta abbandonata dall'ordinamento l'idea di una “negoziabilità” dell'esercizio del potere disciplinare da parte dell'amministrazione¹¹⁰. É più sfumata, rispetto al passato, più

¹¹⁰ Cfr., seppur con riferimento alla sola conciliazione non obbligatoria *ex art.* 55, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001, VOZA, *Fondamento e fonti del potere disciplinare nel lavoro pubblico*, cit., pag. 659.

limitata nella sua esplicazione all'interno del procedimento disciplinare, ma non assente. E allora la riforma del 2009 può risultare meno drastica di quello che sembra¹¹¹.

¹¹¹ A conferma di ciò, si veda MISCIONE, *Sanzioni disciplinari e responsabilità*, cit., pag. 1719, che, a proposito del patteggiamento, oggi escluso, lo riteneva inquadrabile come «una sorta di transazione [...] simile a quella di cui agli artt. 410 e 411 c.p.c.»; v. anche ALESSI, *Il potere disciplinare nel pubblico impiego riformato*, cit., pag. 502, che parlava di «conciliazione informale».

CAPITOLO QUARTO

La responsabilità disciplinare dei dirigenti pubblici

1- *La figura del dirigente pubblico come titolare dei poteri di gestione*

Nel quadro della c.d. privatizzazione del pubblico impiego, il ruolo della dirigenza pubblica è apparso essenziale e centrale per garantire, pur all'interno di un rapporto di lavoro svolto sotto le regole privatistiche, il raggiungimento delle finalità di buon andamento ed efficienza della pubblica amministrazione¹.

A fronte di un rapporto di lavoro gestito con i poteri del datore di lavoro privato, infatti, era proprio la dirigenza, chiamata ad esercitare i poteri gestionali, sulla base degli indirizzi e delle direttive ricevute, a costituire il punto di collegamento tra disciplina privatistica ed esigenze pubblicistiche². L'attività della dirigenza, valutata non in relazione al singolo atto di gestione, ma nel complesso, costituiva un momento essenziale per il raggiungimento dell'interesse pubblico alla buona e corretta amministrazione. Architrave del sistema era insomma l'attribuzione ai dirigenti di una dose di autonomia e di responsabilità, inscindibilmente legate³. In questo sistema, centrale era il circuito indirizzi/autonomia attuazione/controllo dei risultati/responsabilità dirigenziale⁴. La responsabilità disciplinare dei dirigenti, pur ovviamente esistente all'interno del loro rapporto di lavoro⁵, era ristretta alle singole infrazioni gravi, in grado di ledere il rapporto fiduciario tra lavoratore e amministrazione-datore di lavoro, tant'è che anche i contratti collettivi si limitavano a prevedere una disposizione sul licenziamento, considerata l'unica sanzione disciplinare irrogabile ai dirigenti pubblici⁶.

¹ V. APICELLA, *Lineamenti del pubblico impiego «privatizzato»*, cit., pag. 77 e segg.

² F. CARINCI, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla legge 133/2008 alla legge n. 15/2009*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2008, n. 6, pag. 964.

³ BOSCATI, *Responsabilità dirigenziale, trattamento economico*, in F. CARINCI, MAINARDI (a cura di), *La Terza Riforma del Lavoro Pubblico*, cit., pag. 193; ID, *Il lavoro negli enti locali dopo le riforme. Problemi risolti e questioni aperte. Il ruolo e i poteri dei dirigenti degli enti locali*, cit., pag. 24; v. anche F. CARINCI, *Una riforma «conclusa». Fra norma scritta e prassi applicativa*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2004, n. 2, pag. 334; TREMOLADA, *Il dirigente pubblico tra responsabilità di risultato e disciplinare*, cit., pag. 66.

⁴ V. BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, cit., pag. 8 e segg.

⁵ Un espresso riferimento alla responsabilità disciplinare dei dirigenti è stato introdotto nell'art. 21, d.lgs. n. 165 del 2001, dalla l. n. 145 del 2002. Tuttavia anche prima non si dubitava della compatibilità del potere disciplinare con la connotazione fiduciaria del rapporto di lavoro dei dirigenti: cfr. LANOTTE, *Il licenziamento del dirigente pubblico*, cit., pag. 129.

⁶ Cfr. B. CARUSO, *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (Il ridisegno della governance nelle p.a. italiane)*, cit., pag. 26, che descrive la responsabilità disciplinare come «una sorta di araba fenice».

La riforma del 2009 incide fortemente su questo quadro⁷. Non tanto per l'esistenza del binomio autonomia-responsabilità, affermato espressamente tra i principi e criteri direttivi di cui all'art. 6, co. 2, lett. a) l.d. n. 15 del 2009⁸, quanto per un più marcato controllo sui singoli atti dei dirigenti, e sulla espressa configurabilità di infrazioni punibili anche con sanzioni disciplinari di tipo conservativo. Di tale ultimo aspetto ci si occuperà nelle pagine successive.

In questa sede preme invece accennare al modo in cui il legislatore configura il meccanismo di autonomia e responsabilità dei dirigenti, con una insistente tensione tra norme volte ad aumentare la prima e norme che invece di fatto ne limitano la portata⁹, specie con riguardo proprio alla materia disciplinare, scontando probabilmente il dato della diversità di fondo tra lavoro dei dirigenti privati e lavoro dei dirigenti pubblici¹⁰, dovuto al raggiungimento del fine ultimo dell'organizzazione datoriale, che è sempre e solo egoistico in quella privata e proiettato invece verso un fine collettivo, ma mediato pur sempre da un interesse di parte a seguito della privatizzazione, in quella pubblica¹¹.

In questo senso, nel quadro della riforma del 2009, l'autonomia dei dirigenti si espande di molto nei confronti della contrattazione collettiva, attraverso un divieto di negoziabilità dei poteri di gestione¹², ma risulta ridotta nei confronti dei soggetti chiamati a verificare il loro operato. Inoltre, la rilegificazione attuata dal legislatore del 2009, se non è in grado di incidere sulla privatizzazione del rapporto, e sulla natura privatistica degli atti e dei poteri dei dirigenti, tuttavia rischia, introducendo regole specifiche, di operare una sovrapposizione della politica all'amministrazione, rendendo il dirigente come mero esecutore della legge, togliendogli quella autonomia che invece la riforma gli restituisce rispetto ai contratti collettivi¹³. Il tutto all'interno di un sistema che presentava già, prima

⁷ Confermando che qualsiasi riforma in tema di lavoro pubblico non può non coinvolgere direttamente il ruolo della dirigenza, considerata al contempo come «oggetto e soggetto»: v. D'ANTONA, *Il ruolo della dirigenza nei processi di riforma*, in B. CARUSO, SCIARRA (a cura di), *Opere*, vol. IV, Giuffrè, 2000, pag. 205. V. anche MAINARDI, *Profili della responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici*, cit., pag. 616, che, a proposito della riforma del 2009, parla di «un'azione sulla dirigenza come centro di imputazione dei più tipici poteri datoriali (direttivo, di controllo e disciplinare), ma anche come destinataria indefettibile di sanzioni laddove tali poteri vengano male esercitati».

⁸ «Affermare la piena autonomia e responsabilità del dirigente, in qualità di soggetto che esercita i poteri del datore di lavoro pubblico, nella gestione delle risorse umane».

⁹ Di «meno autonomia e più responsabilità» della dirigenza parla F. CARINCI, *Il secondo tempo della riforma Brunetta: il D. Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150*, cit., pag. LIX e segg.

¹⁰ Su cui F. CARINCI, *Simbologia e realtà di un gemellaggio: il dirigente privato e il dirigente pubblico privatizzato*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2009, n. 31, pag. 7 e segg.

¹¹ Cfr. BOSCATI, *Responsabilità dirigenziale, trattamento economico*, cit., pag. 253; CESTER, *La diligenza del lavoratore*, cit., pagg. 224-225.

¹² In argomento, *ex multis*, v. 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"*, n. 101/2010, pag. 7 e segg.; BOSCATI, *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazione del lavoro e svolgimento dell'attività amministrativa*, cit., pag. 26 e pag. 42 e segg.; F. CARINCI, *Il secondo tempo della riforma Brunetta: il D. Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150*, cit., pag. XLVII e segg. Prima della riforma del 2009, v. BELLAVISTA, *Contrattazione collettiva e lavoro pubblico*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 48/2007, pag. 2 e segg.

¹³ In questo senso BOSCATI, *Legge delega n. 15/2009 e riforma della dirigenza pubblica. Prime riflessioni di sintesi*, in *Ris. Umane*, 2009, n. 3, pag. 16; ID., *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazione*

della riforma del 2009, indici normativi contraddittori circa il rapporto tra i dirigenti in chiave di autonomia o gerarchia¹⁴, e in cui, dopo la riforma, risulta accentuata la differenziazione tra i dirigenti di prima e di seconda fascia, con in controluce un richiamo del rapporto di gerarchia, che ha indotto parte della dottrina ad evidenziare come «nella prima fascia, si evidenziano di più i connotati della “testa manageriale”; nella seconda fascia i connotati della “testa del lavoratore subordinato”»¹⁵.

1.1- In particolare, il potere disciplinare del dirigente

Emblematica della tensione tra istanze di maggiore autonomia dei dirigenti, sotto l'insegna della dichiarata assimilazione di quelli pubblici a quelli privati, e istanze di stretto controllo dell'attività degli stessi, è la norma che amplia le competenze dei dirigenti responsabili di struttura in materia disciplinare¹⁶, che costituisce in tale settore esplicitazione dell'obiettivo di rafforzare i poteri gestionali del dirigente¹⁷.

Qui è palese il contrasto tra l'attribuzione di maggiori competenze nella gestione e nella conduzione del procedimento disciplinare, e le regole che tuttavia obbligano sostanzialmente il dirigente ad esercitare il potere sanzionatorio, entro gli stretti binari individuati dal legislatore¹⁸.

Ciò che in questa sede preme rilevare è che il potere disciplinare, in quanto uno dei tipici poteri datoriali, nel lavoro pubblico, come in quello privato, sicuramente rientra

del lavoro e svolgimento dell'attività amministrativa, cit., pag. 16, secondo cui «il binomio autonomia/responsabilità rischia di risultare oltremodo sbilanciato nel senso di un rafforzamento della responsabilizzazione, con una contestuale compressione dell'autonomia»; MATTARELLA, *La nuova disciplina di incentivi e sanzioni nel pubblico impiego*, cit., pag. 961. V. anche B. CARUSO, *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (Il ridisegno della governance nelle p.a. italiane)*, cit., pag. 6, per la considerazione che attraverso la regolamentazione unilaterale per legge, risultano delimitati non solo l'ambito della contrattazione collettiva, ma anche l'autonomia dei poteri di gestione del dirigente. L'A. però separa legge e politica, nel senso che il dirigente «è più astrattamente libero dalle traccimazioni di altri attori» (compresa la politica), «ma più vincolato dalla legge».

¹⁴ BOSCATI, *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazione del lavoro e svolgimento dell'attività amministrativa*, cit., pag. 39.

¹⁵ Così B. CARUSO, *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (Il ridisegno della governance nelle p.a. italiane)*, cit., pag. 25, secondo cui ancora «il dirigente pubblico di fascia bassa, diventa allora [...] quel che sarebbe nelle imprese private, un quadro di alto livello, ovvero un mini dirigente». Il ritorno di un principio di gerarchia è ravvisato dall'A. anche nella previsione dell'art. 55, co. 4, d.lgs. n. 165 del 2001, che impone che a comminare la sanzione al dirigente sia il dirigente superiore (Id, *op. ult. cit.*, pag. 36). Sul punto vedi capitolo III, § 2 e segg.

¹⁶ Art. 55 bis, d.lgs. n. 165 del 2001. Sul punto vedi *retro*, cap III, § 2 e segg.

¹⁷ RAVELLI, *Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici*, cit., pag. 1352; B. CARUSO, *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (Il ridisegno della governance nelle p.a. italiane)*, cit., pag. 19.

¹⁸ Cfr. CURRAO, PICARELLA, *Lo sguardo “severo” del legislatore: le nuove regole del potere disciplinare*, cit., pag. 3; BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, cit., pag. 423, che sottolinea come «il nuovo legislatore - sembra un paradosso - contestualmente all'attribuzione di una più ampia sfera di potere sanzionatorio diretto, toglie al dirigente la piena discrezionalità nell'esercizio di tale potere»; BOSCATI, *Legge delega n. 15/2009 e riforma della dirigenza pubblica. Prime riflessioni di sintesi*, cit., pag. 23; NICOSIA, *Dirigenze responsabili e responsabilità dirigenziali pubbliche*, cit., pagg. 123-124.

nell'ambito dell'esercizio del potere di gestione di cui all'art. 5, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001¹⁹. In questo senso, l'intento del legislatore, mirante ad una valorizzazione dei poteri di gestione, si esplica in modo contraddittorio. L'autonomia infatti, se viene enfatizzata rispetto ai vincoli della contrattazione collettiva, risulta compressa rispetto agli organi superiori delle pubbliche amministrazioni, con quel controllo, capace di esplicitarsi per ogni singolo atto relativo al potere disciplinare, che trova il suo culmine nella possibilità di sanzionare il soggetto che ha fatto cattivo uso (*rectius*, che non ha fatto uso, essendo questo il filo conduttore delle nuove norme) del potere rispetto ad ogni singola fattispecie con rilevanza disciplinare²⁰.

In questo quadro, è sicuramente corretta l'affermazione di un potere disciplinare visto dal legislatore più come ordinario e fisiologico strumento di gestione che come potere che intervenga in un momento patologico del rapporto²¹. Tuttavia occorre una precisazione. Il potere disciplinare fa da *pendant* al potere direttivo, intervenendo quando vi è stato uno scollamento tra corretta prestazione lavorativa e condotta concreta del lavoratore, in funzione di autotutela datoriale per una rapida rimessa in pristino del corretto funzionamento dell'organizzazione²². In questo frangente, dunque, interviene in un momento patologico del rapporto tra l'amministrazione-datore di lavoro e il singolo dipendente che ha già commesso l'infrazione. Indubbiamente, l'esercizio del potere, e in particolare l'applicazione della sanzione, in quel singolo caso concreto, può avere effetti indiretti, con finalità di prevenzione generale, nei confronti degli altri dipendenti, in un momento in cui quindi, rispetto a questi ultimi, non vi è alcuna patologia del rapporto²³. E' sotto questo profilo, che emerge in special modo l'utilizzo del potere come ordinario e fisiologico strumento di gestione. Ma la funzione propria del potere rimane quella di un corretto ristabilimento, ove sia possibile far ciò senza ricorrere alla sanzione espulsiva, della relazione tra datore di lavoro e lavoratore inadempiente. Ogni considerazione degli effetti dell'esercizio del potere e della sanzione sugli altri lavoratori è solamente indiretta, e non deve fuorviare dal suo corretto inquadramento, che in via diretta riguarda solo il singolo rapporto tra datore e lavoratore che ha commesso l'infrazione. Ciò, del resto, è confermato, oltre che dall'interpretazione che qui si dà dell'art. 55 *sexies*, co. 3, tendente a stemperare il rigore della norma all'interno del sistema disciplinare complessivo²⁴, anche

¹⁹ Cfr. APICELLA, *Lineamenti del pubblico impiego «privatizzato»*, cit., pag. 236; LOSTORTO, *Il nuovo procedimento disciplinare*, cit., pag. 480, in nota; OLIVERI, *Il nuovo ordinamento del lavoro pubblico*, cit., pagg. 178-179.

²⁰ Art. 55, *sexies*, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001.

²¹ RAVELLI, *Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici*, cit., pag. 1358; CURRAO, PICARELLA, *Lo sguardo "severo" del legislatore: le nuove regole del potere disciplinare*, cit., pag. 13; BAVARO, *Il potere disciplinare*, cit., pag. 223; MAINARDI, *Profili della responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici*, cit., pag. 617.

²² Cfr. VOZA, *Fondamento e fonti del potere disciplinare nel lavoro pubblico*, cit., pag. 657.

²³ Sul punto, v. *retro*, cap. II, § 7.

²⁴ V. in questo capitolo, i §§ 1.2 e 2.

dalla disposizione che ammette la conciliazione durante il procedimento disciplinare, ex art. 55, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001, nella quale non si rinviene alcuna finalità di prevenzione generale, ma, anzi, si pone in contrasto con essa, nel momento in cui conferma l'esistenza di una negoziabilità, ancorché più limitata rispetto al passato, della sanzione²⁵.

1.2- L'esercizio del potere disciplinare. Discrezionalità o obligatorietà. Irrilevanza della doverosità sulla funzione del potere disciplinare e sul suo fondamento contrattuale

Nel primo capitolo si è già accennato alla questione dell'obligatorietà o della discrezionalità dell'esercizio del potere disciplinare nel rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni, dando atto dell'opinione maggioritaria che ravvisava, prima della riforma del 2009, l'esistenza di una discrezionalità al riguardo²⁶.

Si è però anche detto che, a seguito della riforma del 2009, quella interpretazione debba essere mutata, giungendo a configurare un obbligo per l'amministrazione di agire in via disciplinare. A tal riguardo, però, non sembra possa far propendere per questa tesi la semplice abolizione del vecchio patteggiamento disciplinare; ciò in quanto, come si è evidenziato, tale istituto presenta, pur con delle differenze, molte analogie con la facoltà, ammessa dall'art. 55, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001, come modificato dal d.lgs. n. 150 del 2009, di esperire una procedura di conciliazione non obligatoria, all'esito della quale si possa pervenire all'applicazione di una sanzione diversa da quella astrattamente applicabile. Il che già consente di rinvenire una sorta di negoziabilità della sanzione²⁷. L'esistenza di tale limitata negoziabilità però non è in grado di escludere comunque l'esercizio obligatorio del potere sanzionatorio²⁸.

Come già detto più volte nelle pagine che precedono, ciò che di innovativo è stato introdotto nel d.lgs. n. 165 del 2001 è quella norma che prevede sanzioni disciplinari nel caso di mancato esercizio o decadenza del potere disciplinare. L'art. 55 *sexies*, co. 3, infatti dispone che «il mancato esercizio o la decadenza dell'azione disciplinare, dovuti all'omissione o al ritardo, senza giustificato motivo, degli atti del procedimento

²⁵ In argomento v. cap. III, §§ 3 e 4. *Contra*, MATTARELLA, *La responsabilità disciplinare*, cit., pag. 34, che indica quella della prevenzione come funzione «propria» della «responsabilità disciplinare».

²⁶ Cfr. cap. I, § 4.

²⁷ In questo senso anche VOZA, *Fondamento e fonti del potere disciplinare nel lavoro pubblico*, cit., pag. 659.

²⁸ Del resto, senza con ciò voler fare parallelismi tra i diversi sistemi delle sanzioni disciplinari all'interno del rapporto di lavoro e delle sanzioni penali previste per la commissione di reati, basti pensare che una riduzione della pena rispetto a quella astrattamente applicabile, sussiste anche nel sistema sanzionatorio penale, ove non vi è dubbio che l'esercizio del potere punitivo sia obligatorio.

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»²⁹.

La dottrina ha variamente interpretato la norma citata e il suo impatto sulla questione della discrezionalità o obbligatorietà dell'esercizio del potere disciplinare. Si è infatti parlato a tal riguardo di un'introduzione di una «obbligatorietà di fatto»³⁰, di una «sostanziale obbligatorietà»³¹, di una «sorta di obbligatorietà»³². A prescindere dalle formule utilizzate, appare però difficile negare che il legislatore voglia configurare l'esercizio del potere disciplinare come obbligatorio e doveroso.

Una condotta infatti può dirsi obbligatoria quando l'ordinamento giuridico contempla una possibilità di reazione e di sanzione nel caso in cui essa non sia tenuta. Nel sistema previgente, non c'era un controllo sul singolo procedimento disciplinare. Il modo con cui i dirigenti gestivano la materia disciplinare, certo, poteva ugualmente costituire oggetto di valutazione, ma ciò avveniva in relazione alla verifica dei risultati connessa all'accertamento della responsabilità dirigenziale, a consuntivo, insomma, e non caso per caso. Ora invece il legislatore contempla una sanzione disciplinare in relazione ad ogni singola fattispecie. Prevede insomma una sanzione specifica per il caso in cui chi doveva esercitare il potere disciplinare non lo abbia fatto, e quindi in caso di mancata osservanza della condotta prescritta dal legislatore³³. Appare dunque evidente che l'esercizio del potere sia doveroso, proprio perché ad esso è riconnesso, in caso di omissione, una reazione³⁴.

²⁹ Si tratta del resto di un'infrazione non esclusiva dei dirigenti, ma anche di soggetti privi di qualifica dirigenziale, nei casi in cui la loro condotta possa determinare mancato esercizio del potere o dalla stessa possa derivare decadenza dall'esercizio del potere, come dimostrato dall'ultimo periodo dell'art. 55 *sexies*, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001, che prevede a loro carico «la predetta sanzione della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione, ove non diversamente stabilito dal contratto collettivo».

³⁰ MAINARDI, *Profili della responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici*, cit., pagg. 627-628.

³¹ BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, cit., pag. 423.

³² ZUCARO, *L' "ircocervo" delle responsabilità dirigenziali tra il Decreto 150/2009 ed i contratti collettivi nazionali*, cit., pag. 945.

³³ Tale profilo è messo in particolare evidenza da VOZA, *Fondamento e fonti del potere disciplinare nel lavoro pubblico*, cit., pag. 660, secondo cui «tecnicamente, la norma serve a precisare i contorni della responsabilità disciplinare del dirigente». Con ciò l'autore sembra orientato a negare l'obbligatorietà dell'azione disciplinare. Tuttavia, il fatto che la realizzazione dell'illecito tipizzato dal legislatore possa comportare una sanzione ha come premessa necessaria che l'attivazione del procedimento, in via generale, sia da ritenersi obbligatoria.

³⁴ Quanto detto contribuisce a collocare la responsabilità di cui all'art. 55 *sexies*, co. 3, nell'ambito di quella disciplinare, in sintonia con il testo della legge, e non in quella dirigenziale, come invece argomentato da una parte della dottrina: v. CURRAO, PICARELLA, *Lo sguardo "severo" del legislatore: le nuove regole del potere*

Tuttavia, ciò che in questa sede preme rilevare è che l'esistenza di una doverosità/obbligatorietà dell'esercizio del potere disciplinare non è necessariamente in contrasto con il fondamento contrattuale del potere, né con la sua funzione tipica, e non comporta una funzionalizzazione e una proiezione, almeno in via immediata, ad un fine pubblicistico in contrasto con la regolamentazione privatistica del rapporto³⁵.

Infatti, si deve tenere presente che anche nel rapporto di lavoro privato esistono casi in cui l'esercizio del potere disciplinare da parte del datore di lavoro viene considerato doveroso, anche se la reazione non è costituita in quel caso da sanzioni a loro volta disciplinari (inapplicabili ovviamente al datore di lavoro), ma da sanzioni di vario tipo, di natura risarcitoria o comunque economica³⁶.

I casi sono molteplici. Si pensi alla l. n. 146 del 1990, sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, che contempla un meccanismo per cui, da un lato, *ex art. 4, co. 1*, i lavoratori che si astengono dal lavoro in violazione delle regole ivi previste o che, richiesti dell'effettuazione delle prestazioni indispensabili, non prestino la propria consueta attività, «sono soggetti a sanzioni disciplinari proporzionate alla gravità dell'infrazione», dall'altro, *ex art. 13, lett. i*), la Commissione di garanzia «valuta [...] il comportamento delle parti e se rileva eventuali inadempienze o violazioni degli obblighi [...], per quanto disposto dal comma 1 dell'articolo 4, prescrive al datore di lavoro di applicare le sanzioni disciplinari», e, infine, *ex art. 4 sexies*, «i dirigenti responsabili delle amministrazioni pubbliche ed i legali rappresentanti degli enti e delle imprese che nel termine indicato per l'esecuzione della delibera della Commissione di garanzia non applichino le sanzioni di cui al presente articolo [...] sono soggetti ad una sanzione amministrativa pecuniaria».

Con riguardo a tale sistema, si è discusso se il potere sanzionatorio nei confronti dei lavoratori fosse quello disciplinare tradizionale, quindi privatistico, del datore di lavoro³⁷, con applicazione delle sanzioni non doverosa; se in esso fosse ravvisabile una funzione pubblica³⁸, con applicazione della sanzione doverosa per il datore; o ancora se si dovesse

disciplinare, cit., pagg. 19-20. Al riguardo, si veda TREMOLADA, *Il dirigente pubblico tra responsabilità di risultato e disciplinare*, cit., pag. 71, secondo cui oggetto della responsabilità dirigenziale è «il risultato della gestione, non già i singoli comportamenti con cui tale gestione si esplica, che pure possono incidere sulla realizzazione del risultato stesso», mentre «oggetto di responsabilità disciplinare sono propriamente i comportamenti tenuti dal dipendente in violazione di specifici doveri»; in argomento, più di recente, anche PAPA, *Dirigenze pubbliche e responsabilità "al plurale" tra oscillazioni normative e giurisprudenziali*, cit., pag. 939, e la giurisprudenza ivi citata.

³⁵ V. anche VOZA, *Fondamento e fonti del potere disciplinare nel lavoro pubblico*, cit., pag. 659.

³⁶ Cfr. SITZIA, *Potere disciplinare e diritti dei lavoratori*, in CENDON (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza, Il risarcimento del danno non patrimoniale*. Vol. II. *Parte speciale*, t. III, Utet Giuridica, 2009, pag. 2337 e segg.; RATTI, *Discrezionalità dell'azione disciplinare e limiti esterni*, cit., pag. 213 e segg.

³⁷ In questo senso ROMAGNOLI, *Dall'etica al diritto (a proposito dei nuovi illeciti in materia di sciopero)*, in *Lav. Dir.*, 1993, pag. 47 e segg.; ROMEI, *Di che cosa parliamo quando parliamo di sciopero*, in *Lav. Dir.*, 1999, pag. 221 e segg.

³⁸ SUPPIEJ, *Realismo e utopia nella legge sullo sciopero nei servizi pubblici*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1993, I, pagg. 204-205; SANTONI, *Illegittimità dello sciopero nei servizi pubblici essenziali ed evoluzione dei regimi di*

trattare di un potere disciplinare rivisitato³⁹, sottoposto ad un regime speciale con un'obbligatoria applicazione delle sanzioni⁴⁰, insomma una *species* del *genus* potere disciplinare⁴¹. Ad ogni modo, anche l'orientamento che esclude la doverosa applicazione della sanzione disciplinare, non può fare a meno, alla luce del dettato normativo, di riconoscere almeno un obbligo di aprire il procedimento nei confronti dei lavoratori⁴².

Ma quello della violazione delle regole in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali non è l'unico caso in cui, anche nel settore del lavoro privato, è configurabile una doverosità dell'esercizio del potere disciplinare. Si pensi, ancora, ai casi di molestie sessuali subite da un lavoratore da parte di un altro dipendente, per il quale la giurisprudenza afferma che l'omesso esercizio della potestà disciplinare può costituire oggetto di responsabilità del datore di lavoro *ex art. 2087 cod. civ.*⁴³; o ancora ai casi in cui i lavoratori pongano in essere violazioni delle regole in materia di sicurezza sul lavoro, per i quali sia la dottrina⁴⁴ che la giurisprudenza⁴⁵ ritengono che il datore debba vigilare sul loro rispetto e indurre i lavoratori ad uniformarsi alle procedure previste, come ad esempio, quelle relative ai dispositivi di protezione individuale o alla sottoposizione alle visite mediche obbligatorie, anche attraverso l'esercizio del potere disciplinare in caso di rifiuto.

Sempre in tal senso, si pensi all'esercizio del potere disciplinare nei confronti dei lavoratori che violino gli obblighi di comportamento sanciti nei codici etici delle imprese *ex d.lgs. n. 231 del 2001*, per evitare che l'impresa possa essere chiamata a rispondere anch'essa, in via amministrativa, di un'eventuale reato commesso dai dipendenti⁴⁶.

responsabilità, in *Dir. Lav.*, 1997, pag. 421 e segg.; G. SANTORO PASSARELLI, *Il "ruolo" della Commissione di garanzia e la natura del potere sanzionatorio ex art. 4, l. n. 146 del 1990, sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, pag. 139.

³⁹ BORGOGELLI, *Le innovazioni nel sistema sanzionatorio della legge n. 146/1990*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2001, n. 25, pag. 78.

⁴⁰ PASCUCCI, *Le sanzioni*, in PASCUCCI (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali. Legge 146/1990 (modificata dalla legge n. 83/2000)*, Ipsoa, 2000, pag. 100.

⁴¹ PILATI, *Il potere disciplinare nella legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1998, pag. 830; PASCUCCI, *Le sanzioni*, cit., pag. 109.

⁴² V. Trib. Torino, 16 gennaio 2007, in *Giur. Piem.*, 2007, n. 1, pag. 125.

⁴³ Cfr. da ultimo Cass. civ., sez. lav., 18 settembre 2009, n. 20272, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, II, pag. 34, che sottolinea come il datore di lavoro abbia «in ogni caso l'obbligo di adottare i provvedimenti che risultino idonei a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei lavoratori, provvedimenti tra i quali può certamente ricomprendersi anche il licenziamento dell'autore delle molestie sessuali minando un tale illecito disciplinare fortemente l'elemento fiduciario che è alla base del rapporto di lavoro»; nello stesso senso anche Cass. civ., sez. lav., 18 aprile 2000, n. 5049, in *Orient. Giur. Lav.*, 2000, pag. 505.

⁴⁴ SITZIA, *Potere disciplinare e diritti dei lavoratori*, cit., pagg. 2340-2341; TAMPIERI, *Obbligo di sicurezza: responsabilità penale del datore*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2007, n. 2, pag. 3 e segg.

⁴⁵ V. Cass. civ., sez. lav., 26 gennaio 1994, n. 774, in *Dir. Prat. Lav.*, 1994, pag. 1098; Cass. civ., sez. lav., 6 aprile 1993, n. 3160, in *Mass. Giur. Lav.*, 1993, pag. 398.

⁴⁶ V., a questo riguardo, Trib. Bari, 15 gennaio 2008, in *Banca Dati De Jure*, a proposito di un licenziamento viziato da intemperività, ove si legge che «durante gli sviluppi giudiziari della complessa vicenda il rapporto di lavoro [...] è rimasto del tutto inalterato e solamente [...] allorquando nell'ambito della stessa vasta inchiesta furono avviate altre indagini che coinvolgevano direttamente anche le case farmaceutiche, con applicazione delle misure interdittive dall'esercizio dell'attività ai sensi degli artt. 9 e 45 D.Lgs. n. 231 del 2001, la società ha instaurato il procedimento disciplinare, allo scopo, probabile, di respingere gli addebiti che avrebbero compromesso l'attività produttiva addossando agli informatori scientifici ogni responsabilità». In senso

Esercizio doveroso del potere disciplinare e natura privatistico-contrattuale dello stesso dunque non sono in contrasto. Se, come emerge in particolare da quanto detto a proposito delle molestie e in genere per le norme sulla sicurezza, il datore di lavoro, anche privato, deve esercitare il potere per non violare un proprio obbligo contrattuale, quale è considerato quello *ex art. 2087 cod. civ.*, allora non si pone in contrasto con ciò il fatto che il dirigente, in quanto parte dell'amministrazione-datore di lavoro, *ex se* o in quanto preposto all'u.p.d., debba esercitare il potere per non violare, a sua volta, un proprio obbligo contrattuale, quale dato dal vigilare sui dipendenti e, ove ne ricorrano gli estremi, avviare l'azione disciplinare⁴⁷.

La condotta dell'art. 55 *sexies*, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001, a prescindere dal fatto che i contratti collettivi la includano tra gli obblighi, e di converso tra le infrazioni, dei dipendenti, come peraltro hanno fatto tutti quelli stipulati dopo la riforma, è pur sempre riconducibile ad un'obbligazione nascente dal contratto, né più né meno dell'obbligazione di sicurezza dell'art. 2087 cod. civ., che, pur essendo prevista già dalla legge, trova il suo fondamento nel contratto di lavoro. La differenza, semmai, è che la norma codicistica si rivolge unicamente al datore di lavoro, mentre l'art. 55 *sexies*, co. 3, d. lgs. n. 165 del 2001, si rivolge ad un soggetto che, al contempo, riveste il ruolo di datore di lavoro e di dipendente, colpendolo nella funzione di lavoratore, per mezzo della sanzione disciplinare. Ma anche nel settore privato, il datore di lavoro sarebbe legittimato, e anzi dovrebbe, ai sensi di quanto detto *supra*, esercitare il potere disciplinare nei confronti di un dirigente privato che ometta di sanzionare un altro dipendente.

Né si può ritenere che l'esercizio obbligatorio incida sulla funzione del potere disciplinare, individuata nel senso di ristabilire la corretta organizzazione del lavoro. Viene limitata la possibilità di decidere autonomamente di non sanzionare il dipendente, per motivi di opportunità, a meno di ritenere, come pure si può sostenere, tale ragione rientrante nel giustificato motivo di cui all'art. 55 *sexies*, co. 3. Ma di per sé la sanzione al dipendente che è venuto meno ad un suo obbligo costituisce strumento per ristabilire l'organizzazione del lavoro, che solo in via mediata può essere riconnesso ad un interesse pubblicistico. In via diretta, non vi è altra funzione diversa da quella accennata.

analogo Trib. Bari, 25 gennaio 2007, in *Banca Dati De Jure*. Cfr. STANCAMPIANO, STANCHI, *La responsabilità dell'amministratore delegato per omessa adozione dei modelli organizzativi ex D.Lgs. n. 231/2001*, in *Lav. Giur.*, 2009, n. 3, pag. 241 e segg., secondo cui «l'Ordinamento impone alle imprese di agire in modo informato, di prevedere i rischi - attraendo con questa norma tra quelli per la sicurezza, per la *privacy*, ecc., anche quelli derivanti dalla commissione di reati occasionati dall'attività d'impresa - inerenti la propria attività, di prevenirli, di organizzarsi in modo da impedire la commissione di tali reati (che l'Ordinamento identifica come rischi dell'attività d'impresa da evitare), di sorvegliare e presidiare (anche disciplinarmente) che siffatta organizzazione sia adottata e funzioni».

⁴⁷ Cfr. MATTEINI, *Le responsabilità dirigenziali nella lotta all'assenteismo*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2011, n. 2, pag. 307, che evidenzia come l'attivazione di un procedimento disciplinare abbia «la valenza di mettere uno *stop* ad atteggiamenti inaccettabili» e costituisca «un evidente segno di controllo sui comportamenti tale da impedire una diffusione dei comportamenti talmente diffuso da travalicare l'ambito disciplinare».

2- Gli illeciti disciplinari del dirigente pubblico. Il ruolo della legge...

Nel secondo capitolo della tesi si è già dato diffusamente conto della proliferazione di fattispecie disciplinari tipizzate dal legislatore a carico dei dipendenti pubblici. Si è notato peraltro che molto spesso non si è trattato di illeciti nuovi, essendo già previsti dalla contrattazione collettiva anteriore alla riforma del 2009. Si è pertanto rinvenuta la novità principale, a monte, nella scelta legislativa di affermare, per via legale, appunto, il rilievo disciplinare delle singole fattispecie, e soprattutto nella previsione, anch'essa in via legale, della determinazione delle sanzioni applicabili. Si è quindi cercato di fornire una chiave interpretativa per distinguere l'ambito di operatività della contrattazione collettiva in materia, ferme restando le infrazioni già predeterminate dal legislatore, ricavando, anche in base ad un esame delle disposizioni contrattuali contenute nei contratti stipulati successivamente alla riforma, che le fonti convenzionali possano ritagliare, nell'ambito delle infrazioni tipizzate dal legislatore, fattispecie che per la mancanza di alcuni elementi indicati dalla legge, non integrano compiutamente quelle legali, e prevedere per esse sanzioni più leggere.

In questa sede si può richiamare in gran parte quanto detto nelle pagine precedenti, in quanto molte delle infrazioni previste in generale per i dipendenti pubblici risultano applicabili anche ai dirigenti⁴⁸. Non ci si deve infatti far fuorviare dal fatto che l'art. 55, co. 4, d.lgs. n. 165 del 2001 associa ai dirigenti le infrazioni di cui agli articoli 55-bis, comma 7, e 55-sexies, comma 3, in quanto ciò vale solo per la regola che individua chi debba adottare le determinazioni conclusive del relativo procedimento disciplinare⁴⁹. Va solo premesso che, per i dirigenti, vi è un campo di paragone tra legge e contratti molto più ampio, in quanto, diversamente che per il personale non dirigenziale dei comparti, per i quali sono stati stipulati successivamente alla riforma ancora pochi nuovi accordi, in tutte le aree dirigenziali si è assistito alla conclusione di contratti collettivi nuovi. Il motivo principale, come si avrà modo di approfondire nelle pagine seguenti, è che la legge ha contemplato sanzioni conservative a loro carico, il che ha autorizzato i contratti ad inserire norme disciplinari dei dirigenti molto più ampie per questi ultimi, prevedendo infrazioni punite, appunto, non solo col recesso, come in passato, ma anche con sanzioni non estintive del rapporto.

⁴⁸ V. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo: lavoro privato e pubblico*, cit., pag. 424. Per l'affermazione secondo cui «gli illeciti disciplinari direttamente *ex lege* contribuiscono a sminuire il ruolo della dirigenza», v. NAPOLI, *Note introduttive. La riforma del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni tra mortificazione della contrattazione collettiva e valutazione della performance*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2011, n. 5, pag. 1076.

⁴⁹ Sul punto v. *retro*, cap. III, § 2 e segg.

Verrà invece approfondita l'infrazione di cui all'art. 55 *sexies*, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001, in quanto, sebbene astrattamente essa possa riguardare anche personale non dirigenziale, risulta pensata per sanzionare i dirigenti⁵⁰.

Appare utile però prima procedere ad un'importante premessa. Si è già detto che, da un punto di vista generale, la previsione di infrazioni tipizzate dalla legge non è una novità della riforma del 2009 e non è in grado di incidere sul fondamento contrattuale del potere e sulla sua natura comunque privatistica, né sulla sua funzione. Le infrazioni fondamentali, anche nel rapporto di lavoro privato, trovano una previsione nella legge. Basti pensare, in questo senso, agli artt. 2104 e 2105 cod. civ., che, nel prevedere gli obblighi di diligenza, obbedienza e fedeltà, indirettamente individuano anche, seppure in maniera molto generica, le infrazioni. E del resto si ritiene che l'elencazione effettuata nei codici disciplinari non esaurisca il novero dei comportamenti che ledono gli obblighi di cui agli artt. 2104 e 2105 cod. civ.⁵¹, limitatamente ai casi comportanti la sanzione del licenziamento, sicché si potrebbe ritenere che l'individuazione operata dal legislatore risponda ad esigenze di certezza. Nemmeno la tipizzazione delle sanzioni è un'assoluta novità. Si veda, ad esempio, l'art. 1, co. 61, l. n. 662 del 1996, secondo cui le violazioni delle regole poste in materia di incompatibilità «costituiscono giusta causa di recesso»⁵².

Tuttavia è innegabile che nei tempi più recenti le ipotesi di infrazioni previste direttamente e anche in maniera dettagliata dal legislatore si siano moltiplicate. E in tal senso, non si allude soltanto alle norme introdotte nel *corpus* del d.lgs. n. 165 del 2001 dal d.lgs. n. 150 del 2009. Ci si riferisce alle varie disposizioni contenute nelle leggi finanziarie e nelle leggi approvate nei tempi recentissimi in materia di stabilità finanziaria, per finire anche con la normativa introdotta in materia di corruzione, l. n. 190 del 2012⁵³.

⁵⁰ Cfr. l'art. 6, co. 2, lett. c) ed e), l.d. n. 15 del 2009, che, tra i principi e i criteri direttivi della delega contengono rispettivamente quello di «prevedere la decadenza dal diritto al trattamento economico accessorio nei confronti del dirigente il quale, senza giustificato motivo, non abbia avviato il procedimento disciplinare nei confronti dei dipendenti, nei casi in cui sarebbe stato dovuto» e quello di «prevedere sanzioni adeguate per le condotte dei dirigenti i quali, pur consapevoli di atti posti in essere dai dipendenti rilevanti ai fini della responsabilità disciplinare, omettano di avviare il procedimento disciplinare entro i termini di decadenza previsti, ovvero in ordine a tali atti rendano valutazioni irragionevoli o manifestamente infondate».

⁵¹ BAVARO, *Il potere disciplinare*, cit., pag. 216.

⁵² Sul punto v. cap. II, §§ 2 e 2.1.

⁵³ L. 6 novembre 2012, n. 190, «Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione», pubblicata in GU 13 novembre 2012, n. 265. Si veda in particolare l'art. 1, co. 12, che prevede che «in caso di commissione, all'interno dell'amministrazione, di un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato, il responsabile individuato ai sensi del comma 7 del presente articolo», cioè il responsabile della prevenzione della corruzione, individuato di norma tra i dirigenti amministrativi di ruolo di prima fascia in servizio «risponde [...] sul piano disciplinare», salvo che provi «di avere predisposto, prima della commissione del fatto, il piano» di prevenzione della corruzione «e di aver osservato le prescrizioni di cui ai commi 9 e 10 del presente articolo» e «di aver vigilato sul funzionamento e sull'osservanza del piano»: in tal caso la sanzione, ex art. 1, co. 13, «non può essere inferiore alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da un minimo di un mese ad un massimo di sei mesi»; l'art. 1, co. 14, secondo cui «in caso di ripetute violazioni delle misure di prevenzione previste dal piano, il responsabile [...] risponde [...] per omesso controllo, sul piano disciplinare»; l'art. 1, co. 48, che delega il Governo «ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, un decreto legislativo per la disciplina organica degli illeciti, e relative sanzioni disciplinari, correlati al superamento dei termini di definizione dei procedimenti amministrativi».

Senza passare in rassegna tali provvedimenti legislativi, basti dire che appare confermata, anche dai recentissimi interventi legislativi, quella tendenza alla ri-legificazione del rapporto, che la dottrina aveva colto già nelle norme del d.lgs. n. 150 del 2009. Ma, lo si ripete ancora una volta, la ri-legificazione trova il suo opposto nella contrattualizzazione⁵⁴, che recede, ma non nella privatizzazione, che rimane confermata⁵⁵. Quest'ultima troverebbe il suo contrario nella ri-pubblicizzazione, che però non è compatibile con l'assetto emergente tuttora dal d.lgs. n. 165 del 2001⁵⁶.

Dunque, ci si trova di fronte ad un sistema disciplinare in cui, anche per i dirigenti, la legge dimostra di voler individuare a priori, senza confidare nella contrattazione collettiva, alcune infrazioni. Il che, tra l'altro, ha spinto anche la contrattazione a prevedere un catalogo di infrazioni ascrivibili ai dirigenti, diversamente rispetto al passato, con le relative sanzioni. Ma il fatto che sia la stessa legge ad individuare alcune infrazioni non implica che esse non siano connesse ad obblighi contrattuali⁵⁷.

Tornando all'infrazione di cui all'art. 55 *sexies*, co. 3, appare utile inquadrarla nei suoi elementi, per così dire, costitutivi, mentre, per quanto riguarda la sua incidenza sull'obbligatorietà dell'esercizio del potere disciplinare, si è già detto nel paragrafo precedente. La disposizione sanziona «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».

La norma, a dire il vero, non brilla per chiarezza. La sanzione è riconnessa al mancato esercizio o alla decadenza dell'azione. Evidentemente col mancato esercizio si allude all'ipotesi in cui l'azione non sia nemmeno avviata, mentre la decadenza è costituita dal decorso dei termini perentori, ad azione già avviata. Invero, la decadenza si può verificare anche in caso di mancato esercizio, per decorrenza del termine perentorio per la contestazione. Il mancato esercizio sarà però sanzionabile solo ove sia decorso tale termine, sicché sarà ormai decaduta l'azione, con una sostanziale riconducibilità del mancato esercizio alla decadenza.

⁵⁴ Intesa come sottoposizione alla disciplina del contratto collettivo, e non come riferita al contratto individuale, che resta alla base del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici.

⁵⁵ F. CARINCI, *Filosofia e tecnica di una riforma*, cit., pag. 1580.

⁵⁶ Cfr. CARABELLI, *La "riforma Brunetta": un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche*, cit., pagg. 9-10.

⁵⁷ In questo senso, v. BAVARO, *Il potere disciplinare*, cit., pag. 217, secondo cui «l'obbligo legale di esercitare il potere disciplinare non è altro che un elemento del regolamento contrattuale del lavoro dirigenziale fissato dalla legge». V. anche TENORE, *Le responsabilità dei dirigenti*, in BUSICO, TENORE, *La dirigenza pubblica*, EPC, 2009, pag. 113. Anche i doveri previsti dalle norme costituzionali entrano nel contratto di lavoro, andando a connotare l'obbligazione contrattuale e così giustificando l'azionabilità della sanzione disciplinare: così NICOSIA, *Dirigenze responsabili e responsabilità dirigenziali pubbliche*, cit., pagg. 176-177.

A ben vedere, poi, il mancato esercizio e la decadenza non sono le condotte sanzionate, bensì meri effetti di altre condotte⁵⁸, vale a dire l'omissione o il ritardo degli atti del procedimento senza giustificato motivo, che sono legati ai primi due, appunto, da un rapporto di causa/effetto. Questo stesso rapporto di causa/effetto è configurato anche tra la valutazione irragionevole o manifestamente infondata sull'insussistenza dell'illecito, quando la condotta del dipendente abbia oggettiva e palese rilevanza disciplinare, e il mancato esercizio o la decadenza dell'azione. Adottando una nozione lata di "condotta", intesa come modo di condurre un'azione, tale valutazione irragionevole o manifestamente infondata può essere fatta rientrare nella nozione di cui si discute. E' chiaro comunque che anche tale valutazione acquisirà rilevanza disciplinare in quanto si tradurrà in una omissione degli atti del procedimento che avrà come effetto il mancato esercizio o la decadenza dell'azione (appare più improbabile in tal caso la configurabilità del ritardo degli atti, perché, se il procedimento è stato avviato, è presumibile che verrà comunque emesso nei termini, sulla base della valutazione errata, un provvedimento di archiviazione, che chiuderà il procedimento). Ciò che in definitiva rileva è sempre l'omissione o il ritardo degli atti, che determinino gli effetti previsti dalla norma.

L' "esimente" del giustificato motivo è prevista solo se l'effetto non voluto dal legislatore è derivante dalla prima causa, e non in relazione alla seconda. Ciò si può spiegare col fatto che se l'illecito del dipendente che andava sanzionato è oggettivo e palese (altro problema è poi quello del soggetto chiamato ad accertare tali requisiti), è chiaro che ritenere insussistente l'addebito è di per sé indice quantomeno di colpa dell'operato del dirigente, in relazione ad una "condotta", quale non omettere o ritardare gli atti in modo da determinare una decadenza dell'azione, che egli doveva tenere, e che si può comunque ricondurre nell'alveo della sua prestazione contrattuale.

Ciò però può voler dire solo che il dirigente non potrà addurre a giustificato motivo dell'omissione degli atti la sola valutazione palesemente errata dei fatti. In tal caso il dirigente non potrà sottrarsi alla responsabilità disciplinare, ovviamente a meno che, in sede di impugnazione giudiziale, il giudice ritenga che l'infrazione per cui si doveva procedere non aveva questa oggettiva e palese rilevanza disciplinare. Solo se il comportamento del dirigente è dovuto unicamente a tale valutazione errata, ci si può spingere fino a ritenere che egli avesse anche l'obbligo di irrogare la sanzione, per non incorrere a sua volta in responsabilità disciplinare. Archiviando il procedimento solo per una valutazione irragionevole o manifestamente infondata sull'insussistenza dell'illecito,

⁵⁸ In astratto invero il mancato esercizio potrebbe anche costituire una condotta (omissiva), mentre la decadenza, in quanto conseguenza giuridica di una omissione, non potrebbe in nessun modo essere ritenuta tale. Ma anche il mancato esercizio, nella norma, è a ben vedere ricondotto ad un mero effetto, in quanto si dice che «il mancato esercizio o la decadenza dell'azione disciplinare», sono «*dovuti* all'omissione o al ritardo...»: dunque, non solo la decadenza, ma anche il mancato esercizio.

vi è pur sempre un'omissione non giustificata di uno degli atti del procedimento che andava compiuto, e cioè in questo caso l'irrogazione della sanzione.

La legge però parla di mancato esercizio o di decadenza dell'*azione* disciplinare, non di mancata applicazione della sanzione. Ne può discendere quindi, fatto salvo quanto appena detto, al massimo un obbligo di aprire il procedimento e di condurlo a termine, ma non necessariamente un obbligo di applicare una sanzione. La responsabilità dovuta all'omissione o al ritardo degli atti del procedimento - uno qualsiasi degli atti, dunque, dalla contestazione all'atto conclusivo⁵⁹ -, è connessa col fatto che i termini sono tutti perentori, e può essere letta a dimostrazione di quanto sostenuto nel capitolo precedente circa il rigore disciplinare che, in ultima analisi, è addossato al dirigente. Non si impone di applicare o meno una sanzione all'esito del procedimento, - questione che coinvolge più da vicino la materia della tipizzazione delle sanzioni e dell'applicazione del principio di proporzionalità⁶⁰ -, ma di aprire il procedimento stesso, ove vi siano in astratto gli estremi di un illecito. Strumentale a tale decisione, come è noto, è la possibilità di condurre indagini preliminari, la c.d. fase pre-istruttoria, ammessa anche nel rapporto di lavoro pubblico⁶¹. L'esistenza di un intervallo di tempo tra notizia del fatto e contestazione dell'addebito è connessa proprio a tale esigenza.

Dunque, se a seguito di questa fase pre-istruttoria il dirigente responsabile valuti come insussistente un illecito invece evidente, e per questo decida di non aprire il procedimento, sarà responsabile in via disciplinare.

Si può però ritenere che non sia poi necessariamente tenuto, pur a fronte di un illecito palese, a sanzionare il dipendente, sussistendone giustificati motivi, diversi dalla mera valutazione irragionevole e manifestamente infondata. La sua responsabilità per tale decisione dipenderà da un sindacato sul motivo per cui ha agito in tal modo. E' evidente che nella stragrande maggioranza dei casi il dirigente agirà comunque, spinto anche dalla norma che restringe la sua responsabilità civile ai soli casi di dolo e colpa grave⁶². Ma da un punto di vista teorico non è esclusa, seppure in via di eccezione, la permanenza di una residua discrezionalità.

Si impone dunque al dirigente, ove vi siano in astratto gli estremi di un illecito disciplinare, di aprire il procedimento e di non lasciarlo decadere, dunque di pervenire all'atto conclusivo, che può consistere nell'irrogazione della sanzione o nell'archiviazione. Così si spiega la punibilità della decadenza dovuta all'omissione o al ritardo di tutti gli atti

⁵⁹ Più dubbia l'applicazione della norma anche alla mancata o ritardata «trasmissione degli atti» all'u.p.d. ai sensi dell'art. 55 *bis*, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001. Tale trasmissione, infatti, essendo anteriore alla contestazione, non è propriamente un atto del procedimento, che inizia, appunto, con la contestazione. Potrebbe forse rientrarvi, invece, se il motivo della mancata trasmissione sia ascrivibile unicamente ad una valutazione sull'insussistenza dell'illecito irragionevole o manifestamente infondata.

⁶⁰ Su cui v. *retro*, cap. II.

⁶¹ *Ex multis*, MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, cit., pag. 390.

⁶² Art. 55 *sexies*, co. 4, d.lgs. n. 165 del 2001.

del procedimento. Il dirigente deve, in un modo o nell'altro, concludere il procedimento. Ciò consente di verificare successivamente i motivi che hanno condotto all'eventuale non applicazione della sanzione, valutazione altrimenti preclusa da un procedimento decaduto per inerzia del responsabile.

Se poi l'omissione degli atti sarà sorretta da un giustificato motivo, non costituito dalla valutazione irragionevole o manifestamente infondata, potrebbe pure sostenersi, a monte e in via teorica, la possibilità di non aprire il procedimento disciplinare, ovviamente dando conto delle ragioni di tale decisione.

La valutazione irragionevole o manifestamente infondata sull'insussistenza dell'illecito non può giustificare l'omissione, ma ciò non toglie che vi possano essere altri motivi che spingano il dirigente a non agire. E allora proprio il "giustificato motivo" può costituire una finestra da cui far rientrare la possibilità di una non attivazione del procedimento disciplinare per motivi che non è escluso possano anche essere di opportunità (ovviamente dell'ente, non personale del dirigente)⁶³.

Ove poi venga avviato un procedimento a carico di chi avrebbe dovuto avviare l'*iter* e non lo ha fatto, da un lato, potrebbe ritenersi insussistente l'illecito per via dell'esistenza dell'esimente, e dunque pervenirsi ad un'archiviazione; dall'altro un procedimento a suo carico potrebbe anche non essere del tutto avviato, ritenendo, stavolta sì, che la condotta del dirigente responsabile non abbia oggettiva e palese rilevanza disciplinare, perché il mancato esercizio dell'azione, se giustificato, priva la condotta dell'oggettività e dell'indubitabilità della sua rilevanza disciplinare⁶⁴.

Non si nega la complessità di questa interpretazione, peraltro resa tale anche dalla formulazione non chiarissima della norma. Tuttavia, essa potrebbe costituire un compromesso tra le opposte esigenze di rigore disciplinare e di autonomia del dirigente. La regola enucleabile è quella dell'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione (che però non necessariamente implica anche in generale l'applicazione obbligatoria di una sanzione, né in particolare di quella tipizzata dal legislatore). Esigenze giustificate di esercizio

⁶³ Nel senso dell'esistenza di «uno spazio di discrezionalità lasciato al dirigente [...] tutte le volte in cui la sua scelta sia dettata da valutazioni anche solo "opportune", purché non irragionevoli o manifestamente infondate», RAVELLI, *Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici*, cit., pag. 1364; da ultimo anche LUCIANI, *Il licenziamento del dipendente pubblico tra ambiguità normative e inerzie applicative*, cit., pagg. 760-761. *Contra*, però, per l'impossibilità di eventuali valutazioni di opportunità dell'azione disciplinare, LOSTORTO, *Il nuovo procedimento disciplinare*, cit., pag. 481; BUSICO, *La responsabilità disciplinare nella riforma Brunetta*, cit., pag. 351.

⁶⁴ La concreta effettività della norma presenta comunque varie difficoltà applicative, imponendo un'indagine non solo sulla condotta prevista dalla norma, ma anche su quella che andava sanzionata, «come se si intrecciassero due giudizi disciplinari»; la valutazione delle ragioni del mancato esercizio o della decadenza; un'indagine sui concetti di irragionevolezza e di manifesta infondatezza: cfr. VOZA, *Fondamento e fonti del potere disciplinare nel lavoro pubblico*, cit., pagg. 661-662. V. anche PERSIANI, *Introduzione*, in *Giur. It.*, 2010, n. 12, pagg. 2697-2699, secondo cui «la previsione di un obbligo di sanzionare appare teoricamente idonea ad alimentare l'anomalia di catene di responsabilità derivate a ragione di un'unica originaria violazione, ma si giustifica, nello specifico, come reazione rispetto ad un atteggiamento generalizzato di tolleranza, spesso incomprensibile ed ingiustificabile, storicamente sconosciuto nel privato».

discrezionale non scompaiono però, seppur relegate in via di eccezione. Si potrebbe obiettare che in tal modo si determinerebbe una disparità di trattamento, ma tale obiezione è superabile, considerato in primo luogo che essa non era considerata un ostacolo sotto la disciplina antecedente alla riforma del 2009⁶⁵, e in secondo luogo che per stabilire se vi sia stata o meno un'irragionevole disparità di trattamento devono essere considerati tutti gli elementi del caso concreto, per cui si possa dire che a situazioni uguali debbano corrispondere trattamenti uguali, e a situazioni diverse trattamenti diversi.

2.1- ...il ruolo della contrattazione collettiva...

Rispetto a quanto detto per i dipendenti pubblici in generale, per i dirigenti la contrattazione collettiva ha acquistato un nuovo ruolo, o quantomeno ha esteso quello tipico dell'individuazione delle infrazioni, che prima della riforma era limitato all'enunciazione di formule generali, comportanti sempre e solo la sanzione espulsiva.

A differenza infatti di quanto previsto nei contratti di comparto, i contratti di area dirigenziale non contemplavano norme specifiche sugli obblighi dei dirigenti⁶⁶. Nel *corpus* contrattuale erano solo previste norme sulla cessazione del rapporto di lavoro (anche) per recesso dell'amministrazione, che, senza contenere un catalogo di infrazioni, rinviavano alla giusta causa di cui all'art. 2119 cod. civ.⁶⁷. Accanto a queste, era pur sempre implicita la configurabilità di condotte idonee a determinare il recesso non "in tronco", emergente dalla previsione di apposite norme sui termini di preavviso⁶⁸.

Come era prevedibile, in forza della previsione legislativa di condotte illecite tipizzate vavevoli anche per i dirigenti, a seguito della riforma del 2009 i contratti collettivi dei dirigenti hanno contemplato norme specifiche sugli obblighi dei dirigenti e sul codice disciplinare, acquisendo una struttura analoga a quella dei contratti del personale non dirigenziale, sicché la responsabilità disciplinare dei dirigenti acquisisce ora contorni più definiti rispetto al passato⁶⁹.

⁶⁵ Salvo alcune posizioni della dottrina, favorevoli alla configurabilità dell'obbligatorietà dell'esercizio del potere proprio per via dell'esistenza della regola di pari trattamento: v. VIOLA, *Introduzione minima al diritto disciplinare del pubblico impiego privatizzato*, cit., pag. 555.

⁶⁶ Cfr. ZUCARO, *L' "ircocervo" delle responsabilità dirigenziali tra il Decreto 150/2009 ed i contratti collettivi nazionali*, cit., pag. 945, che parla di inattuazione, prima della riforma del 2009, della previsione di una responsabilità disciplinare dei dirigenti.

⁶⁷ V. ad es. l'art. 41, comma 2, CCNL Dirigenti Area I del 21 aprile 2006, secondo cui «il recesso per giusta causa è regolato dall'art. 2119 del codice civile. Costituiscono giusta causa di recesso dell'amministrazione fatti e comportamenti, anche estranei alla prestazione lavorativa, di gravità tale da essere ostativi alla prosecuzione, sia pure provvisoria, del rapporto di lavoro».

⁶⁸ V. ad es. l'art. 37 CCNL Dirigenti Area I del 21 aprile 2006.

⁶⁹ B. CARUSO, *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (Il ridisegno della governance nelle p.a. italiane)*, cit., pag. 26.

Vale anche in questo caso quanto detto nel capitolo II, per cui in molti casi le norme disciplinari sono imposte dalla legge. Ma, accanto a quelle tipizzate dal legislatore, vi sono anche infrazioni che ritagliano una condotta meno grave, sanzionandola in maniera inferiore rispetto alle previsioni del d.lgs. n. 165 del 2001⁷⁰.

Va da sé che l'ulteriore elenco di infrazioni e sanzioni diverse da quelle previste dalla legge è legittimo, in forza degli artt. 21 e 55, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001. La previsione/ripetizione di condotte già previste dalla legge, che come tali sarebbero state operanti anche a prescindere dall'inclusione nei contratti, e dunque, in questo senso non necessaria, dal punto di vista formale è indice di una resistenza a quella tendenza, peraltro non giustificata alla luce del persistente inquadramento privatistico del potere disciplinare che in questa tesi si è cercato di dimostrare, a ricondurre nell'ambito di una sfera pubblicistica tutta la materia⁷¹.

Nella contrattazione collettiva si riscontrano però anche norme che sembrano addirittura aggravare le norme del d.lgs. n. 165 del 2001. I contratti infatti, accanto alla previsione, come detto imposta dalla legge, dell'infrazione di cui all'art. 55 *sexies*, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001⁷², contemplan anche, punendola con la sospensione da 3 giorni fino a 6 mesi, quindi con una sanzione che può arrivare fino al doppio, la «tolleranza di irregolarità in servizio, di atti di indisciplina, di contegno scorretto o di abusi di particolare gravità da parte del personale dipendente»⁷³.

E' chiaro che la condotta prevista dai contratti può in astratto essere ricompresa nella fattispecie di cui all'art. 55 *sexies*, co. 3. La mancata attivazione del procedimento disciplinare senza un giustificato motivo, infatti, può equivalere a tollerare irregolarità in servizio, atti di indisciplina, contegno scorretto o abusi di particolare gravità. Ma allo stesso tempo la fattispecie prevista dai contratti si presenta più ampia, non essendo modellata esclusivamente sugli atti del procedimento. Così, ad esempio, ove si ritenga che nella condotta tipizzata dal legislatore all'art. 55 *sexies*, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001, non rientri il caso di omessa trasmissione degli atti *ex art. 55 bis*, co. 3, in quanto, a stretto rigore, la trasmissione non costituisce ancora un atto del procedimento disciplinare, non ancora iniziato, essa però potrebbe essere ricondotta nella fattispecie prevista dal contratto collettivo, sempre ammesso che sia dovuta ad un'intenzione di tollerare, senza

⁷⁰ V. l'art. 9, co. 4, lett. a) CCNL Area I del 12 febbraio 2010, che punisce, con una sanzione pecuniaria, la «inosservanza delle direttive, dei provvedimenti e delle disposizioni di servizio, anche in tema di assenze per malattia, nonché di presenza in servizio correlata alle esigenze della struttura ed all'espletamento dell'incarico affidato, ove non ricorrano le fattispecie considerate nell'art. 55-*quater*, comma 1, lett. a) del D. Lgs. n.165 del 2001», nonché l'art. 9, co. 8, lett. e), che sanziona con la sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da 3 giorni a 6 mesi, «salvo che non ricorrano le fattispecie considerate nell'art. 55-*quater*, comma 1, lett. b) del D. Lgs. n.165 del 2001», la «assenza ingiustificata dal servizio o arbitrario abbandono dello stesso».

⁷¹ Cfr. NICOSIA, *Dirigenze responsabili e responsabilità dirigenziali pubbliche*, cit., pagg. 189-190.

⁷² Art. 9, co. 6, CCNL Area I; art. 7, co. 6, CCNL Area II; art. 9, co. 6, CCNL Area VI.

⁷³ Art. 9, co. 8, lett. d), CCNL Area I; art. 7, co. 8, lett. d), CCNL Area II; art. 9, co. 8, lett. d), CCNL Area VI.

alcuna giustificazione che possa tornare utile all'amministrazione, un comportamento inadempiente del dipendente.

Tuttavia, si deve ritenere che la norma contrattuale non riguardi la condotta tipizzata dall'art. 55 *sexies*, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001, ma vada a coprire infrazioni diverse. Si potrebbe ritenere che il concetto di tolleranza di cui ai contratti richiami una condotta del dirigente sorretta da una cosciente e dolosa volontà di soprassedere a quella illecita del dipendente, senza un apprezzabile motivo che possa tornare utile alla gestione più conveniente del rapporto di lavoro. Da qui un aggravamento della responsabilità disciplinare rispetto alla disposizione dell'art. 55 *sexies*, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001, che servirebbe a punire la condotta tenuta, senza giustificato motivo, ma sorretta da mera colpa. Senonché, è ovvio che la norma legislativa ricomprende anche ipotesi di mancata attivazione dolosa del procedimento. Sebbene la norma legislativa stabilisca l'astratta sanzione non in relazione al requisito psicologico, ma in relazione alla gravità dell'infrazione non perseguita, anche nella graduazione della sanzione di cui all'art. 55 *sexies*, co. 3, ai fini della proporzionalità della sanzione devono essere considerati i requisiti di dolo e colpa⁷⁴. Ma l'entità massima della sanzione non potrebbe comunque superare la soglia prevista dal legislatore, con norma imperativa. I contratti, si ripete, possono ritagliare una fattispecie meno grave, per la mancanza di alcuni elementi rispetto a quella legislativa, punendola con sanzioni minori; possono prevedere infrazioni diverse e più ampie rispetto a quelle espressamente individuate dalla legge, punendole con sanzioni maggiori; non possono invece contemplare sanzioni diverse, nè inferiori nè superiori a quelle previste dalla legge, per le condotte tipizzate da quest'ultima con norma imperativa, quale è quella dell'art. 55 *sexies*, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001.

2.2- ...e le prospettive future: il ruolo dei nuovi codici di comportamento dopo la l. n. 190 del 2012 e l'intesa del maggio 2012

Uno dei banchi di prova della riconduzione del potere disciplinare alle regole privatistiche è costituito, da tempo, dalla previsione del codice di comportamento dei dipendenti pubblici. Nel primo capitolo si era cercato di dare una interpretazione della sua collocazione sistematica, rintracciando nel testo del d.lgs. n. 165 del 2001, come modificato dal d.lgs. n. 150 del 2009, alcuni riferimenti normativi che confermassero la

⁷⁴ V. cap. II, § 6.1.

rilevanza non diretta, ma solo in via mediata, per il tramite dei contratti collettivi, della violazione del codice⁷⁵.

La l. n. 190 del 2012, come detto, costringe però ad un ripensamento⁷⁶. L'art. 1, co. 44, di questa legge infatti, sostituisce l'art. 54 del d.lgs. n. 165 del 2001, disponendo espressamente che «la violazione dei doveri contenuti nel codice di comportamento, compresi quelli relativi all'attuazione del Piano di prevenzione della corruzione, è fonte di responsabilità disciplinare»⁷⁷.

I “doveri” del nuovo codice di comportamento riguarderanno anche il personale con qualifica dirigenziale. Per esso, è previsto infatti espressamente che «il codice contiene una specifica sezione dedicata ai doveri dei dirigenti, articolati in relazione alle funzioni attribuite»⁷⁸, e che - ma questo vale per tutti i dipendenti, dirigenti e non - «violazioni gravi o reiterate del codice comportano l'applicazione della sanzione di cui all'articolo 55-*quater*, comma 1»⁷⁹, d.lgs. n. 165 del 2001, vale a dire il licenziamento senza preavviso.

Ecco quindi che si arricchirà ulteriormente il catalogo di infrazioni a carico dei dirigenti, che avranno rilevanza disciplinare *ex se*, a prescindere da una incorporazione nei contratti⁸⁰. Nonostante ciò, come già esposto, la modifica dell'art. 54, d.lgs. n. 165 del 2001 apportata dalla l. n. 190 del 2012 non determina una ri-pubblicizzazione del rapporto in generale, e della materia disciplinare in particolare, nè una diretta funzionalizzazione del potere disciplinare⁸¹.

Non è escluso che un nuovo intervento sulla dirigenza, comportante anche un nuovo catalogo di infrazioni, consegua dall'eventuale attuazione del Protocollo di intesa sul lavoro pubblico firmato l'11 maggio 2012.

Il testo preannuncia un intervento normativo volto a modificare ulteriormente il d.lgs. n. 165 del 2001. Innanzitutto non è da escludere che i punti individuati nelle lettere l) ed m) dell'intesa («riordinare la disciplina dei licenziamenti per motivi disciplinari fermo restando le competenze attribuite alla contrattazione collettiva nazionale» e «rafforzare i doveri disciplinari dei dipendenti prevedendo al contempo garanzie di stabilità in caso di licenziamento illegittimo») possano riguardare anche il personale con qualifica dirigenziale. In secondo luogo, con specifico riferimento ai dirigenti, si auspica un rafforzamento del ruolo, delle funzioni, ma anche delle loro responsabilità⁸².

⁷⁵ V. cap. I, § 3.4.

⁷⁶ V. cap. I, § 3.5.

⁷⁷ Art. 54, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001, come modificato dall'art. 1, co. 44, l. n. 190 del 2012.

⁷⁸ Art. 54, co. 1, d.lgs. n. 165 del 2001, come modificato dall'art. 1, co. 44, l. n. 190 del 2012.

⁷⁹ Art. 54, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001, come modificato dall'art. 1, co. 44, l. n. 190 del 2012.

⁸⁰ Per le modalità di emanazione e di pubblicità del codice di comportamento, si rinvia al cap. I, § 3.5.

⁸¹ Sul punto v. il cap. I, § 3.5.

⁸² Nuovo protocollo d'intesa sul lavoro pubblico tra il Ministro per la pubblica amministrazione, le Regioni, le Province, i Comuni e le Organizzazioni sindacali del 11 maggio 2012, cit., pag. 7.

3- *Le sanzioni disciplinari applicabili ai dirigenti: sanzioni conservative ed estintive*

Una delle novità più evidenti in tema di responsabilità disciplinare dei dirigenti pubblici è senz'altro costituita dalla previsione, già nella legge, e poi anche nella contrattazione collettiva, di sanzioni disciplinari di carattere conservativo. Si tratta di un forte elemento di deviazione rispetto al modello privatistico, che va a costituire un nuovo aspetto di specialità del lavoro pubblico⁸³.

Va premesso che l'assenza di sanzioni conservative ai dirigenti pubblici non era dovuta ad una prescrizione in tal senso del d.lgs. n. 165 del 2001, che rimetteva ai contratti ogni determinazione al riguardo, senza distinguere tra dirigenti e dipendenti privi di qualifica dirigenziale. Con specifico riferimento ai dirigenti, il rinvio espresso alla contrattazione è contenuto all'art. 21, co. 1, del d.lgs. n. 165 del 2001, come modificato dalla l. n. 145 del 2002. Si è trattato dunque di una scelta delle parti contrattuali, che tuttavia è stata giudicata coerente con l'avvenuta privatizzazione dei rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni⁸⁴. Nell'ottica di una convergenza tra lavoro pubblico e lavoro privato, con riferimento particolare al lavoro dirigenziale, la ricostruzione del rapporto di lavoro in termini di fiduciarità portava a ritenere priva di senso la previsione di sanzioni conservative anche nel settore pubblico, sul presupposto che «se vi è stata un'infrazione meritevole di una sanzione, il rapporto fiduciario s'è comunque incrinato»⁸⁵.

Senonché, questo legame fiduciario è stato allentato dalla giurisprudenza, che ha messo in evidenza come il rapporto di lavoro del personale dirigenziale pubblico non sia *in toto* assimilabile a quello dei dirigenti privati⁸⁶, e che nel settore pubblico sia assente

⁸³ V. B. CARUSO, *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (Il ridisegno della governance nelle p.a. italiane)*, cit., pag. 36.

⁸⁴ TREMOLADA, *Il dirigente pubblico tra responsabilità di risultato e disciplinare*, cit., pag. 75, che sottolinea la coerenza con le sanzioni applicabili ai dirigenti privati, sottoposti esclusivamente al licenziamento e non a quelle conservative. Più di recente, cfr. PAPA, *Dirigenze pubbliche e responsabilità "al plurale" tra oscillazioni normative e giurisprudenziali*, cit., pag. 939, che rileva come, con riferimento alla dirigenza privata, «parlare di responsabilità, soprattutto disciplinare - e di sanzioni conservative - suona quasi come un ossimoro». Tuttavia v. BOSCATI, *Il dirigente dello Stato. Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., pag. 334, secondo cui «la mancata introduzione di sanzioni conservative non può essere ricondotta ad una semplice valutazione di opportunità delle parti negoziali, ma rappresenta una congrua conseguenza del sistema delineato dal legislatore con il D.Lgs. n. 165/2001».

⁸⁵ Così ZUCARO, *L' "ircocervo" delle responsabilità dirigenziali tra il Decreto 150/2009 ed i contratti collettivi nazionali*, cit., pag. 946, che ritiene inoltre contraddittorio sottoporre il dirigente al potere disciplinare negli stessi termini del resto del personale dipendente; v. anche MAINARDI, *L'estinzione del rapporto*, in F. CARINCI, MAINARDI (a cura di), *La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni. Dal modello unico ministeriale ai modelli caratterizzanti le diverse amministrazioni*, Giuffrè, 2005, pagg. 271-272.

⁸⁶ Sul potere disciplinare nei confronti dei dirigenti privati, si rinvia, da ultimo, a GRAGNOLI, *L'esercizio del potere disciplinare nei confronti del dirigente privato*, in MAINARDI (a cura di), *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, cit., pag. 381 e segg.; BOLLANI, *Licenziamento del dirigente e regimi di tutela*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2009, n. 31, pag. 39 e segg.

quell'*intuitus personae* tipico del rapporto di lavoro di questi ultimi⁸⁷, con un contestuale accostamento dei dirigenti pubblici non ai dirigenti privati, bensì ai lavoratori privati con qualifica impiegatizia⁸⁸. Il che, tra l'altro, non faceva altro che confermare la teorica possibilità di prevedere a carico dei dirigenti pubblici sanzioni disciplinari diverse dal licenziamento.

I contratti dunque non contemplavano sanzioni diverse dal licenziamento, e, proprio dall'assenza di norme convenzionali specifiche sul punto, ne discendeva la loro esclusione dal sistema disciplinare dei dirigenti pubblici⁸⁹.

Le cose cambiano, appunto, con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2009, che prevede espressamente la loro comminazione, tipizzandone alcune.

La contrattazione collettiva, poi, ritenendosi probabilmente da ciò autorizzata (anche se, come detto, nessuna norma del d.lgs. n. 165 del 2001 glielo impediva anche prima del 2009), ha ritenuto di generalizzare anche ai dirigenti l'applicazione di varie sanzioni di tipo conservativo⁹⁰.

L'introduzione di tale tipo di sanzioni, da un lato, presenta un vantaggio. Se le uniche sanzioni disciplinari applicabili sono quelle estintive, a fronte di condotte non gravi si avranno necessariamente due alternative: o un eccesso di rigore sanzionatorio, o un eccesso di tolleranza. Se il primo pericolo è scongiurato dalla regola della proporzionalità tra inadempimento e sanzione, sancita dall'art. 2106 cod. civ., di cui non è dubbia l'applicabilità anche ai dirigenti intesi come soggetti passivi della responsabilità disciplinare, è chiaro che il rischio è quello di una diffusa tollerabilità dei piccoli inadempimenti, che semmai, valutati complessivamente, potranno essere fatti valere sotto

⁸⁷ Qui va rilevata la peculiarità del rapporto di lavoro del dirigente, che sorge dal contratto individuale di lavoro, rispetto al quale *intuitus personae* è assente. Con ciò, tuttavia, non si può negare che, una volta costituito il rapporto, possa pur sempre rilevare l'elemento fiduciario, inteso come possibilità per l'amministrazione di fare affidamento sulla corretta esecuzione dei successivi adempimenti. Diversamente, una fiduciarità, seppur non totale, essendo assistita comunque da garanzie di oggettività, e pur sempre declinata in chiave di verifica sulla capacità nell'esercizio della propria funzione manageriale, può ritenersi sussistente in relazione al conferimento dell'incarico. Ma la responsabilità disciplinare, a rigore, discende dalla violazione degli obblighi discendenti dal contratto; mentre dalla violazione degli obblighi derivanti dall'incarico discende la diversa responsabilità dirigenziale: cfr. PAPA, *Dirigenze pubbliche e responsabilità "al plurale" tra oscillazioni normative e giurisprudenziali*, cit., pag. 941; NICOSIA, *Dirigenze responsabili e responsabilità dirigenziali pubbliche*, cit., pag. 111 e pagg. 190-191. Peraltro, secondo la dottrina anche l'inadempimento agli obblighi derivanti dall'atto di conferimento dell'incarico è un inadempimento contrattuale: v. BOSCATI, *Il dirigente dello Stato. Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., pag. 309.

⁸⁸ Per l'idea che nel lavoro pubblico non sia consentito «enfaticamente i vincoli di natura fiduciaria» v. FERRANTE, *Licenziamento disciplinare*, in *Dig. Comm.*, Agg. ***, 2007, pag. 544. Si tratta di una giurisprudenza sviluppata soprattutto in tema di conseguenze del recesso illegittimo da parte dell'amministrazione. V. in questo capitolo il § 4.1.

⁸⁹ LOSTORTO, *Il nuovo procedimento disciplinare*, cit., pag. 506; MISCIONE, *Sanzioni disciplinari e responsabilità*, cit., pagg. 1677-1678.

⁹⁰ In giurisprudenza, a quanto consta, non si rilevano vicende giudiziarie relative all'applicazione di sanzioni conservative ai dirigenti: v. a questo proposito PAPA, *Dirigenze pubbliche e responsabilità "al plurale" tra oscillazioni normative e giurisprudenziali*, cit., pag. 959, secondo cui ciò potrebbe anche costituire testimonianza «di resistenze culturali, nella prassi, all'irrogazione di provvedimenti sanzionatori non estintivi a carico dei dipendenti con qualifica dirigenziale».

il profilo della responsabilità dirigenziale⁹¹. Attraverso le sanzioni minori, in effetti, si consente una miglior gradazione della sanzione disciplinare ai dirigenti⁹².

Dall'altro lato, però, la configurabilità di sanzioni minori presenta anche degli svantaggi. Ciò vale soprattutto per le sanzioni di tipo sospensivo, quali la sospensione dal servizio con privazione della retribuzione. A fronte della sospensione del dirigente, anche per periodi medio-lunghi, si pone il problema del soggetto chiamato a sostituirlo nell'esercizio delle funzioni dirigenziali, anche perché la legge tace al riguardo⁹³, col rischio di causare maggiori disfunzioni organizzative all'interno dell'amministrazione⁹⁴, il che potrebbe andare in contrasto proprio con il perseguimento dell'efficienza che il legislatore ha posto al centro della riforma⁹⁵. La sanzione sospensiva rischia quindi di arrecare più problemi di quanti ne risolve⁹⁶.

Ma sanzione minore di tipo conservativo non necessariamente deve significare sanzione sospensiva, mentre il legislatore del 2009 si è mosso proprio in questo senso. Sarebbe stato forse preferibile prevedere solo sanzioni di carattere pecuniario, magari anche forti⁹⁷, purché ovviamente proporzionate all'infrazione, che hanno lo stesso effetto

⁹¹ Cfr. TENORE, *Le responsabilità dei dirigenti*, cit., pag. 115, secondo cui l'assenza di sanzioni conservative «comporta una sostanziale impunità per i dirigenti, risultando la misura espulsiva eccessiva a fronte di dette illegalità “minori”, ma statisticamente ben più frequenti di quelle “maggiori”»; MAINARDI, *Fonti, poteri e responsabilità nella valutazione del merito dei dipendenti pubblici*, cit., pag. 756; PAPA, *Dirigenze pubbliche e responsabilità “al plurale” tra oscillazioni normative e giurisprudenziali*, cit., pag. 956; LANOTTE, *Il licenziamento del dirigente pubblico*, cit., pag. 136, secondo cui dall'assenza di sanzioni conservative consegue «un'elevazione del grado di rilevanza dei comportamenti sanzionabili sotto il profilo disciplinare. Non è punibile qualsiasi violazione degli obblighi contrattuali, bensì solo quelle di gravità tale da legittimare la risoluzione del rapporto»; MISCIONE, *Sanzioni disciplinari e responsabilità*, cit., pagg. 1677-1678, secondo cui la soluzione di non prevedere sanzioni conservative per i dirigenti, «nella logica drastica del “tutto o nulla”, è criticabile e forse giustamente, ma non è illegittima».

⁹² V. GARILLI, *La privatizzazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni e l'art. 97 Cost.: di alcuni problemi e dei possibili rimedi*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2007, n. 2, pag. 320; MAINARDI, *Il sistema disciplinare nelle autonomie locali: un cantiere aperto*, cit., pag. 22; RICCOBONO, *Consensi e dissensi sulla (negata) estensione della tutela reale al licenziamento illegittimo del dirigente pubblico*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2007, n. 6, pag. 1190 e segg.; BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, cit., pag. 44.

⁹³ BOSCATI, *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazione del lavoro e svolgimento dell'attività amministrativa*, cit., pag. 49.

⁹⁴ V. MAINARDI, *Fonti, poteri e responsabilità nella valutazione del merito dei dipendenti pubblici*, cit., pag. 756, il quale evidenzia anche il rischio «costituito, al rientro in servizio, da una sostanziale delegittimazione del dirigente-datore di lavoro verso l'universo dei collaboratori “soggetti valutati”».

⁹⁵ L'incompatibilità della sanzione sospensiva «con l'elevatezza della posizione occupata dal dirigente e ogni preteso collegamento all'efficienza amministrativa» è evidenziata anche da SALOMONE, *La responsabilità dirigenziale oltre i confini della prestazione individuale*, in *Giur. It.*, 2010, n. 12, pag. 2722.

⁹⁶ Peraltro in dottrina si ritiene anche dubbia la stessa compatibilità tra sanzione sospensiva e rapporto di lavoro dirigenziale, a fronte di «un sistema che ha quale regola la temporaneità dell'incarico e la valutazione del dirigente in ragione dei risultati ottenuti nel corso del singolo incarico»: così BOSCATI, *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazione del lavoro e svolgimento dell'attività amministrativa*, cit., pag. 49. In particolare, lo stesso autore sottolinea che «la sospensione, anche se di pochi giorni (ed al limite anche di un solo giorno) interromperebbe il nesso definito dal legislatore tra oggetto dell'incarico ed obiettivi da perseguire, da un lato, e temporaneità dell'incarico, dall'altro»: ID., *op. ult. cit.*, pag. 334.

⁹⁷ Cosa che sembrerebbe possibile, stante l'inoperatività nel settore pubblico del limite quantitativo delle sanzioni conservative previsto dallo Statuto dei Lavoratori. In dottrina, la multa era considerata in astratto l'unica sanzione conservativa compatibile col rapporto di lavoro dei dirigenti pubblici, anche se si sottolineava che «la “forbice” tra questa unica sanzione conservativa e la sanzione espulsiva risulta comunque troppo ampia e non in grado di rispettare il principio di proporzionalità dettato dall'art. 2106 c.c.»: così BOSCATI, *Il dirigente dello Stato. Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., pag. 335. Tuttavia, la possibilità di aumentarne l'ammontare ridurrebbe il deficit di gradazione della sanzione. Sul punto v. ancora BOSCATI, *Il*

di stimolo a tenere le condotte prescritte, senza i lati negativi. Tanto più che il legislatore del 2009 ha contemplato, accanto alla sanzione sospensiva, una sanzione economica, avente effetti sulla retribuzione di risultato del dirigente⁹⁸, la quale, seppur connessa all'incarico e non al rapporto base, è comunque equipollente ad una vera sanzione disciplinare conservativa, tipizzata dalla legge nell'effetto economico patrimoniale⁹⁹. Un discorso a parte merita poi la natura di tale sanzione pecuniaria, se cioè sia anch'essa di tipo disciplinare o meno¹⁰⁰, andando ad aggiungersi a quella, sicuramente disciplinare, della sospensione. Ora, la previsione, per una medesima infrazione, di due diverse sanzioni disciplinari costituirebbe un *unicum* nel panorama legislativo della responsabilità disciplinare, mentre la previsione di due sanzioni di tipo diverso è generalmente ammessa. Anche per questo pare preferibile ritenere che la mancata attribuzione della retribuzione di risultato non sia di tipo disciplinare. Ciò non toglie, comunque, la sua sostanziale equiparabilità ad una sanzione pecuniaria di tipo disciplinare, quanto ai suoi effetti, introdotta per aggravare ulteriormente la responsabilità del dirigente, e il suo aggancio, in definitiva, con la sanzione sospensiva, evidente laddove il legislatore ne individua l'ammontare utilizzando come parametro l'entità di quest'ultima¹⁰¹.

4- *Il licenziamento disciplinare del dirigente pubblico.*

La sanzione estintiva, vale a dire il licenziamento disciplinare, fino alla riforma del 2009, dunque, era considerata l'unica sanzione disciplinare applicabile al dirigente pubblico. Oggi, invece, come visto, ad esso si accompagnano anche sanzioni conservative. E non si tratta dell'unica differenza rispetto al passato, tenendo conto non solo della disciplina legislativa, ma anche di quella dei contratti delle aree dirigenziali. Infatti, anche le infrazioni che comportano l'applicazione della sanzione estintiva sono oggi tipizzate. In

lavoro negli enti locali dopo le riforme. Problemi risolti e questioni aperte. Il ruolo e i poteri dei dirigenti degli enti locali, cit., pag. 39.

⁹⁸ Art. 55 *sexies*, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001.

⁹⁹ Cfr. B. CARUSO, *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (Il ridisegno della governance nelle p.a. italiane)*, cit., pag. 33.

¹⁰⁰ L'orientamento dominante esclude che si tratti di sanzione disciplinare, anche alla luce della previsione della sanzione disciplinare e di quella economica in due norme distinte della l.d. n. 15 del 2009 (rispettivamente art. 6, co. 2, lett. e ed art. 6, co. 2, lett. c: in realtà la prima norma parlava di sanzioni adeguate, senza specificare la loro natura disciplinare, ma a fronte della previsione nella l.d., all'art. 7, co. 2, lett. i, che indicava al legislatore delegato di «prevedere ipotesi di illecito disciplinare nei confronti dei soggetti responsabili per negligenza, del mancato esercizio o della decadenza dell'azione disciplinare», la sanzione adeguata doveva essere necessariamente di tipo disciplinare). V. BOSCATI, *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazione del lavoro e svolgimento dell'attività amministrativa*, cit., pag. 48. APICELLA, *Lineamenti del pubblico impiego «privatizzato»*, cit., pag. 116, parla di sanzioni, «almeno in parte, autonome dall'ordinario sistema disciplinare dei pubblici dipendenti», proprio per via di questa sanzione aggiuntiva.

¹⁰¹ L'importo è infatti «pari a quello spettante per il doppio del periodo della durata della sospensione», ex art. 55 *sexies*, co. 3, d.lgs. n. 165 del 2001.

primo luogo, si è già detto che quelle contemplate dalla legge valgono in linea di massima anche per i dirigenti. In secondo luogo, la stessa contrattazione collettiva prevede, nell'ambito della norma sul codice disciplinare, ulteriori infrazioni comportanti l'applicazione della sanzione del licenziamento¹⁰².

Non è il caso di scorrere qui tutti i casi in cui è prevista la sanzione espulsiva. Si tratta del resto, per la maggior parte, delle stesse condotte tipizzate dalla legge per la generalità dei dipendenti pubblici, dall'art. 55 *quater*, d.lgs. n. 165 del 2001¹⁰³. Gli stessi contratti poi lasciano ferma la disciplina in tema di licenziamento per giusta causa o giustificato motivo, per cui l'elencazione delle condotte comportanti il licenziamento non potrebbe essere esaustiva.

Si deve dar conto invece, su un piano più generale, della questione del regime di recedibilità disciplinare a carico del dirigente pubblico, problema che si ricollega poi a quanto si dirà nei successivi paragrafi sulle tutele del dirigente pubblico illegittimamente licenziato.

La privatizzazione del rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione ha comportato, come si è già avuto modo di dire diffusamente in precedenza, una convergenza tra disciplina del lavoro pubblico e disciplina del lavoro privato¹⁰⁴. Convergenza, però, non implica necessariamente uniformità di disciplina, tant'è che permangono forti residui di specialità del lavoro con le amministrazioni pubbliche, accentuatisi, in alcuni casi, con la riforma del 2009. Le regole che costituiscono deviazione dal modello privatistico sono imposte dall'esigenza del rispetto dei principi costituzionali in materia di buon andamento, imparzialità, accesso tramite pubblico concorso, di cui in particolare agli artt. 97 e 98 Cost.

Uno dei settori in cui si avverte tale disciplina diversificata riguarda proprio le regole che attengono ai presupposti di giustificazione del licenziamento dei dirigenti pubblici. Si è infatti negata l'esistenza, per questi ultimi, del principio della libera recedibilità, c.d. *ad nutum*¹⁰⁵, che costituisce invece la regola per il licenziamento dei dirigenti privati (anche se temperata dall'introduzione, ad opera dei contratti collettivi, del principio della giustificatazza del licenziamento, che implica un obbligo di contestuale motivazione¹⁰⁶).

¹⁰² V. BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, cit., pag. 428. Si veda ad es. l'art. 9, co. 9, CCNL area I: si tratta di fattispecie, aggiuntive rispetto a quelle legali, collegate ai casi di commissione di gravi fatti illeciti di rilevanza penale, condanne per gravi delitti, nonché alla recidiva.

¹⁰³ Sul punto si rinvia dunque al cap. II, § 5 e segg.

¹⁰⁴ Cfr. MONDA, *La giurisprudenza in tema di dirigenza pubblica*, cit., pag. 329.

¹⁰⁵ Trib. Napoli, 27 settembre 2006, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2006, n. 6, pag. 1211, con nota di BOSCATI, *Licenziamento del dirigente pubblico tra diritto vigente e prospettive di riforma*; v. anche LANOTTE, *Il licenziamento del dirigente pubblico*, cit., pag. 142. V. però, per la possibilità di recesso *ad nutum*, MONDA, *La giurisprudenza in tema di dirigenza pubblica*, cit., pagg. 366-367, e la giurisprudenza ivi citata.

¹⁰⁶ Si tratta però di un obbligo che non discende dalla legge, ma dai contratti collettivi.

Alla base della differenziazione è posta l'affermata non assimilabilità *tout court* dei dirigenti pubblici a quelli privati¹⁰⁷, imposta proprio dall'esigenza di rispettare i principi costituzionali. Proprio per questo si ritiene che la configurazione di una struttura causale del licenziamento del dirigente pubblico discenda dall'analisi del sistema legislativo, e deve essere affermata a prescindere dai contenuti dei contratti collettivi, che pur la prevedono¹⁰⁸.

Tale principio è ormai pacifico, alla luce anche della giurisprudenza della Corte Costituzionale che da tempo ha evidenziato la necessità, per il licenziamento del dirigente pubblico, del rispetto di criteri e procedure di carattere oggettivo, con ampia pubblicità e garanzia del contraddittorio¹⁰⁹. Sebbene si tratti di pronunce inerenti al recesso a seguito di responsabilità dirigenziale, tali principi non possono non valere anche per il recesso disciplinare. Come evidenziato in dottrina, infatti, «se [...] l'amministrazione non può liberamente recedere dal rapporto nel caso in cui il dirigente si sia dimostrato ripetutamente incapace, a maggior ragione non potrà licenziarlo comunque senza alcuna giustificazione»¹¹⁰. Inoltre, benché le due ipotesi di recesso (per responsabilità dirigenziale o disciplinare) abbiano diversi presupposti, esse producono tuttavia gli stessi effetti lesivi¹¹¹.

Sotto altro punto di vista, la legge e i contratti collettivi delle aree dirigenziali prevedono un licenziamento senza preavviso ed uno con preavviso. Quello senza preavviso è riconducibile al licenziamento per giusta causa. Tale nozione, prevista già nel codice civile all'art. 2119, è ribadita dai nuovi contratti, che la tengono ferma, insieme peraltro a quella di giustificato motivo. In dottrina, tuttavia, pur affermando la necessità di una giustificazione del licenziamento del dirigente, si ritiene inoperante la nozione di giustificato motivo¹¹². Ciò non toglie che deve comunque esserci una differenza tra un fatto che comporta il licenziamento “in tronco” e quello che consente una temporanea prosecuzione del rapporto prima del recesso, che non può non essere rilevato in una

¹⁰⁷ Cass. civ., sez. lav., 1 febbraio 2007, n. 2233, in *Giust. Civ.*, 2007, n. 7-8, pag. 1803.

¹⁰⁸ BOSCATI, *Il dirigente dello Stato. Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., pag. 340. *Contra*, A. ZOPPOLI, *I fondamenti del licenziamento del dirigente pubblico: nell'attesa di Godot ...*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2009, n. 31, pag. 270; TOSI, *Dirigenze pubbliche e private*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2001, pag. 71; LANOTTE, *Il licenziamento del dirigente pubblico*, cit., pag. 142 e segg.; APICELLA, *Lineamenti del pubblico impiego «privatizzato»*, cit., pag. 117; TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo: lavoro privato e pubblico*, cit., pag. 425.

¹⁰⁹ Corte Cost., 25 luglio 1996, n. 313, in *Riv. Giur. Lav.*, 1996, II, pag. 369; Corte Cost. (ord), 30 gennaio 2002, n. 11, in *Giust. Civ.*, 2002, I, pag. 883; Corte Cost., 16 maggio 2002, n. 193, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2002, pag. 553.

¹¹⁰ BOSCATI, *Il dirigente dello Stato. Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., pag. 338, che riprende SORDI, *Il licenziamento del dipendente pubblico: il quadro legale*, cit., pag. 300.

¹¹¹ Il che, tra l'altro, non giustifica una diversa disciplina sanzionatoria sul piano delle conseguenze dell'illegittimità del recesso: CARINI, *Il licenziamento del dirigente pubblico tra vizi sostanziali e vizi formali*, in *Foro Amm. Cds*, 2007, n. 4, pag. 1167 e segg.

¹¹² V. BOSCATI, *Il dirigente dello Stato. Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., pag. 341 in nota. *Contra*, LANOTTE, *Il licenziamento del dirigente pubblico*, cit., pag. 146, secondo cui «assumono così rilievo, ai fini dell'accertamento della giustificatezza, le definizioni legali contenute rispettivamente nell'art. 3 della legge n. 604/1966 e nell'art. 2119 c.c.».

diversa gravità della condotta. Del resto, l'ammissibilità di uno spazio per un licenziamento con preavviso, anche a prescindere dalle previsioni legislative e contrattuali, è implicita nella stessa previsione del recesso per responsabilità dirigenziale, che intervenendo solo dopo la valutazione dell'operato del dirigente, implica la non inconciliabilità tra grave inadempimento e momentanea prosecuzione del rapporto.

4.1- *Le conseguenze del licenziamento illegittimo del dirigente pubblico*

Si è detto nel paragrafo precedente come risulti inapplicabile ai dirigenti pubblici il principio di libera recidibilità. Tuttavia tale affermazione non produce necessariamente immediate e dirette conseguenze sulle tutele applicabili in caso di licenziamento ingiustificato o comunque viziato, come dimostra peraltro il temperamento avvenuto nel settore privato con l'introduzione del principio di giustificatezza del licenziamento del dirigente, che coesiste con una tutela esclusivamente di tipo economico, e come dimostra anche il fatto che gli stessi contratti collettivi delle aree dirigenziali, a parte l'ipotesi di licenziamento discriminatorio, riconnettevano la tutela reintegratoria solo ai casi di recesso a seguito di responsabilità dirigenziale, e non disciplinare¹¹³.

Senonché, con riferimento alle conseguenze dell'accertamento giudiziale dell'illegittimità del licenziamento disciplinare del dirigente pubblico, si è registrata una delle differenze più rilevanti tra settore del lavoro pubblico e privato, per via dell'interpretazione, formatasi gradualmente¹¹⁴ e non senza critiche da parte della dottrina¹¹⁵, fornita dalla giurisprudenza tesa a ritenere l'applicabilità della tutela reale di

¹¹³ Sul punto v. BOSCATI, *Licenziamento del dirigente pubblico tra diritto vigente e prospettive di riforma*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2006, n. 6, pag. 1211 e segg.; LANOTTE, *Il licenziamento del dirigente pubblico*, cit., pag. 290 e segg. Lo stesso Autore, peraltro, pur negando il regime della libera recidibilità, ritiene applicabile la tutela reintegratoria solo nei casi di licenziamento discriminatorio o nullo per motivi censurati dall'ordinamento, mentre in tutti gli altri casi, «l'individuazione del regime sanzionatorio deve necessariamente fare riferimento ai principi di diritto comune sull'invalidità dell'atto di recesso»: ID, *op. ult. cit.*, pag. 293.

¹¹⁴ All'indomani della privatizzazione, infatti, prevaleva l'opinione che la tutela del dirigente pubblico, in caso di licenziamento ingiustificato, salvo il caso di licenziamento discriminatorio, fosse di carattere meramente obbligatorio: v. TREMOLADA, *Il dirigente pubblico tra responsabilità di risultato e disciplinare*, cit., pagg. 80-81; BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, cit., pag. 427.

¹¹⁵ V. ad es. M. MARINELLI, *Licenziamento del dirigente*, in *Dig. Comm.*, Agg. ****, 2008, pagg. 568-569; v. anche BOSCATI, *Legge delega n. 15/2009 e riforma della dirigenza pubblica. Prime riflessioni di sintesi*, cit., pag. 25, che ritiene che «si può pure convenire sull'opportunità di introdurre la tutela reale anche a favore dei dirigenti. Occorre, però, un intervento normativo chiaro al fine di evitare che si possano ripetere speculazioni interpretative funzionali solo all'accrescimento del contenzioso»; F. CARINCI, *La dirigenza nelle amministrazioni dello Stato ex capo II, titolo II, D.Lgs. n. 29/1993 (il modello «universale»)*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2001, pag. 47; TOSI, *Dirigenze pubbliche e private*, cit., pag. 71; L. ZOPPOLI, *La reintegrazione del dirigente pubblico tra «capriccio degli organi politici» e «giurisprudenza creativa»*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2003, pag. 529; LANOTTE, *Il licenziamento del dirigente pubblico*, cit., pag. 290. Al contrario, invece, anche prima della presa di posizione della giurisprudenza, non mancavano opinioni favorevoli all'applicazione della tutela reintegratoria anche ai dirigenti pubblici: v. SORDI, *Il licenziamento del dipendente pubblico: il quadro legale*, cit., pagg. 298-300; ALVARO, *La dirigenza statale. Inquadramento e responsabilità*, Seu, 2006, pag. 138. V.

cui all'art. 18 Stat. Lav., nel testo in vigore prima delle recenti modifiche apportate dalla l. n. 92 del 2012, ai dirigenti pubblici, a differenza di quelli privati¹¹⁶, ai quali detta tutela si applica solo in caso di licenziamento discriminatorio.

La chiave interpretativa fatta propria dalla giurisprudenza è costituita dall'esistenza, in capo al dirigente di un duplice rapporto, vale a dire la sussistenza del rapporto di lavoro, da un lato, e di un incarico dirigenziale, dall'altro. Il recesso dell'amministrazione può essere connesso alla cattiva esecuzione dell'incarico, nei casi più gravi (e in questo senso è conseguenza della responsabilità dirigenziale), o ad altri motivi che non sono connessi allo svolgimento dell'incarico dirigenziale, ma investono direttamente il vincolo fiduciario tra dirigente e datore di lavoro pubblico (e in questo caso è conseguenza della responsabilità disciplinare), peraltro con una possibile sovrapposizione tra le due forme di responsabilità nel caso dell'inosservanza delle direttive imputabili al dirigente, di cui all'art. 21, co. 1, d.lgs. n. 165 del 2001¹¹⁷.

Il legame fiduciario nel rapporto di lavoro pubblico viene però considerato in maniera meno intensa, al fine di evitare una sorta di asservimento all'organo politico, tale da non consentire lo svolgimento dei poteri di gestione in maniera autonoma e imparziale. Salvo i pochi casi in cui è ammesso lo *spoils system*, infatti, nel rapporto di lavoro del dirigente pubblico l'*intuitus personae* è pressoché assente, per via delle regole di accesso al lavoro e in particolare del principio del pubblico concorso¹¹⁸. In questo senso la materia si dimostra inscindibilmente legata ai principi sanciti dall'art. 97 Cost. Il vincolo fiduciario tra dirigente e datore pubblico, lungi dall'identificarsi con un gradimento soggettivo, si connota in modo oggettivo, attenendo all'idoneità del dirigente a svolgere correttamente le proprie funzioni, nell'ottica dell'esattezza dei successivi adempimenti¹¹⁹.

L'approdo giurisprudenziale cui si è giunti è stato dunque costituito dall'affermazione dell'applicazione della tutela reale di cui all'art. 18 Stat. Lav., nel testo precedente alle modifiche apportate dalla l. n. 92 del 2012, sulla base del disposto dell'art. 51, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001, che richiama l'applicazione dello Statuto, distinguendo la disciplina applicabile al rapporto di lavoro da quella applicabile all'incarico dirigenziale, sottoposto invece alle regole sul rapporto a termine¹²⁰.

anche A. ZOPPOLI, *I fondamenti del licenziamento del dirigente pubblico: nell'attesa di Godot ...*, cit., pag. 269, che ritiene applicabile una tutela reale, ma non *ex art.* 18 Stat. Lav., bensì "di diritto comune".

¹¹⁶ Cass. civ., sez. lav., 1 febbraio 2007, n. 2233, cit.; Trib. Napoli, 27 settembre 2006, cit.; Trib. Verona, 4 settembre 2006, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2006, n. 5, pag. 929. Da ultimo, Trib. Catania, 24 maggio 2011, cit.

¹¹⁷ V. F. CARINCI, *Simbologia e realtà di un gemellaggio: il dirigente privato e il dirigente pubblico privatizzato*, cit., pag. 13.

¹¹⁸ V. Trib. Napoli, 7 gennaio 2003, in *Dir. Lav. Merc.*, 2003, pag. 532; in dottrina MANZOLI, *Il licenziamento del dirigente nell'impiego pubblico*, cit., pagg. 508-509; BATTINI, *L'autonomia della dirigenza pubblica e la «riforma Brunetta»: verso un equilibrio fra distinzione e fiducia?*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2010, n. 1, pag. 42.

¹¹⁹ LANOTTE, *Il licenziamento del dirigente pubblico*, cit., pag. 149.

¹²⁰ V. Cass. civ., sez. lav., 1 febbraio 2007, n. 2233, cit.; di recente Trib. Catania, 24 maggio 2011, cit. In dottrina, LOSTORTO, *Il nuovo procedimento disciplinare*, cit., pag. 510; APICELLA, *Lineamenti del pubblico impiego «privatizzato»*, cit., pag. 118. Critico con questa interpretazione dell'art. 51, co. 2, d.lgs. n. 165 del

Tale orientamento, divenuto dominante, nonostante alcune pronunce dei giudici di merito tendenti a negare l'applicazione della tutela reintegratoria ai dirigenti pubblici¹²¹, ha ricevuto l'avallo autorevole della Corte Costituzionale, che ha affermato che «a differenza di quanto accade nel settore privato, nel quale il potere di licenziamento del datore di lavoro è limitato allo scopo di tutelare il dipendente, nel settore pubblico il potere dell'amministrazione di esonerare un dirigente dall'incarico e di risolvere il relativo rapporto di lavoro, è circondato da garanzie e limiti che sono posti non solo e non tanto nell'interesse del soggetto da rimuovere, ma anche e soprattutto a protezione di più generali interessi collettivi», dal che deriva, «sul piano degli strumenti di tutela, che forme di riparazione economica, quali, ad esempio, il risarcimento del danno o le indennità riconosciute dalla disciplina privatistica in favore del lavoratore ingiustificatamente licenziato, non possono rappresentare, nel settore pubblico, strumenti efficaci di tutela degli interessi collettivi lesi da atti illegittimi di rimozione di dirigenti amministrativi»¹²².

Ecco allora che, quantomeno rispetto al licenziamento illegittimo dei dirigenti di ruolo, la tutela reintegratoria costituisce, secondo la giurisprudenza citata, l'unico rimedio utile per non sacrificare quei «più generali interessi collettivi», aggiuntivi rispetto all'interesse individuale del lavoratore e che sono incisi dall'illecita risoluzione del rapporto di lavoro del dirigente pubblico, a differenza di quello dei dirigenti privati¹²³, confermando così la diversità esistente tra dirigente pubblico e privato, pur all'interno di un rapporto di lavoro pubblico privatizzato¹²⁴.

Analizzando i contratti collettivi delle aree dirigenziali stipulati dopo la riforma del 2009, si registra un dato di novità rispetto ai contratti precedenti.

2001, M. MARINELLI, *Licenziamento del dirigente*, cit., pag. 568, secondo cui la norma «applica l'intera legge n. 300 del 1970 anche agli enti che non raggiungano il limite dimensionale di cui all'art. 35 della stessa legge. Non deroga invece l'art. 10 della legge n. 604 del 1966, applicabile anche alle amministrazioni pubbliche in virtù del rinvio alla disciplina del lavoro privato contenuto nell'art. 2, 2° co., del d.lg. n. 165 del 2001, e che sottrae [...] i dirigenti alla tutela contro i licenziamenti illegittimi disposta per i lavoratori appartenenti ad altre categorie».

¹²¹ Trib. Marsala, ord. 27 giugno 2007, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2007, pag. 1175.

¹²² Così Corte Cost., 24 ottobre 2008, n. 351, in *Foro Amm. Cds*, 2008, n. 10, pag. 2637. A proposito di tale sentenza, v. MARCIANÒ, *Tutela reintegratoria e risarcitoria del dirigente pubblico, storia di una alternanza interpretativa ed applicativa controversa*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2011, n. 1, pag. 75, secondo cui essa «ha implicitamente costituzionalizzato la reintegrazione per i dirigenti».

¹²³ V. MARCIANÒ, *Tutela reintegratoria e risarcitoria del dirigente pubblico, storia di una alternanza interpretativa ed applicativa controversa*, cit., pag. 90. Sul punto cfr. BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, cit., pag. 42, secondo cui «appare logica questa soluzione se si considera che altrimenti – e quindi propendendo per l'opzione della mera tutela risarcitoria – la via della responsabilità disciplinare permetterebbe di eludere l'apparato garantistico che presiede all'accertamento della responsabilità dirigenziale e che soprattutto prevede, qualora il provvedimento espulsivo sia infondato, l'applicazione della tutela ripristinatoria».

¹²⁴ Cfr. F. CARINCI, *Simbologia e realtà di un gemellaggio: il dirigente privato e il dirigente pubblico privatizzato*, cit., pag. 7 e segg.

I contratti pre-riforma, infatti, prevedevano espressamente la reintegrazione solo nel caso di licenziamento discriminatorio, tacendo invece in merito alle tutele negli altri casi di licenziamento viziato¹²⁵.

I nuovi contratti invece contengono una disposizione che prevede esplicitamente e in generale la tutela reintegratoria. Si veda l'art. 13 del CCNL Area I, rubricato «Reintegrazione del dirigente illegittimamente licenziato», e significativamente collocato nell'ambito delle norme disciplinari, secondo cui, *ex co.* 1, «l'Amministrazione, a domanda, reintegra in servizio il dirigente illegittimamente o ingiustificatamente licenziato dalla data della sentenza che ne ha dichiarato l'illegittimità o la ingiustificatezza, anche in soprannumero nella medesima sede o in altra su sua richiesta, con il conferimento allo stesso di un incarico di valore equivalente a quello posseduto all'atto del licenziamento. Al dirigente spetta, inoltre, il trattamento economico che sarebbe stato corrisposto nel periodo di licenziamento, anche con riferimento alla retribuzione di posizione in godimento all'atto del licenziamento», ed, *ex co.* 2, «qualora, oltre ai fatti che hanno determinato il licenziamento di cui al comma 1, siano state contestate al dirigente altre violazioni, ovvero nel caso in cui le violazioni siano rilevanti sotto profili diversi da quelli che hanno portato al licenziamento, il procedimento disciplinare viene riaperto secondo le procedure previste dalle vigenti disposizioni». Ad esso segue un articolo 14, rubricato «Indennità sostitutiva della reintegrazione», che prevede che «l'Amministrazione o il dirigente possono proporre all'altra parte, in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, di cui all'art. 13 [...], il pagamento a favore del dirigente di un'indennità supplementare determinata, in relazione alla valutazione dei fatti e delle circostanze emerse, tra un minimo pari al corrispettivo del preavviso maturato, maggiorato dell'importo equivalente a due mensilità, ed un massimo pari al corrispettivo di ventiquattro mensilità»¹²⁶.

E' evidente come i nuovi contratti risultino influenzati dalla citata giurisprudenza della Cassazione e della Corte Costituzionale. Essendo divenuto orientamento consolidato quello che afferma la necessaria reintegra dei dirigenti in caso di licenziamento illegittimo, i contratti hanno ritenuto di affermarlo espressamente. La possibilità di un intervento della contrattazione collettiva volto a definire le forme di tutela del dirigente licenziato ingiustificatamente, prevedendo in ipotesi «anche l'obbligo per

¹²⁵ V. ad es. l'art. 44, co. 2, CCNL Area I del 21 aprile 2006; art. 31, co. 2, CCNL Area V dell'11 aprile 2006.

¹²⁶ Analoghe norme sono contenute, con alcune specificità, in tutti i nuovi contratti delle aree dirigenziali: v. rispettivamente artt. 11 e 12 CCNL Area II; artt. 14 e 15 CCNL Aree III e IV (integrativi dei CCNL del 17 ottobre 2008); artt. 20 e 21 CCNL Area V; artt. 13 e 14 CCNL Area VI; artt. 13 e 14 CCNL Area VII; artt. 18 e 19 CCNL Area VIII; artt. 14 e 15 CCNL dirigenti ENAC; artt. 14 e 15 CCNL dirigenti CNEL.

l'amministrazione di reintegrare al lavoro il dirigente e non solo una tutela di tipo risarcitorio», era peraltro ammessa anche prima in dottrina¹²⁷.

Tuttavia, è il caso di precisare che né la già segnalata sentenza della Corte Costituzionale n. 351 del 2008, né i nuovi contratti collettivi citano l'art. 18 Stat. Lav. Nella prima si dice che forme di riparazione economica non possono rappresentare efficaci strumenti di tutela, nei secondi si parla di reintegrazione, senza alcun riferimento alla norma statutaria. Tant'è che i contratti, pur prevedendo la reintegrazione, sono silenti sull'ammontare minimo di un risarcimento del danno e prevedono un'indennità sostitutiva della reintegrazione individuata in maniera peculiare e diversa rispetto all'art. 18 Stat. Lav.

Alla luce delle argomentazioni della Corte Costituzionale, dunque, se è vero che dal sistema complessivo emerge la necessità di una tutela reintegratoria, quest'ultima non è necessaria conseguenza dell'applicazione dell'art. 18 Stat. Lav., nonostante l'importante presa di posizione della Cassazione, che tra l'altro, riconosce comunque la competenza assegnata dall'art. 21, d.lgs. n. 165 del 2001 alla contrattazione collettiva «per la disciplina della casistica e degli effetti del recesso illegittimo»¹²⁸. Si può sostenere dunque che per i dirigenti pubblici vi sia una tutela reale, ma non *ex art.* 18 Stat. Lav., bensì di diritto comune, discendente direttamente dalle regole in materia di buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione¹²⁹.

Peraltro, le nuove norme contrattuali potrebbero forse contribuire ad un mutamento dell'orientamento della giurisprudenza che ha ritenuto applicabile l'art. 18 Stat. Lav. alla dirigenza pubblica. Ci si è chiesti in dottrina se un tale intervento della fonte contrattuale sia compatibile con il nuovo assetto delle fonti introdotto dalla riforma del 2009, intervenendo in tal caso la fonte collettiva in materia regolata dalla legge e al di fuori da un ambito ad essa demandato; si è sostenuto infatti che la legge, per il tramite dell'art. 51, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001, disciplini la materia con l'art. 18 Stat. Lav., sicchè vi sarebbe un contrasto delle norme contrattuali con il nuovo disposto della norma statutaria, tale che le prime potrebbero essere dichiarate nulle *ex art.* 2, co. 3 *bis*, d.lgs. n. 165 del 2001¹³⁰. Si

¹²⁷ In questi termini BOSCATI, *Il dirigente dello Stato. Contratto di lavoro e organizzazione*, cit., pag. 342, che però nega che i contratti possano anche imporre l'obbligo di reintegrare il dirigente nell'incarico, come invece previsto ora dai nuovi CCNL delle aree dirigenziali.

¹²⁸ Cass. civ., sez. lav., 1 febbraio 2007, n. 2233, cit. In tal senso v. in dottrina BOSCATI, *Disciplina speciale del rapporto di lavoro del dirigente pubblico e tutela applicabile nel caso di illegittimo recesso dell'Amministrazione*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2007, n. 3, pag. 686 e segg.

¹²⁹ In questo senso A. ZOPPOLI, *I fondamenti del licenziamento del dirigente pubblico: nell'attesa di Godot ...*, cit., pag. 269.

¹³⁰ MELI, *Il contratto collettivo relativo al personale dirigente dell'area II (regioni ed autonomie locali) - quadriennio normativo 2006-2009 e biennio economico 2006-2007*, cit., pag. 376 e segg., e pag. 383, ove l'autore specifica comunque come «gli effetti dell'invalidità» della norma contrattuale «non sarebbero dirimenti ove, seguendo l'insegnamento della Cassazione, si concludesse per la generale applicabilità dell'art. 18, l. n. 300/1970, stante la conservazione, per il tramite della legge, dell'istituto della reintegrazione», mentre «a conclusioni parzialmente differenti dovrebbe giungersi, invece, nell'ipotesi residuale in cui si reputasse applicabile al recesso illegittimo la disciplina *ex art.* 10, l. n. 604/1966 [...] a causa della palese frattura che si aprirebbe allora tra il dato normativo e quello contrattuale». Tuttavia, a ben vedere, e come

tratta di una domanda che appare ancora più sensata alla luce del dibattito sviluppatosi dopo la modifica dell'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, circa l'applicabilità della norma così come modificata anche nel pubblico impiego¹³¹.

Tuttavia, appare opportuno effettuare alcune considerazioni che fanno propendere per la validità delle clausole della contrattazione collettiva.

L'art. 2, co. 3 *bis*, d.lgs. n. 165 del 2001 dichiara nulle le «disposizioni contrattuali per violazione di norme imperative o dei limiti fissati alla contrattazione collettiva». L'art. 2, co. 2, dispone invece che «i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle legge sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve *le diverse disposizioni contenute nel presente decreto*, che costituiscono disposizioni a carattere imperativo».

Ora, bisogna capire se le norme imperative siano tutte quelle del d.lgs. n. 165 del 2001, solo quelle del decreto «diverse», *ex art. 2, co. 2*, vale a dire quelle che derogano alla disciplina privatistica, o anche tutte quelle cui il decreto rinvia. L'interpretazione preferibile appare la seconda, non solo per via della lettera della legge, ma anche perché l'intenzione che traspare dall'intero sistema normativo è nel senso di tenere ferme le sole regole speciali rispetto al modello privatistico¹³². Per questa via, dunque, può ritenersi imperativo l'art. 51, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001, in quanto dichiara comunque applicabile lo Statuto dei Lavoratori «a prescindere dal numero dei dipendenti», ma non tutte le norme dello stesso Statuto, laddove il decreto stesso contenga una disciplina espressamente o implicitamente diversa.

Quanto ai limiti fissati alla contrattazione collettiva, rilevano gli art. 21, co. 1, 40, co. 1 e 55, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001. L'art. 40, co. 1, ult. periodo, dispone che «nelle materie relative alle sanzioni disciplinari, [...] la contrattazione collettiva è consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge». L'art. 55, co. 2, contiene i limiti di competenza assegnati alla contrattazione in tema di definizione della tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni, che non possono contrastare con quelle tipizzate dalla legge. Il senso quindi è quello non di individuare le uniche competenze della contrattazione collettiva, ma di esplicitare che debbano comunque trovare applicazione le norme legislative che prevedono infrazioni e sanzioni. L'art. 21, co. 1, infine, parla, con

pure si dirà, non si riscontra nella legge la regolamentazione delle conseguenze del licenziamento illegittimo del dirigente, ma solo un rinvio alla contrattazione collettiva: v. A. ZOPPOLI, *I fondamenti del licenziamento del dirigente pubblico: nell'attesa di Godot ...*, cit., pag. 263.

¹³¹ V. il paragrafo successivo.

¹³² Si veda anche la seconda parte dell'art. 2, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001, che vieta alla contrattazione collettiva di derogare solo alle «eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi», se non espressamente previsto dalla legge. V. però F. CARINCI, *Il secondo tempo della riforma Brunetta: il D. Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150*, cit., pag. XLVI, secondo cui l'intero contenuto del d.lgs. n. 165 del 2001 è qualificato come imperativo.

specifico riferimento ai dirigenti, di «responsabilità disciplinare secondo la disciplina contenuta nel contratto collettivo», e anche tale norma è da ritenersi imperativa, rientrando tra quelle disposizioni «diverse» dalla disciplina privatistica.

Ebbene, può ritenersi che, quantomeno per i dirigenti, la competenza a disciplinare gli effetti del licenziamento, stante il persistente richiamo dell'art. 21, d.lgs. n. 165 del 2001, come interpretato dalla giurisprudenza e dalla dottrina¹³³, sia rimasta in capo alla contrattazione collettiva, in mancanza di una norma in materia del d.lgs. n. 165 del 2001. Se è così, da un lato le norme contrattuali sarebbero pienamente valide e in perfetta sintonia con la giurisprudenza della Corte Costituzionale; dall'altro, sarebbe irrilevante, sempre per i dirigenti, la questione circa l'applicabilità o meno delle tutele di cui all'art. 18 Stat. Lav.

4.2- *La tutela reintegratoria, la c.d. “riforma Fornero” e il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*

In conclusione di questa tesi appare opportuno dedicare qualche cenno alla l. n. 92 del 2012, c.d. “Riforma Fornero”, che, come è noto, ha, per quanto in questa sede rileva, apportato notevoli modificazioni all'art. 18 Stat. Lav. Una sua, seppur breve, analisi è necessaria, anche in ragione dei primi orientamenti interpretativi emersi in dottrina, dai quali risulta un contrasto tra chi sostiene che la nuova norma statutaria, come modificata, debba applicarsi anche ai dipendenti pubblici¹³⁴, e chi invece ritiene che per questi ultimi resti in vigore la disposizione nella sua vecchia formulazione¹³⁵, almeno fino ad un suo prossimo adattamento nell'ambito di una nuova riforma del lavoro pubblico¹³⁶. E si è ritenuto di parlarne ora, perché il problema si lega a quanto appena detto sulle conseguenze del recesso illegittimo nei confronti dei dirigenti pubblici, pur coinvolgendo anche, e soprattutto, i dipendenti privi di qualifica dirigenziale.

¹³³ Cass. civ., sez. lav., 1 febbraio 2007, n. 2233, cit.; BOSCATI, *Disciplina speciale del rapporto di lavoro del dirigente pubblico e tutela applicabile nel caso di illegittimo recesso dell'Amministrazione*, cit., pag. 686 e segg.

¹³⁴ RIVERSO, *Indicazioni operative sul rito Fornero (con una divagazione minima finale)*, in www.altalex.it; CHIONNA, MORELLO, SEVERINO, *Licenziamento individuale illegittimo e responsabilità del dirigente*, in *Guida Pubbl. Imp.*, 2012, n. 5, pag. 48; APICELLA, *Lineamenti del pubblico impiego «privatizzato»*, cit., pag. 208; TAMPIERI, *La legge n. 92/2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., pagg. 33-35.

¹³⁵ F. CARINCI, *Art. 18 St. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in www.csdle.lex.unict.it, pag. 1 e segg.; VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 2012, pag. 55; LUCIANI, *Il licenziamento del dipendente pubblico tra ambiguità normative e inerzie applicative*, cit., pag. 676; PASQUALETTO, *La questione del pubblico impiego privatizzato*, cit., pag. 49 e segg.

¹³⁶ CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in www.csdle.lex.unict.it, pagg. 2-3; BARILÀ, NADDEO, *Cosa cambia per la PA con la riforma del lavoro*, in *Guida Pubbl. Imp.*, 2012, n. 4, pag. 3.

Esaminando l'*iter* che ha portato all'approvazione della riforma, è evidente come l'estensione delle nuove regole ai lavoratori pubblici sia sempre stata incerta, rinvenendosi argomenti volti a non diversificare ulteriormente le regole tra settore pubblico e settore privato, e viceversa argomenti che facevano pensare ad una non applicazione della nuova disciplina ai dipendenti pubblici. Tuttavia tale secondo orientamento sembrava emergere sostanzialmente dall'analisi delle varie dichiarazioni del Ministro del Lavoro e del Ministro per la Pubblica Amministrazione. Quest'ultimo ha più volte esternato l'idea che le nuove norme della l. n. 92 del 2012 non dovessero valere anche per le P.A.¹³⁷. Tale idea emerge anche dalla Relazione presentata dal Ministro del Lavoro e delle Politiche Sociali con delega alle Pari Opportunità, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, al Consiglio dei Ministri del 23 marzo 2012 e approvata dallo stesso nella medesima seduta, ove si legge che «con riguardo al settore del lavoro pubblico, eventuali adeguamenti alle disposizioni del presente intervento saranno demandati a successive fasi di confronto»¹³⁸. Ancora, in precedenza, si veda la nota del Dipartimento della Funzione Pubblica del 21 marzo 2011¹³⁹, ove si legge che «solo all'esito della definizione del testo che riguarda la riforma del mercato del lavoro si potranno prendere in considerazione gli effetti che essa potrebbe avere sul settore pubblico. Nel qual caso è possibile che si valuterà se ricorra l'esigenza di norme che tengano conto delle peculiarità del lavoro pubblico».

Nell'analisi del problema deve essere considerato anche che, durante la preparazione della riforma Fornero, ha visto la luce il già citato «Nuovo protocollo d'intesa sul lavoro pubblico tra il Ministro per la pubblica amministrazione, le Regioni, le Province, i Comuni e le Organizzazioni sindacali»¹⁴⁰ del maggio 2012, che contiene un apposito capo denominato «Nuove regole riguardanti il mercato del lavoro», nel quale è previsto, - «visti gli ultimi interventi nell'ambito del mercato del lavoro privato» -, che «le parti concordano di intervenire al fine di riordinare e razionalizzare le tipologie di lavoro flessibile utilizzabili dalle amministrazioni pubbliche, anche mediante modifiche al decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, con riguardo ai profili di convergenza con il mercato del lavoro privato, [...] della responsabilità disciplinare», e che «l'intervento normativo [...], con riferimento anche alla flessibilità in uscita», dovrà «salvaguardare e

¹³⁷ V. la lettera del Ministro al Corriere della Sera, in www.funzionepubblica.gov.it, ove si legge che «mentre il datore di lavoro privato ha il diritto di fare le sue valutazioni e anche di preferire di pagare *di tasca propria* un lavoratore licenziato anche ingiustamente anzi che riassumerlo, questo non vale e non può valere per lo Stato»; e dopo aver richiamato la giurisprudenza della Cassazione e della Corte Costituzionale citata *supra*, § 4.1, si afferma che «è la logica, prima ancora che la Costituzione, a sconsigliare di trattare in modo identico situazioni oggettivamente diverse; ma, sul piano istituzionale, vorrei evitare di contribuire a restituire l'amministrazione pubblica alla politica, invertendo quel processo di separazione tra gestione e indirizzo politico-amministrativo».

¹³⁸ Reperibile in www.lavoro.gov.it.

¹³⁹ Reperibile in www.funzionepubblica.gov.it.

¹⁴⁰ Reperibile in www.funzionepubblica.gov.it.

rafforzare nel mercato del lavoro pubblico i principi previsti dall'articolo 97 della Costituzione; [...] riordinare la disciplina dei licenziamenti per motivi disciplinari fermo restando le competenze attribuite alla contrattazione collettiva nazionale; [...] rafforzare i doveri disciplinari dei dipendenti prevedendo al contempo garanzie di stabilità in caso di licenziamento illegittimo»¹⁴¹. E' appena il caso di rilevare che il testo dell'intesa fa pensare proprio ad una disciplina autonoma rispetto a quella del settore privatistico. Ne costituisce ulteriore indizio la stessa intitolazione del punto citato, «Nuove regole riguardanti il mercato del lavoro», che pare significativa in contrapposizione alla denominazione della l. n. 92 del 2012, «Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita»¹⁴².

Ora, se da tutto ciò emerge l'idea della non automatica applicazione della disciplina della l. n. 92 del 2012 anche al rapporto di lavoro pubblico privatizzato, e se è vero che «solo all'esito della definizione del testo che riguarda la riforma del mercato del lavoro si potranno prendere in considerazione gli effetti che essa potrebbe avere sul settore pubblico»¹⁴³, occorre prendere atto che il testo della l. n. 92 del 2012 si dimostra, sul punto, alquanto infelice¹⁴⁴. In attesa di un eventuale intervento chiarificatore del legislatore, è opportuno in questa sede tentare di contribuire al dibattito generato dalla riforma Fornero.

Sono due le disposizioni della legge che rilevano. L'art. 1, co. 7, dispone che «le disposizioni della presente legge, per quanto da esse non espressamente previsto, costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, in coerenza con quanto disposto dall'articolo 2, comma 2, del medesimo decreto legislativo. Restano ferme le previsioni di cui all'articolo 3 del medesimo decreto legislativo». Il successivo comma 8 della norma prevede inoltre che «al fine dell'applicazione del comma 7 il Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente

¹⁴¹ Al riguardo, si veda anche la nota del ministro per la pubblica amministrazione e semplificazione del 24 maggio 2012, in www.funzionepubblica.gov.it, nella quale si afferma che «il tema dei licenziamenti degli statali è già previsto nel testo predisposto per la legge delega».

¹⁴² In dottrina è stato rilevato come non vi sia un collegamento, se non al massimo "labile", tra l'intesa e la riforma Fornero: TAMPIERI, *La legge n. 92/2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., pag. 41. Tuttavia, leggendo il testo dell'intesa, e considerando la concomitanza tra la stessa e l'iter di preparazione della legge n. 92 del 2012, è difficile pensare che quest'ultima non abbia influenzato la prima, almeno sul punto delle modifiche all'art. 18 Stat. Lav.

¹⁴³ Come affermato nella citata nota del Dipartimento della Funzione Pubblica del 21 marzo 2011.

¹⁴⁴ Sarebbe auspicabile quindi un intervento chiarificatore del legislatore. A tal riguardo, poteva presumersi che esso sarebbe avvenuto in sede di esercizio della delega preannunciata nell'intesa del maggio 2012. Senonché, a seguito delle recenti vicende di governo, non si può essere più così sicuri che essa avrà un seguito. V., anche prima delle annunciate dimissioni del presidente del Consiglio nel dicembre 2012, BURATTI, TIRABOSCHI, *L'incerto impatto della riforma sul lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in MAGNANI, TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, Giuffrè, 2012, pag. 66, secondo cui l'intesa «sembra essere stata accantonata, a vantaggio della *spending review* prevista dal decreto legge n. 95/2012».

rappresentative dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, individua e definisce, anche mediante iniziative normative, gli ambiti, le modalità e i tempi di armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche»¹⁴⁵.

Dunque, l'applicazione delle norme della l. n. 92 del 2012 sembrerebbe condizionata dall'intervento del Ministro per la Pubblica Amministrazione, sentiti i sindacati. Questa è probabilmente la tesi più in armonia con la volontà del legislatore, come dimostra anche il fatto che, alla data di emanazione della legge, era già stata stipulata l'Intesa del maggio 2012. Questa tesi può trovare inoltre un appiglio, indiretto, in un recente interpello del Ministero del lavoro, pur relativo ad una materia, le dimissioni in bianco, diversa da quella delle tutele in caso di licenziamento. Infatti, in esso si afferma, seppure in via dubitativa, confermando la difficoltà della questione generale dell'applicabilità della l. n. 92 del 2012 alle p.a., che l'art. 1, co. 8, di questa legge, «sembrerebbe dunque richiedere, anche ai fini della concreta applicabilità della disciplina concernente la procedura di convalida delle dimissioni in bianco l'adozione di appositi provvedimenti attuativi per l'armonizzazione del lavoro privato con il lavoro nelle pubbliche amministrazioni»¹⁴⁶. E in questo senso sembra indirizzata parte della dottrina¹⁴⁷.

Senonché, si ripete, l'interpretazione della legge non può prescindere dal dato letterale. L'art. 18 Stat. Lav. è stato totalmente stravolto dalla l. n. 92 del 2012. Il vecchio testo della norma statutaria è stato espunto dall'ordinamento, sostituito da quello nuovo¹⁴⁸. In nessuna norma della l. n. 92 del 2012 si fa salvo il vecchio testo, almeno in via transitoria, per il rapporto di lavoro pubblico¹⁴⁹. E l'art. 51, co. 2, d.lgs. n. 165 del

¹⁴⁵ La dottrina è concorde nel ritenere l'intervento del legislatore con l'introduzione di questi due commi «maldestro»: v. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, cit., pagg. 2-3; F. CARINCI, *Art. 18 St. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, cit., spec. pag. 3; PASQUALETTO, *La questione del pubblico impiego privatizzato*, cit., pag. 49 e segg.

¹⁴⁶ Interpello Ministero del Lavoro e delle politiche sociali, n. 35 del 22 novembre 2012, in www.lavoro.gov.it.

¹⁴⁷ TIRABOSCHI, *Riforma Monti-Fornero: quale impatto sul lavoro pubblico?*, in *Guida Pubbl. Imp.*, 2012, n. 5, pag. 41, che pur ritenendo che «l'estensione è obbligatoria, la privatizzazione del pubblico o più correttamente la contrattualizzazione impone l'allineamento o la convergenza, certo con i tempi che sono propri di un apparato pubblico elefantaco», afferma che «il datore di lavoro pubblico è riuscito a spuntare una semplice norma contenente un percorso di armonizzazione o di deroga». Al riguardo v. anche BRIGUORI, *La responsabilità disciplinare del pubblico dipendente*, in *Guida Pubbl. Imp.*, 2012, n. 9, pagg. 66-68, che, dopo aver evidenziato che «la querelle sulla portata e sulla modificabilità dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori [...] ha finito per insinuarsi anche nel pubblico impiego», parla di «possibili previsioni di una normativa più restrittiva, ispirata a legislazioni [...] che non prevedono la reintegrazione "a tutti i costi" nel posto di lavoro come rimedio all'illegittimità della sua irrogazione, ma solo una forma di tutela risarcitoria».

¹⁴⁸ Se è vero che la tecnica della sostituzione di una normativa, che vale per il lavoro privato, mentre per il lavoro pubblico rimane ferma la disciplina precedente alla novella, non è una novità, essendo già stata sperimentata dal d.lgs. n. 276 del 2003, è pur vero che quel decreto conteneva una norma chiara, l'art. 1, co. 2, d.lgs. n. 276 del 2003, secondo cui «il presente decreto non trova applicazione per le pubbliche amministrazioni e per il loro personale»; norma chiara che manca, invece, nella l. n. 92 del 2012. Cfr. F. CARINCI, *Art. 18 St. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, cit., pag. 6 e segg. Secondo CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, cit., pag. 2, la norma dell'art. 1, co. 7, «invero esclude, implicitamente ma chiaramente, la diretta applicazione della riforma al rapporto di lavoro pubblico».

¹⁴⁹ V. BARILÀ, NADDEO, *Cosa cambia per la PA con la riforma del lavoro*, cit., pag. 3, secondo cui «l'articolo lascia chiaramente intendere che la riforma non trova diretta applicazione nei rapporti di lavoro pubblico e, qualora diventasse legge prima dell'armonizzazione richiesta, avremmo come conseguenza che le modifiche

2001 prevede che «la legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni ed integrazioni, si applica alle pubbliche amministrazioni»¹⁵⁰. Proprio alla luce di tali argomentazioni, una delle prime pronunce della giurisprudenza sul tema ha ritenuto applicabile la norma statutaria, nella nuova formulazione, anche al lavoro pubblico privatizzato¹⁵¹.

Quanto affermato dai commi 7 e 8 dell'art. 1, l. n. 92 del 2012, potrebbe dunque non essere in grado di evitare l'applicazione del nuovo art. 18 Stat. Lav. ai dipendenti pubblici. Vero è che, anche prima della modifica del 2012, non tutte le disposizioni della norma erano applicabili ad essi¹⁵² (v. ad es. i commi 2 e 3 sul computo dei lavoratori, inapplicabile in quanto l'art. 51, co. 2, dispone l'applicazione dello Statuto a prescindere dal numero dei dipendenti). Vero è anche che non tutte le nuove disposizioni dell'art. 18 riformato sarebbero applicabili, dovendo cedere il passo alla disciplina specifica dettata dal d.lgs. n. 165 del 2001 (in particolare la parte sul licenziamento per motivi economici, che è regolato da una disciplina specifica nel decreto n. 165 del 2001, all'art. 33¹⁵³). Ma ove il testo unico non detta una disciplina specifica, lo si ripete, dovrebbe essere considerata applicabile la norma come riformata, in assenza di una disposizione che chiaramente ne limiti la portata, quantomeno in via temporanea. Sarebbe stato meglio, appunto, inserire una norma transitoria, se era veramente intenzione del legislatore limitare l'applicabilità del nuovo art. 18 solo ai dipendenti privati. O intervenire sull'art. 51, co. 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, inserendo una norma specifica relativa all'applicazione della disposizione dello Statuto.

che apporta alla normativa vigente (si vedano quelle al D.lgs. n. 368/2001 o alla legge n. 300/1970) sarebbero certamente efficaci solo per l'ambito privato, rimanendo, per il settore pubblico, sospese. Si potrebbe addirittura verificare che il medesimo testo di legge mantenga, nella sua vecchia versione (anteriore alla riforma), una vigenza riferita solo al lavoro pubblico. Una prospettiva da evitare per il principio di certezza del diritto». Però, nel senso che non si sia trattato di un'abrogazione della norma statutaria, ma di una disapplicazione della norma, che resta valida, nel suo testo originario, per il pubblico impiego privatizzato, PASQUALETTO, *La questione del pubblico impiego privatizzato*, cit., pag. 49 e segg.

¹⁵⁰ In questo senso anche RIVERSO, *Indicazioni operative sul rito Fornero (con una divagazione minima finale)*, cit., secondo cui «la contraria tesi secondo cui il vecchio testo dell'art. 18 sarebbe "sopravvissuto per rinvio materiale fino alla prevista armonizzazione (art. 1 c. 7 ed 8 nuova legge)" non sembra avere un aggancio normativo testuale e coerente».

¹⁵¹ Trib. Perugia, ord. 9 novembre 2012, inedita a quanto consta, relativa al licenziamento di un dipendente privo di qualifica dirigenziale, che ritiene che «allo stato, non possa negarsi l'applicazione ai rapporti di lavoro pubblico della disciplina attualmente vigente in materia di licenziamenti [...]. Il rinvio allo statuto dei lavoratori [...] è operato, infatti, con l'utilizzo della tecnica del rinvio mobile che recepisce il contenuto di norme collocate in altre fonti adeguandosi automaticamente all'evoluzione delle medesime, dal che consegue l'applicazione del nuovo art. 18 St. lav. [...] anche al pubblico impiego privatizzato. La tesi opposta [...] non spiega come sia possibile, a fronte di una lettera così chiara che la riforma non ha corretto né intaccato, dettando disposizioni transitorie, considerare il rinvio di tipo recettizio e, per l'effetto, porre a base delle decisioni sui licenziamenti pubblici il vecchio art. 18 St. lav. abrogato dalla legge 92/12, determinandone una sopravvivenza a tempo indeterminato che» l'art. 51, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001 «e la carenza di una espressa salvezza delle disposizioni precedenti paiono inequivocabilmente escludere».

¹⁵² V. F. CARINCI, *Art. 18 St. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, cit., pag. 13.

¹⁵³ Cfr. OLIVERI, *Articolo 18 nella PA: una domanda a due ministri*, in *www.lavoce.info*, 22 marzo 2012; VERBARO, *L'eterno cantiere del lavoro pubblico*, in *Guida Pubbl. Imp.*, 2012, n. 5, pag. 4; BARILÀ, NADDEO, *Cosa cambia per la PA con la riforma del lavoro*, cit., pag. 4; F. CARINCI, *Art. 18 St. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, cit., pag. 12; PASQUALETTO, *La questione del pubblico impiego privatizzato*, cit., pag. 49 e segg.

In questo modo invece ci sono due norme che collidono, l'art. 1, co. 8, l. n. 92 del 2012, e l'art. 51, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001¹⁵⁴.

Per tentare di risolvere l'antinomia, a parità di forza normativa dei due provvedimenti, si potrebbero usare il criterio cronologico o quello di specialità. In forza del primo, ovviamente dovrebbe valere quanto disposto dalla l. n. 92 del 2012. Senonchè, non potrebbe sostenersi l'abrogazione implicita dell'art. 51, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001, in quanto si andrebbe oltre la volontà della legge, travolgendo anche tutte le altre disposizioni statutarie non modificate, a meno di ritenere che le norme dello statuto manterrebbero la loro vigenza per via del richiamo operato dall'art. 2, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001, alle «leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa»¹⁵⁵. Si potrebbe al massimo ritenere che ci si trovi di fronte ad un'abrogazione solo parziale, limitata alla sola parte della norma che dichiara applicabile lo Statuto con le «successive modificazioni e integrazioni», con un forte *vulnus*, peraltro, all'unificazione normativa tra lavoro privato e lavoro pubblico¹⁵⁶, e con un'interpretazione alquanto complessa.

Tuttavia, il criterio più idoneo, in questo caso, appare quello di specialità, essendo la normativa del d.lgs. n. 165 del 2001 speciale rispetto a quella generale della l. n. 92 del 2012, con una prevalenza, dunque, delle disposizioni del Testo Unico del Pubblico Impiego¹⁵⁷.

L'applicabilità del nuovo testo dell'art. 18 dello Statuto anche ai dipendenti pubblici si pone tuttavia in contrasto con la giurisprudenza consolidata della Cassazione e della Corte Costituzionale citata nel paragrafo precedente. Se infatti la tutela reintegratoria a fronte di licenziamenti illegittimi costituisce nel rapporto di lavoro pubblico una garanzia per l'interesse della collettività, oltre che per il singolo lavoratore, sia o meno dirigente, la disposizione potrebbe non superare un possibile giudizio di legittimità costituzionale.

Qui invero si fronteggiano due problemi. Oltre quello al quale si è appena accennato, vi è anche quello della differenziazione tra dipendenti privati e dipendenti pubblici, paventata e criticata da una parte della dottrina durante l'*iter* di formazione della l. n. 92 del 2012¹⁵⁸. A dire il vero, il dualismo vi era anche prima, con i dipendenti pubblici

¹⁵⁴ Il discorso poi potrebbe essere esteso per tutte le altre disposizioni di legge che sono state modificate dalla l. n. 92 del 2012.

¹⁵⁵ Peraltro, anche così ritenendo, rimarrebbe il problema dell'applicazione delle norme statutarie alle piccole amministrazioni con meno di quindici dipendenti.

¹⁵⁶ Ma non va dimenticato che il legislatore in qualunque momento potrebbe diversificare le due discipline, *ex art. 2, co. 2, d.lgs. n. 165 del 2001*. Sulla tendenza del legislatore a creare una «disciplina privatistica doppia», v. F. CARINCI, *Art. 18 St. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, cit., pag. 9, che sottolinea peraltro come tale tendenza sia già risalente al d.lgs. n. 29 del 1993, ma con «una differenza fondamentale: allora il legislatore costruiva positivamente una regolamentazione privatistica speciale per l'impiego pubblico [...]; ora, invece, il legislatore, la costruisce negativamente, coll'escludere dalla rivisitazione legislativa di certi contratti o istituti proprio l'impiego pubblico».

¹⁵⁷ Così anche TAMPIERI, *La legge n. 92/2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., pag. 37.

¹⁵⁸ V. BOERI, GARIBALDI, *Verso un nuovo dualismo: privati contro pubblici*, in *www.lavoce.info*, 15 maggio 2012; v. anche VERBARO, *L'eterno cantiere del lavoro pubblico*, cit., pag. 5.

sempre in una condizione migliore rispetto a quelli privati, per via dell'irrelevanza del numero dei dipendenti, e per via dell'estensione della tutela reintegratoria anche ai dirigenti pubblici¹⁵⁹.

Da qui, due considerazioni: ove si dovesse ritenere applicabile l'art. 18 Stat. Lav., nella sua nuova formulazione, ai dipendenti pubblici, da un lato si ridurrebbe il dualismo, ma vi sarebbero problemi di legittimità costituzionale.

Tuttavia, si può ritenere, sulla base di quanto esposto nel paragrafo precedente, che per i dirigenti, la tutela reintegratoria non debba derivare dall'applicazione dell'art. 18 Stat. Lav., ma è sufficiente che sia garantita una reintegrazione di diritto comune, comunque assicurata dai nuovi contratti collettivi. Rimarrebbe il problema per i dipendenti privi di qualifica dirigenziale. Se infatti, come chiarito dalla Corte Costituzionale, la tutela reale per i dipendenti privati non è imposta dalla Costituzione¹⁶⁰, nel lavoro pubblico quanto affermato dalla stessa Consulta - per i dirigenti, ma teoricamente valevole anche per gli altri dipendenti -, cioè che il pregiudizio [...] arrecato all'interesse collettivo all'imparzialità e al buon andamento della pubblica amministrazione [...] appare in certa misura aggravato, dal momento che [...] la collettività subisce anche un aggiuntivo costo finanziario: all'obbligo di corrispondere la retribuzione dei nuovi dipendenti, «si aggiunge quello di corrispondere» a quelli licenziati «un ristoro economico»¹⁶¹, sembrerebbe condurre ad una soluzione differente.

Ove invece si ritenesse non applicabile il nuovo art. 18 Stat. Lav. ai dipendenti pubblici, per i quali dunque resterebbe in vigore il vecchio testo della norma, con un'interpretazione non confortata dalla lettera della legge, quantomeno per quelli privi di qualifica dirigenziale, ma, come insegna la Corte Costituzionale, conforme a Costituzione quando siano possibili due diverse interpretazioni di una norma¹⁶², il divario tra lavoro pubblico e lavoro privato aumenterebbe di molto, ma sarebbero evitati i dubbi di legittimità costituzionale. Per i dirigenti, invece, l'esame del sistema complessivo, può condurre a ritenere non applicabile la norma statutaria, sia nella vecchia che nella nuova formulazione, in contrasto con la giurisprudenza di legittimità e di merito prima riferita, purchè sia garantita, in altro modo, una tutela di tipo reintegratorio, come attualmente previsto dalle norme dei contratti collettivi delle aree dirigenziali.

¹⁵⁹ Cfr. BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, cit., pag. 428.

¹⁶⁰ Corte Cost., 7 febbraio 2000, n. 46, in *Giur. Cost.*, 2000, pag. 360, secondo cui «l'eventuale abrogazione della c.d. tutela reale avrebbe il solo effetto di espungere uno dei modi per realizzare la garanzia del diritto al lavoro, che risulta ricondotta, nelle discipline che attualmente vigono sia per la tutela reale che per quella obbligatoria, al criterio di fondo della necessaria giustificazione del licenziamento».

¹⁶¹ Corte Cost., 24 ottobre 2008, n. 351, cit.

¹⁶² Cfr *ex multis*, Corte Cost., 29 settembre 2003, n. 301, in *Riv. Corte Conti*, 2003, n. 5, pag. 163; Corte Cost. 22 ottobre 1996, n. 356, in *Giur. Cost.*, 1996, pag. 3096: «le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali».

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Produttività, lavoro e modelli di contabilità nelle amministrazioni locali*, Rubbettino, 1996.

AA. VV., *Il “ritorno della legge” per dominare il lavoro pubblico. Dove ci portano le (contro) riforme del governo?*, in *Quaderno di quale stato* a cura della Fondazione della Fp-Cgil «Luoghi Comuni», n. 17, Effepi, 2009.

AA. VV., *Studi in onore di Tiziano Treu*, t. III, Jovene, 2011.

ALES, *La pubblica amministrazione quale imprenditore e datore di lavoro. Un'interpretazione giuslavoristica del rapporto tra indirizzo e gestione*, Giuffrè, 2002.

ALESSI C., *Il licenziamento disciplinare nella giurisprudenza e nella contrattazione collettiva*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1991, n. 9, pag. 113.

ALESSI C., *Il potere disciplinare nel pubblico impiego riformato*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1994, n. 4, pag. 491.

ALVARO, *La dirigenza statale. Inquadramento e responsabilità*, Seu, 2006.

AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA, *Diritto del lavoro*, vol. III, *Il lavoro pubblico*, III ed., Giuffrè, 2011.

APICELLA, *Voce Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Enc. Dir.*, vol VI, Aggiornamento, 2002, pag. 602.

APICELLA, *Lineamenti del pubblico impiego «privatizzato»*, Giuffrè, 2012.

BALASSO, *Controlli su incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi*, in TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico e privato e il nuovo welfare*, Giuffrè, 2008, pag. 549.

BALLETTI (diretto da), *Il rapporto di pubblico impiego nella legislazione e nella giurisprudenza. Commentario sistematico*, Jovene, 1988.

BARILÀ, NADDEO, *Cosa cambia per la PA con la riforma del lavoro*, in *Guida Pubbl. Imp.*, 2012, n. 4, pag. 3.

BARTOLOMUCCI, *Il modello di organizzazione e gestione con finalità penal-preventiva*, in *Corr. Giur.*, 2010, n. 11, pag. 5.

BATTINI, CASSESE (a cura di), *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Giuffrè, 1997.

BATTINI, *Il licenziamento del dipendente nell'impiego pubblico e nell'impiego (privato) con le pubbliche amministrazioni*, in BATTINI, CASSESE (a cura di), *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Giuffrè, 1997, pag. 37.

BATTINI, *Il personale*, in CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, t. I, Giuffrè, 2003, pag. 373.

BATTINI, *Un vero datore di lavoro per il settore pubblico: politico o amministrativo?*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2009, n. 5, pag. 475.

BATTINI, *L'autonomia della dirigenza pubblica e la «riforma Brunetta»: verso un equilibrio fra distinzione e fiducia?*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2010, n. 1, pag. 39.

BAVARO, *Il potere disciplinare*, in CARABELLI, CARINCI M.T. (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, 2010, pag. 215.

BELLAVISTA, *Contrattazione collettiva e lavoro pubblico*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 48/2007.

BELLAVISTA, *La figura del datore di lavoro pubblico*, in www.aidlass.it.

BIANCO, *Guida pratica alla riforma Brunetta*, I manuali di Guida al pubblico impiego, 2009.

BIANCO, *La riforma del lavoro pubblico*, in *Nuova Rass. Legisl. Dottr. Giur.*, 2009, n. 16, pag. 1742.

BOERI, GARIBALDI, *Verso un nuovo dualismo: privati contro pubblici*, in www.lavoce.info, 15 maggio 2012.

BOLLANI, *Licenziamento del dirigente e regimi di tutela*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2009, n. 31, pag. 39.

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", n. 105/2010.

BORGHESI, *I primi contratti collettivi definiscono il nuovo statuto dell'arbitrato irrituale*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2001, n. 1, pag. 165.

BORGOGELLI, *Le innovazioni nel sistema sanzionatorio della legge n. 146/1990*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2001, n. 25, pag. 47.

BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, in ZOPPOLI L., *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, 2009, pag. 399.

BORGOGELLI, *Sui poteri della dirigenza pubblica nella disciplina dei rapporti di lavoro: il nuovo modello regolativo*, in AA. VV., *Studi in onore di Tiziano Treu*, T. III, Jovene, 2011, pag. 1541.

BORTOLOTTI, *Voce Sanzioni disciplinari. II) Impiego pubblico*, in Enc. Giur. Treccani, vol. XXVIII, 1992, pag. 1.

BOSCATI, *Il dirigente dello Stato. Contratto di lavoro e organizzazione*, Giuffrè, 2006.

BOSCATI, *Licenziamento del dirigente pubblico tra diritto vigente e prospettive di riforma*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2006, n. 6, pag. 1211.

BOSCATI, *Disciplina speciale del rapporto di lavoro del dirigente pubblico e tutela applicabile nel caso di illegittimo recesso dell'Amministrazione*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2007, n. 3, pag. 703.

BOSCATI, *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazione del lavoro e svolgimento dell'attività amministrativa*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2009, n. 1, pag. 13.

BOSCATI, *Il lavoro negli enti locali dopo le riforme. Problemi risolti e questioni aperte. Il ruolo e i poteri dei dirigenti degli enti locali*, in ZILIO GRANDI (a cura di), *Il lavoro negli enti locali: verso la riforma Brunetta*, Giappichelli, 2009, pag. 21.

BOSCATI, *Legge delega n. 15/2009 e riforma della dirigenza pubblica. Prime riflessioni di sintesi*, in *Ris. Umane*, 2009, n. 3, pag. 15.

BOSCATI, *Responsabilità dirigenziale, trattamento economico*, in CARINCI F., MAINARDI (a cura di), *La Terza Riforma del Lavoro Pubblico*, Ipsosa, 2011, pag. 191.

BRIGUORI, *Invio dei certificati on line entro il 31 gennaio*, in *Guida Pubbl. Imp.*, 2010, n. 10, pag. 16.

BRIGUORI, *La responsabilità disciplinare del pubblico dipendente*, in *Guida Pubbl. Imp.*, 2012, n. 9, pag. 66.

BROLLO, CAMPANELLA, *Potere disciplinare*, in CARINCI F. (a cura di), *Contratto e rapporto individuale di lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1993, n. 3-4, pag. 757.

BUFFA, *Il potere disciplinare: nel lavoro privato, nel lavoro pubblico contrattualizzato, nel pubblico impiego e nel settore militare*, Matelica, 2007.

BURATTI, TIRABOSCHI, *L'incerto impatto della riforma sul lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in MAGNANI, TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, Giuffrè, 2012, pag. 65.

BUSICO, TENORE, *La dirigenza pubblica*, EPC, 2009.

BUSICO, *La responsabilità disciplinare nella riforma Brunetta*, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2010, n. 2, pag. 349.

BUSICO, *Prime questioni applicative in tema di responsabilità disciplinare a seguito della "riforma Brunetta": la pubblicità del codice disciplinare*, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2011, n. 1, pag. 158.

CAMPALTO, *Il decreto legislativo di attuazione della legge 15/2009: le risposte inevase*, in *Comuni d'Italia*, 2009, n. 5, pag. 21.

CAPALBO, *Riforma Brunetta: tutte le novità nel pubblico impiego. Commento sistematico al decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150*, Matelica Nuova giuridica, 2010.

CAPECCHI, *La responsabilità amministrativa degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato: note di inquadramento sistematico e problematiche operative*, in *Dir. Comm. Int.*, 2006, n. 1, pag. 97.

CARABELLI, CARINCI M.T. (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, 2010.

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”, n. 101/2010.

CARBONE, *Il licenziamento nell'impiego pubblico*, in RUSSO C. (a cura di), *Il licenziamento nel rapporto di lavoro pubblico e privato*, Giappichelli, 2011, pag. 235.

CARINCI F., CARINCI M.T., *La «privatizzazione» del rapporto di lavoro*, in *Dir. Prat. Lav.*, 1993, n. 15, inserto, pag. III.

CARINCI F. (a cura di), *Contratto e rapporto individuale di lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1993, n. 3-4, pag. 653.

CARINCI F., *La c.d. privatizzazione del pubblico impiego*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1993, n. 1, I, pag. 8.

CARINCI F. (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal D.LGS. 29/1993 alla Finanziaria 1995. Commentario*, Giuffrè, 1995.

CARINCI F., D'ANTONA (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal D.LGS. 29/1993 ai D.LGS. nn. 396/1997, 80/1998 e 387/1998. Commentario*, Giuffrè, 2000.

CARINCI F., *Le fonti della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2000, n. 1, pag. 55.

CARINCI F., *La dirigenza nelle amministrazioni dello Stato ex capo II, titolo II, D.Lgs. n. 29/1993 (il modello «universale»)*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2001, n. 1, pag. 27.

CARINCI F., ZOPPOLI L. (a cura di), *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Diritto del lavoro. Commentario* diretto da CARINCI F., Vol. V., Utet, 2004.

CARINCI F., *Una riforma “conclusa”. Fra norma scritta e prassi applicativa*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2004, n. 2, pag. 329.

CARINCI F., MAINARDI (a cura di), *La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni. Dal modello unico ministeriale ai modelli caratterizzanti le diverse amministrazioni*, Giuffrè, 2005.

CARINCI F. (a cura di), *Il lavoro subordinato*, in *Trattato di diritto privato* diretto da BESSONE, vol. XXIV, Giappichelli, 2007.

CARINCI F., *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla Legge 133/2008 alla Legge n. 15/2009*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2008, n. 6, pag. 949.

CARINCI F., *Simbologia e realtà di un gemellaggio: il dirigente privato e il dirigente pubblico privatizzato*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2009, n. 31, pag. 7.

CARINCI F., *Filosofia e tecnica di una riforma*, in AA. VV., *Studi in onore di Tizano Treu*, T. III, Jovene, 2011, pag. 1577.

CARINCI F., MAINARDI (a cura di), *La Terza Riforma del Lavoro Pubblico*, Ipsoa, 2011.

CARINCI F., *Il secondo tempo della riforma Brunetta: il D. Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150*, in CARINCI F., MAINARDI (a cura di), *La Terza Riforma del Lavoro Pubblico*, Ipsoa, 2011, pag. XIX.

CARINCI F., *Art. 18 St. lav. per il pubblico impiego privatizzato cercasi disperatamente*, in www.csdle.lex.unict.it, 2012.

CARINCI M.T., *Specialità del rapporto*, in CARINCI F. (a cura di), *Contratto e rapporto individuale di lavoro*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1993, n. 3-4, pag. 665.

CARINCI M.T., *L'estensione dello Statuto dei Lavoratori*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal D.LGS. 29/1993 alla Finanziaria 1995. Commentario* diretto da CARINCI F., t. II, Giuffrè, 1995, pag. 886.

CARINI, *Il licenziamento del dirigente pubblico tra vizi sostanziali e vizi formali*, in *Foro Amm. Cds*, 2007, n. 4, pag. 1167.

CARUSO B., ZAPPALÀ, *La riforma «continua» delle Pubbliche amministrazioni: licenziare i nullafacenti o riorganizzare la governance?*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2007, n. 1, pag. 1.

CARUSO B., *Le dirigenze pubbliche tra nuovi poteri e responsabilità (Il ridisegno della governance nelle p.a. italiane)*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 104/2010.

CASALE, *La certificazione e il controllo della malattia*, in F. CARINCI, MAINARDI (a cura di), *La Terza Riforma del Lavoro Pubblico*, Ipsoa, 2011, pag. 519.

CASSESE, *Il sofisma della privatizzazione del pubblico impiego*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1993, n. 3, I, pag. 287.

CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, t. I, Giuffrè, 2003.

CATELANI, *Il pubblico impiego*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da SANTANIELLO, vol. XXI, Cedam, 2003.

CAVALLO PERIN, GAGLIARDI, *Status dell'impiegato pubblico, responsabilità disciplinare e interesse degli amministrati*, in *Dir. Amm.*, 2009, n. 1, pag. 53.

CENDON (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza, Il risarcimento del danno non patrimoniale*, Utet Giuridica, 2009.

CENTOFANTI, *Profili della privatizzazione del rapporto di lavoro dei dipendenti delle p. a.*, in *Dir. Lav.*, 1993, n. 3-4, I, pag. 266.

CESTER, *Brevi osservazioni sul c.d. codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1994, n. 3, pag. 377.

CESTER, SUPPIEI, voce *Rapporto di lavoro*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Comm.*, vol. XII, 1996, pag. 1.

CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, in *Diritto del lavoro. Commentario* diretto da F. CARINCI. Vol. II., Utet, 2007.

CESTER, MATTAROLO, *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro*, Giuffrè, 2007.

CESTER, *La diligenza del lavoratore*, in CESTER, MATTAROLO, *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro*, Giuffrè, 2007, pag. 5.

CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in www.csdle.lex.unict.it, 2012.

CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la l. n. 92 del 2012*, Cedam, 2013.

CHIECO, *Poteri dell'imprenditore e decentramento produttivo*, Utet, 1996.

CHIONNA, MORELLO, SEVERINO, *Licenziamento individuale illegittimo e responsabilità del dirigente*, in *Guida Pubbl. Imp.*, 2012, n. 5, pag. 47.

CINELLI, *Dal «Collegato 2010» alle manovre dell'estate 2011: quali scenari per la giustizia del lavoro?*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2011, n. 4, pag. 559.

CLARICH, IARIA, *La riforma del pubblico impiego*, Maggioli Editore, 2000.

COLACITO, *Voce Impiego pubblico. b) Impiego statale*, in *Enc. Dir.*, vol. XX, 1970, pag. 305.

CONTIERI, *Potere disciplinare e accordi sindacali nel pubblico impiego*, ESI, 1984.

CORTI, SARTORI, *Il decreto attuativo della c.d. « legge Brunetta » sul pubblico impiego*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, n. 1, III, pag. 27.

CURRAO, PICARELLA, *Lo sguardo «severo» del legislatore: le nuove regole del potere disciplinare*, in *WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona»*, n. 109/2010.

D'ANTONA, *Le fonti privatistiche. L'autonomia contrattuale delle pubbliche amministrazioni in materia di rapporti di lavoro*, in *Foro It.*, 1995, V, n. 2, pag. 29.

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

D'APONTE, *L'autorizzazione dei dipendenti pubblici allo svolgimento di incarichi esterni dopo la riforma Brunetta*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2011, n. 6, pag. 965.

D'APONTE, sub *art. 53*, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA, *Diritto del lavoro*, vol. III, *Il lavoro pubblico*, III ed., Giuffrè, 2011, pag. 868.

D'AURIA, *La nuova riforma del lavoro pubblico e le autonomie regionali e locali*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2009, n. 5, pag. 484.

D'AURIA, *Il nuovo sistema delle fonti: legge e contratto collettivo, Stato e autonomie territoriali*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2010, n. 1, pag. 5.

DE BRACO S.C., NAPOLITANO, PENNONI, DE BRACO S., *Le responsabilità del pubblico impiegato*, Cedam, 2003.

DE BRACO S.C., *La responsabilità disciplinare*, in DE BRACO S.C., NAPOLITANO, PENNONI, DE BRACO S., *Le responsabilità del pubblico impiegato*, Cedam, 2003, pag. 244.

DE SIMONE, *Poteri del datore di lavoro e obblighi del lavoratore*, in CARINCI F. (a cura di), *Il lavoro subordinato*. T. II, *Il rapporto individuale di lavoro: costituzione e svolgimento* coordinato da PERULLI, in *Trattato di diritto privato* diretto da BESSONE, vol. XXIV, Giappichelli, 2007, pag. 249.

DELL'ARINGA, DELLA ROCCA (a cura di), *Pubblici dipendenti. Una nuova riforma?*, Rubbettino, 2007.

DELLA VENTURA, *Doveri e responsabilità dei pubblici dipendenti: pubblicità delle retribuzioni e della spesa di personale, la nuova azione collettiva, sanzioni disciplinari e responsabilità*, in *Nuova Rass. Legisl. Dottr. Giur.*, 2009, n. 16, pag. 1776.

DELL'OLIO, *La tutela dei diritti del dipendente pubblico dinanzi al giudice ordinario*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1999, pag. 131.

DELL'OLIO, SASSANI (a cura di), *Amministrazioni pubbliche, lavoro, processo. Commento ai d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80 e 29 ottobre 1998 n. 387*, Giuffrè, 2000.

DEL PUNTA, *Le sanzioni conservative*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1991, n. 9, pag. 83.

DEODATO, FRETTONI, *La riforma Brunetta: le nuove regole del lavoro pubblico. Commento organico al decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150*, Nel Diritto Editore, 2009.

DI PAOLA, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e nel pubblico impiego privatizzato*, Giuffrè, 2010.

DI PAOLA, *La nuova disciplina dell'esercizio del potere disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, n. 1, III, pag. 3.

DI STASI, *Prime note sulla responsabilità e le sanzioni disciplinari nel rapporto di lavoro pubblico a seguito del c.d. «Decreto Brunetta»*, in *Amministrativamente*, 2009, n. 11.

DINI, *Rischio-reato e responsabilità organizzativa imprenditoriale*, in *Lav. Giur.*, 2002, n. 8, pag. 743.

D'ORTA, *Il potere organizzativo delle pubbliche amministrazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal D.LGS. 29/1993 ai D.LGS. nn. 396/1997, 80/1998 e 387/1998. Commentario* diretto da F. CARINCI e D'ANTONA, t. I, Giuffrè, 2000, pag. 94.

D'ORTA, *Cinque proposte per una reale funzionalità delle Pubbliche Amministrazioni*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2007, n. 2, pag. 417.

ESPOSITO, *Il potere disciplinare*, in RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Il Mulino, 1993, pag. 549.

ESPOSITO, *La "nuova" responsabilità disciplinare dei pubblici dipendenti*, in RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Giappichelli, 1993, pag. 223.

ESPOSITO, *Sub art. 59 e 59 bis*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1999, n. 5-6, pag. 1416.

FERRANTE, *Forma e procedura del licenziamento. Il licenziamento disciplinare*, in *Trattato di diritto privato* diretto da BESSONE, vol. XXIV, *Il lavoro subordinato*, a cura di CARINCI F., t. III, *Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzia dei diritti*, coordinato da MAINARDI, Giappichelli, 2007, pag. 183.

FERRANTE, *Voce Licenziamento disciplinare*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Comm.*, Aggiornamento ***, 2007, pag. 538.

FERRANTE, *Direzione e gerarchia nell'impresa (e nel lavoro pubblico privatizzato)*, Giuffrè, 2012.

FERRANTE, *Fondamento e natura del potere disciplinare*, in MAINARDI (a cura di), *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Utet, 2012, pag. 1.

FERRARO, *Prove generali di riforma del lavoro pubblico*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2009, n. 2, pag. 239.

FRACCHIA, *Il pubblico dipendente nella "formazione sociale" "organizzazione pubblica"*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2003, n. 5, pag. 769.

GALANTINO (a cura di), *Il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Profili di diritto del lavoro*, Cedam, 1994.

GALANTINO, *Diritto del lavoro pubblico*, Giappichelli, 2011.

GARILLI, *La privatizzazione del lavoro nelle pubbliche amministrazioni e l'art. 97 Cost.: di alcuni problemi e dei possibili rimedi*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2007, n. 2, pag. 301.

GAROFALO R., *Sulla sanzionabilità dello scarso rendimento*, in *Lav. Giur.*, 2007, n. 5, pag. 455.

GAROFOLI, LIBERATI (a cura di), *La responsabilità della pubblica amministrazione e dei suoi dipendenti*, t. II, *Responsabilità civile, responsabilità disciplinare, responsabilità penale*, Giuffrè, 2005.

GASPARRINI PIANESI, *La responsabilità disciplinare nella pubblica amministrazione in trasformazione*, Giuffrè, 2001.

GENTILE (a cura di), *Lavoro pubblico: ritorno al passato? La legge Brunetta su produttività e contrattazione*, Ediesse, 2009.

GIANNINI, Voce *Impiego pubblico. a) Profili storici e teorici*, in *Enc. Dir.*, vol. XX, 1970, pag. 293.

GIUBBONI, BORELLI, *Discriminazioni, molestie, mobbing*, in PERSIANI, CARINCI F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. IV, *Contratto di lavoro e organizzazione*, t. II, *Diritti e obblighi*, a cura di MARAZZA, Cedam, 2012, pag. 1820.

GRAGNOLI, *I limiti dell'annunciata riforma del rapporto di lavoro pubblico*, in *Ris. Umane*, 2009, n. 4/5, pag. 133.

GRAGNOLI, *L'esercizio del potere disciplinare nei confronti del dirigente privato*, in MAINARDI (a cura di), *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Utet, 2012, pag. 381.

GRANDELLI, ZAMBERLAN, *Il nuovo procedimento disciplinare nella riforma Brunetta*, in *Ris. Umane*, 2010, n. 1, pag. 165.

GRAZIOLI, *La responsabilità dirigenziale-disciplinare nel pubblico impiego*, in *Informator*, 2008, n. 3, pag. 17.

GREGORATTI, NUNIN, *Il codice di comportamento dei dipendenti pubblici tra deontologia e esigenze disciplinari*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal D.LGS. 29/1993 ai D.LGS. nn. 396/1997, 80/1998 e 387/1998. Commentario* diretto da CARINCI F., D'ANTONA, t. II, Giuffrè, 2000, pag. 1627.

IACOPONI, *Le nuove disposizioni in materia di sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici*, in *Nuova Rass. Legisl. Dottr. Giur.*, 2010, n. 1, pag. 33.

JANNITTI PIROMALLO, Voce *Disciplina nella pubblica amministrazione*, in *Nov. Dig. It.*, vol. V, 1960, pag. 1067.

KRANZ, *Il nuovo sistema disciplinare nella pubblica amministrazione locale*, in *Azienditalia il Personale*, 2009, n. 11, pag. 485.

KRANZ, *Il Codice disciplinare per i dirigenti nel nuovo CCNL*, in *Azienditalia il Personale*, 2010, n. 1, pag. 21.

KRANZ, *Le distorsioni dell'interdipendenza tra nuovo sistema disciplinare e sistema di valutazione della performance dopo il decreto Brunetta*, in *Azienditalia. Il personale*, 2010, n. 8-9, pag. 420.

KRANZ, *Procedimento disciplinare*, in MASTROGIUSEPPE, RUFFINI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico tra continuità e innovazione: valutazione, trasparenza, premialità e ordinamento nella riforma Brunetta*, Ipsoa, 2010, pag. 449.

LANOTTE, *Il licenziamento del dirigente pubblico*, Giappichelli, 2003.

LANOTTE, *Interpretazioni (e innovazioni) giurisprudenziali sul licenziamento del dirigente pubblico*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2007, n. 1, pag. 151.

LAZZARI, *Il codice disciplinare*, in MAINARDI (a cura di), *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Utet, 2012, pag. 29

LEVI, *Il potere disciplinare nel rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in PERONE, SASSANI (a cura di), *Processo del lavoro e rapporto alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni. Il decreto legislativo n. 80 del 1998*, Cedam, 1999, pag. 159.

LIGNANI, *La responsabilità disciplinare dei dipendenti dell'amministrazione statale*, in SORACE (a cura di), *Le responsabilità pubbliche. Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, Cedam, 1998, pag. 381.

LISO, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal D.LGS. 29/1993 alla Finanziaria 1995. Commentario* diretto da CARINCI F., t. I, Giuffrè, 1996, pag. 98.

LISO, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario* diretto da CARINCI F. e D'ANTONA, t. I, Giuffrè, 2000, pag. 180.

LOSTORTO, *Il nuovo procedimento disciplinare*, in TIRABOSCHI, VERBARO, *La nuova riforma del lavoro pubblico*, Giuffrè, 2010, pag. 477.

LUCATI, *Riforma Brunetta: sanzioni e procedimenti disciplinari per i dipendenti pubblici*, in *Resp. Civ.*, 2009, n. 12, pag. 1021.

LUCHENA, *Codice etico e modelli organizzativo-sanzionatori nel d.lgs. n. 231/01: legittimità ed efficacia*, in *Giur. Comm.*, 2011, n. 2, pag. 245.

LUCIANI, *Il licenziamento del dipendente pubblico tra ambiguità normative e inerzie applicative*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2012, n. 10, pag. 757.

LUCIBELLO, *La responsabilità disciplinare nel pubblico impiego: nodi e questioni*, in SORACE (a cura di), *Le responsabilità pubbliche. Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, Cedam, 1998, pag. 343.

MAGNANI, TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, Giuffrè, 2012.

MAINARDI, MISCIONE M., *Potere e responsabilità disciplinare*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal D.LGS. 29/1993 alla Finanziaria 1995. Commentario* diretto da CARINCI F., t. II, Giuffrè, 1995, pag. 1001.

MAINARDI, *Il licenziamento dei dipendenti pubblici*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1996, n. 3-4, pag. 559.

MAINARDI, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, Giuffrè, 2002.

MAINARDI, *La responsabilità e il potere disciplinare*, in *Diritto del lavoro. Commentario* diretto da CARINCI F., Vol. V. *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, a cura di CARINCI F., ZOPPOLI L., Utet, 2004, pag. 835.

MAINARDI, *L'estinzione del rapporto*, in CARINCI F., MAINARDI (a cura di), *La dirigenza nelle pubbliche amministrazioni. Dal modello unico ministeriale ai modelli caratterizzanti le diverse amministrazioni*, Giuffrè, 2005, pag. 268.

MAINARDI (coordinato da), *Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzia dei diritti*, in *Trattato di diritto privato* diretto da BESSONE, vol. XXIV, *Il lavoro subordinato*, a cura di CARINCI F., t. III, Giappichelli, 2007.

MAINARDI, *Il sistema disciplinare nelle autonomie locali: un cantiere aperto*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 53/2007.

MAINARDI, *Fonti, poteri e responsabilità nella valutazione del merito dei dipendenti pubblici*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2009, n. 5, pag. 729.

MAINARDI, *Il “dovere” del dirigente di sanzionare il demerito: il procedimento disciplinare*, in *Giur. It.*, 2010, n. 12, pag. 2717.

MAINARDI, *Profili della responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2010, n. 4, pag. 615.

MAINARDI, *Sanzioni disciplinari e (nuove) responsabilità dei dipendenti pubblici: dalla legge al contratto collettivo, e ritorno*, in CARINCI F., MAINARDI (a cura di), *La Terza Riforma del Lavoro Pubblico*, Ipsoa, 2011, pag. 461.

MAINARDI (a cura di), *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Utet, 2012.

MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Giuffrè, 1957.

MANTERO, Voce *Impiego pubblico*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XVI, 1989, pag. 1.

MANZOLI, *Il licenziamento del dirigente nell'impiego pubblico*, in RUSSO C. (a cura di), *Il licenziamento nel rapporto di lavoro pubblico e privato*, Giappichelli, 2011, pag. 505.

MARAZZA (a cura di), *Diritti e obblighi*, in PERSIANI, CARINCI F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. IV, *Contratto di lavoro e organizzazione*, t. II, Cedam, 2012.

MARCIANÒ, *Tutela reintegratoria e risarcitoria del dirigente pubblico, storia di una alternanza interpretativa ed applicativa controversa*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2011, n. 1, pag. 49.

MARINELLI M., Voce *Licenziamento del dirigente*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Comm.*, Aggiornamento *****, 2008, pag. 561.

MARINELLI M., *Il potere ispettivo*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2011, n. 5, pag. 1394.

MARINELLI M., *Le norme transitorie*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2011, n. 5, pag. 1400.

MARTONE M. (a cura di), *Contratto e rapporto di lavoro*, in PERSIANI, CARINCI F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. IV, *Contratto di lavoro e organizzazione*, t. I, Cedam, 2012.

MASSI, *Contrattazione collettiva e potere disciplinare dell'amministrazione*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2009, n. 48, supplemento, pag. 27.

MASTROGIUSEPPE, RUFFINI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico tra continuità e innovazione: valutazione, trasparenza, premialità e ordinamento nella riforma Brunetta*, Ipsoa, 2010.

MATARAZZO, *I mutamenti apportati al regime della responsabilità disciplinare dalla legge 15/2009*, in *Stato Civ. It.*, 2009, n. 4, pag. 302.

MATTARELLA, *I codici di comportamento*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1996, n. 3-4, pag. 246.

MATTARELLA, *La nuova disciplina di incentivi e sanzioni nel pubblico impiego*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2009, n. 4, pag. 939.

MATTARELLA, *La responsabilità disciplinare*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2010, n. 1, pag. 34.

MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro*, Giuffrè, 2000.

MATTAROLO, *Il potere disciplinare*, in *Diritto del lavoro. Commentario* diretto da F. CARINCI. Vol. II. *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di CESTER, Utet, 2007, pag. 793.

MATTAROLO, *Il dovere di obbedienza*, in CESTER, MATTAROLO, *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro*, Giuffrè, 2007, pag. 269.

MATTEINI, *Le responsabilità dirigenziali nella lotta all'assenteismo*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2011, n. 2, pag. 304.

MELE, *Linee evolutive in tema di responsabilità dei dipendenti e degli amministratori pubblici*, in *Trib. Amm. Reg.*, 1994, n. 9, pag. 239.

MELI, *Il contratto collettivo relativo al personale dirigente dell'area II (regioni ed autonomie locali) - quadriennio normativo 2006-2009 e biennio economico 2006-2007*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2011, n. 2, pag. 373.

MISCIONE M., *Sanzioni disciplinari e responsabilità*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal D.LGS. 29/1993 ai D.LGS. nn. 396/1997, 80/1998 e 387/1998. Commentario* diretto da CARINCI F., D'ANTONA, t. II, Giuffrè, 2000, pag. 1649.

MONDA, *La giurisprudenza in tema di dirigenza pubblica*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2009, n. 31, pag. 329.

MONTINI, Voce *Impiego pubblico*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, vol. 7, 2007, pag. 306.

MONTUSCHI, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1973.

MONTUSCHI, *Potere disciplinare e rapporto di lavoro privato*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1991, n. 9, pag. 9.

MONTUSCHI, Voce *Sanzioni disciplinari*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. Comm.*, vol. XIII, 1996, pag. 153.

MOR, *Le sanzioni disciplinari ed il principio nullum crimen sine lege*, Giuffrè, 1970.

MOR, *Il potere disciplinare nel pubblico impiego: tendenze recenti*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1991, n. 9, pag. 27.

NAPOLI, *Note introduttive. La riforma del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni tra mortificazione della contrattazione collettiva e valutazione della performance*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2011, n. 5, pag. 1073.

NICOSIA, *Il polimorfismo delle dirigenze pubbliche e la "buona" amministrazione*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 81/2008.

NICOSIA, *Dirigenze responsabili e responsabilità dirigenziali pubbliche*, Giappichelli, 2011.

NITTI, *La riforma del pubblico impiego: nuovo procedimento disciplinare e nuovo sistema sanzionatorio*, in *Nuova Rass. Legisl. Dottr. Giur.*, 2010, n. 2, pag. 162.

NOVIELLO, TENORE, *La responsabilità e il procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, Giuffrè, 2002.

NUNIN, *Integrità e corruzione amministrativa. L'etica pubblica e il codice di comportamento dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2010, n. 4, I, pag. 523.

OLIVERI, *Il nuovo ordinamento del lavoro pubblico. Commento alla legge 15/2009*, Maggioli Editore, 2009.

OLIVERI, *Articolo 18 nella PA: una domanda a due ministri*, in *www.lavoce.info*, 22 marzo 2012.

OLIVERI, *Una controriforma per il pubblico impiego*, in *www.lavoce.info*, 2012.

ORSI BATTAGLINI, CORPACI, *Sub art. 4*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1999, n. 5-6, pag. 1096.

ORSINI, MATTEINI, *Il nuovo arbitrato e i riflessi sul settore pubblico*, in CARINCI F., MAINARDI (a cura di), *La Terza Riforma del Lavoro Pubblico*, Ipsoa, 2011, pag. 635.

PALLIGIANO, *Il procedimento disciplinare si svincola dal penale*, in *Guida Dir.*, 2009, n. 13, pag. 53.

PALLINI, *Sulle tristi sorti del principio di distinzione tra politica e amministrazione nella disciplina della dirigenza pubblica*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2009, n. 31, pag. 111.

PANTANO, *Il rendimento e la valutazione del lavoratore subordinato nell'impresa*, Cedam, 2012.

PAOLUCCI, *Il regime delle incompatibilità*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal D.LGS. 29/1993 ai D.LGS. nn. 396/1997, 80/1998 e 387/1998. Commentario* diretto da CARINCI F., D'ANTONA, t. II, Giuffrè, 2000, pag. 1561.

PAPA, *Dirigenze pubbliche e responsabilità "al plurale" tra oscillazioni normative e giurisprudenziali*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2011, n. 6, pag. 935.

PAPALEONI, *Il procedimento disciplinare nei confronti del lavoratore*, Jovene, 1996.

PASCUCCI, *Le sanzioni*, in PASCUCCI (a cura di), *La nuova disciplina dello sciopero nei servizi essenziali. Legge 146/1990 (modificata dalla legge n. 83/2000)*, Ipsoa, 2000, pag. 92.

PASQUALETTO, *La questione del pubblico impiego privatizzato*, in CESTER (a cura di), *I licenziamenti dopo la l. n. 92 del 2012*, Cedam, 2013, pag. 49.

PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, 2012.

PELLIZZER, *Il potere disciplinare nello Stato*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1991, n. 9, pag. 141.

PERONE, SASSANI (a cura di), *Processo del lavoro e rapporto alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni. Il decreto legislativo n. 80 del 1998*, Cedam, 1999.

PERRINO, *Il rapporto di lavoro pubblico*, Cedam, 2004.

PERRINO, *Nota* a Cass. civ., sez. lav., 19 gennaio 2006, n. 967, in *Foro It.*, 2006, I, col. 2350.

PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, 1966.

PERSIANI, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina del pubblico impiego*, in *Dir. Lav.*, 1993, n. 3-4, I, pag. 247.

PERSIANI, *Introduzione*, in *Giur. It.*, 2010, n. 12, pag. 2697.

PERSIANI, *Preliminari al potere disciplinare*, in PERSIANI, CARINCI F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. IV, *Contratto di lavoro e organizzazione*, t. I, *Contratto e rapporto di lavoro*, a cura di MARTONE M., Cedam, 2012, pag. 769.

PERULLI (coordinato da), *Il rapporto individuale di lavoro: costituzione e svolgimento*, in *Trattato di diritto privato* diretto da BESSONE, vol. XXIV, *Il lavoro subordinato*, a cura di Carinci F., t. II, Giappichelli, 2007.

PICCININI, *Il potere disciplinare*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1995, n. 16, pag. 261.

PICCININI, *Voce Sanzioni disciplinari. III) Impiego pubblico privatizzato*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXVIII, 1997, pag. 1.

PICCININI, *Voce Sanzioni disciplinari. III) Impiego pubblico privatizzato*, Postilla di aggiornamento, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. XXVIII, 1998, pag. 1.

PILATI, *Il potere disciplinare nella legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1998, pag. 815.

PISANI, *Le norme del Collegato dirette al giudice del lavoro*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2011, n. 7, pag. 550.

PIZZOFERRATO, *Sulla riforma della pubblica amministrazione*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2008, n. 6, pag. 1041.

RAINALDI, *Voce Impiego pubblico*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Vol. VIII, 1993, pag. 144.

RATTI, *Discrezionalità dell'azione disciplinare e limiti esterni*, in MAINARDI (a cura di), *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Utet, 2012, pag. 207.

RAVELLI, *Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2011, n. 5, pag. 1348.

RICCARDI, *Il codice di condotta nel sistema del lavoro pubblico contrattualizzato*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2002, n. 1, pag. 89.

RICCOBONO, *Consensi e dissensi sulla (negata) estensione della tutela reale al licenziamento illegittimo del dirigente pubblico*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2007, n. 6, pag. 1190.

RIVERSO, *Indicazioni operative sul rito Fornero (con una divagazione minima finale)*, in *www.altalex.it*, 2012.

ROMAGNOLI, *Dall'etica al diritto (a proposito dei nuovi illeciti in materia di sciopero)*, in *Lav. Dir.*, 1993, pag. 47.

ROMEI, *Di che cosa parliamo quando parliamo di sciopero*, in *Lav. Dir.*, 1999, n. 2, pag. 221.

ROMEI, *Spunti sulla responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici*, in AA. VV., *Studi in onore di Tiziano Treu*, t. III, Jovene, 2011, pag. 1627.

ROMEO, *Spunti critici sulla nuova disciplina del rapporto di pubblico impiego*, in *Dir. Lav.*, 1993, n. 6, I, pag. 558.

ROMEO, *La controriforma del pubblico impiego*, in *Lav. Giur.*, 2009, n. 8, pag. 761.

RUSCIANO, *L'impiego pubblico in Italia*, Il Mulino, 1978.

RUSCIANO, ZOPPOLI L. (a cura di), *Il lavoro pubblico*, Il Mulino, 1993.

RUSCIANO, *Organizzazione pubblica e contrattualizzazione dei rapporti di lavoro*, in *Dir. Pubbl.*, 2008, n. 1, pag. 59.

RUSCIANO, *A due anni dalla cd. riforma Brunetta*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2011, n. 2, pag. 187.

RUSSO C., *Le prossime regole del lavoro pubblico*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2009, n. 2, pag. 349.

RUSSO C. (a cura di), *Il licenziamento nel rapporto di lavoro pubblico e privato*, Giappichelli, 2011.

RUSSO V., *Diritti e doveri dei pubblici dipendenti*, in *Il rapporto di pubblico impiego nella legislazione e nella giurisprudenza. Commentario sistematico* diretto da Bruno Balletti, Jovene, 1988.

SALOMONE, *Tre questioni sul procedimento disciplinare nella P.A.*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2001, n. 6, pag. 1069.

SALOMONE, *Scarso rendimento e lavoro pubblico: perché no?*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2008, n. 1, pag. 37.

SALOMONE, *La responsabilità dirigenziale oltre i confini della prestazione individuale*, in *Giur. It.*, 2010, n. 12, pag. 2720.

SANTONI, *Illegittimità dello sciopero nei servizi pubblici essenziali ed evoluzione dei regimi di responsabilità*, in *Dir. Lav.*, 1997, n. 6, pag. 421.

SANTORO PASSARELLI G., *Il "ruolo" della Commissione di garanzia e la natura del potere sanzionatorio ex art. 4, l. n. 146 del 1990, sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, pag. 137.

SCIULLO, *La responsabilità disciplinare dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni nel d.lgs. 29/93*, in VANDELLI (a cura di), *Organizzazione, pubblico impiego e giurisdizione dopo le riforme*, Maggioli Editore, 2000, pag. 147.

SILVESTRO, *La riforma Brunetta del pubblico impiego. Commento organico al d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150*, Dike giuridica, 2009.

SITZIA, *Potere disciplinare e diritti dei lavoratori*, in CENDON (a cura di), *Il diritto privato nella giurisprudenza, Il risarcimento del danno non patrimoniale. Vol. II. Parte speciale*, t. III, Utet Giuridica, 2009, pag. 2329.

SORACE (a cura di), *Le responsabilità pubbliche. Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, Cedam, 1998.

SORDI, *Il licenziamento del dipendente pubblico: il quadro legale*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2001, n. 2, pag. 273.

SPINELLI, *I limiti sostanziali all'esercizio del potere disciplinare nel lavoro pubblico. Il licenziamento disciplinare*, in CARINCI F., MAINARDI (a cura di), *La Terza Riforma del Lavoro Pubblico*, Ipsoa, 2011, pag. 477.

SQUEGLIA, *Non rimborsabilità delle spese legali sostenute in relazione al procedimento disciplinare: riflessioni de jure condendo*, in *Lav. Giur.*, 2011, n. 12, pag. 1252.

STANCAMPIANO, STANCHI, *La responsabilità dell'amministratore delegato per omessa adozione dei modelli organizzativi ex D.Lgs. n. 231/2001*, in *Lav. Giur.*, 2009, n. 3, pag. 241.

STASSANO, *Prime applicazioni del nuovo sistema disciplinare di cui al d.l.vo n. 150 del 2009: riflessioni e note critiche*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2011, n. 3-4, pag. 696.

SUPPIEJ, *Realismo e utopia nella legge sullo sciopero nei servizi pubblici*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1993, n. 2, I, pag. 188.

TALAMO, *Pubblico e privato nella legge delega per la riforma del lavoro pubblico*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2009, n. 5, pag. 468.

TAMPIERI, *Contrattazione collettiva e potere disciplinare nel lavoro pubblico*, Giuffrè, 1996.

TAMPIERI, *Obbligo di sicurezza: responsabilità penale del datore*, in *Dir. Prat. Lav.*, 2007, n. 2, pag. 3.

TAMPIERI, *La legge n. 92/2012 e il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in PELLACANI (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, 2012, pag. 27.

TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo: lavoro privato e pubblico*, Cedam, 2012.

TENORE, *I termini che cadenzano il procedimento disciplinare nell'impiego pubblico "privatizzato"*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2002, n. 1, pag. 59.

TENORE, *Considerazioni sulla sussistenza del potere disciplinare in capo alla pubblica amministrazione dopo la cessazione del rapporto di impiego*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2002, n. 1, pag. 171.

TENORE, *Le incompatibilità nel pubblico impiego, gli incarichi, le consulenze e l'anagrafe delle prestazioni*, EPC, 2008.

TENORE, *Le responsabilità dei dirigenti*, in BUSICO, TENORE, *La dirigenza pubblica*, EPC, 2009, pag. 113.

TENORE, *Il procedimento disciplinare nel pubblico impiego dopo la riforma Brunetta*, Giuffrè, 2010.

TIRABOSCHI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico e privato e il nuovo welfare*, Giuffrè, 2008.

TIRABOSCHI, VERBARO (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico*, Giuffrè, 2010.

TIRABOSCHI, *Riforma Monti-Fornero: quale impatto sul lavoro pubblico?*, in *Guida Pubbl. Imp.*, 2012, n. 5, pag. 40.

TIZZANO A., *Il potere disciplinare nella P.A.: un potere "trascurato". A proposito della direttiva del ministro per le riforme nella P.A. del 6 dicembre 2007*, n. 8, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2008, n. 1, pag. 207.

TOPO, *Legge e autonomia collettiva nel lavoro pubblico*, Cedam, 2008.

TOSI, *Dirigenze pubbliche e private*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2001, n. 1, pag. 59.

TREMOLADA, *Il licenziamento disciplinare*, Cedam, 1993.

TREMOLADA, *Il dirigente pubblico tra responsabilità di risultato e disciplinare*, in AA.VV., *Produttività, lavoro e modelli di contabilità nelle amministrazioni locali*, Rubbettino, 1996, pag. 65.

TULLINI, *Potere disciplinare e art. 7: bilancio di un'esperienza*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1989, n. 6, pag. 189.

TULLINI, *Responsabilità del dirigente pubblico e nuova comunicazione giuridica*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2003, n. 2, pag. 491.

URSI, *Alcune considerazioni sul nuovo regime delle sanzioni disciplinari dopo il decreto Brunetta*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2009, n. 5, pag. 759.

VALLEBONA, *La riforma del lavoro pubblico: il difficile risveglio da un incubo*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2010, n. 3, pag. 132.

VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 2012.

VANDELLI (a cura di), *Organizzazione, pubblico impiego e giurisdizione dopo le riforme*, Maggioli Editore, 2000.

VARDARO, *Il potere disciplinare giuridificato*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1986, n. 29, pag. 1.

VERBARO, *L'eterno cantiere del lavoro pubblico*, in *Guida Pubbl. Imp.*, 2012, n. 5, pag. 3.

VIDETTA, *Voce Impiego pubblico*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Aggiornamento *, 2000, pag. 323.

VIOLA, *Introduzione minima al diritto disciplinare del pubblico impiego privatizzato*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1996, n. 3-4, pag. 542.

VIOLA, *Del diritto disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, in *Ragiusan*, 1997, n. 153, pag. 367.

VIOLA, *La riforma Brunetta del sistema disciplinare e gli imprevedibili riflessi sulla responsabilità civile della PA*, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2010, n. 3, pag. 709.

VIRGA, *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, Giuffrè, 2002.

VOZA, *Fondamento e fonti del potere disciplinare nel lavoro pubblico*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2011, n. 5, pag. 667.

ZAPPIA, *La responsabilità disciplinare*, in GAROFOLI, LIBERATI (a cura di), *La responsabilità della pubblica amministrazione e dei suoi dipendenti*, t. II, Giuffrè, 2005, pag. 843.

ZILIO GRANDI (a cura di), *Il lavoro negli enti locali: verso la riforma Brunetta*, Giappichelli, 2009.

ZILIO GRANDI, *Introduzione*, in ZILIO GRANDI (a cura di), *Il lavoro negli enti locali: verso la riforma Brunetta*, Giappichelli, 2009, pag. XI.

ZOLI, *L'esercizio del potere disciplinare*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1991, n. 9, pag. 61.

ZOLI, *Amministrazione del rapporto e tutela delle posizioni soggettive dei dipendenti pubblici*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1993, n. 3-4, pag. 633.

ZOLI, *Il trattamento economico, in Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Dal D.LGS. 29/1993 alla Finanziaria 1995. Commentario* diretto da CARINCI F., t. I, Giuffrè, 1995, pag. 819.

ZOPPOLI A., *I fondamenti del licenziamento del dirigente pubblico: nell'attesa di Godot ...*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2009, n. 31, pag. 259.

ZOPPOLI A., *Riforma della conciliazione e dell'arbitrato e riflessi sul lavoro pubblico*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2010, n. 2, pag. 411.

ZOPPOLI L., *Potere disciplinare e unificazione normativa del lavoro*, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1991, n. 9, pag. 37.

ZOPPOLI L., *Il lavoro pubblico negli anni '90*, Giappichelli, 1998.

ZOPPOLI L., *Il potere disciplinare nel passaggio dal "pubblico" al "privato"*, in SORACE (a cura di), *Le responsabilità pubbliche. Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, Cedam, 1998, pag. 419.

ZOPPOLI L., *La reintegrazione del dirigente pubblico tra «capriccio degli organi politici» e «giurisprudenza creativa»*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2003, pag. 505.

ZOPPOLI L., *Riforma della contrattazione collettiva o rilegificazione del lavoro pubblico?*, in *Ris. Umane*, 2009, n. 4/5, pag. 79.

ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Editoriale Scientifica, 2009.

ZUCARO, *L' "ircocervo" delle responsabilità dirigenziali tra il decreto 150/2009 ed i contratti collettivi nazionali*, in *Lav. Pubbl. Amm.*, 2009, n. 6, pag. 943.

SITOGRAFIA

Sito ufficiale dell'Associazione italiana di diritto del lavoro e della sicurezza sociale:
www.aidlass.it.

Sito di Altalex. Quotidiano di informazione giuridica: *www.altalex.it.*

Sito ufficiale dell'Agenzia per la Rappresentanza Negoziabile delle Pubbliche Amministrazioni: *www.aranagenzia.it.*

Sito della Confindustria: *www.confindustria.it.*

Sito ufficiale della Corte dei Conti: *www.corteconti.it.*

Sito del Centre for the Study of European Labour Law "Massimo D'Antona":
www.csdle.lex.unict.it.

Sito della Banca dati "De Jure" Giuffrè: *www.dejure.giuffrè.it*

Sito della Direzione provinciale del lavoro di Modena: *www.dplmodena.it.*

Sito della CGIL-Funzione Pubblica: *www.fpcgil.it.*

Sito delle Ferrovie dello Stato italiane: *www.fsitaliane.it.*

Sito ufficiale del Dipartimento della Funzione Pubblica: *www.funzionepubblica.gov.it.*

Sito de "La voce.info": *www.lavoce.info.*

Sito ufficiale del Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche sociali:
www.lavoro.gov.it.

Sito di Promo P.A. Fondazione per la ricerca, alta formazione e progetti per la Pubblica Amministrazione: *www.promopa.it.*