

Mariagrazia Militello

Etica comportamentale, procedimento disciplinare e sanzioni. L'*homo novus* nel pubblico impiego?

Sommario: **1.** Cenni sull'evoluzione dell'etica comportamentale del pubblico dipendente e del potere disciplinare. **1.1.** La nuova etica e i doveri di comportamento come estensione dell'oggetto della prestazione lavorativa. Il codice di comportamento. **1.2.** La responsabilità disciplinare in caso di inefficienza del dipendente pubblico. **2.** Il ruolo della legge nella definizione delle fattispecie di illecito disciplinare e la marginalizzazione della contrattazione collettiva. **3.** L'esercizio del potere disciplinare tra discrezionalità e obbligatorietà. **4.** Il procedimento disciplinare. Tra nuove semplificazioni e vecchie questioni interpretative. **4.1.** Gli effetti del procedimento disciplinare in caso di trasferimento e cessazione del rapporto di lavoro. **4.2.** Rapporto tra procedimento disciplinare e procedimento penale. **5.** La Riforma Madia tra comportamenti imposti e inefficienze irrisolte.

1. Cenni sull'evoluzione dell'etica comportamentale del pubblico dipendente e del potere disciplinare

Il tema della responsabilità disciplinare del dipendente pubblico (e, conseguentemente del potere e del procedimento disciplinare) costituisce un elemento cruciale nel quadro della regolazione dell'agire della Pubblica Amministrazione poiché non incide soltanto sull'organizzazione interna alla Pubblica Amministrazione ma è intimamente connesso – soprattutto in tempi recenti – alla rappresentazione che di essa si ha, e che di essa si intende fornire, all'esterno. Tanto che, sovente – come peraltro accaduto in ultimo in occasione del c.d. decreto sui “furbetti del cartellino”¹ – le modifiche legislative sono servite a ripulire l'immagine della PA sull'onda dell'emotività

¹ Cfr. d.lgs. 20 giugno 2016 n. 116 in materia di licenziamento disciplinare, su cui cfr. ZAPPALÀ in questa rivista.

indotta da fenomeni di malcostume e illegalità balzati agli onori della cronaca, restituendo agli interpreti degli interventi che, non a torto, sono stati definiti emergenziali².

Sul punto, lo stesso Consiglio di Stato ha avuto occasione di mettere in evidenza come “il fenomeno dell’assenteismo fraudolento, la cui incidenza sulla produttività reale è difficile da misurare, si rifletta negativamente sulla produttività percepita del sistema pubblico da parte dei cittadini e quindi sulla fiducia che la società civile ripone nell’efficienza dello stesso”³. Ragione per la quale il tentativo di un recupero etico-comportamentale all’interno della pubblica amministrazione come elemento funzionalmente connesso ai profili di organizzazione amministrativa è assunto a tematica centrale nell’azione degli ultimi Governi; e, di conseguenza, il potere disciplinare si è tramutato in uno strumento di miglioramento dell’efficienza organizzativa e del rendimento dei lavoratori⁴.

Sembra, anzi, – come è stato sostenuto – che la legge reputi l’efficienza della p.a. anche come un derivato dell’attività individuale di ciascun dipendente da sottoporre a controllo e sanzione, puntando più sul controllo e la sanzione che sulla direzione e organizzazione dell’attività produttiva⁵.

Questa inestricabile connessione tra efficienza e responsabilità ha indotto il legislatore a configurare la scarsa efficienza come fattispecie legale sanzionatoria, prevedendo una sanzione per il dipendente nel caso in cui, a causa della violazione degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa, la p.a. sia condannata al risarcimento del danno⁶, ovvero quando il comporta-

² Come significativamente ha scritto S. Cassese “Pochi malati hanno avuto dattorno tanti medici quanto la Pubblica Amministrazione italiana”. E che la Pubblica Amministrazione sia considerata un malato da curare – d’urgenza peraltro – è vero da tempo. Parla di interventi di regolazione emergenziale QUARANTA, *Illeciti rilevanti e tipologia di sanzioni*, in ESPOSITO, LUCIANI, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, 2018, p. 234.

³ Cfr. parere del Consiglio di Stato sulla bozza di decreto 116/2016 (Cons. St., comm. spec., 5 aprile 2016 n. 864).

⁴ Parla di un nesso tra la perdita di competitività del sistema produttivo italiano e la debolezza del personale pubblico, B.G. MATTARELLA, *Il diritto dell’onestà. Etica pubblica e pubblici funzionari*, in *il Mulino*, 2007, 1, p. 35.

⁵ In questi termini, cfr. BAVARO, *Il potere disciplinare*, in CARABELLI, CARINCI M.T. (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, 2010, p. 215 ss. Sul legame tra sanzioni disciplinari e produttività, cfr. TULLINI, *L’inadempimento e la responsabilità disciplinare del dipendente pubblico: tra obblighi giuridici e vincoli deontologici*, in *W.P. CSDLE “Massimo D’Antona.IT”*, n. 229, 2014; AVIO, 2017.

⁶ La riforma Madia ha peraltro previsto un inasprimento della sanzione che diventa, come

mento posto in essere in violazione degli obblighi contrattuali determini il cattivo funzionamento della stessa (cfr. più approfonditamente *infra* § 1.2).

E se l'art. 55, fino alla Riforma Brunetta, rappresentava – come è stato scritto – la norma simbolo del processo di convergenza del potere disciplinare nel lavoro pubblico e nel lavoro privato⁷; con la terza e la quarta riforma⁸, esso diventa invece il simbolo di un processo inverso caratterizzato:

a) dal tentativo di ritorno ad un'etica comportamentale che ricorda quella delle origini, con l'introduzione di un'obbligazione di "essere" accanto a quella di "fare" che amplia così l'oggetto della prestazione lavorativa (§ 1.1);

b) dal ruolo pervasivo della legge che disciplina, delineandole, alcune fattispecie di illecito e le relative sanzioni applicabili, effetto anch'esso dell'inversione nel rapporto tra fonte legale e fonte contrattuale (§ 1.3);

c) e dal tentativo di rendere obbligatorio l'esercizio dell'azione disciplinare attraverso la indisponibilità della sanzione e la responsabilizzazione di coloro i quali devono esercitare il potere disciplinare⁹, con il risultato di trasformare quest'ultimo in un fisiologico strumento di gestione del personale (§ 1.4).

Bisogna, però, prima di procedere, fare qualche precisazione. Non si intende, in questa sede, mettere in discussione il fondamento contrattuale del potere disciplinare nel pubblico impiego¹⁰ – come, al contrario, cerca di fare

minimo, la sospensione da graduare in base all'entità del risarcimento, salvo che ricorrano i presupposti per l'applicazione di una più grave sanzione disciplinare (art. 55-sexies, co. 1); mentre la precedente formulazione indicava la sospensione come sanzione salvo che non ricorressero i presupposti per l'applicazione di un'altra sanzione che, dunque, avrebbe potuto essere più lieve.

⁷ Così QUARANTA, *op. cit.*, p. 234.

⁸ Sui motivi per cui si è resa necessaria una quarta riforma del lavoro pubblico, cfr. L. ZOPPOLI in questa Rivista.

⁹ Cfr. BONURA, 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".IT - 105/10*.

¹⁰ Sul punto si registra ampia dottrina; cfr., da ultimo, BAVARO, *Note sul potere disciplinare nel lavoro pubblico fra aziendalismo e amministrativismo*, in *RGL*, 2018, p. 507 ss. Sull'importanza della contrattualizzazione il cui fulcro è la "(...) riconduzione della pubblica amministrazione alla posizione contrattuale di parte del rapporto con i propri dipendenti", e sui rischi derivanti dalla "neolingua" che continua ad insidiare la regolazione dei rapporti di lavoro con le pubbliche amministrazioni, si veda l'indimenticabile saggio di Massimo D'Antona (*La neolingua del pubblico impiego riformato*), il quale avvertiva altresì del fatto che l'aspetto della contrattualizzazione maggiormente complesso da metabolizzare fosse rappresentato proprio dalla posizione paritaria dell'amministrazione "quando esercita i poteri del datore di lavoro, il potere direttivo, il potere disciplinare, il potere di controllo"

buona parte della dottrina amministrativista¹¹ – quanto, piuttosto, evidenziare tutti quegli elementi – introdotti in occasione degli ultimi interventi legislativi in materia – che tendono ad ibridare l’essenza e la funzione propria del potere disciplinare, rendendolo lo strumento principale – quando non l’unico – di lotta contro l’assenteismo e l’inefficienza della pubblica amministrazione.

Del resto, ancora di recente, la l. 19 giugno 2019, n. 56 (c.d. legge “concretezza”), ha previsto un’ulteriore – e ancora più pervasiva – misura “per il contrasto all’assenteismo” (art. 2) che consiste nell’introduzione di sistemi di verifica biometrica dell’identità e di videosorveglianza per i dipendenti delle amministrazioni pubbliche, destinata a sostituire i sistemi di rilevazione automatica attualmente in uso. Si può facilmente immaginare come questo inciderà sull’intero sistema della responsabilità disciplinare, nell’unico senso – ancora una volta – di inasprire viepiù gli strumenti di controllo, con la (eventuale) conseguenza di avere, nella prospettiva più rosea (qualora, cioè, i nuovi sistemi dovessero funzionare più dei precedenti), dipendenti presenti – perché più controllati e, quindi, maggiormente soggetti a sanzione – ma non per questo più efficienti.

1.1. La nuova etica e i doveri di comportamento come estensione dell’oggetto della prestazione lavorativa. Il codice di comportamento

Il primo degli elementi che segnano il processo di divergenza tra pubblico e privato è rappresentato dalla ricerca di una nuova etica comportamentale che il legislatore sembra voler trapiantare con forza nel corredo valoriale del dipendente pubblico, attraverso la precisa individuazione dei comportamenti da assumere.

Si tratta di un intendimento già evidente nella riforma Brunetta, la cui *ratio* giustificatrice, come noto, era stata individuata nell’esigenza di reprimere fenomeni patologici quali la scarsa efficienza, l’assenteismo e l’illegalità nelle pubbliche amministrazioni, in modo tale da indurre un *trend* che andasse in senso contrario (cfr. art. 67, l. 15/2009).

Con la nuova stagione riformatrice, gli obblighi del dipendente pub-

(D’ANTONA, *La contrattualizzazione del rapporto di lavoro con la Pubblica Amministrazione*). Entrambi i saggi si trovano ora in CARUSO, SCIARRA (a cura di), *Opere*, vol. IV, *Scritti sul pubblico impiego e sulla pubblica amministrazione*, Giuffrè, 2000, rispettivamente p. 83 ss. e p. 221 ss.

¹¹ Cfr., tra gli altri, TENORE, *Studio sul procedimento disciplinare nel pubblico impiego*, Giuffrè, 2017 e altri autori citati alla nt. 26.

blico vengono ancor di più specificati nel senso di una estensione dei “doveri morali”. Depone chiaramente in tal senso il rinnovato art. 54¹² in base al quale i dipendenti non hanno più soltanto l’obbligo di adempiere la prestazione lavorativa ma devono informare il loro comportamento “al rispetto dei doveri costituzionali di diligenza, lealtà, imparzialità e servizio esclusivo alla cura dell’interesse pubblico” (co. 1). La violazione dei doveri di comportamento, la cui definizione è demandata ad un codice di comportamento – approvato con d.P.R. 62/2013 – costituisce di per sé illecito disciplinare, e le violazioni gravi e reiterate comportano l’applicazione della sanzione del licenziamento (art. 54, co. 3)¹³.

Invero, già prima dell’intervento della l. n. 190/2012, l’art. 54 contemplava la necessità di un codice di comportamento che fosse definito “(...) in relazione alle necessarie misure organizzative da adottare al fine di assicurare la qualità dei servizi (...)” (co. 1), ma esso aveva un carattere meramente interpretativo ed un rilievo disciplinare residuale¹⁴, delineando modelli di comportamento che però non si configuravano come obbligo contrattuale¹⁵.

Nella nuova formulazione, invece, ad ulteriore dimostrazione del legame instaurato dal legislatore tra efficienza e doveri comportamentali, le finalità legate alla qualità dei servizi vengono integrate¹⁶ da quelle del rispetto dei doveri costituzionali di diligenza, lealtà e imparzialità; muta, poi, la fonte stessa del codice¹⁷, la cui principale novità risiede nel necessario rilievo di-

¹² L’ultimo intervento di modifica dell’art. 54 si deve all’art. 1, co. 45 l. 6 novembre 2012 n. 190 che ha determinato l’adozione del D.P.R. 16 aprile 2013 n. 62, dopo il decreto della Funzione pubblica adottato nel marzo del 1994 e il d.P.C.M. 28 novembre 2000. Cfr. GALBIATI, *Il codice di comportamento dei dipendenti pubblici*, in *DRI*, 2013, 4, p. 1181.

¹³ Tale previsione renderebbe di fatto inutile la nuova lettera *f-bis* dell’art. 55 *quater*; così TAMPIERI, *Il licenziamento disciplinare nelle disposizioni di legge*, in *LPA*, 2018, 2, p. 7 ss. Sul licenziamento disciplinare, v. ZAPPALÀ in questa rivista.

¹⁴ Il co. 3 dell’art. 1 del d.P.C.M. 28 novembre del 2000, infatti, stabiliva che le disposizioni del codice di comportamento trovano immediata e diretta applicazione in tutti i casi in cui non siano applicabili altre disposizioni di legge o regolamento che regolino e sanzionino i comportamenti dei dipendenti. Cfr. OLIVERI, *Il codice di comportamento dei dipendenti pubblici*, in *Comuni in rete*, 2001, p. 12. Sulla natura di ausilio interpretativo del codice di comportamento, cfr. MATTARELLA B.G., *Il diritto dell’onestà*, cit., p. 43.

¹⁵ I comportamenti descritti nei codici di cui all’art. 54 erano suscettibili di divenire giuridicamente vincolanti per i dipendenti solo grazie all’esplicito rinvio operato dai contratti collettivi nelle norme del codice disciplinare; così BAVARO, *Il potere disciplinare*, cit., p. 216.

¹⁶ Così GALBIATI, cit.

¹⁷ GARGIULO, *Il codice di comportamento dei dipendenti pubblici: atto terzo*, in *LPA*, 2012, 5, p.

sciplinare delle sue violazioni¹⁸. Ciò implica che, anche in mancanza di un'apposita previsione dei contratti collettivi, cui è demandato il potere di definire illeciti e sanzioni disciplinari, la violazione del codice di comportamento è di per sé fonte di responsabilità disciplinare¹⁹. Depone in tal senso, peraltro, la previsione esplicita per la quale le violazioni gravi e reiterate del codice comportano l'applicazione della sanzione del licenziamento, che pone – tra le altre cose – diversi problemi interpretativi riguardanti il rispetto del principio di proporzionalità nell'irrogazione della sanzione rispetto all'entità dell'infrazione²⁰.

Questa interpretazione – invero non unanimemente condivisa²¹ – determina un ulteriore scardinamento nel sistema delle fonti di regolazione della responsabilità disciplinare e la conferma della progressiva attrazione della materia nella sfera di regolazione legislativa unilaterale. Pare difficile negare, infatti, che l'art. 54 intenda attribuire rilievo disciplinare autonomo al codice di comportamento, malgrado questa lettura rischi di dar vita ad un quadro sistematico delle fonti poco coerente²², dal momento che sottrae alla contrattazione collettiva buona parte del potere di definire le infrazioni e le sanzioni applicabili.

Il tentativo – tanto chiaro quanto maldestro – è quello di ri-mettere al centro dell'agire della Pubblica Amministrazione un dipendente “al servizio” di due datori di lavoro²³ – l'amministrazione e la cittadinanza –, chiamato a

¹⁸ B. G. MATTARELLA, *Il nuovo codice di comportamento dei dipendenti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, p. 927.

Cfr. art. 16, co. 1 del d.P.R. n. 62/2013 per cui “La violazione degli obblighi previsti dal presente Codice integra comportamenti contrari ai doveri d'ufficio. Ferme restando le ipotesi in cui la violazione delle disposizioni contenute nel presente Codice, nonché dei doveri e degli obblighi previsti dal piano di prevenzione della corruzione, dà luogo anche a responsabilità penale, civile, amministrativa o contabile del pubblico dipendente, essa è fonte di responsabilità disciplinare accertata all'esito del procedimento disciplinare, nel rispetto dei principi di gradualità e proporzionalità delle sanzioni”.

¹⁹ Così ancora MATTARELLA, cit., p. 929; KRANZ, *Il nuovo codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, Azienditalia, v. Il Personale, n. 7, 2013, pp. II-XX.

²⁰ Il d.P.R. n. 62/2013 contiene un generico riferimento al rispetto dei principi di gradualità e proporzionalità delle sanzioni (art. 16, co. 1).

²¹ Cfr. GARGIULO, *op. cit.*, p. 764, il quale ritiene che una interpretazione che desse rilievo disciplinare autonomo al codice di comportamento sarebbe incompatibile con il ruolo assegnato alla contrattazione collettiva in tema di responsabilità disciplinare.

²² Parla del legislatore come di un “guidatore della domenica” GARGIULO, *op. cit.*, p. 768.

²³ B. G. MATTARELLA, *Controllo della corruzione amministrativa e regola di etica pubblica*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2000, n. 5, p. 1029.

produrre non per fini economici ma per il bene pubblico e l'interesse collettivo²⁴, in quanto parte di un rapporto di lavoro *speciale* dal quale discendono direttamente obblighi non più e non soltanto contrattuali, ma anche etici e morali²⁵.

Doveri informati a contenuti etici che non rientrerebbero più soltanto nella sfera del dover essere del dipendente ma sarebbero ormai destinati ad ampliarne l'oggetto della prestazione, restituendo all'interprete, ma non solo, l'immagine di un lavoratore soggetto ad un potere che torna a colorarsi di connotazioni sempre più pubblicistiche²⁶.

In altre parole, un ritorno al passato, alla rigida regolamentazione del comportamento in servizio dei pubblici dipendenti, tra il dovere di servire la Nazione e quello di tenere una condotta conforme alla dignità delle proprie funzioni anche fuori dall'ufficio²⁷; principi intimamente connessi a quelli sanciti dall'art. 97 della Costituzione²⁸, – e, secondo alcuni, per molto tempo trascurati²⁹ –, il cui esplicito recupero³⁰ rimette al centro del corretto funzionamento della pubblica amministrazione il tema dell'etica del funzionario pubblico³¹.

²⁴ BURATTI, *Amministranti. Lavoro, Etica e Pubblica Amministrazione*, Cisl Funzione Pubblica, 2011, n. 15.

²⁵ Parla, a tal proposito, di consolidamento della specialità delle regole disciplinari, PIOGGIA, *La riforma dei rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni: i profili organizzativi, la dirigenza e le ulteriori riforme in itinere*, in FIORILLO, PERULLI, *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 8 ss.

²⁶ La letteratura in argomento, per lo più amministrativista, è assai ampia, e decisa nell'affermare "l'irriducibilità della figura del funzionario nelle maglie di una dimensione esclusivamente privatistica (...) di una regolazione eminentemente contrattuale del rapporto". In questo senso, CARLONI, *Il nuovo codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Istituzioni del federalismo: rivista di studi giuridici e politici*, 2013, 2, 377; CARLONI, *I codici di comportamento "oltre" la responsabilità disciplinare*, in *LPA*, 2017, p. 158 ss.; v. anche, tra gli altri, CAVALLO PERIN, GAGLIARDI, *Status dell'impiegato pubblico, responsabilità disciplinare e interesse degli amministrati*, in *Dir. Amm.*, 2009, p. 53; M. CALCAGNILE, *Il rapporto di impiego con gli enti pubblici e la funzione amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2010, 1, p. 187 ss.

²⁷ Cfr. art. 13 d.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3, Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato.

²⁸ Che il pubblico funzionario non debba limitarsi a rispettare la Costituzione e le leggi ma debba adempierle con disciplina e onore è una idea presente nell'art. 54 Cost.; cfr. in questo senso MATTARELLA, *Le nuove regole di comportamento dei pubblici funzionari*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 2014, 1, p. 497.

²⁹ CARLONI, *op. cit.*, p. 382.

³⁰ Si parla, infatti, di "servizio esclusivo alla cura dell'interesse pubblico", dovere di servire la Nazione "con disciplina e onore".

³¹ Il dipendente deve, quindi, "osservare, rispettare, assicurare, dimostrare, astenersi, segna-

In realtà, da un punto di vista formale, ciò non costituisce una grossa novità; molto rumore per nulla, insomma. Già nel 1993, infatti, in occasione della proposta di un codice di comportamento da parte dell'allora Ministro della funzione pubblica, qualcuno ebbe a sostenere che il codice non costituiva una novità ma era ciò nonostante indispensabile³². E anche oggi, come allora, la previsione puntuale di doveri di comportamento per il dipendente pubblico non è una novità, anche se sembra essere diventata più che mai indispensabile per ricreare un'immagine pulita ed efficiente della Pubblica Amministrazione.

Diversamente, però, dai tentativi del passato, i doveri oggi individuati dal codice di comportamento si caratterizzano rispetto a quelli contenuti nei contratti collettivi non tanto per il fatto di essere marcatamente orientati a garantire la trasparenza dell'azione amministrativa attraverso la prevenzione della corruzione, come dimostrano i diversi articoli che regolamentano la condotta del dipendente dinnanzi a regali ovvero in caso di conflitti di interesse, prevedendo obblighi di astensione e trasparenza³³.

La novità risiede, piuttosto, nel fatto che tali comportamenti – che, per natura, si pongono al di fuori del contratto³⁴ – siano attratti entro l'area degli obblighi del lavoratore, nel tentativo di recuperare un'immagine di dipendente pubblico ormai appartenente al passato.

lare, utilizzare, non usare, non accettare, non offrire, non sfruttare, non ritardare”, cfr. GALBIATI, *op. cit.*, p. 1185; RIVA, *Riprendersi la dignità. Democrazia, etica, pubblica amministrazione*, in BURATTI, *Amministranti. Lavoro, etica e pubblica amministrazione*, Cisl Funzione Pubblica, 2011, n. 15.

³² Già con riferimento al codice di comportamento proposto nel 1993 dal Ministro della funzione pubblica, Sabino Cassese, era stato affermato che “il catechismo di Cassese relativo al comportamento che devono tenere i pubblici dipendenti non contiene novità, (...), ma è un indispensabile richiamo alla coscienza di coloro che operano nella e per la pubblica amministrazione”, così Onorato Sepe, magistrato della Corte dei Conti nella Relazione di sintesi, in *La pubblica amministrazione nella Costituzione. Riflessioni e indicazioni di riforma*, Atti del XXXIX Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione, Giuffrè, 1993, p. 219.

Sull'efficacia e la rilevanza dei codici di comportamento nel tempo cfr. D'ALTERIO, *I codici di comportamento e la responsabilità disciplinare*, in MATTARELLA, PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, 2013, p. 11 ss.

³³ Cfr. ad es. art. 4 “regali, compensi e altre utilità”, art. 5 “partecipazione ad associazioni e organizzazioni”; art. 6 “comunicazione degli interessi finanziari e conflitti d'interesse; art. 7 obbligo di astensione; art. 9 “trasparenza e tracciabilità”.

³⁴ Cfr. art. 10 rubricato “comportamento nei rapporti privati”, per cui “Nei rapporti privati, comprese le relazioni extralavorative con pubblici ufficiali nell'esercizio delle loro funzioni, il dipendente non sfrutta, né menziona la posizione che ricopre nell'amministrazione per ottenere utilità che non gli spettino e non assume nessun altro comportamento che possa nuocere all'immagine dell'amministrazione”.

Questo *amarcord* – pur non mettendo in discussione il fondamento privatistico del rapporto di lavoro – rischia sulla carta di creare varie disfunzioni³⁵; il legislatore, infatti, nel perseguimento dell’obiettivo urgente di un’affermazione positiva dei doveri morali a tutti i costi che spingono per entrare a pieno titolo nell’oggetto della prestazione lavorativa, mette in pericolo, tra le altre cose, l’assetto delle fonti che appare schizofrenico e incoerente per il rapporto, tutt’altro che lineare, che crea tra legge, contratto collettivo e codice di comportamento. Di fatto, il pericolo sembra per il momento essere stato sventato, poiché nella recente tornata contrattuale (triennio 2016-2018), i ccnl richiamano, tra gli obblighi del dipendente, quelli contenuti nel codice di comportamento di cui all’art. 54 del d.lgs. n. 165/2001 e nel codice di comportamento adottato da ciascuna amministrazione³⁶, così di fatto attribuendo fonte contrattuale ai doveri del dipendente ivi contemplati³⁷.

1.2. La responsabilità disciplinare in caso di inefficienza del dipendente pubblico

Oltre al recupero della rettitudine morale, il legislatore, come si è già accennato (§ 1), crea una esplicita stretta connessione tra efficienza organizzativa e rendimento del lavoratore, che ridonda nelle disposizioni – l’art. 55 *quater* lett. *f quinquies* e l’art. 55 *sexies*, co. 2 – aventi ad oggetto due diverse

³⁵ Sull’evoluzione delle fonti degli obblighi del dipendente pubblico, cfr. NICODEMI, *La responsabilità disciplinare nel pubblico impiego*, in *LexItalia*, 2018; BATTINI, *Il personale*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2000, 453 ss.

³⁶ “(...) Il dipendente adegua altresì il proprio comportamento ai principi riguardanti il rapporto di lavoro, contenuti nel codice di comportamento di cui all’art. 54 del d.lgs. n. 165/2001 e nel codice di comportamento di amministrazione adottato da ciascuna amministrazione”; in questi termini l’art. 60 ccnl Funzioni Generali 12 febbraio 2018; l’art. 57 ccnl Funzioni locali 21 maggio 2018; art. 11 ccnl Istruzione e Ricerca 19 aprile 2018; art. 64 ccnl Sanità 21 maggio 2018.

³⁷ Esiste, tuttavia, già più di una pronuncia in cui la Suprema Corte, nell’evocare gli obblighi cui il dipendente pubblico deve sottostare, elenca i codici di comportamento accanto ai contratti collettivi: “(...) obbligatorietà dell’azione disciplinare non consente al dipendente pubblico di invocare il principio dell’affidamento incolpevole nella liceità della condotta, ove la violazione si riferisca a precetti imposti dalla legge, dal codice di comportamento o dal contratto collettivo (...)” (cfr. Cass. 4 aprile 2017 n. 8722), assegnando di fatto autonoma rilevanza al codice di comportamento quale fonte di obblighi per il pubblico dipendente (cfr. Cass. 25 settembre 2018 n. 22683). Cfr. TRIA, *Salute ed etica nel rapporto di lavoro pubblico*, in *Rgl-Quaderno* n. 4/2019, p. 164.

fattispecie sanzionatorie riguardanti ipotesi di scarso rendimento del lavoratore, un tempo regolamentate dalla contrattazione collettiva. Per qualcuno, si tratta di una sorta di duplicazione della fattispecie di scarso rendimento, che renderebbe opaca la distinzione tra le due condotte tipizzate³⁸.

In realtà, le due fattispecie sono parzialmente diverse: nella prima, il legislatore connette automaticamente l'irrogazione della sanzione del licenziamento all'insufficiente rendimento, dovuto alla reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa, rilevato dalla costante "valutazione negativa della *performance* per ciascun anno nell'ultimo triennio" (art. 55 *quater* lett. f *quinquies*)³⁹; nella seconda, invece, prevede l'irrogazione della sanzione, peraltro peculiare, del collocamento in disponibilità – attraverso l'applicazione della procedura prevista per i casi di eccedenza di personale –, quando l'inefficienza e l'incompetenza, anche qui accertate mediante i sistemi legali e contrattuali di valutazione del personale, arrechino un "grave danno" al funzionamento della pubblica amministrazione (art. 55 *sexies*, co. 2)⁴⁰.

In questo quadro si può inserire la fattispecie di cui al co. 1 dell'art. 55 *sexies*, così come modificata dal d.lgs. n. 75/2017, che disciplina l'ipotesi in cui la violazione degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa da parte del dipendente comporti la condanna della pubblica amministrazione al risarcimento del danno⁴¹. La sanzione disciplinare prevista è particolarmente

³⁸ Così ZOLI, *L'esercizio del potere disciplinare nel settore pubblico riformato*, in *GDLRI*, 2018, 3, p. 693.

³⁹ "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, e rilevato dalla costante valutazione negativa della performance del dipendente per ciascun anno dell'ultimo triennio (...)" (art. 55 *quater* lett. f *quinquies*).

⁴⁰ "Grave danno" che, peraltro, è di assai difficile misurazione e, di conseguenza, potenzialmente foriero di numerosi dubbi interpretativi e applicativi. Cfr. RAVELLI, *Sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti pubblici*, in NAPOLI, GARILLI (a cura di), *Commentario sistematico al decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150 – attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15 in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2011; BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, in ZOPPOLI L. (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, 2009, p. 417.

⁴¹ "La violazione di obblighi concernenti la prestazione lavorativa, che abbia determinato la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno, comporta comunque, nei confronti del dipendente responsabile, l'applicazione della sospensione dal servizio con privazione della

severa – più di quanto non fosse nella precedente formulazione – e consiste nella previsione della sanzione della sospensione dal servizio e dalla retribuzione (per un minimo di tre giorni fino ad un massimo di tre mesi), come *sanzione minima* applicabile. Le peculiarità di tale previsione sono almeno due: anzitutto, l'avverbio *comunque* lascia intendere l'automatismo nell'applicazione della sanzione, tracciando, di conseguenza, un perimetro assai limitato per l'azione della pubblica amministrazione anche con riferimento alla *species* della sanzione applicabile che può essere solo la sospensione. Il secondo elemento peculiare riguarda il parametro per l'applicazione del criterio di proporzionalità per la graduazione della sanzione, che non è la gravità della violazione ma l'entità del risarcimento del danno che la pubblica amministrazione è stata condannata a pagare in conseguenza della violazione degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa⁴². Si tratta di una fattispecie sanzionatoria attraverso la quale si inasprisce ulteriormente il potere disciplinare della Pubblica Amministrazione rendendone automatico l'esercizio, ma che richiede, ai fini dell'irrogazione della sanzione, l'integrazione di due presupposti precisi: l'accertata violazione degli obblighi contrattuali e una condanna della pubblica amministrazione al risarcimento del danno che deve essere causalmente connessa alla suddetta violazione. Al verificarsi dei due presupposti, l'esercizio del potere disciplinare è certo così come è certa la sanzione applicabile (la sospensione), salva la previsione della possibilità che si debba applicare una sanzione più grave (sospensione di durata superiore a tre mesi e licenziamento).

Certamente, quello che formano le tre condotte delineate dalle disposizioni citate è un quadro che va letto nella sua interezza in ragione degli elementi comuni che esso presenta: per un verso, la violazione da parte del dipendente degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa e, per l'altro, il danno – declinato in maniera diversa a seconda della gravità – al funzionamento organizzativo della pubblica amministrazione. È ovvio che qualunque violazione degli obblighi connessi alla prestazione lavorativa arreca un danno al funzionamento della pubblica amministrazione, ma i casi descritti da almeno due delle fattispecie in parola (art. 55 *sexies*, co. 1 e 2) si riferiscono ad un danno

retribuzione da un minimo di tre giorni fino ad un massimo di tre mesi, in proporzione all'entità del risarcimento, salvo che ricorrano i presupposti per l'applicazione di una più grave sanzione disciplinare" (art. 55 *sexies*, co. 1).

⁴² MAGRI, *Il lavoro pubblico tra sviluppo ed eclissi della "privatizzazione"*, in *GDA*, 2017, p. 581 ss.

grave e misurabile, dalla cui entità – grave danno al funzionamento e condanna al risarcimento del danno – dipende l’irrogazione della sanzione rispettivamente del collocamento in disponibilità e della sospensione⁴³. La fattispecie, invece, contemplata dall’art. 55 *quater* lett. f *quinquies*, che tipizza l’ennesima ipotesi di licenziamento si può dire che è come se contemplasse una sorta di danno in *re ipsa* – determinato dallo scarso rendimento – che si concretizza allorché le violazioni degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa siano certificati da valutazioni negative per ciascun anno per un triennio. In questo caso sembra esserci un automatismo tra valutazione negativa triennale e scarso rendimento che, a sua volta, produce un danno al funzionamento della pubblica amministrazione (verosimilmente più grave di quello previsto dall’art. 55 *sexies* co. 2) tale da giustificare il licenziamento⁴⁴.

Rispetto alle fattispecie descritte, la Riforma Madia, invero, non ha di molto modificato l’assetto creatosi in precedenza, se non rendendo più asciutta la formulazione del co. 1 dell’art. 55 *sexies*, a favore di una maggiore chiarezza nella distinzione delle fattispecie. Sarebbe probabilmente stato utile specificare anche il significato di “grave danno al funzionamento della pubblica amministrazione” previsto dal co. 2 del citato art. 55 *sexies* per rendere concreto e certo l’esercizio dell’azione disciplinare (art. 17 co. 1 lett. s legge delega n. 124/2015), con riferimento ad una fattispecie che, a causa delle difficoltà interpretative, rischia di non trovare applicazione certa.

Al netto di ciò, però, quello che risulta evidente dalla valutazione complessiva delle tre fattispecie appena descritte è l’intenzione del legislatore di stigmatizzare in maniera esplicita lo scarso rendimento e gli inadempimenti “perniciosi” dei dipendenti pubblici, attraverso la regolamentazione di ipotesi già, invero, in passato disciplinate dalla contrattazione collettiva, i cui margini di manovra diventano, quindi, ancora più esigui⁴⁵.

Il legislatore prende ad esempio condotte che giudica riprovevoli e dan-

⁴³ Evidenzia come, in questi casi, il danno cui si riferisce la fattispecie sanzionatoria sembri discendere non dall’attività amministrativa illegittima quanto dall’inadempimento del dipendente TULLINI, *op. cit.*, p. 9.

⁴⁴ Sui paradossi applicativi che potrebbero discendere dagli automatismi creati dalla legge tra violazione di obblighi contrattuali (e comportamentali) ed efficienza della pubblica amministrazione, cfr. CARUSO in questa Rivista.

⁴⁵ I ccnl di comparto hanno, infatti, da sempre contemplato l’insufficiente rendimento come condotta punibile e il grado di disservizio o pericolo conseguente come uno dei criteri generali per graduare e applicare la sanzione disciplinare. Peraltro, il legislatore ha delineato le medesime fattispecie in maniera meno chiara e più restrittiva.

nose per l'efficienza della Pubblica Amministrazione e le riversa nelle fattispecie descritte creando, di fatto, delle disposizioni difficilmente applicabili che, nel tentativo di colpire comportamenti ben precisi, costruiscono delle "gabbie definitorie" che mal si conciliano con la variabilità delle condotte umane, più facilmente controllabili attraverso le previsioni della contrattazione collettiva.

In ultima analisi, dunque, l'unico effetto evidente che consegue alla tipizzazione di queste fattispecie sanzionatorie è la loro cristallizzazione con relativo irrigidimento dei presupposti applicativi, nell'intento di creare un sistema di irrogazione automatica della sanzione destinato a cedere dinnanzi all'incertezza della formulazione, da una parte, e all'inevitabile applicazione del principio di proporzionalità, dall'altra; oltre all'ennesima occupazione "militare" di terreni prima governati interamente dalla contrattazione collettiva.

2. Il ruolo della legge nella definizione delle fattispecie di illecito disciplinare e la marginalizzazione della contrattazione collettiva

La limitazione degli spazi di manovra della contrattazione collettiva è, dunque, senza dubbio uno degli elementi che segnano il divario crescente tra gli istituti del diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni e nell'impresa. Come noto, il legislatore – invero già in occasione della l. n. 150/2009 – ha affermato la natura imperativa delle disposizioni dettate in tema di responsabilità disciplinare, riducendo enormemente lo spazio destinato alla contrattazione collettiva per la definizione delle fattispecie sanzionatorie⁴⁶.

Il rapporto tra legge e contrattazione collettiva è ormai sbilanciato a favore della prima che assegna all'intervento degli attori collettivi uno spazio assai ridotto, nel quale questi ultimi mantengono la titolarità del potere di definire la tipologia delle infrazioni e le relative sanzioni, salvo però quanto già previsto e disciplinato dalla legge⁴⁷.

⁴⁶ "Le disposizioni del presente articolo e di quelli seguenti, fino all'articolo 55-octies, costituiscono norme imperative, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile, e si applicano ai rapporti di lavoro di cui all'articolo 2, comma 2, alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2. La violazione dolosa o colposa delle suddette disposizioni costituisce illecito disciplinare in capo ai dipendenti preposti alla loro applicazione" (art. 55. co. 1).

⁴⁷ "(...) Salvo quanto previsto dalle disposizioni del presente Capo, la tipologia delle in-

Nel medesimo solco di una riduzione degli spazi concessi alla contrattazione collettiva⁴⁸, si inserisce anche la delega – nuova – riguardante l'individuazione dei casi di c.d. assenteismo tattico⁴⁹. Non solo perché anche in questo caso il legislatore pone dei limiti facendo salve le fattispecie di falsa attestazione della presenza in servizio e assenze ingiustificate, per le quali è previsto il licenziamento⁵⁰. Ma anche perché l'indicazione, di per sé ultronea (non sarebbe stata necessaria nella dinamica di funzionamento delle fonti), sembra più una imposizione alla luce, ancora una volta, di comportamenti per i quali si sono registrati diversi fatti di cronaca recente⁵¹.

Questa volta, però, lo strumento per ripulire l'immagine della PA sembra avere un riferimento implicito al privato, in particolare al modello dell'Accordo di Pomigliano con il quale, come noto, si stabilì che, al fine di combattere il c.d. assenteismo tattico, la Fiat (o meglio la Newco Fabbrica Italia) non avrebbe pagato la propria quota di malattia in caso di assenza anomala (in prossimità di ferie, ponti, partite)⁵².

La marginalizzazione della contrattazione collettiva, già evidente con

frazioni e delle relative sanzioni è definita dai contratti collettivi. (...)” (Art. 55, co. 2). Parla di una riserva di competenza più formale che sostanziale, QUARANTA, *op. cit.*, p. 239 ss.

⁴⁸ Ritiene, invece, che si tratti di una “delega in bianco” che si pone in controtendenza rispetto al processo di legificazione della materia, QUARANTA, *op. cit.*, pp. 248-249.

⁴⁹ I ccnl individuano le condotte e fissano le corrispondenti sanzioni disciplinari «con riferimento alle ipotesi di ripetute e ingiustificate assenze dal servizio in continuità con le giornate festive e di riposo settimanale, nonché con riferimento ai casi di ingiustificate assenze collettive in determinati periodi nei quali è necessario assicurare continuità nell'erogazione dei servizi all'utenza» (art. 55 *quinquies*, co. 3-bis).

⁵⁰ Si tratta delle fattispecie dettate dall'art. 55 *quater*, co. 1 lett. a) e b), riguardanti il licenziamento per a) falsa attestazione della presenza in servizio, mediante alterazione dei sistemi di rilevamento delle presenze o con altre modalità fraudolente, ovvero giustificazione dell'assenza dal servizio mediante una certificazione medica falsa o che attesta falsamente uno stato di malattia e b) assenza priva di valida giustificazione per un numero di giorni, anche non continuativi, superiore a tre nell'arco di un biennio o comunque per più di 7 giorni nel corso degli ultimi 10 anni ovvero mancata ripresa del servizio, in caso di assenza ingiustificata, entro il termine fissato dall'amministrazione.

⁵¹ Si pensi alle assenze di massa dei vigili urbani a Roma per il capodanno 2015; alla chiusura della Funicolare di Mergellina per assenze del personale dovute a malattia in concomitanza con le partite del Napoli del febbraio 2018.

Peraltro, nessuno dei contratti collettivi stipulati fino all'inizio del 2018 ha recepito l'indicazione legislativa, come sottolinea V. BAVARO, *Note sul potere*, cit., p. 521.

⁵² Sul punto, cfr., *ex aliis*, DE LUCA TAMAJO, *L'accordo di Pomigliano: una storia italiana*, in *ADL*, 2010, p. 1080.

riferimento al potere di definire infrazioni e relative sanzioni, è stata ulteriormente aggravata anche con riguardo al procedimento.

Come già previsto dalla Riforma Brunetta, a parte la competenza a stabilire la disciplina applicabile alle infrazioni di minore gravità, per le quali è prevista l'irrogazione della sanzione del rimprovero verbale, la contrattazione collettiva non può istituire procedure di impugnazione dei provvedimenti disciplinari, ma può solo contemplare procedure di conciliazione non obbligatoria, e non nei casi per i quali è prevista la sanzione del licenziamento, e la sanzione concordemente determinata non può essere di specie diversa da quella prevista per l'infrazione per la quale si procede (art. 55 co. 3).

Di conseguenza, si tratta della possibilità, invero assai limitata, di prevedere procedure di conciliazione all'esito delle quali le parti possono concordare la graduazione di una sanzione già determinata in relazione alla infrazione per la quale si procede; in altre parole, il margine di manovra riguarda esclusivamente le sanzioni della multa e della sospensione dal lavoro e dalla retribuzione; le uniche sanzioni, cioè, che consentono una oscillazione entro un minimo ed un massimo edittale.

Come ulteriore aggravio di competenze già ridotte, la riforma Madia ha aggiunto la disposizione che prevede la nullità delle clausole contrattuali che impongano, per l'irrogazione di sanzioni disciplinari, requisiti formali o procedurali ulteriori o aggravino il procedimento⁵³. Non è previsto, cioè, che gli attori collettivi possano non soltanto aggravare il procedimento, ma nemmeno aggiungere alcunché a quanto già previsto dalla legge; di tal che, qualora gli attori collettivi decidessero di inserire nei contratti una disposizione riguardante il procedimento, non potrebbero far altro che riportare esattamente ciò che prescrive la legge, senza alcuna aggiunta o omissione.

Lo spazio riservato alla contrattazione collettiva, dunque, nonostante la formale competenza in materia di responsabilità disciplinare, si definisce ormai per sottrazione, poiché i contratti collettivi possono solo intervenire, per la definizione della tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni, laddove la legge non preveda nulla; e, quanto al procedimento, unicamente rispetto

⁵³ La nullità riguarda le "disposizioni di regolamento, le clausole contrattuali o le disposizioni interne, comunque qualificate, che prevedano per l'irrogazione di sanzioni disciplinari requisiti formali o procedurali ulteriori rispetto a quelli indicati dalla legge o che comunque aggravino il procedimento disciplinare" (co. 9-bis dell'art. 55-bis).

alle infrazioni punibili con la sanzione del rimprovero verbale. Questo processo di evidente marginalizzazione, già inaugurato dalla Riforma Brunetta⁵⁴, è stato confermato e ulteriormente aggravato dalla quarta riforma del lavoro pubblico.

Sembra, quindi, alla luce delle nuove disposizioni introdotte, che il legislatore non si fidi degli attori collettivi⁵⁵ e ritenga che l'unico modo di garantire il corretto esercizio del potere disciplinare da parte della PA sia quello di limitarne l'intervento il più possibile, secondo un approccio che sembra valere anche per la stessa PA, la cui discrezionalità nell'attivazione del potere disciplinare è sempre più sottoposta all'occhio vigile di un legislatore sospettoso; ma su questo aspetto, v. *infra*.

3. *L'esercizio del potere disciplinare tra discrezionalità e obbligatorietà*

Il legislatore ha, dunque, scelto di compiere un grande sforzo definitorio sia per quanto riguarda il corredo degli obblighi imposti al dipendente pubblico sia per quanto riguarda la tipizzazione delle infrazioni attraverso la sottrazione progressiva di potere alla contrattazione collettiva, creando un sistema circolare che si completa con l'obbligatorietà dell'azione disciplinare⁵⁶

⁵⁴ Parla di palese sfiducia nei confronti della regolamentazione negoziale con riferimento alla *ratio* dell'art. 55-*quater*, TAMPIERI, *op. cit.*, sottolineando la netta inversione di tendenza rispetto alla legge delega n. 421/1992 che aveva escluso la responsabilità disciplinare dal novero delle materie oggetto di riserva di legge. In argomento TAMPIERI, *Contrattazione collettiva e potere disciplinare nel lavoro pubblico*, Milano, 1996, spec. cap. III. Definisce la materia disciplinare del lavoro pubblico una di quelle in cui si è manifestata più chiaramente la "tendenza anticollectiva nel sistema delle fonti", BAVARO, *Note sul potere*, cit., p. 519.

⁵⁵ Sfiducia che riguarda anche le capacità dell'Aran e delle pubbliche amministrazioni di esercitare le proprie prerogative come datore di lavoro a tutela dell'interesse pubblico e che richiederebbe uno sforzo di revisione della dirigenza, invece che di esautorazione della fonte collettiva; così sottolinea BAVARO, *Note sul potere*, cit., pp. 520-521.

⁵⁶ A partire dalla Riforma Brunetta, la dottrina è pressoché unanime nel ritenere se non obbligatorio, quantomeno assai vincolato, l'esercizio dell'azione disciplinare; così CARABELLI, *La "Riforma Brunetta": un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche*, in *WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona, IT-101/2010*, p. 30; CARUSO, *Gli esiti regolativi della "riforma Brunetta" (come cambia il diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni)*, in *LPA*, 2010, 2, p. 235 ss.; definisce "ormai pacificamente obbligatoria" l'azione disciplinare ZOLI, *op. cit.*, p. 700. Nel senso dell'esclusione di una generale obbligatorietà, cfr. MAINARDI, *Il "dovere" del dirigente di sanzionare il demerito: il procedimento disciplinare*, in *Giur. it.*, 2010, 12, p. 2720; RAVELLI, *op. cit.*

e la responsabilizzazione dei soggetti preposti al suo esercizio, e che segna l'ennesimo passo nel percorso di allontanamento del lavoro pubblico dal privato⁵⁷.

Anche in questo caso, infatti, la riforma Madia non solo si colloca nel solco tracciato dalla Riforma Brunetta ma ne rafforza alcuni aspetti⁵⁸.

Due sono le fattispecie che individuano la responsabilità in capo ai soggetti preposti all'applicazione delle norme dettate in materia di responsabilità disciplinare.

La prima è stata introdotta all'art. 55, co. 1 e individua la figura generale di illecito disciplinare consistente nella violazione dolosa o colposa delle disposizioni di cui all'art. 55 e seguenti che comporta una responsabilità disciplinare in capo ai dipendenti preposti alla loro applicazione. Oltre a rafforzare il carattere imperativo delle disposizioni dettate in materia di responsabilità disciplinare (già chiaramente enunciato dalla norma), essa prevede una responsabilità generica che sorge *in ogni caso* di violazione, e non solo, dunque, quando dalla violazione consegue il mancato esercizio o la decadenza dall'azione disciplinare.

Si tratta di una previsione che mette chiaramente in luce la ferrea convinzione del legislatore per la quale la responsabilizzazione dei responsabili è essenziale ai fini del corretto esercizio del potere disciplinare destinato a diventare, così, uno strumento di gestione ordinario del rapporto di lavoro, in tal modo segnando un divario sempre più netto tra il lavoro pubblico e il lavoro privato dove l'esercizio del potere disciplinare rientra nella piena discrezionalità del datore di lavoro⁵⁹.

⁵⁷ Cfr. CARUSO, *Gli esiti regolativi*, cit., per il quale “il primo (esito regolativo) della riforma può essere la fine del processo di convergenza tra diritto del lavoro nelle pubbliche amministrazioni e nell'impresa privata e la riapertura di un nuovo ciclo di divergenza”; parla dell'art. 55 come del simbolo di un progressivo processo di allontanamento del pubblico dal privato Zoli, *op. cit.*, p. 700. Ragiona in maniera diversa D'AURIA, *La “Riforma Brunetta” del lavoro pubblico*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2015, 1, p. 5 ss.

⁵⁸ Come noto, a partire dalla Riforma Brunetta, il legislatore ha assunto un punto di vista differente rispetto al passato quando l'esercizio del potere disciplinare era considerato discrezionale anche da parte del datore di lavoro pubblico, in ossequio al processo di convergenza tra pubblico e privato; cfr. RAVELLI, *op. cit.*

⁵⁹ Anche la giurisprudenza non ha mancato di evidenziare la netta differenza che esiste tra il potere disciplinare nel settore pubblico e quello esercitato nel settore privato, affermando che “non vi è dubbio (...) che quantomeno a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 150 del 2009, nell'impiego pubblico contrattualizzato l'azione disciplinare sia caratterizzata dalla obbligatorietà”; in questi termini Cass. 4 aprile 2017 n. 8722.

Specifica e ancora più grave è, poi, *la responsabilità dei responsabili* quando la violazione comporta il mancato esercizio o la decadenza dall'azione disciplinare⁶⁰; la sanzione che ne consegue in questo caso è, infatti, più grave rispetto a quanto previsto nella precedente formulazione e la discrezionalità della PA rispetto alla sua applicazione ulteriormente ridotta⁶¹.

Non è più previsto, infatti, che la sanzione sia proporzionata alla gravità dell'infrazione non perseguita con il limite massimo di 3 mesi di sospensione nel caso in cui non si sia proceduto per infrazioni sanzionabili con il licenziamento; adesso, espunto il requisito della proporzionalità, la sanzione da applicare è quella della sospensione dal servizio – che diventa, dunque, la sanzione minima applicabile – fino ad un massimo di 3 mesi (evidentemente applicabile anche nel caso in cui il mancato esercizio o la decadenza dall'azione disciplinare riguardino infrazioni punibili con sanzioni diverse dal licenziamento), salva la maggiore sanzione del licenziamento prevista nei casi in cui il comportamento descritto sia commesso in forma dolosa o gravemente colposa (art. 55-*quater*, co. 1 lett. f-*ter*) ovvero nel caso di falsa attestazione della presenza in servizio nel caso dei dirigenti, o dei responsabili di servizio competenti, che abbiano acquisito conoscenza del fatto (co. 3-*quinqies*).

I presupposti per la configurazione di tale responsabilità, sono due e danno vita a due diverse fattispecie: il primo è l'omissione o ritardo senza giustificato motivo degli atti del procedimento disciplinare che comportino il mancato esercizio o la decadenza dall'azione disciplinare; il secondo

⁶⁰ La responsabilizzazione dei responsabili appare coerente con “una idea di dirigente con funzioni ispettive e sanzionatorie, piuttosto che organizzativo gestionali”, creando una contraddizione tra la figura del dirigente controllore e quella del dirigente datore di lavoro; cfr. PIOGGIA, *op. cit.*, p. 21.

⁶¹ “Il mancato esercizio o la decadenza dall'azione disciplinare, dovuti all'omissione o al ritardo, senza giustificato motivo, degli atti del procedimento disciplinare, inclusa la segnalazione di cui all'articolo 55-bis, comma 4, ovvero a valutazioni manifestamente irragionevoli di insussistenza dell'illecito in relazione a condotte aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare, comporta, per i soggetti responsabili, l'applicazione della sospensione dal servizio fino a un massimo di tre mesi, salva la maggiore sanzione del licenziamento prevista nei casi di cui all'articolo 55-*quater*, comma 1, lettera f-*ter*), e comma 3-*quinqies*. Tale condotta, per il personale con qualifica dirigenziale o titolare di funzioni o incarichi dirigenziali, è valutata anche ai fini della responsabilità di cui all'articolo 21 del presente decreto. Ogni amministrazione individua preventivamente il titolare dell'azione disciplinare per le infrazioni di cui al presente comma commesse da soggetti responsabili dell'ufficio di cui all'articolo 55-bis, comma 4” (art. 55 *sexies* co. 3).

è la valutazione manifestamente irragionevole circa l'insussistenza dell'illecito in relazione a condotte aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare⁶².

L'impianto complessivo – che, come detto, contempla la responsabilità disciplinare anche per le violazioni meno gravi che, pur non comportando il mancato esercizio o la decadenza dall'azione disciplinare, costituiscono illecito disciplinare in capo ai dipendenti preposti alla loro applicazione (art. 55, co. 1) – conduce a ritenere che la discrezionalità – pur minima – apparentemente mantenuta in capo al datore di lavoro pubblico in relazione all'esercizio del potere disciplinare dalla l. n. 150/2009, sia stata vieppiù erosa dal d.lgs. n. 75/2017 che, nel prevedere quale fonte di responsabilità disciplinare anche la violazione dolosa o colposa di tutte le disposizioni di cui agli articoli 55 fino al 55 *octies* – compresa, dunque, quella che regola il procedimento (art. 55 bis) –, ha ulteriormente ristretto il già limitato spazio di manovra concesso alla PA⁶³.

Specificità responsabilità disciplinare sorge poi nei casi di falsa certificazione medica⁶⁴ e mancata cura nell'osservanza delle procedure di controllo sulle assenze⁶⁵.

Il sistema che ne risulta è chiaro e, nelle intenzioni del legislatore, dovrebbe funzionare in maniera circolare: chi commette violazioni deve essere

⁶² Quest'ultimo criterio è stato parzialmente modificato rispetto al passato e reso apparentemente più stringente; si parla adesso di “valutazione manifestamente irragionevole” in luogo di “valutazioni irragionevoli o manifestamente infondate”.

⁶³ Nel medesimo senso, cfr. QUARANTA, *op. cit.*, p. 245 ss.

⁶⁴ “L'inosservanza degli obblighi di trasmissione per via telematica della certificazione medica concernente assenze di lavoratori per malattia di cui al comma 2 costituisce illecito disciplinare e, in caso di reiterazione, comporta l'applicazione della sanzione del licenziamento ovvero, per i medici in rapporto convenzionale con le aziende sanitarie locali, della decadenza dalla convenzione, in modo inderogabile dai contratti o accordi collettivi. Affinché si configuri l'ipotesi di illecito disciplinare devono ricorrere sia l'elemento oggettivo dell'inosservanza all'obbligo di trasmissione, sia l'elemento soggettivo del dolo o della colpa. Le sanzioni sono applicate secondo criteri di gradualità e proporzionalità, secondo le previsioni degli accordi e dei contratti collettivi di riferimento” (art. 55-*septies*, co. 4, d.lgs. n. 165/2001).

⁶⁵ “Il responsabile della struttura in cui il dipendente lavora nonché il dirigente eventualmente preposto all'amministrazione generale del personale, secondo le rispettive competenze, curano l'osservanza delle disposizioni del presente articolo, in particolare al fine di prevenire o contrastare, nell'interesse della funzionalità dell'ufficio, le condotte assenteistiche. Si applicano, al riguardo, le disposizioni degli articoli 21 e 55-*sexies*, comma 3” (art. 55-*septies*, co. 6, d.lgs. n. 165/2001).

sanzionato e chi non si attiva per irrogare la sanzione sarà sanzionato a sua volta.

Residua, però, più di un dubbio che rischia di compromettere l'effettività di un impianto così concepito: chi dovrebbe rilevare e segnalare non tanto la decadenza dall'azione disciplinare quanto, e soprattutto, il suo mancato esercizio? Chi segnala il sanzionatore che non ha sanzionato? Qual è il limite alla discrezionalità del responsabile rispetto alla valutazione di un fatto illecito? Quando tale valutazione sarà considerata irragionevole? Chi ne valuterà la ragionevolezza?

Il fatto che l'art. 17, co. 1 lett. b) del d.lgs. n. 75/2017 (che ha modificato il co. 3 dell'art. 55 *sexies* d.lgs. n. 165/2001) abbia imposto alle amministrazioni di individuare "preventivamente il titolare dell'azione disciplinare" risolve solo parte del problema⁶⁶.

D'altra parte, la regolamentazione del *whistleblowing* potrebbe considerarsi anch'essa un tassello nella costruzione di un meccanismo di controllo ma si tratta di un contributo minimo e, di certo, non decisivo, che potrebbe, addirittura, rivelarsi pericoloso⁶⁷.

Qualunque sarà l'esito applicativo di tale previsione – fondata anch'essa sulla convinzione che il problema dell'inefficienza della Pubblica Amministrazione possa risolversi attraverso l'ennesimo giro di vite sulla responsabilità disciplinare – resta il fatto che si tratta di una misura inutile, se è vero che, come è stato correttamente osservato, l'esercizio del potere disciplinare rientra negli obblighi del dirigente "in quanto prerogativa che deve esercitare per poter diligentemente adempiere al proprio obbligo contrattuale"⁶⁸. Di tal che una violazione di tale obbligo avrebbe reso il dirigente responsabile di inadempimento contrattuale anche prima che la responsabilità disciplinare che sorge in questo caso venisse sancita in maniera esplicita.

Quello creato appare, dunque, un sistema imperfetto proprio perché aspira ad essere "troppo perfetto" nella sua iper-regolamentazione. A ben vedere, infatti, il legislatore, nella smania di colpire condotte eclatanti quali, ad esempio, il mancato esercizio doloso dell'azione disciplinare nei confronti di dipendenti assenteisti da parte di un dirigente perfettamente consapevole dell'infrazione, ha creato una fattispecie astratta che, non potendo cogliere

⁶⁶ Su questo adempimento come misura per rispondere alla domanda "*sed quis custodiet ipsos custodes?*", VOZA, *Il riassetto del sistema disciplinare nel lavoro pubblico*, in *LPA*, 2, 2018.

⁶⁷ In argomento, cfr. PAPA in questa rivista.

⁶⁸ Così BAVARO, *Note sul potere*, cit., p. 516 ss.

tutte le sfumature applicative dei casi concreti, rischia di ingenerare pericolosi corto-circuiti dove tutti spiano tutti, innescando una catena di procedimenti disciplinari a carico di chi (forse) avrebbe dovuto attivarsi e non lo ha fatto; ovvero di rimanere silente perché inapplicata e, dunque, inefficace.

Nel primo caso, in un sistema in cui venisse a mancare – come già sta accadendo – un apparato adeguato di contrappesi democratici, si creerebbe un’assurda, nonché pericolosa, prassi inquisitoria che, nell’ipotesi migliore, avrebbe l’effetto di ingessare la dirigenza, privandola di fatto di quei margini di valutazione nell’esercizio del potere disciplinare, ancora concessi dalla legge.

Nell’ipotesi, invece, che appare più plausibile, si tratta di una disposizione che rimarrà inefficace in ragione delle difficoltà applicative connesse alle innumerevoli sfumature che ciascuna fattispecie concreta presenta.

Nessuno dei due esiti prospettati appare confortante e – si può scommettere – nessuno dei due rientrava tra quelli immaginati dal legislatore.

4. *Il procedimento disciplinare. Tra nuove semplificazioni e vecchie questioni interpretative*

La parte della regolamentazione del potere disciplinare sulla quale la Riforma Madia è intervenuta in maniera massiva⁶⁹ è il procedimento, con l’obiettivo di semplificare quei profili che avevano generato alcune difficoltà interpretative⁷⁰, e ampliare, al contempo, il margine di manovra della Pubblica

⁶⁹ Pur con qualche rilevante omissione, tra cui l’aver lasciato in vita, nella fase transitoria sei diversi procedimenti: quello ordinario per i fatti commessi dopo l’entrata in vigore del d.lgs. n. 75/2017; i due ordinari per i fatti commessi in precedenza, il primo di competenza dell’UPD e il secondo del dirigente responsabile della struttura; la procedura accelerata nei casi di flagranza; la procedura connessa al procedimento penale avviata prima e quella avviata dopo l’entrata in vigore del d.lgs. n. 75/2017. In questi termini, ZOLI, *op. cit.*, p. 695-696.

⁷⁰ Il Consiglio di Stato in occasione del parere reso dall’Adunanza della Commissione speciale del 11 aprile 2017, ha richiamato il proprio parere del 5 aprile 2016 n. 864 – relativo allo schema di decreto legislativo (poi approvato col d.lgs. del 20 giugno 2016 n. 116), concernente il licenziamento disciplinare per la falsa attestazione di presenza in servizio da parte del dipendente pubblico – con cui aveva auspicato che “nella predisposizione del nuovo testo unico sui pubblici dipendenti l’intera materia disciplinare subisca una generale rivisitazione per garantire la semplificazione e la coerenza giuridica, logica e sistematica delle disposizioni, in modo da definire un procedimento univoco, sorretto da regole chiare e tassative, che consentano anche di prevenire il non trascurabile contenzioso in materia”.

Amministrazione che viene in parte liberata di alcuni vincoli al fine di potere più liberamente esercitare il suo (obbligatorio) potere punitivo.

Espunto ormai da tempo il riferimento all'art. 7 dello Statuto dei lavoratori, l'art. 55-*bis* disciplina, passo passo, forme e termini del procedimento disciplinare.

La parola d'ordine è senza dubbio semplificazione e si rinviene in tutte le modifiche apportate al procedimento dal d.lgs. 75/2017⁷¹.

a) La prima modifica riguarda i responsabili dell'attivazione del procedimento disciplinare. Se con la riforma del 2009, si era scelto di attribuire ai capi-struttura che avessero qualifica dirigenziale buona parte della titolarità del potere disciplinare per tutte le infrazioni che prevedessero sanzioni fino alla sospensione di 10 giorni, con la Riforma Madia si è assegnata la quasi completa titolarità all'UPD⁷², lasciando nelle mani dei capi-struttura – anche non dirigenti – soltanto le infrazioni che contemplano come sanzione il rimprovero verbale.

Le ragioni di una tale modifica sono facilmente intuibili e tutte sostanzialmente riconducibili all'inerzia dimostrata dalla dirigenza nell'attivazione del procedimento disciplinare a causa della scarsa competenza giuridica⁷³ e della promiscuità con coloro che avrebbero dovuto essere oggetto del procedimento stesso⁷⁴; e ciò nonostante già nel 2009 il legislatore avesse previsto le sanzioni per mancato esercizio del potere disciplinare.

Il legislatore delegato del 2017 sembra, dunque, aver voluto valorizzare la specializzazione e professionalizzazione degli UPD, a fronte della parziale “polverizzazione” della potestà disciplinare tra le diverse strutture organizzative dirigenziali che, peraltro, malgrado la distinzione tra sanzioni di competenza del responsabile della struttura e dell'UPD, aveva ingenerato nella prassi applicativa diverse controversie in sede giudiziale finanche sulla competenza e sulla stessa scansione temporale da applicare⁷⁵.

⁷¹ Parla della semplificazione amministrativa come della “cifra trasversale dell'intero impianto di delega” ESPOSITO, *Responsabilità disciplinare e reintegrazione*, in *EGT*, 2018.

⁷² La riattribuzione della titolarità dell'azione disciplinare ad un unico organismo merita una valutazione senza dubbio positiva per BOSCATI, *La specialità del lavoro pubblico*, in *LPA*, 2018, n. 3, p. 28.

⁷³ Il più delle volte il responsabile della struttura è “del tutto sprovvisto delle competenze tecnico-giuridiche utili ad una corretta attivazione del procedimento disciplinare e, in particolare, alla redazione della lettera di contestazione”; così Voza, *op. cit.*

⁷⁴ TENORE, *Le novità apportate al procedimento disciplinare nel pubblico impiego dalla Riforma Madia (d.lgs. n. 75/2017 e n. 118 del 2017)*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 2017, 1.

⁷⁵ Cfr. la Circolare del 23 dicembre 2010 n. 14 del Dipartimento della funzione pubblica

Perché se la distinzione tra sanzioni di competenza del responsabile della struttura e sanzioni di competenza dell'UPD era semplice in teoria, non lo era altrettanto in pratica; con l'effetto di determinare confusione interpretativa e immobilismo nei casi dubbi, oltre che, nel caso di decisione sbagliata, conseguenze invalidanti sulla sanzione.

Nel nuovo assetto, residua comunque un problema in ordine alla valutazione effettuata dal responsabile della struttura il quale deve segnalare quelle infrazioni per le quali è prevista l'irrogazione di sanzioni superiori al rimprovero verbale, e deve, dunque, fare un apprezzamento relativo alla gravità della sanzione applicabile.

Per cui, salva l'ipotesi in cui il pronostico del capo struttura sia corretto, resta sempre la possibilità che commetta un errore dichiarandosi, ad esempio, titolare del procedimento disciplinare con conseguente violazione delle disposizioni in tema di ripartizione delle competenze, ovvero scegliendo, nel dubbio, di rimettere all'UPD qualunque infrazione con conseguente sovraccarico dell'ufficio⁷⁶; il che, peraltro, era quello che spesso e a maggior ragione avveniva prima.

Ad ogni buon conto, la modifica ha consentito una unificazione dei procedimenti e dei relativi termini che sono stati complessivamente ridotti⁷⁷. Ma, come si è in parte già accennato, malgrado il legislatore abbia fatto una scelta chiara in termini di semplificazione non tutti i nodi interpretativi sono stati sciolti.

La prima questione riguarda la natura dei termini che scandiscono il procedimento disciplinare. In un primo momento, nella bozza di decreto, il

sulle problematiche applicative in tema di infrazioni e sanzioni disciplinari e procedimento disciplinare.

⁷⁶ Sovraccarico che si aggiungerebbe, peraltro, a quello conseguente alla Riforma che attribuisce di fatto una quasi esclusiva competenza degli U.P.D. in materia e richiederebbe, di conseguenza, un potenziamento degli uffici, pena il rischio di sistematici sforamenti dei tempi procedurali perentori; sottolinea questo aspetto TENORE, *op. cit.*, p. 5.

⁷⁷ La riduzione dei tempi, applicata al procedimento, con l'esclusione dell'ipotesi di falsa attestazione della presenza in servizio, ha garantito una evidente semplificazione generale: 10 giorni per il capo-struttura (anche non dirigente) per segnalare "i fatti ritenuti di rilevanza disciplinare di cui abbia avuto conoscenza" all'U.P.D., un successivo termine di 30 giorni "dalla predetta segnalazione o dal momento in cui abbia altrimenti avuto piena conoscenza dei fatti ritenuti di rilevanza disciplinare" per notificare (atto recettizio) la contestazione degli addebiti e convocare l'interessato con un preavviso di almeno 20 giorni per l'audizione in contraddittorio a sua difesa e, infine, un termine di 120 giorni dalla contestazione dell'addebito per l'archiviazione o irrogazione della sanzione (atto non recettizio).

legislatore aveva optato per la “dequotazione dei vizi formali” scegliendo di renderli tutti ordinatori. Ma dopo i rilievi critici del Consiglio di Stato, che aveva avvertito dei rischi – anche rispetto ai principi della delega – dati dalla scelta espressa nella bozza del decreto di ritenere tutti i termini *ordinatori* (art. 55-*bis* co. 9 *ter*), il decreto definitivo ha scelto di preservare il carattere perentorio dei termini, per gli atti di avvio e di conclusione delle azioni; salva la tempestività dell’azione e il diritto di difesa dell’incolpato, infatti, la norma afferma che la violazione di termini *diversi* non potrà più comportare la decadenza e l’invalidità degli atti.

L’intenzione del legislatore è chiaramente quella di evitare che qualunque vizio endoprocedimentale si abbatta sulla validità della sanzione. Depone in tal senso, anche l’introduzione del co. 9-*bis* già citato che prevede la nullità delle disposizioni anche interne all’amministrazione che impongano requisiti formali o procedurali ulteriori rispetto a quelli indicati dalla legge o che comunque aggravino il procedimento disciplinare.

Tutto ciò a favore di una maggiore certezza dell’esercizio dell’azione disciplinare e a scapito delle garanzie per il dipendente pubblico, che risulta così addirittura meno tutelato del dipendente privato. Se infatti nel settore privato i vizi endoprocedimentali inficiano la validità della sanzione, ancorché prevedendo come conseguenza una tutela risarcitoria debole; nel pubblico impiego questo non accade (o non dovrebbe; sul punto cfr. *infra*).

Il che fa da contrappunto a ciò che avviene nel caso di violazioni gravi (violazione dei principi di immediatezza della contestazione e tempestività della sanzione), che determinano la nullità della sanzione e, in caso di licenziamento, la reintegra; laddove, invece, nel privato la sanzione, nel caso di vizi procedurali “normali”, è il risarcimento debole e, solo in caso di violazione grave del principio di immediatezza e tempestività, è il risarcimento forte secondo le sezioni unite della Cassazione e la reintegra – nel caso la sanzione irrogata sia il licenziamento – secondo altra parte della giurisprudenza⁷⁸.

A questo proposito, è evidente che, con riguardo ai vizi procedurali e alla violazione dei principi di immediatezza e tempestività, il legislatore ha finito per creare una asimmetria regolativa tra lavoro pubblico e privato che non ha alcuna ragionevole giustificazione di carattere organizzativo e su cui la Corte costituzionale potrebbe essere chiamata a dire la propria.

⁷⁸ Per una ricostruzione della giurisprudenza sul punto, cfr. CARUSO, *Il licenziamento disciplinare: la prospettiva rimediale tra bilanciamento della Corte costituzionale e diritto vivente giurisprudenziale*, in *DRI*, 2018, p. 483.

Inoltre, non è nemmeno certo che i problemi interpretativi chiusi fuori dalla porta non si ripresentino dalla finestra attraverso il riferimento alla compromissione del diritto alla difesa che rappresenta il limite alla irrilevanza delle violazioni procedurali.

La norma, infatti, prevede che la violazione dei termini e delle disposizioni sul procedimento disciplinare determini la decadenza dall'azione disciplinare e l'invalidità degli atti e della sanzione irrogata quando risulti irrimediabilmente compromesso il diritto di difesa del dipendente. Si tratta, con tutta evidenza, di una clausola di carattere generale a contenuto assai ampio (quando può dirsi compromesso il diritto di difesa?) che rischia di aprire ampi varchi alla integrazione giudiziale.

Sarebbe in questo caso il giudice a dover valutare se le violazioni (es. sfioramento di termini ordinatori o dilatori, errori procedurali, etc.) abbiano o meno un effetto invalidante sulla sanzione a seconda della sussistenza o meno della violazione del diritto alla difesa e del generale principio di tempestività; ed è evidente che si tratta di una valutazione soggettiva che, a sua volta, sarà il risultato della opzione interpretativa del giudice che andrà in un senso piuttosto che in un altro a seconda che sia più orientata alla difesa delle garanzie procedurali o più consona agli obiettivi di semplificazione della riforma.

Emblematico, a tal proposito, è quanto accaduto – in sede di interpretazione – con riferimento alle conseguenze della irregolare costituzione dell'UPD, la cui individuazione e costituzione l'art. 55-*bis* co. 2 demanda a ciascuna amministrazione.

La giurisprudenza si è pronunciata sul punto in maniera diametralmente opposta, da una parte affermando che la violazione di norme regolamentari riguardanti l'UPD si traduce nella violazione di una norma inderogabile primaria⁷⁹; d'altra parte, invece, sostenendo che il d.lgs. n. 165 del 2001 non attribuisce natura imperativa “riflessa” al complesso delle regole procedurali interne che regolano la costituzione e il funzionamento dell'UPD e, quindi, la violazione di quest'ultime non comporta nullità del procedimento⁸⁰.

È senz'altro evidente che il legislatore, nell'ottica della semplificazione

⁷⁹ La norma inderogabile primaria violata sarebbe l'art. 55 *bis*, co. 4 del d.lgs. n. 165/2001, che rinvia al regolamento interno dell'Amministrazione le modalità di costituzione dell'Ufficio per i Procedimenti Disciplinari (Cass. 25 novembre 2015 n. 24157; Trib. Siracusa 10 gennaio 2018).

⁸⁰ Cass. 25 ottobre 2017 n. 25379.

del procedimento e dell'“alleggerimento” dei vizi di procedura, abbia scelto di accogliere quest'ultima soluzione prospettata, ma non è escluso che residuino margini di interpretazione, come anche segnalato dal Consiglio di Stato⁸¹.

E ancora in tema di spazi di intervento/interpretazione in sede giudiziaria, giova segnalare la norma introdotta dall'art. 63, co. 2-*bis* novellato, che assegna al giudice il potere di sostituire, anche senza la domanda di parte, la sanzione che giudichi sproporzionata, con quella proporzionata (in *melius* e non in *peius*), convertendola in ossequio al principio di proporzionalità⁸². La valutazione sulla proporzionalità della sanzione sempre più spesso sottratta alla PA viene, dunque, in parte assegnata al giudice⁸³. D'altra parte – ancorché con riferimento alla sanzione del licenziamento nelle ipotesi tipizzate dalla legge – la giurisprudenza ha già avuto modo di chiarire che il principio di proporzionalità tra sanzione e infrazione è “regola valida per tutto il diritto punitivo” e comporta che non sia possibile “introdurre, con legge o con contratto, sanzioni disciplinari automaticamente consequenziali ad illeciti disciplinari” (Cass. 1 dicembre 2016, n. 24574)⁸⁴.

In ultimo, l'intervento sul procedimento della Riforma Madia è servito a risolvere, in parte, i dubbi riguardanti la corretta individuazione del *dies a quo*, con riferimento alle violazioni procedimentali che determinano la decadenza dall'azione disciplinare e l'invalidità degli atti e della sanzione irrogata.

⁸¹ Il Consiglio di Stato (Cons. St., Comm. spec., 21 aprile 2017 n. 916) ha, infatti, osservato che la norma “risulta alquanto generica e, in quanto tale, fonte di dubbi e incertezze, oltre che di un presumibile, ampio contenzioso, con esiti incerti per l'amministrazione, essendo sostanzialmente rimessa all'esclusivo apprezzamento del giudice la valutazione in concreto dell'effetto viziante, con violazione del principio di tassatività delle fattispecie punitive e delle relative sanzioni”.

⁸² Il legislatore ha modificato la norma in seguito ai rilievi critici del Consiglio di Stato sulla bozza che, invece, prevedeva di demandare, dopo il mero annullamento della sanzione sproporzionata da parte del giudice, alla stessa PA. il ri-esercizio dell'azione punitiva emendata dal vizio riscontrato dal giudice. Cfr. TENORE, *op. cit.*

⁸³ Cfr. BOSCATI, *La specialità del lavoro pubblico*, in *LPA*, 2018, 3, p. 29 per il quale tale previsione suscita perplessità in ragione della deroga al principio della domanda; al contrario, ritiene che tale norma speciale attribuisca al giudice il potere di deroga in ragione del prevalente interesse al buon andamento della pubblica amministrazione MARINELLI, *La revisione del procedimento disciplinare*, in *AA.VV., Il lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione dopo la riforma Madia*, Cedam, 2018, p. 90.

⁸⁴ Cfr. TAMPIERI, *op. cit.*, p. 14; ZOLI, *op. cit.*; VOZA, *op. cit.*; TENORE, *op. cit.*; MAINARDI, *Il licenziamento disciplinare per falsa attestazione di presenza in servizio*, in *GDA*, 2016, p. 591. Sul licenziamento disciplinare, cfr. ZAPPALÀ in questa rivista.

Il legislatore del 2017 ha, infatti, sostituito il riferimento alla “notizia dell’infrazione” con riferimenti più concreti: per quanto riguarda la contestazione, il *dies a quo* decorre “dal ricevimento della segnalazione da parte del responsabile della struttura, ovvero dal momento in cui l’UPD abbia altrimenti avuto piena conoscenza dei fatti ritenuti di rilevanza disciplinare”, ad esempio attraverso sentenze penali, esposti, atti ispettivi, ecc.; quanto alla conclusione del procedimento, esso decorre, invece, dalla contestazione dell’addebito.

Si tratta di un importante chiarimento – teso a garantire le esigenze di certezza dell’Amministrazione – con il quale il legislatore ha recepito le indicazioni di dottrina e giurisprudenza che avevano chiarito come il *dies a quo* non potesse ravvisarsi anche in mere segnalazioni generiche o laconiche, prive di minimali riscontri in ordine alla possibile rilevanza disciplinare dei fatti⁸⁵.

4.1. Gli effetti del procedimento disciplinare in caso di trasferimento e cessazione del rapporto di lavoro

Il d.lgs. n. 75/2017 è, poi, intervenuto – specificandola ulteriormente – anche su una delle novità introdotte dalla l. n. 150/2009, cioè la disciplina degli effetti del procedimento disciplinare in caso di trasferimento del lavoratore o di cessazione del rapporto di lavoro.

Già la Riforma Brunetta aveva regolamentato l’“ultrattività”⁸⁶ del procedimento disciplinare nella ipotesi sia di trasferimento del dipendente in un’altra amministrazione pubblica, sia in caso di cessazione del rapporto di lavoro quando, però, per l’infrazione commessa sia prevista la sanzione del licenziamento o sia stata disposta la sospensione cautelare dal servizio.

Con riferimento alla prima ipotesi, sul co. 8 dell’art. 55 *bis* la Riforma Madia è intervenuta specificando il procedimento da adottare, a) nel caso in cui il trasferimento avvenga in pendenza di procedimento disciplinare e b) quando l’Amministrazione di provenienza venga a conoscenza dell’illecito disciplinare successivamente al trasferimento del dipendente. Nell’ipotesi sub a), l’UPD trasmette gli atti⁸⁷ all’amministrazione in cui il dipendente è tra-

⁸⁵ Nel senso della necessità che il termine decorresse da una “completa ed esaustiva conoscenza dei fatti”, cfr. Cass., sez. lav., 10 gennaio 2008 n. 282; Cass., sez. lav., 2 ottobre 2007 n. 20654.

⁸⁶ RAVELLI, *op. cit.*

⁸⁷ Si parla nella norma di “tempestiva trasmissione”. Non è mancato chi ha rilevato come

sferito; per evitare che il procedimento sia compromesso, la legge dispone l'interruzione dei termini che ricominciano a decorrere dalla data di ricezione degli atti da parte dell'UPD dell'amministrazione di destinazione. L'interruzione, destinata a garantire che il procedimento disciplinare si svolga regolarmente, rischia di avere, come effetto, l'allungamento dei tempi previsti dalla norma per la conclusione del procedimento (che, nel caso estremo, possono anche raddoppiare)⁸⁸.

Quanto, invece, alla regolamentazione dell'ipotesi sub b), l'Amministrazione che venga a conoscenza del procedimento disciplinare dopo il trasferimento, provvede a segnalare immediatamente i fatti ritenuti di rilevanza disciplinare all'UPD dell'Amministrazione di destinazione e, a partire dalla data di ricezione della segnalazione, cominciano a decorrere i termini per la contestazione dell'addebito e per la conclusione del procedimento.

Il co. 8, così come modificato o, meglio arricchito, non fa altro che enunciare quanto in realtà già poteva ricavarsi dalla precedente formulazione che, evidentemente, comprendeva entrambe le ipotesi, pur in maniera implicita.

Di tal che, il d.lgs. n. 75 non sembra aggiungere nulla a quanto già disciplinato⁸⁹; piuttosto, la scelta di esplicitare tutte le fattispecie che possono verificarsi si colloca nel solco del processo di semplificazione ma, soprattutto, di responsabilizzazione di coloro che sono preposti all'applicazione delle disposizioni in materia di procedimento disciplinare, intrapreso dal legislatore. In entrambi i casi, ciò che è interessante notare è, infatti, l'ennesima specificazione degli obblighi posti in capo all'UPD; obblighi, la cui violazione costituisce – come già detto – un illecito disciplinare.

Per quanto, invece, riguarda la seconda ipotesi che regola gli effetti del procedimento disciplinare, qualcosa in effetti è cambiato. In luogo delle dimissioni, il nuovo co. 9 parla di cessazione del rapporto di lavoro, stabilendo

la mancanza di un termine preciso per la trasmissione degli atti non deponga a favore della celerità del procedimento, rischiando di ledere il diritto di difesa; in questo senso, cfr. CORDELLA, *Il procedimento disciplinare*, in ESPOSITO, LUCIANI, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L. (a cura di), *op. cit.*, p. 287.

⁸⁸ Cfr. DI PAOLA, *La nuova disciplina dell'esercizio del potere disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, in *RIDL*, 2010, p. 20.

⁸⁹ Il legislatore, peraltro, sceglie anche di non considerare le critiche sollevate rispetto alla carenza di interesse dell'Amministrazione di destinazione a sanzionare un dipendente che non si è reso responsabile di alcun inadempimento presso il nuovo datore di lavoro; in questo senso cfr. URSI, *Alcune considerazioni sul nuovo regime delle sanzioni disciplinari dopo il Decreto Brunetta*, in *LPA*, 2009, 5, p. 759 ss.

che quest'ultima estingue il procedimento disciplinare, salvo il caso che per l'infrazione commessa fosse previsto il licenziamento o sia stata disposta la sospensione cautelare dal servizio. La cessazione del rapporto di lavoro include, oltre alle dimissioni, anche la fine naturale del rapporto di lavoro (collocamento a riposo e morte) e il licenziamento che sia irrogato per ragioni diverse dall'illecito disciplinare di cui parla la norma (per quanto si tratti di una ipotesi assai remota).

Rispetto alle dimissioni, è stato già sostenuto che l'ultrattività del procedimento disciplinare possa avere un "effetto utile" per l'amministrazione, in quelle ipotesi in cui, ad esempio, il dipendente intenda sottrarsi all'irrogazione della sanzione del licenziamento per evitare di incorrere nelle preclusioni che alcuni bandi di concorso o regolamenti interni della pubblica amministrazione prevedono⁹⁰.

Più difficile, invece, è immaginare l'effetto utile negli altri casi citati di cessazione del rapporto di lavoro, soprattutto quando l'azione disciplinare non possa proseguire a causa del decesso del dipendente.

In quest'ultimo caso, infatti, si pone il problema della mancanza di interesse dell'Amministrazione sia a proseguire l'azione per evitare il rischio dell'elusione delle norme sull'accesso nella pubblica amministrazione, sia ad evitare che gli eredi chiedano la ripetizione delle retribuzioni non percepite⁹¹.

4.2. Rapporto tra procedimento disciplinare e procedimento penale

Infine, la Riforma Madia è intervenuta anche in tema di rapporto tra procedimento disciplinare e procedimento penale, quando il primo abbia ad oggetto, in tutto o in parte, fatti in relazione ai quali procede l'autorità giudiziaria.

Anche il d.lgs. n.75 del 2017 conferma il superamento della pregiudiziale penale⁹², lasciando quest'ultima come eccezione (facoltativa)⁹³ in caso di par-

⁹⁰ In questo senso, CURRAO, PICARELLA, *Lo sguardo "severo" del legislatore: le nuove regole del potere disciplinare*, in *LPA*, 2010, 2-4, p. 566.

⁹¹ In argomento, cfr. CORDELLA, *op. cit.*, p. 283-284 e la giurisprudenza ivi citata.

⁹² Sul superamento per legge della pregiudizialità del procedimento penale, cfr. SORDI, *I rapporti tra procedimento disciplinare e procedimento penale nelle amministrazioni pubbliche*, in *LPA*, 2010, 3-4, p. 603 ss.; CORSO, *Procedimento disciplinare e procedimento penale dopo la riforma del d.lgs. n. 150/2009*, in *LPA*, 2010, 3-4, p. 159 ss.

⁹³ In base alla formulazione dell'art. 55 *ter* co. 1, L'UPD può, non deve, sospendere il procedimento disciplinare fino al termine di quello penale.

icolare complessità dell'accertamento del fatto addebitato al dipendente e solo per le infrazioni per le quali è applicabile una sanzione superiore alla sospensione dal servizio senza retribuzione fino a 10 giorni⁹⁴.

Il d.lgs. 75 ha però, in aggiunta, previsto che l'azione disciplinare sospesa possa essere riattivata anche prima che si formi il giudicato penale, qualora sopravvenuti elementi probatori, tra i quali la sentenza penale di merito (di primo o secondo grado), siano sufficienti secondo l'U.P.D. per concludere il procedimento (co. 1).

Rispetto a tale previsione potrebbe, ancora una volta, porsi il problema del *dies a quo*, cioè di quando debba ritenersi che eventuali sopravvenuti elementi nuovi siano sufficienti per concludere il procedimento al fine di valutare la tempestività dell'azione dell'UPD o l'eventuale sua inerzia. La norma dice "ivi incluso un provvedimento giurisdizionale"; il che significa che può essere *anche* un provvedimento giurisdizionale e in questo caso si potrebbe supporre che la conoscenza da parte dell'UPD e quindi la riattivazione del procedimento debba darsi nel momento in cui l'UPD sia informato degli sviluppi giudiziari (ad esempio, una sentenza di primo grado)⁹⁵; ma evidentemente non si tratta dell'unica opzione, poiché verosimilmente il legislatore intende riferirsi anche alle notizie che l'UPD potrebbe ottenere facendosi rilasciare copia della documentazione contenuta nel fascicolo penale, che diventa disponibile una volta depositato in cancelleria dal PM al momento della richiesta del rinvio a giudizio⁹⁶.

Per quanto attiene alla riapertura del procedimento disciplinare, essa avviene ad istanza di parte in caso di assoluzione del dipendente, quando il procedimento disciplinare si sia concluso con l'irrogazione di una sanzione; e (obbligatoriamente) in caso di condanna, sia quando il procedimento disciplinare si sia concluso con archiviazione e intervenga una sentenza penale di condanna, sia quando si sia concluso con l'irrogazione di una sanzione diversa dal licenziamento e il procedimento penale abbia invece accertato un comportamento del dipendente per il quale la legge prevede l'irrogazione della sanzione del licenziamento⁹⁷. Rispetto alla notizia circa l'esito del pro-

⁹⁴ Art. 55-ter co. 1.

⁹⁵ Resta, in ogni caso, il problema di datare esattamente il momento a partire dal quale l'UPD possa ritenersi responsabile di un eventuale ritardo nella riattivazione del procedimento disciplinare; così CORDELLA, *op. cit.*, p. 289-290.

⁹⁶ In questi termini, KRANZ, *I tre procedimenti disciplinari connessi con i procedimenti penali pendenti*, in *Azienditalia*, 2018, 1, p. 64.

⁹⁷ In entrambi i casi si dovrà tenere conto della previsione di cui all'art. 653 c.p.p. sull'ef-

cedimento penale, il legislatore del 2009 si è preoccupato di inserire nel codice di procedura penale l'art. 154 *ter*, il quale prevede l'obbligo di comunicazione da parte della cancelleria del giudice che ha pronunciato la sentenza penale nei confronti di un lavoratore dipendente di un'amministrazione pubblica, del dispositivo all'amministrazione di appartenenza ed, eventualmente su richiesta della stessa, della copia integrale del provvedimento (così art. 70 d. lgs. n. 150/2009)⁹⁸.

In ultima analisi, dunque, la riforma Madia conferma il superamento della pregiudiziale penale; ciò nondimeno, nei casi in cui il procedimento penale si concluda con una sentenza passata in giudicato di condanna, si ribadisce l'obbligatorietà dell'azione disciplinare e la compressione dell'autonomia della PA a favore della sua funzione punitiva.

5. *La Riforma Madia tra comportamenti imposti e inefficienze irrisolte*

Con l'ennesimo provvedimento concepito in un lasso di tempo relativamente breve, il legislatore non ha fatto altro che modificare ulteriormente la regolamentazione giuridica del potere disciplinare della Pubblica Amministrazione originariamente prevista dall'art. 55 d.lgs. n. 165/2001, intervenendo – come già aveva fatto la riforma Brunetta – nel senso di una esaltazione esasperata dell'aspetto punitivo in funzione organizzativa.

Per sua natura, il potere disciplinare è uno strumento concepito come accidentale nella complessiva gestione del rapporto di lavoro da parte di una dirigenza che agisce con “la capacità e i poteri del privato datore di lavoro” al fine di garantire il corretto funzionamento della Pubblica Amministrazione, migliorandone l'efficienza; in esito, invece, alle recenti riforme, la sanzione tende ad essere regolamentata come un passaggio obbligato, quasi necessario (e, quindi, fisiologico) “al fine di potenziare il livello di efficienza degli uffici pubblici e contrastare i fenomeni di scarsa produttività e assenteismo”.

Il risultato è una tensione tra il fondamento contrattuale del potere disciplinare e un sempre più invasivo controllo legislativo sulle sue modalità di

ficacia di giudicato delle sentenze penali nei giudizi di responsabilità disciplinare davanti alle pubbliche autorità; così MARINELLI, *op. cit.*, p. 98-99.

⁹⁸ Sul punto, però, cfr. i dubbi sulla esatta individuazione del *dies a quo* espressi da SORDI, *op. cit.*, p. 613.

esercizio, che si risolve nella tensione tra *status* del dipendente pubblico e contratto.

L'intero intervento del legislatore dell'ultima Riforma è, infatti, orientato in direzione opposta rispetto all'affermazione della natura contrattuale del potere disciplinare, tendendo, invece, verso una sorta di ri-specializzazione della disciplina del rapporto di lavoro pubblico.

Il che appare già evidente a partire dal rimescolamento delle fonti realizzato attraverso l'introduzione di una nuova fonte di individuazione degli obblighi del dipendente (il codice di comportamento) che non si sovrappone al contratto collettivo ma ne integra il contenuto – assumendo autonomo rilievo disciplinare –, segnando, così, uno *status* del dipendente pubblico che si contrappone alla contrattualità del rapporto di lavoro.

In più, l'intervento legislativo in funzione definitoria – inaugurato già dalla riforma Brunetta – si fa ancora più invasivo con l'inasprimento, in alcuni casi, e l'introduzione, in altri, di fattispecie che appaiono nulla più che tentativi di ingabbiare comportamenti noti e riprovevoli in meccanismi sanzionatori automatici ma che, di fatto, risultano superflui e rendono più complesso l'esercizio del potere disciplinare, in ragione dei diversi problemi applicativi che pongono (cfr. §§ 1.2., 3). Il sistema così creato produce l'effetto di relegare la contrattazione collettiva ad una funzione sempre più residuale e di ridurre l'autonomia della Pubblica Amministrazione attraverso la previsione della quasi obbligatorietà dell'azione disciplinare.

L'inadeguatezza degli strumenti concepiti dal legislatore rende, così, ancora più evidente l'equivoco di un intervento che, al fine di garantire una maggiore efficienza della Pubblica Amministrazione, assegna al potere disciplinare un ruolo che, invece, appartiene per natura al potere organizzativo, cui ormai la Pubblica Amministrazione e, per essa, la dirigenza sembra aver abdicato da tempo.

Con ciò dimostrando chiaramente una mancanza di fiducia nei confronti, da una parte, degli attori collettivi e, dall'altra, dei responsabili dell'attivazione del procedimento disciplinare e, ancor prima, del dipendente, al quale si chiede di vestire i panni di un fantomatico *homo novus*, dalla cui rettitudine morale prima ancora che professionale – imposta attraverso la minaccia della sanzione – dovrebbe discendere l'efficienza della Pubblica Amministrazione.

Quale possa essere il risultato di un'operazione di questo genere non è dato saperlo, non ancora perlomeno; a giudicare, però, dai primi bilanci ap-

plicativi delle nuove regole e dalle notizie che la stampa riporta ormai quotidianamente, quei comportamenti lassisti e dannosi per l'immagine collettiva della Pubblica Amministrazione – primo vero bersaglio delle riforme – non sono stati cancellati. E se l'assenteismo che rappresenta una violazione di obblighi inerenti alla prestazione lavorativa ed è, dunque, comportamento punibile secondo gli ordinari principi di applicazione del potere disciplinare, non è stato eliminato; è assai improbabile che il problema della scarsa efficienza potrà essere risolto semplicemente “mettendo in castigo” i dipendenti indisciplinati.

Questa guerra, senza esclusione di colpi, intrapresa dal legislatore contro l'assenteismo e l'inefficienza, ma combattuta con armi “improprie”, e che difficilmente sortirà gli effetti utili sperati, lascia, invece, sul campo di battaglia una vittima illustre, il contratto (collettivo e individuale), sempre più indebolito e continuamente assediato da chi pretenderebbe di surclassarlo come fonte unica del rapporto di lavoro, facendo prevalere l'etichetta di uno *status* assegnato al dipendente pubblico che guarda al passato con nostalgia⁹⁹.

⁹⁹ Per una approfondita analisi del problema del rapporto tra *status* e contratto, cfr. CARUSO in questa rivista.

Abstract

Il saggio analizza il tema dell'esercizio del potere disciplinare nella Pubblica Amministrazione, con riferimento agli elementi di riforma introdotti dalla legge n. 150/2009 e dal d.lgs. n. 75/2017, che hanno stravolto la natura dell'art. 55 del d.lgs. n. 165/2001, trasformandolo nella norma simbolo del processo di allontanamento del lavoro pubblico dal lavoro privato. In particolare, si critica il fatto che il nuovo assetto delle fonti, l'inasprimento delle sanzioni e l'obbligatorietà dell'azione disciplinare rendano l'esercizio del potere disciplinare uno strumento di gestione ordinario del rapporto di lavoro nel segno di una "nuova etica comportamentale" alla quale si affida il recupero dell'efficienza della Pubblica Amministrazione.

The essay deals with the issue of disciplinary power in public employment, focusing on the elements – introduced by the legislative reforms implemented in 2009 and 2017 – that made art. 55 of the Legislative Decree no. 165/2001 the symbol of the divergences between private and public sector employment. In particular, the author argues that the new sources system, the strengthening of the sanctions and the mandatory nature of the disciplinary action make the disciplinary power a sort of ordinary tool of management of employment relationship, in the direction of "a new behavioural ethics" aimed at a recovery of public administration's efficiency.

Key words

Pubblica amministrazione, potere disciplinare, codice di comportamento, sanzioni, obbligatorietà dell'azione disciplinare, procedimento disciplinare.

Public administration, disciplinary power, code of conduct, sanctions, disciplinary action, disciplinary procedure.