


LA RIFORMA DEI RAPPORTI DI LAVORO NELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

Commento alle innovazioni della XVII legislatura (2013-2018)
con particolare riferimento ai d.lgs. nn. 74 e 75
del 25 maggio 2017 (c.d. riforma Madia)

a cura di

Marco Esposito, Vincenzo Luciani
Antonello Zoppoli, Lorenzo Zoppoli

 UNIVERSITÀ
DI SIENA 1240
Biblioteca di Area Giuridico -
Politologica "Circolo Giuridico"



G. Giappichelli Editore

Umberto Gargiulo

Il licenziamento disciplinare

SOMMARIO: 1. Il licenziamento disciplinare del lavoratore pubblico e la sua "specialità". - 2. Le ipotesi previste dalla legge tra lotta ai "furbetti" e reale utilità di una tipizzazione delle fattispecie. - 2.1. La falsa attestazione della presenza in servizio. - 2.2. L'assenza ingiustificata. - 2.3. Il rifiuto *ingiustificato* del trasferimento. - 2.4. Le falsità documentali o dichiarative. - 2.5. Condotte "mobbizzanti" e licenziamento. - 2.6. Il licenziamento conseguente a interdizione perpetua dai pubblici uffici. - 2.7. Il licenziamento per violazione del codice di comportamento. - 2.8. Il licenziamento per mancanze connesse all'esercizio del potere disciplinare. - 2.9. Il licenziamento per insufficiente rendimento. - 3. La sospensione cautelare obbligatoria (art. 55 *quater*, co. 3 *bis* e 3 *ter*). Problemi di coordinamento.

1. Il licenziamento disciplinare del lavoratore pubblico e la sua "specialità"

Con il d.lgs. 25 maggio 2017 n. 75 il legislatore interviene nuovamente, a distanza di neppure un anno, sul licenziamento disciplinare nel lavoro pubblico, novellando ancora una volta l'art. 55 *quater* del d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, introdotto nel 2009 (con il d.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150) e già modificato dal d.lgs. 20 giugno 2016 n. 116, a sua volta oggetto di un provvedimento correttivo successivo al c.d. decreto Madia (attraverso l'art. 2, d.lgs. 20 luglio 2017 n. 118).

Basterebbe l'elenco della successione legislativa a segnalare quanto sia tellurico questo ambito; eppure l'esperienza del lavoro privato e i primi decenni di vigenza della privatizzazione confermano invece come l'esercizio del potere disciplinare richieda una "sedimentazione" delle norme, per entrare efficacemente a regime. Solo un'adeguata stabilità normativa consente alla giurisprudenza di assestare le proprie interpretazioni e ai datori di lavoro, nel nostro caso le Pubbliche Amministrazioni, di *fare pratica* nell'esercizio di un potere datoriale peculiare come quello sanzionatorio¹; un potere che implica *scientia* tecnica e *conscientia* applicativa, richiedendo adeguate dosi di equilibrio, soprattutto se, come il legislatore

¹ Nel contesto di una riflessione più ampia sul rapporto tra stratificazioni normative e paradigmi interpretativi giurisprudenziali che accompagnano i processi di riforma del lavoro pubblico, v. le osservazioni di VISCOMI, *Il pubblico impiego: evoluzione normativa e orientamenti giurisprudenziali*, in *DLRI*, 2013, p. 53.

non manca di dire espressamente², ad esso voglia conferirsi una portata “organizzativa”³ (più estesa, dunque, di una mera logica preventiva, basata sulla dissuasione), piuttosto che una prospettiva esclusivamente repressiva degli inadempimenti.

La norma in commento, fermo restando il ricorso alle clausole generali di giusta causa e giustificato motivo, individua quindi (già dalle versioni previgenti, sin dal 2009) alcune ipotesi per le quali s’impone “comunque” la sanzione del licenziamento.

In termini generali, però, va subito evidenziato come da tempo sia prevalente al riguardo un’interpretazione costituzionalmente orientata⁴, che esclude qualsivoglia meccanismo automatico⁵, cosicché il titolare dell’azione disciplinare – alla luce del principio di proporzionalità ex art. 2106 c.c. – resta sempre legittimato ad applicare, all’esito del procedimento, una sanzione conservativa. Queste letture, del resto, vengono rafforzate da una “condivisibile linea giurisprudenziale diretta a valorizzare l’applicazione del principio di proporzionalità anche per le ipotesi dell’art. 55 *quater*, negando quindi ogni automatismo e riferendo piuttosto la prescrivibilità del co. 1 della norma all’impossibilità di una diversa tipizzazione

² Nel d.lgs. 150/09, all’art. 67, norma di apertura del Capo dedicato alle sanzioni, rubricata appunto “ *Oggetto e finalità*”, si legge che le disposizioni in questione “recano modifiche in materia di sanzioni disciplinari e responsabilità dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche [...] al fine di potenziare il livello di efficienza degli uffici pubblici e di contrastare i fenomeni di scarsa produttività ed assenteismo”.

³ Cfr. BAVARO, *Il potere disciplinare*, in CARABELLI, CARINCI M.T. (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, 2010, p. 223, il quale rileva “una filosofia di fondo che enfatizza il potere di irrogare sanzioni disciplinari nell’esercizio dell’azione organizzativa”, sicché “l’esercizio del potere disciplinare non è visto tanto e solo come un effetto patologico nell’organizzazione del lavoro (perciò eccezionale), quanto un fattore fisiologico dell’organizzazione” amministrativa. Il tema è, ovviamente, ampio quanto delicato e non può essere affrontato in queste pagine. Tuttavia occorre sempre utilizzare grande prudenza nel porre in relazione l’inadempimento contrattuale del singolo e la ricaduta organizzativa di quel medesimo comportamento. Come correttamente evidenziava VARDARO, *Il potere disciplinare giuridificato*, in DLRI, 1986, p. 12, vi è sempre “uno scarto tra la frazione dell’organizzazione aziendale di lavoro, rilevante sul piano del singolo contratto di lavoro, e l’organizzazione aziendale complessivamente intesa, quale risultante dell’insieme dei molteplici contratti (non solo di lavoro) stipulati dall’imprenditore”; lettura ripresa da VOZA, *Fondamento e fonti del potere disciplinare nel lavoro pubblico*, in LPA, 2011, p. 647, secondo il quale “di conseguenza, soltanto i comportamenti che si riflettono su quella singola ‘frazione’ saranno imputabili al lavoratore”.

⁴ C. Cost. 27 aprile 1993 n. 197, in FI, 1994, I, c. 385.

⁵ BOSCATI, *Responsabilità disciplinare e responsabilità dirigenziale: alla ricerca della fattispecie*, in LPA, 2014, p. 525. In giurisprudenza v., ad esempio, Cass. 21 giugno 2011 n. 35, in *DeJure*; Cass. 13 febbraio 2012 n. 2013, in FI, 2012, I, c. 1029; Cass. 1° dicembre 2016 n. 24574, in DRI, 2017, p. 209, ma pure Cass. 26 settembre 2016 n. 18858, in *DeJure*; cfr. già Cass. 26 gennaio 2016 n. 1351, in *DeJure* (sulla quale v., criticamente, TAMPIERI, *Il licenziamento del dipendente pubblico prima e dopo il “Jobs Act”*, Giappichelli, 2016, p. 18). *Contra* VALLEBONA, *La riforma del lavoro pubblico: il difficile risveglio da un incubo*, in MGL, 2010, 3, p. 134; ROMEI, *Spunti sulla responsabilità disciplinare dei dipendenti pubblici*, in AA.VV., *Studi in onore di Tiziano Treu. Lavoro, istituzioni, cambiamento sociale*, Jovene, 2011, 3, p. 1633, i quali valorizzano il dato testuale (il “comunque” della norma), affermando che il legislatore avrebbe anticipato la valutazione di proporzionalità, operandola direttamente, impedendo il successivo intervento giudiziale.

sanzionatoria svolta in via convenzionale delle ipotesi elencate e dunque da parte dei contratti collettivi”⁶.

Questo è, pertanto, come appare evidente, il cuore del problema. Al riguardo è, infatti, certamente imprescindibile una ricostruzione sistematica dell’istituto nel più ampio contesto del potere disciplinare riconosciuto al datore di lavoro pubblico (a sua volta riconducibile all’attribuzione di capacità e poteri del privato datore di lavoro, ai sensi degli artt. 2, co. 2, e 5, d.lgs. n. 165/01), là dove il principio di proporzionalità, sancito all’art. 2106 c.c. e confermato dal primo capoverso dell’art. 55 del decreto, viene a porsi quale fondamentale cardine applicativo (e interpretativo) dell’intera disciplina⁷.

Indubbiamente, il dato testuale impositivo (il “comunque” posto in apertura della norma) non può essere svilito a mera indicazione o ridotto a suggestione, dalla “valenza psicologica”⁸, nei riguardi del soggetto chiamato a esercitare il potere sanzionatorio. Il responsabile dell’articolazione organizzativa incaricato della segnalazione della condotta ai fini dell’addebito e ancor più l’Ufficio per i procedimenti disciplinari dovranno considerare applicabile di *default* il licenziamento, salvo ritenere – con adeguata motivazione – che nella concreta situazione esaminata vi siano elementi di fatto o connotazioni inerenti alla volontarietà che portino a svilire la gravità del comportamento contestato, sconsigliando la sanzione espulsiva.

Aspetto parallelo e non meno delicato attiene allo spazio lasciato al giudice nella successiva valutazione di adeguatezza della sanzione rispetto all’addebito. Al riguardo, la Suprema Corte non manca di ribadire che la proporzionalità è “regola valida per tutto il diritto punitivo (sanzioni penali, amministrative) e risulta trasfusa per l’illecito disciplinare nell’art. 2106 c.c., con conseguente possibilità per il giudice di annullamento della sanzione ‘eccessiva’, proprio per il divieto di automatismi sanzionatori, non essendo, in definitiva, possibile introdurre, con legge o con contratto, sanzioni disciplinari automaticamente consequenziali ad illeciti disciplinari”⁹.

⁶ MAINARDI, *Il licenziamento disciplinare per falsa attestazione di presenza in servizio*, in GDA, 2016, p. 591.

⁷ Un’approfondita disamina dell’applicazione del principio di proporzionalità alle fattispecie di licenziamento tipizzate dal legislatore, si legge in TENORE, *Proporzionalità della sanzione disciplinare e rapporto con le sanzioni espulsive imposte ex lege dal ccnl nel pubblico impiego privatizzato*, in LPA, 2015, p. 797.

⁸ BORGOGELLI, *Sui poteri della dirigenza pubblica nella disciplina dei rapporti di lavoro: il nuovo modello regolativo*, in AA.VV., *Studi in onore*, cit., III, p. 1554.

⁹ Cass. 1° dicembre 2016 n. 24574, *cit.* Questi orientamenti confermano una linea interpretativa consolidata della Suprema Corte, superando la giurisprudenza (che mi pare condivisa da BOSCATI, *op. cit.*, p. 554), per la quale “quando è la legge stessa ad operare una valutazione di gravità dell’infrazione disciplinare e di congruità della relativa sanzione espulsiva, resta interdetto ogni ulteriore margine di valutazione ad opera del giudice”: così Cass. 8 luglio 2011 n. 15098, in *DeJure*. Questa lettura si collegava ad un orientamento riferito al lavoro privato (Cass. 13 aprile 2007 n. 8910, in RIDL, 2007, II, p. 885), secondo cui: “Il potere di infliggere sanzioni disciplinari e di proporzionare la gravità all’illecito accertato rientra nel potere di organizzazione dell’impresa quale

In realtà, sin dalla c.d. "Riforma Brunetta" (d.lgs. 27 ottobre 2009 n. 150), l'elencazione di ipotesi predeterminate di licenziamento disciplinare ha avuto una funzione differente da quella che sarebbe sua propria, di ricognizione e puntualizzazione della fattispecie, rispondendo piuttosto ad esigenze di *marketing* politico, di volta in volta esplicitate con espressioni mediaticamente efficaci quanto giuridicamente evanescenti, che in luogo di descrivere prestatori inadempienti, segnalano "fannulloni" (con riguardo al rendimento lavorativo o all'assenteismo) o "furbetti" (con specifico riferimento alla fraudolenta attestazione di presenza in servizio).

Le situazioni ricondotte oggi esplicitamente al licenziamento disciplinare rientrerebbero senza difficoltà nelle nozioni di giusta causa e giustificato motivo soggettivo, anche in virtù di orientamenti giurisprudenziali consolidati, che a differenza di quanto accade per la previsione (contrattuale) di sanzioni conservative, riconnettono alle elencazioni riferite al recesso una valenza puramente esemplificativa, escludendone un'efficacia vincolante, limitativa nei confronti del datore di lavoro e del giudice.

La giurisprudenza, formatasi con riferimento alle ipotesi di licenziamento individuate dalla contrattazione collettiva, assume invero una posizione articolata, scindendo la situazione nella quale il contratto collettivo colleghi all'inadempimento una sanzione conservativa¹⁰, dall'ipotesi in cui lo individui come causa di recesso¹¹. Dal momento che giusta causa e giustificato motivo soggettivo trovano fondamento direttamente nella legge, si ritiene così, generalmente, che il giudice

esercizio della libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost., onde è riservato esclusivamente al titolare e, neppure quanto alla riduzione della gravità della sanzione, può essere esercitato dal Giudice (Cass. 16 novembre 2000 n. 14841; Cass. 21 maggio 2002 n. 7462 e cfr. Cass. 16 agosto 2004 n. 15932), salvo il caso in cui l'imprenditore abbia superato il massimo edittale e la riduzione consista perciò soltanto in una riconduzione al limite".

¹⁰ Di questo avviso dottrina e giurisprudenza prevalenti: v. PELLACANI, *Il cosiddetto "collegato lavoro" e la disciplina dei licenziamenti: un quadro in chiaroscuro*, in RIDL, 2010, I, p. 243; PISANI, *La giustificazione del licenziamento tra legge e contratto*, in MGL, 2009, 10, p. 737; in giurisprudenza: Cass. 20 marzo 2008 n. 7600, in *DeJure*; Cass. 29 settembre 2005 n. 19053, in OGL, 2005, I, p. 918; Cass. 19 agosto 2004 n. 16260, in *DeJure*.

¹¹ V. di recente Cass. 5 aprile 2017 n. 8818, in *DeJure*. Alle previsioni contrattuali viene riconosciuto solitamente un valore meramente indicativo, orientativo, in ragione della provenienza dalle parti sociali, senza che la considerazione di una determinata condotta come legittima ragione giustificativa del recesso possa vincolare l'interprete, il quale può sempre pervenire a una diversa conclusione, purché in tal caso motivi in maniera adeguata la decisione di dissociarsi da quello che appare essere il voluto delle parti sociali. Cass. 11 luglio 2014 n. 16009, in *www.wikilabour.it*; Cass. 7 ottobre 2013 n. 22791, in LG, 2014, p. 82; Cass. 19 agosto 2004 n. 16260, cit.; Cass. 23 aprile 1990 n. 3357, in RIDL, 1990, II, p. 902. Per converso, l'omessa previsione di una specifica infrazione è considerata irrilevante ai fini della legittimità del licenziamento, qualora le condotte addebitate al lavoratore configurino violazioni di norme di legge o di principi fondamentali del vivere civile (c.d. minimo etico): Cass. 18 febbraio 2011 n. 4060, in *DeJure*; Cass. 20 marzo 2008 n. 7600, in *DeJure*; Cass. 2 settembre 2004 n. 17763, in NGL, 2005, p. 231; Cass. 17 giugno 2004 n. 11369, in *DeJure*; Cass. 16 marzo 2004 n. 5372, in *DeJure*. In argomento cfr. FERRANTE, *Fondamento e natura del potere disciplinare*, in MAINARDI (a cura di), *Il potere disciplinare del datore di lavoro*, Utet, 2012, p. 7; BOLLANI, *Il licenziamento disciplinare*, in MAINARDI (a cura di), *Il potere disciplinare*, cit., pp. 136 e 137.

possa dichiarare legittimo il licenziamento ogni volta che il comportamento concreto del lavoratore sia riconducibile alle fattispecie legali¹².

Al contempo, la tipizzazione delle ipotesi di licenziamento, come anticipato, resta soggetta al prudente apprezzamento del giudice, chiamato a verificare in concreto, caso per caso, la configurabilità dell'infrazione e la proporzionalità della sanzione.

Per converso, la previsione legale di ipotesi da ricondurre al licenziamento disciplinare, se da un lato pare vincolare all'applicazione della sanzione espulsiva, dall'altro – in considerazione della gravità degli effetti connessi alla previsione – riduce la flessibilità dell'interpretazione, richiedendo una perfetta corrispondenza tra fattispecie tipizzata e condotta concretamente addebitata al lavoratore inadempiente. Si pensi, ad esempio, alla lett. *b* dell'art. 55 *quater*: in questo caso un'assenza ingiustificata di tre giorni consecutivi, in coincidenza semmai con appuntamenti amministrativi importanti (la scadenza di una richiesta di finanziamento, l'approvazione di un bilancio, ecc.) è rimessa alla valutazione datoriale, mentre un'assenza di appena poche ore superiore alla prima, seppure distribuita su un arco temporale biennale, sarebbe esposta necessariamente (*comunque*, per dirla con la norma) al recesso con preavviso¹³.

In realtà, forse, come già in altre occasioni, il legislatore del lavoro pubblico mostra di non avere fiducia nelle capacità manageriali delle amministrazioni: il timore che si continuasse a tenere un atteggiamento frequentemente assolutorio (punito specificamente: sulle infrazioni di cui ai co. 1, lett. *f ter*, e 3 *quinquies*, v. *infra*, nonché i rilievi contenuti in altro commento di questo volume) nei confronti di condotte talora oggettivamente gravi, anche in termini di danno all'immagine dell'amministrazione, ha portato quindi a forzare la mano, annullando i margini di discrezionalità degli enti al cospetto di comportamenti caratterizzati da elevato disvalore sociale, prima ancora che giuridico.

Ecco allora che il legislatore del 2017, forse per rendere omaggio al grande Totò, a cinquant'anni dalla morte, ribadisce la sua idea di un licenziamento disciplinare da applicare "*comunque*" e, dunque, si passi l'irriverenza, ... "*a prescindere!*", cui fa da contrappeso l'atteggiamento della giurisprudenza, la quale conferma che la previsione di condotte tipizzate *ex lege*, se sottrae alla contrattazione collettiva ogni valutazione circa la proporzione tra infrazione e sanzione, lascia sempre – e qui: *comunque* – al giudice il controllo, fondato sull'art. 2106 c.c.¹⁴, di adeguatezza della sanzione irrogata.

¹² Cfr. Cass. 18 dicembre 2014 n. 26741, in *DeJure*; Cass. 18 novembre 2009 n. 24329, in *DeJure*; Cass. 18 dicembre 2008 n. 29668, in *DeJure*; Cass. 14 febbraio 2005 n. 2906, in LG, 2005, p. 1133, con nota di GIRARDI; Cass. 27 settembre 2002 n. 14041, in *DeJure*; Cass. 30 maggio 1990 n. 5060, in *DeJure*.

¹³ Cass. 25 agosto 2016 n. 17335, in FI, 2016, I, c. 3066, con nota di RICCI G., ritiene rilevante disciplinarmente ai sensi dell'art. 55 *quater* la condotta del lavoratore pubblico che non abbia correttamente comunicato lo stato di malattia, ancorché sussistente, secondo le forme inderogabili previste dall'art. 55 *septies*.

¹⁴ Tra le altre: Cass. 1 dicembre 2016 n. 24574, in *DeJure*.

È pertanto alla luce di siffatte premesse, veri e propri pilastri giuridici che reggono l'intero edificio del potere disciplinare datoriale, che si può passare all'esame delle specifiche ipotesi contemplate dalla norma in commento.

Si tratta di situazioni differenti, le quali avrebbero potuto essere agevolmente ricondotte all'interno della giusta causa ovvero qualificabili come notevole inadempimento, senza necessità di ricorrere a una tipizzazione che, per il fatto stesso di essere puntuale e, quindi, di stretta interpretazione, rischia talvolta, con singolare eterogeneità dei fini, di rendere più difficoltosa in concreto l'identificazione dell'illecito, anziché agevolarne la riconoscibilità¹⁵.

2. Le ipotesi previste dalla legge tra lotta ai "furbetti" e reale utilità di una tipizzazione delle fattispecie

Fatta dunque la "tara" all'obbligo di adottare il recesso, l'elencazione che si legge nell'art. 55 *quater* oscilla peraltro visibilmente tra opportune esigenze di tipizzazione – che possono ugualmente avere un'utilità, se lo scopo è di agevolare il datore nell'individuazione delle situazioni ricomprese nella fattispecie di infrazione – e la segnalazione, dalla valenza prevalentemente "mediatica", delle situazioni rispetto alle quali la legge dichiara l'intenzione di non fare sconti, che ha dunque come destinataria l'opinione pubblica prima ancora che le amministrazioni e i loro dipendenti.

È opportuno, allora, a questo punto, l'esame delle singole fattispecie previste dalla norma.

2.1. La falsa attestazione della presenza in servizio

La lett. *a* della previsione in commento sanziona con il licenziamento senza preavviso la falsa attestazione della presenza in servizio, conseguita con modalità fraudolente¹⁶, a partire dall'alterazione dei sistemi di rilevamento, cui viene affiancata l'ipotesi speculare di assenza formalmente giustificata da certificazione medica falsa, nella duplice "versione" del falso materiale (certificazione sanitaria non redatta dal medico) ovvero di quello ideologico (certificazione "che attesta falsamente uno stato di malattia").

¹⁵ Osserva criticamente ancora MAINARDI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 587, che "una eccessiva tipizzazione dell'illecito potrebbe rendere più complessa o addirittura impossibile la configurazione dello stesso nel caso concreto ed ai fini disciplinari, sì come avvenuto per l'ipotesi di licenziamento per 'insufficiente rendimento'".

¹⁶ Il riferimento alla fraudolenza consente forse di evitare l'applicazione della sanzione espulsiva alle ipotesi, non infrequenti, nelle quali il lavoratore abbia ommesso di registrare l'uscita anticipata per ragioni che risultino del tutto comprensibili (es. un'emergenza familiare), sì da configurare una vera e propria scriminante, o comunque non così gravi da giustificare il licenziamento, come nel caso di uscita anticipata non registrata, ma che risulti anticipata soltanto di pochi minuti rispetto all'orario di conclusione della prestazione e che configuri un episodio del tutto isolato.

Al co. 1 *bis* il legislatore, anche in tal caso con previsione che appare superflua, dilata la fattispecie, ribadendo che "costituisce falsa attestazione della presenza in servizio qualunque modalità fraudolenta posta in essere, anche avvalendosi di terzi", parificando dunque all'alterazione realizzata materialmente (o tecnicamente) dall'interessato quella ottenuta con la complicità di un terzo. È evidente che, per affermare che della violazione *risponde* anche chi abbia agevolato la condotta fraudolenta, il legislatore pensa a un collega di lavoro dell'autore della medesima.

In effetti, la parte più "dura" della norma si rinviene proprio nell'estensione soggettiva e oggettiva dell'ambito vietato. La fattispecie è circoscritta dalla sussistenza della fraudolenza, cioè caratterizzata da un'azione tesa all'inganno del datore di lavoro; al contempo è ampliata, là dove l'infrazione è riconnessa a "qualunque modalità" per aggirare l'amministrazione: sicché "la formulazione utilizzata induce a ritenere la norma applicabile a tutti i casi di assenteismo o di mancato rispetto dell'orario di lavoro, a prescindere dalla concreta modalità di realizzazione della condotta"¹⁷.

Ebbene, mentre per la condotta dell'avvantaggiato non vi sono dubbi che anche senza la previsione testuale dell'art. 55 *quater* si potesse pervenire alla sanzione espulsiva, maggiori problemi pone senza dubbio, anche sul piano probatorio (il cui onere, *ex art. 5, l. 15 luglio 1966 n. 604* incombe pur sempre sull'amministrazione), l'applicazione della sanzione al "complice", soprattutto per la parte diretta a colpire l'eventuale omissione.

Qui sarà pertanto determinante l'apporto della giurisprudenza, a sua volta bisognosa di un certo rodaggio della previsione.

Così come formulata, tuttavia, la disposizione potrebbe condurre all'adozione del recesso con preavviso nei confronti non solo e non tanto del responsabile dell'ufficio, la cui condotta omissiva in presenza di uno specifico dovere di controllo sui propri sottoposti appare più grave, quanto, in ipotesi, dei colleghi di lavoro i quali, se adibiti a mansioni di mera rilevazione ovvero di riscontro delle presenze, pur essendo a conoscenza della condotta caratterizzata da "modalità fraudolente" di alterazione del sistema di rilevamento, evitano di segnalare la condotta illecita¹⁸.

Forse potrebbe meglio distinguersi tra l'atteggiamento di chi "chiude gli occhi", mostrando al più poco coraggio (che del resto, come insegna Manzoni, "uno non se lo può dare") e scarso senso civico, dal comportamento di chi in definitiva copra, con il proprio silenzio, l'altrui assenza ingiustificata.

In ogni caso, l'equiparazione tra soggetto assente dal servizio e terzo che abbia, con condotta omissiva, agevolato l'altrui illecito, pone un problema circa il grado di volontarietà della (seconda) condotta e lascia comunque intatto il tema della proporzionalità tra l'infrazione realizzata mediante omissione e la sanzione espul-

¹⁷ MAINARDI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 588.

¹⁸ Siffatta condotta verrebbe quasi a porsi in un'area di confine tra le fattispecie in esame e il *whistleblowing*, sul quale, tra gli altri, v. GALBIATI, *Il codice di comportamento dei dipendenti pubblici*, in *DRI*, 2013, p. 1181. Va segnalata la recente approvazione della legge sul *whistleblowing*, da parte del Parlamento.

siva, a maggior ragione se posta in essere da un soggetto non “qualificato” (es. che non sia dirigente o responsabile dell’ufficio ovvero che non sia stabilmente, per ragioni di servizio, addetto alla rilevazione delle presenze).

Ancora una volta, a lasciare perplessi è la pretesa “automaticità” della sanzione, laddove sarebbe risultata più opportuna una generica previsione di *sanzionabilità* del comportamento, lasciando al datore di lavoro¹⁹, prima, e al giudice²⁰, poi, la valutazione dei fatti, nel loro dispiegarsi in concreto, e del grado di intenzionalità della condotta, anche in relazione al ruolo rivestito, alle mansioni svolte, all’assenza di precedenti disciplinari ecc.: di tutti gli elementi cioè che, qualificando il dolo o il grado della colpa, incidono sul *quantum* della volontarietà nell’illecito disciplinare.

2.2. L’assenza ingiustificata

Quanto all’ipotesi della “assenza priva di valida giustificazione” (lett. *b*), si è già anticipato qualche rilievo con riguardo alla rigidità della previsione che, se non temperata da un prudente ricorso al canone di verifica contemplato dall’art. 2106 c.c., è destinata a determinare inevitabili distorsioni applicative.

La norma connette il recesso con preavviso all’assenza, anche non continuativa, riferita a un duplice arco temporale di riferimento: un periodo superiore a tre giorni in due anni o “comunque per più di sette giorni” nell’arco di un decennio.

A queste ipotesi viene affiancata, sul piano sanzionatorio, la situazione della “mancata ripresa del servizio, in caso di assenza ingiustificata, entro il termine fissato dall’amministrazione”: una sorta di norma di chiusura, che in qualche modo presuppone una specie di diffida ad adempiere da parte dell’amministrazione, indipendentemente dalla durata dell’assenza.

È dunque quest’ultimo uno strumento per sanzionare l’inerzia del dipendente in tutte le ipotesi non regolate dalla medesima previsione, che tuttavia richiedano una reazione finalizzata a interrompere l’inadempimento, anche senza attendere il raggiungimento dei due confini temporali previsti dalla prima parte della disposizione. Si può pensare, ad esempio, alla ripresa dell’attività lavorativa all’esito di una sospensione cautelare adottata nel corso di procedimento disciplinare o all’assenza ingiustificata per periodi inferiori a tre giorni nel biennio o a sette giorni nel decennio, collocata tuttavia in un momento che, in presenza di altre condizioni, possa risultare foriero di danno per l’amministrazione, ecc.

In questi casi, il datore di lavoro può mettere in mora il dipendente, invitandolo alla ripresa immediata dell’attività lavorativa, in carenza della quale potrà at-

¹⁹ Sul rapporto tra obbligatorietà e discrezionalità dell’azione disciplinare nel lavoro pubblico privatizzato, cfr. VILLA, *Il fondamento del potere disciplinare nel lavoro pubblico privatizzato alla luce delle più recenti riforme*, in LPA, 2013, p. 967.

²⁰ Sul ruolo del giudice, anche con riferimento all’art. 63, co. 2 *bis*, d.lgs. 165/01, e al potere giudiziale di rideterminazione della sanzione, v. ESPOSITO M., *Responsabilità disciplinare e reintegrazione*, voce *Diritto del lavoro. Pubblico Impiego*, Il libro dell’anno del diritto, Treccani, 2018.

tivare il procedimento disciplinare e, in assenza di idonee giustificazioni, pervenire al licenziamento.

Le maggiori incertezze sul piano ermeneutico discendono dalla locuzione “assenza priva di valida giustificazione”, che rinvia non soltanto alla totale carenza di scriminanti, ricomprendendo anche la situazione in cui il lavoratore abbia presentato una giustificazione, ma questa risulti formalmente inidonea o sostanzialmente inadeguata a scusare la mancata presenza in servizio.

All’inidoneità formale possono essere ricondotte anche le carenze del meccanismo di comunicazione dell’assenza e/o di trasmissione della certificazione medica: la giustificazione sarebbe cioè astrattamente sussistente e tuttavia non pervenuta nella sfera di conoscenza del datore di lavoro. In questo caso, appare corretto evitare l’automatismo sanzionatorio, riconoscendo al datore di lavoro un margine valutativo sulle ragioni della mancata (o incompleta) comunicazione, che potrebbero essere dovute a inescusabile negligenza, ma pure connesse a “elementi che assurgono a ‘scriminante’ della condotta tenuta dal lavoratore tali da configurare una situazione di inesigibilità della prestazione lavorativa”²¹, ovvero ancora a comprensibili ragioni di “distrazione” (come, ad esempio, nel caso di chi abbia dimenticato di provvedere alla trasmissione, perché impegnato ad affrontare un grave problema familiare).

L’invalidità si avrebbe poi anche nel caso di giustificazione sussistente, ma proveniente da una fonte non abilitata al rilascio della medesima²², ovvero qualora il documento prodotto risulti inidoneo a coprire l’intero periodo di assenza dal servizio, come nel caso di ricovero ospedaliero che però attesti la dimissione del paziente in tempo utile alla ripresa del servizio anticipata rispetto a quella effettiva.

2.3. Il rifiuto ingiustificato del trasferimento

La lett. *c* del co. 1 conferma la sanzione estrema in presenza di “rifiuto ingiustificato del trasferimento disposto dall’amministrazione per motivate esigenze di servizio”.

Quanto all’“oggetto” del comportamento di rifiuto posto in essere dal prestatore, la formula utilizzata dalla legge non pare differenziarsi troppo dalla clausola generale, identificata dall’art. 2103 c.c.²³, non distante dalle *esigenze motivate* cui

²¹ Cass. 19 settembre 2016 n. 18326, in *DeJure*.

²² Cfr., ad esempio, Cass. 26 settembre 2016 n. 18858, in *DeJure*, che dichiara illegittimo il licenziamento del dipendente, la cui assenza risultava giustificata dalla certificazione rilasciata dal medico fiscale che aveva effettuato la visita di controllo, sebbene il lavoratore avesse solo informato il datore di lavoro dello stato morboso, ma non avesse prodotto idonea certificazione medica attestante la malattia.

²³ Il trasferimento, per risultare legittimo, deve essere sempre sorretto da comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive: si tratta di un testo dalla brevità “quasi telegrafica”, che ha imposto un significativo intervento degli interpreti e della contrattazione collettiva: così ROMAGNOLI, in GHEZZI, MANCINI, MONTUSCHI, ROMAGNOLI (a cura di), *Statuto dei lavoratori*, Zanichelli, 1981, p. 246.

rinvia la norma in commento, se non forse per la necessità che la ragione organizzativa ("di servizio") venga esplicitata subito, laddove nel lavoro privato, per giurisprudenza ormai consolidata, la motivazione del trasferimento potrebbe essere manifestata anche successivamente, fosse pure in sede giudiziale, purché sussista la giustificazione del trasferimento stesso²⁴.

Il punto centrale è allora il significato da attribuire al concetto di "rifiuto ingiustificato".

Il fondamento normativo richiamato più di frequente in giurisprudenza, per valutare la legittimità del rifiuto di eseguire l'ordine di trasferimento che il lavoratore consideri illegittimo, è l'art. 1460 c.c.²⁵, in base al quale, come noto, nell'ambito dei contratti a prestazioni corrispettive, è consentito al contraente che debba eseguire una prestazione di rifiutarne l'esecuzione eccedendo l'inadempimento della controparte²⁶; strumento il cui utilizzo va circondato da tutte le cautele che dottrina e giurisprudenza individuano – a partire dal criterio della buona fede, previsto dal capoverso della norma – per evitare che determini un abuso da parte dell'*excipiens*.

Il ricorso all'art. 1460 c.c., peraltro, consente di applicare alla fattispecie i limiti posti all'esercizio dell'eccezione, lasciandone in piedi l'efficacia inibitoria e circoscrivendo la sua potenzialità paralizzante alle ipotesi più significative. È noto, infatti, che per poter eccepire l'altrui inadempimento a giustificazione del proprio, il debitore *excipiens* è tenuto al rispetto dei presupposti connessi alla corresponsività e alla dimostrazione del superamento dei limiti di tollerabilità relativi alla buona fede prevista dal capoverso della norma del codice.

²⁴ La formula adottata dal legislatore ha consentito all'impresa di utilizzare l'istituto anche ricorrendo a prassi *border line*, affiancate da una giurisprudenza negli anni tendenzialmente sempre meno invadente, che ha forse finito per sbilanciare verso il datore il delicato equilibrio tra i contrapposti interessi. Si pensi alle sentenze in tema di c.d. trasferimento per incompatibilità ambientale (tra le altre: Cass. Sez.Un. 24 luglio 1986 n. 4747, in *RIDL*, 1987, II, p. 518, con nota di SILVAGNA), le quali, segnalando la diversità ontologica rispetto a quello disciplinare (ritenuto legittimo dalla Corte di Cassazione – pur tra doverosi distinguo – solo se espressamente incluso dalle parti sociali nel codice disciplinare: Cass. 2 aprile 2003 n. 5087, in *RIDL*, 2003, II, p. 774), hanno consentito un travaso, non sempre indolore, degli atteggiamenti individuali nella valutazione inerente al contesto organizzativo che accoglie la prestazione.

²⁵ V. anche per ulteriori riferimenti bibliografici: BIGLIAZZI GERI, *Profili sistematici dell'autotutela privata*, Giuffrè, 1974, II, p. 47; EAD., *Eccezione di inadempimento*, in *NDI, disc. priv., sez. civ.*, Utet, 1991, VII, p. 337; GRASSO, *Eccezione di inadempimento e risoluzione del contratto*, Esi, 1973.

²⁶ Di questo avviso l'orientamento giurisprudenziale prevalente. V. Cass. 8 agosto 2003 n. 12001, in *OGL*, 2003, I, p. 619; Cass. 1 marzo 2001 n. 2948, in *GI*, 2002, I, c. 279; Cass. 28 luglio 2000 n. 9957, in *DeJure*; Cass. 26 giugno 1999 n. 6663, in *DeJure*; Cass. 2 aprile 1996 n. 3039, in *NGL*, 1996, p. 486; Cass. 23 novembre 1995 n. 12121, in *RIDL*, 1996, II, p. 796, con nota di CARO; Cass. 5 dicembre 1988 n. 6609, in *Rep. FI*, 1988, voce *Lavoro* (rapporto), n. 841; Cass. 3 aprile 1987 n. 3250, in *GC*, 1987, p. 2292; con nota di MARINO; Cass. 5 marzo 1987 n. 2346, in *GI*, 1988, I, c. 480; Cass. 19 agosto 1986 n. 5086, in *DPL*, 1986, p. 3201; Cass. 5 aprile 1984 n. 2231, in *GC*, 1985, I, p. 163 con nota di PAPALEONI; Cass. 10 gennaio 1984 n. 186, in *MGL*, 1984, p. 332; Cass. 6 dicembre 1983 n. 7281, in *GC*, 1984, I, p. 706; Cass. 24 giugno 1977 n. 2691, in *RGL*, 1978, II, p. 84. *Contra*: Cass. 12 maggio 2005 n. 9954, in *DeJure*; Cass. 23 dicembre 2003 n. 19689, in *RIDL*, 2004, II, p. 777.

In giurisprudenza si fa anzitutto riferimento ad un canone di proporzionalità²⁷ tra gli inadempimenti, legato alla valutazione di gravità dell'inadempimento che dà origine all'eccezione²⁸; in effetti l'obiettivo di siffatte decisioni è di evitare che, attraverso il ricorso all'eccezione di inadempimento, il lavoratore possa rifiutare con troppa leggerezza un ordine la cui legittimità sia controversa o che gli risulti semplicemente sgradito.

Al riguardo va segnalato, non senza sottoporlo a critica, un orientamento della Cassazione, che subordina la legittimità del rifiuto del lavoratore all'"avallo giudiziario (che può essergli urgentemente accordato in via cautelare)"²⁹; lettura che finisce per condizionare l'esercizio dell'autotutela, imponendo il ricorso, anche solo in via d'urgenza, al giudice e negando in tal maniera la caratteristica principale di siffatti strumenti, vale a dire proprio l'azionabilità autonoma da parte del soggetto che assume la sussistenza di una minaccia per il suo diritto, laddove, com'è stato osservato, "l'autotutela non è tecnicamente condizionata dal previo accertamento giudiziale"³⁰, che al più solleva l'*excipiens* dai dubbi circa la correttezza della propria reazione³¹.

Subordinando la legittimità della reazione al previo esperimento della tutela processuale, fosse pure cautelare, si finisce per neutralizzare il ricorso agli strumenti che il codice pone a disposizione del contraente per reagire prontamente all'altrui comportamento, depotenziando anche l'indiretta efficacia di pressione esercitata nei confronti del soggetto che ne subisce gli effetti.

Il "combinato disposto" tra siffatti orientamenti giurisprudenziali, di poco precedenti l'intervento legislativo del 2009, che ha introdotto questa ipotesi di licenziamento disciplinare "obbligatorio", rischia pertanto di generare un corto circuito straordinario. Se infatti la norma autorizza – testualmente impone – il recesso datoriale nel caso di ingiustificato rifiuto del trasferimento e si considera ingiustificato il rifiuto medesimo qualora non sorretto da una sorta di autorizzazione giu-

²⁷ Cass. 23 novembre 1995 n. 12121, *cit.*; Cass. 5 marzo 1987 n. 2346, *cit.* Connettono espressamente proporzionalità e buona fede: Cass. 26 giugno 1999 n. 6663, *cit.*; Cass. 12 ottobre 1996 n. 8939, in *LG*, 1997, p. 422. Cass. 12 luglio 2002 n. 10187 in *RIDL*, 2003, II, p. 53, con nota di CASCIAANO. FERRANTE, *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato. Eccezione di inadempimento, rifiuto di obbedienza e azione diretta individuale*, Giappichelli, 2004, p. 179, definisce quello della proporzionalità un canone di valutazione "mistificante".

²⁸ Si collega dunque il rimedio sinallagmatico a una verifica operata secondo i canoni dell'art. 1455 c.c. e sovrapponendo in tal modo l'eccezione all'istituto della risoluzione – in ciò operando una giustapposizione che la dottrina civilistica ritiene indebita, tra uno strumento diretto a garantire il mantenimento dell'equilibrio sinallagmatico e un altro che fonda su presupposti antitetici – laddove l'eccezione di inadempimento appare un efficace elemento di dissuasione dall'inadempimento, "esaltando il sinallagma funzionale nei termini che i paciscenti hanno determinato al momento della stipula": FERRANTE, *Potere e autotutela*, *cit.*, p. 179.

²⁹ Così Cass. 23 dicembre 2003 n. 19689, in *RIDL*, 2004, II, p. 777, richiamata testualmente da Cass. 5 dicembre 2007 n. 25313, in *RIDL*, 2008, II, p. 470, con nota critica di CAVALLARO.

³⁰ BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*, in *Comm. Schlesinger*, 1997, p. 273.

³¹ DELL'OLIO, *Autotutela: III) Diritto del lavoro*, in *EGT*, IV, 1988.

diziale, la previsione finisce per paralizzare l'eccezione d'inadempimento, distorcendo i principi dell'ordinamento civilistico.

2.4. Le falsità documentali o dichiarative

Quanto all'ipotesi che contempla le "falsità documentali e dichiarative commesse ai fini o in occasione dell'instaurazione del rapporto di lavoro ovvero di progressioni in carriera" (lett. *d*), l'ambito oggettivo della fattispecie è chiaro.

Va forse sottolineato che il legislatore equipara la falsità (evidentemente ideologica o materiale) commessa "ai fini" della costituzione del rapporto di lavoro o della progressione verticale a quella realizzata "in occasione" dell'instaurazione del rapporto o della vicenda concorsuale.

In buona sostanza, non è necessario che la falsità, anche solo dichiarativa, sia finalizzata ad ottenere il posto di lavoro o una promozione indebita, ma è sufficiente che essa abbia luogo *nel contesto* della vicenda concorsuale o al momento dell'assunzione: quindi anche qualora non abbia poi avuto nessuna incidenza, sul piano causale, sull'instaurazione del rapporto di lavoro o sul passaggio alla superiore area d'inquadramento³².

Al contempo, l'utilizzo del verbo *commettere* implica una volontarietà dell'azione che presuppone la sussistenza del dolo o quanto meno di una colpa non lieve, espungendo le situazioni, astrattamente riconducibili alla fattispecie, ma caratterizzate da semplice leggerezza (ad esempio nella redazione del *curriculum vitae*); nella cennata prospettiva di esclusione dell'automatismo sanzionatorio, tuttavia, questa eventualità non dovrebbe in ogni caso condurre al licenziamento, qualora sia pure risultata ininfluenza "ai fini" dell'assunzione o della promozione.

2.5. Condotte "mobbizzanti" e licenziamento

La lett. *e* della norma in commento punisce con il licenziamento senza preavviso la "reiterazione nell'ambiente di lavoro di gravi condotte aggressive o moleste o minacciose o ingiuriose o comunque lesive dell'onore e della dignità personale altrui", importando nella disposizione, dal 2009, l'identica previsione contenuta nei contratti collettivi di comparto dalla tornata 2002-2005 (sebbene tali comportamenti fossero sanzionabili già in base al testo del contratto collettivo precedente).

I contratti hanno invero recepito quasi alla lettera una tra le più diffuse esplicitazioni di condotta "mobbizzante", proprio nel momento in cui la giurisprudenza

³² Cass. 7 giugno 2016 n. 11636, in *D&G*, segnala che in base alla norma in commento, il comportamento del dipendente pubblico deve essere sanzionato indipendentemente dalla circostanza che la falsità abbia fatto conseguire il posto di lavoro, essendo sufficiente ad integrare la condotta il fatto di avere prodotto la documentazione o la dichiarazione falsa, al fine o in occasione dell'instaurazione del rapporto di lavoro.

mostra le maggiori incertezze in merito alla configurabilità stessa di una fattispecie di mobbing e fatica a farne discendere effetti sul piano risarcitorio.

Nel lavoro pubblico, pertanto, prescindendo dalla non sempre agevole individuazione della fattispecie e della risarcibilità dei suoi effetti, la contrattazione collettiva sanziona le condotte aggressive o moleste perpetrate nei confronti del collega di lavoro, allo scopo di provocare all'altro "un danno in ambito lavorativo o addirittura di escluderlo dal contesto lavorativo".

Il legislatore, tuttavia, accoglie solo la prima parte di queste previsioni, senza però richiedere la finalità "espulsiva" e imponendo, per la configurazione della fattispecie, unicamente la reiterazione, oltre che la gravità, delle condotte, a prescindere dalla sussistenza di una recidiva contestata formalmente³³.

Va pure evidenziato che i contratti collettivi puniscono con la sospensione sifatto genere di comportamenti, mentre il licenziamento viene previsto nell'ipotesi di sussistenza di condotte *già* sanzionate entro il limite temporale del biennio, laddove la norma in esame, appunto, non presuppone la recidiva.

In sostanza, la legge colpisce con la massima sanzione, il licenziamento senza preavviso (lo dice espressamente la prima parte del comma 3), la ripetizione delle condotte, punite per la loro consistenza oggettiva, prescindendo dall'effettiva potenzialità lesiva o dalla finalità dell'aggressione medesima e dall'arco temporale di realizzazione.

Pure in tal caso, quindi, la sensazione di fondo è che il legislatore abbia sovrapposto alla puntualità definitoria, che dovrebbe caratterizzare una norma a valenza sanzionatoria, un messaggio mediatico – una dichiarazione di "tolleranza zero" nei confronti di molestatori e violenti – consono a una logica di dissuasione o, al più, di garanzia del benessere organizzativo, ma poco coerente con il vincolo di proporzionalità che limita il potere disciplinare datoriale.

In definitiva, senza alcuna intenzione di giustificare atteggiamenti manageriali tolleranti nei confronti di comportamenti lesivi dell'onore e della dignità delle persone, si segnala soltanto, ancora una volta, che la strada giuridicamente più lineare non dovrebbe passare per l'irrigidimento punitivo (più apparente che reale, come visto), ma attraverso il rigoroso rispetto della progressività sanzionatoria che caratterizza le previsioni dei contratti collettivi, destinata nei casi più gravi a sfociare nell'applicazione di una norma, l'art. 2119 c.c., che lascia notevoli margini a chi intenda seriamente punire condotte (verbalmente o fisicamente) violente.

2.6. Il licenziamento conseguente a interdizione perpetua dai pubblici uffici

La previsione contenuta nella lett. *f* della norma, inserita nel decreto n. 165/01 già nel 2009, è in effetti l'unica ipotesi che esclude, di fatto, qualsiasi valutazione di proporzionalità da parte del datore di lavoro pubblico.

³³ Aspetto, quest'ultimo, correttamente evidenziato già da MONDA G.M., *Il licenziamento disciplinare del dipendente pubblico*, in *DRI*, 2010, p. 1076.

Qui l'estinzione del rapporto è diretta conseguenza dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici, prevista come pena accessoria (*ex art. 29 c.p.*) connessa a condanna penale definitiva. In tal caso, non vi sono margini discrezionali per l'amministrazione³⁴, tenuta ovviamente a eseguire una sentenza di condanna passata in giudicato, a sua volta comprensiva di una sanzione che rende giuridicamente impossibile la prosecuzione del rapporto di lavoro.

Si tratta, allora, di una disposizione inutile, senza la quale l'effetto estintivo del rapporto conseguirebbe inevitabilmente all'esecuzione della sentenza penale.

2.7. Il licenziamento per violazione del codice di comportamento

Previsione problematica è invece la lett. *f bis* dell'art. 55 *quater*, co. 1, che dispone la sanzione disciplinare del licenziamento per l'ipotesi di "gravi o reiterate violazioni dei codici di comportamento, ai sensi dell'articolo 54, comma 3".

Si è già detto della "deriva sanzionatoria" dei codici di comportamento³⁵, che da norme di condotta, finalizzate all'orientamento dei lavoratori, sono ormai divenuti da diversi anni fonte diretta di responsabilità disciplinare, anticipando la strisciante ma progressiva rilegificazione del lavoro pubblico che si registra da tempo³⁶.

Senza ripetere dunque, valutazioni circa l'opportunità di tale scelta sviluppate in altra sede, è necessario soffermarsi sulla reale portata della disposizione, provando a leggere la stessa in una prospettiva sistematica.

Innanzitutto, è da chiedersi se la violazione di una norma del codice di comportamento (di quello generale, applicato a tutti i dipendenti pubblici, ovvero anche di quello adottato dalla singola amministrazione) possa comportare *automaticamente* l'applicazione della sanzione espulsiva.

Senza necessità di richiamare concetti esposti in precedenza, pare proprio che

³⁴ CALVELLINI, *Pubblico impiego e falsa attestazione della presenza in servizio: il "vaso di Pandora" può dirsi chiuso?*, in *DRI*, 2017, p. 213, osserva come il previsto dalla lett. *f* della norma sia l'unico nel quale sicuramente per l'amministrazione non ci sono alternative al licenziamento.

³⁵ Si consenta di rinviare a GARGIULO, *Il codice di comportamento dei dipendenti pubblici: atto terzo*, in *LPA*, 2012, p. 751, ma soprattutto a ID., *La prestazione lavorativa tra prescrizioni etiche e obblighi contrattuali. Fonti e contraddizioni nella delimitazione dell'area di debito del dipendente pubblico*, in *LPA*, 2014, p. 17. Cfr. anche TULLINI, *L'inadempimento e la responsabilità disciplinare del dipendente pubblico: tra obblighi giuridici e vincoli deontologici*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*. IT – 229/14.

³⁶ Con riferimento al tema delle sanzioni disciplinari, v. MAINARDI, *Sanzioni disciplinari e (nuove) responsabilità dei dipendenti pubblici: dalla legge al contratto collettivo, e ritorno*, in CARINCI F., MAINARDI (a cura di), *La terza riforma del lavoro pubblico*, Ipsa, 2011, p. 461. Per una riflessione più estesa sul rapporto tra legge e contratto collettivo nel lavoro pubblico e un'analisi dei principali "momenti" di rilegificazione della disciplina, cfr. ZOPPOLI L., *Legge, contratto collettivo e autonomia individuale: linee per una riflessione sistematica vent'anni dopo la "privatizzazione"*, in *LPA*, 2013, p. 713. In argomento sia consentito rinviare anche a GARGIULO, *Principio di legalità ed efficienza organizzativa: una "lente bifocale" per la lettura delle più recenti riforme del lavoro pubblico*, in *RGL*, 2014, p. 407.

la verifica di gravità implichi, per sua stessa natura, una valutazione datoriale che, condotta anche alla luce del principio di proporzionalità, colleghi la violazione *grave* del codice alla nozione di giustificato motivo soggettivo; sicché un'infrazione del codice di comportamento potrà determinare il licenziamento nella misura in cui configuri un notevole inadempimento colpevole.

Da questo punto di vista, peraltro, appare poco credibile che la violazione del codice in parola, sì grave al punto da condurre al recesso, non leda apertamente anche una previsione del codice disciplinare o non rientri in categorie più ampie di infrazioni, inerenti ad esempio all'insubordinazione o ad un significativo inadempimento della prestazione lavorativa.

Più delicato è il tema delle violazioni "reiterate". L'uso della disgiuntiva, infatti, sembra porre in alternativa la gravità (che potrebbe inerire a un singolo comportamento) alla reiterazione la quale, a stretto rigore, potrebbe essere relativa a violazioni minime.

Più corretto appare, pertanto, leggere il secondo attributo in collegamento con il primo aggettivo – quasi una sorta di endiadi – nel senso che mentre le violazioni gravi, e dunque *giudicate gravi*, possono condurre all'applicazione della sanzione del licenziamento disciplinare, quelle ripetute devono essere *gravi e reiterate*, vale a dire che la reiterazione, come avviene per la recidiva, può a sua volta incidere sulla valutazione di gravità, ma non è di per sé, meccanicamente, indice di gravità dell'inadempimento.

2.8. Il licenziamento per mancanze connesse all'esercizio del potere disciplinare

La norma prevede poi (alla lett. *f ter*) un inasprimento della sanzione relativa alla posizione del soggetto responsabile dell'esercizio del potere disciplinare, che incorra nell'infrazione contemplata al comma 3 dell'art. 55 *sexies* (punita con la sospensione fino a tre mesi), ma che determini volontariamente o con grave negligenza il mancato, ingiustificato esercizio del potere o la decadenza dall'azione sanzionatoria, ovvero adotti "valutazioni manifestamente irragionevoli di insussistenza dell'illecito in relazione a condotte aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare".

L'aggravamento si realizza se il soggetto responsabile dell'azione disciplinare pone in essere, quindi, una condotta commissiva dolosa o caratterizzata da colpa grave: ciò può accadere se il mancato esercizio dell'azione disciplinare è diretta conseguenza di un'azione, ma potrebbe anche essere effetto di una volontaria *commissione mediante omissione* (nel diritto penale si parla di c.d. reato omissivo improprio): fattispecie che si concretizza se l'agente con la sua omissione cagiona un evento che non si sarebbe dovuto verificare – con un'equivalenza normativa tra il non impedire e il cagionare l'evento –; ovvero ancora se realizza una condotta funzionale all'omissione, vale a dire quando *chiude gli occhi per non vedere* l'illecito disciplinare.

Con specifico riferimento all'ipotesi di falsa attestazione della presenza in servizio, accertata in flagranza oppure mediante strumenti di sorveglianza o di registrazione degli accessi o delle presenze, infine, la legge equipara l'omessa attivazione del procedimento disciplinare all'omessa adozione del provvedimento di sospensione cautelare (v. *infra*), prevedendo per entrambe la punibilità con il licenziamento del soggetto responsabile della relativa attivazione.

In questa sola ipotesi, almeno sul piano formale, sembrerebbe potersi prescindere dall'accertamento della "commissione dolosa o gravemente colposa" della condotta, sebbene il riferimento alla punibilità (la disposizione dice che l'illecito è *punibile*, non *punito*) fa più correttamente rientrare nella valutazione di gravità anche elementi inerenti proprio all'atteggiamento psicologico del soggetto e implica, in generale, *ça va sans dire*, una verifica di proporzionalità tra infrazione e sanzione³⁷.

2.9. Il licenziamento per insufficiente rendimento

La lett. *f quater* riformula l'ipotesi di licenziamento *obbligatorio* disciplinare per insufficiente rendimento dovuto alla "reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione" protratta nell'arco di un triennio, già introdotta dal d.lgs. n. 150/2009, che però la confinava entro un biennio. L'"insufficiente rendimento"³⁸ va dunque letto in connessione con la disciplina sulla valutazione, introdotta nell'ordinamento del lavoro pubblico dal medesimo legislatore del 2009 e in riferimento all'andamento della sola performance individuale.

La genesi della previsione è stata caratterizzata dallo "sminamento" della stessa, per effetto di un forte pressing sindacale, che riuscì a far introdurre nel testo, riferito alla valutazione negativa *tout court*, la precisazione che questa fosse dovuta alla reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione "stabiliti da norme legislative o regolamentari, dal contratto collettivo o individuale, da atti e provvedimenti dell'amministrazione di appartenenza", "sì da valorizzare il profilo soggettivo della colpa rispetto a quello oggettivo della prestazione effettivamente resa"³⁹.

In buona sostanza, l'insufficiente rendimento non assume valore disciplinare

³⁷ Cons. St., comm. spec., 5 aprile 2016 n. 437, in *FA*, 2016, p. 856, in ordine alla responsabilità disciplinare dei dirigenti e dei responsabili di servizio, aveva ritenuto opportuno invitare il Governo ad operare una riflessione, sotto il profilo della ragionevolezza e della proporzionalità, sull'introduzione della sanzione disciplinare del licenziamento in capo ai dirigenti e ai responsabili di servizio per i casi previsti dal co. 3 *bis* (falsa attestazione della presenza in servizio), considerato che si finisce sostanzialmente per equiparare il dirigente, quanto al trattamento sanzionatorio, ad un soggetto che ha concorso nella commissione dell'illecito, mentre in realtà la condotta omissiva del dirigente cui la norma si riferisce è una condotta successiva e diversa rispetto all'illecito posto in essere dal dipendente.

³⁸ Secondo MONDA P., *Contratto di lavoro pubblico, potere organizzativo e valutazione*, Giappichelli, 2016, p. 151, si tratta di un'endiadi.

³⁹ BOSCATI, *op. cit.*, p. 548. V. anche LUCIANI V., *La stabilità del dipendente pubblico: un "mito" che non conosce crisi*, in AA.VV., *Il contributo di Mario Rusciano all'evoluzione teorica del diritto del lavoro. Studi in onore*, Giappichelli, 2013, p. 63.

ex se, ma soltanto come effetto della violazione di previsioni normative che regolano la prestazione.

La novella, inoltre, dilata il periodo di riferimento, che passa da un biennio a un arco temporale triennale, con la precisazione che l'insufficiente rendimento "rilevato dalla costante valutazione negativa della *performance*" individuale sia relativo a "ciascun anno dell'ultimo triennio". Ai fini dell'applicazione della sanzione, non si potrà quindi qualificare come insufficiente il rendimento complessivo del dipendente nel periodo di riferimento, ma la valutazione negativa, per dar luogo ad applicazione della sanzione, dovrà essere ripetuta *ogni anno* per tre anni.

L'estensione del periodo, peraltro, sgancia la fattispecie dall'ipotesi di recidiva generale, che ha proprio il biennio come confine della rilevazione dei comportamenti valutabili ai fini dell'aggravamento della sanzione.

Ad eccezione degli indicati profili, però, l'ultimo intervento non sembra mutare la sostanza della previsione. È dunque tuttora condivisibile l'opinione secondo la quale la fattispecie in commento "individua una specifica ipotesi di responsabilità disciplinare dove il licenziamento è disposto, o per meglio dire imposto, non per effetto della valutazione negativa in sé. Il fulcro della disposizione va rinvenuto, pur sempre, nell'alterazione del dover essere della prestazione come individuato dagli obblighi legali o collettivi: ad essere sanzionata è la loro violazione reiterata [...] La valutazione negativa, dotata di un ruolo innegabile nella costruzione della fattispecie, ha una funzione che si esaurisce nel fornire l'occasione per rilevare il tipo di condotta sanzionata dal legislatore"⁴⁰.

3. La sospensione cautelare obbligatoria (art. 55 quater, co. 3 bis e 3 ter). Problemi di coordinamento

Qualche problema di coordinamento con la nuova configurazione procedimentale dell'esercizio del potere disciplinare, lo pongono infine le disposizioni contenute nei co. 3 *bis* e 3 *ter* dell'art. 55 *quater*⁴¹.

Il legislatore detta, infatti, un sub-procedimento da adottare obbligatoriamente nell'ipotesi di "falsa attestazione della presenza in servizio, accertata in flagranza ovvero mediante strumenti di sorveglianza o di registrazione degli accessi o delle presenze"⁴².

Nell'ambito della fattispecie disegnata dall'art. 55 *quater*, co. 1, lett. *a*, che punisce tanto la falsa attestazione di presenza in servizio quanto la falsità (materiale

⁴⁰ MONDA P., *op. cit.*, p. 152.

⁴¹ Un coordinamento che era stato auspicato da MAINARDI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 587.

⁴² Cfr. ancora MAINARDI, *Il licenziamento disciplinare*, cit., p. 587, il quale ritiene "poco giustificabile la previsione di un particolare rigore cautelare e procedurale approntato per la fattispecie delle false attestazioni di presenza in servizio e non, invece, per altre e più gravi condotte potenzialmente attribuibili ai dipendenti pubblici, che invece seguiranno il normale iter innanzi agli uffici deputati".

o ideologica) dell'attestazione di malattia che giustifichi l'assenza, il legislatore prevede che solo nel primo caso, dinanzi a un accertamento in flagranza⁴³ ovvero ottenuto mediante strumenti di sorveglianza o registrazione degli accessi, si debba provvedere all'immediata sospensione cautelare del dipendente, che viene privato dello stipendio, "fatto salvo il diritto all'assegno alimentare nella misura stabilita dalle disposizioni normative e contrattuali vigenti".

La sospensione del dipendente è, quindi, atto obbligato: la norma dice testualmente "è disposta", escludendo qualsiasi margine di valutazione discrezionale e richiedendo soltanto la motivazione del provvedimento; lettura confermata dall'esplicita carenza di contraddittorio ("senza obbligo di preventiva audizione dell'interessato"), che in realtà risulta facoltativo quanto inutile.

Del resto, per l'amministrazione non ci sono alternative alla sospensione e un'audizione per le giustificazioni è già contemplata con riferimento alla contestazione di addebiti, ma in tal caso con congruo preavviso.

La disposizione richiede però, sul piano applicativo, un coordinamento con l'art. 55 bis, così come novellato dal medesimo decreto 75/17.

Il nuovo comma 3 bis del 55 quater, infatti, prevede che la sospensione sia disposta, oltre che dall'ufficio competente per i procedimenti disciplinari, "ove ne venga a conoscenza per primo", anche dal responsabile della struttura in cui il dipendente lavora – e sin qui *nulla quaestio* – se non fosse che con il successivo comma 3 ter si dispone che "con il medesimo provvedimento di sospensione cautelare di cui al comma 3 bis si procede anche alla contestuale contestazione per iscritto dell'addebito e alla convocazione del dipendente" dinanzi all'Ufficio per i procedimenti disciplinari, con un preavviso di quindici giorni.

Il punto è che l'art. 55 bis dispone che per le infrazioni per le quali è prevista l'irrogazione di sanzione superiore al rimprovero verbale, sia l'ufficio competente per i procedimenti disciplinari a provvedere alla contestazione dell'addebito, in tal caso con un preavviso di venti giorni.

Tralasciando la differenza di appena cinque giorni, di cui francamente non si coglie la rilevanza e che potrebbe solo ingenerare confusione applicativa, ma non conseguenze, stante la sterilizzazione degli effetti della violazione dei termini (ex art. 55 bis, co. 9 ter), ciò che colpisce è la consapevole contraddizione tra le due norme; consapevole, perché il comma 4 dell'art. 55 bis si apre proprio con una salvezza: "fermo restando quanto previsto dall'art. 55 quater, commi 3 bis e 3 ter".

È a questo punto necessario, sul piano interpretativo e non senza una forzatura

⁴³ CORSO S. M., *Sostanza ed apparenza nel contrasto all'assenteismo fraudolento nei luoghi di lavoro* (d.lgs. 20 giugno 2016 n. 116), in RIDL, 2017, I, p. 97, osserva opportunamente: "Punto nodale (e critico) della riforma si rinviene proprio nella evidenza della prova, da intendersi quale "flagranza" nella commissione del fatto o nell'esistenza di prova audiovisiva o informatica della commissione dello stesso. La "falsa attestazione della presenza in servizio" attraverso qualsiasi modalità fraudolenta è certamente "accertata in flagranza" nel caso di arresto del dipendente pubblico, mentre può non esserlo negli altri casi in cui il pubblico ministero ritiene di aver raccolto elementi idonei a sostenere l'accusa in giudizio, ma non ritiene di richiedere alcun ulteriore provvedimento cautelare (magari, oltre che per la mancanza delle specifiche esigenze, proprio per la trascorsa flagranza)".

del dato letterale, procedere al coordinamento tra le previsioni, facendo prevalere in ogni caso la *ratio* dell'intera sezione che regola il procedimento disciplinare.

La competenza a contestare l'addebito non può che rimanere in capo all'Ufficio per i procedimenti disciplinari; al responsabile della struttura, che potrebbe anche non essere un dirigente, spetta il compito di contestare l'addebito solo qualora la sanzione che appaia coerente con il comportamento censurato sia il rimprovero verbale.

Il legislatore, insomma, senza mezzi termini, spoglia il responsabile dell'ufficio, anche se dirigente, del ruolo di contestare l'addebito e affida il compito a un soggetto "terzo", rispetto allo specifico segmento organizzativo nel quale è stato realizzato il comportamento vietato, e dotato di una competenza specifica.

Le ragioni presumibilmente sottese a tale "accentramento" – maggiore *distacco* rispetto alle dinamiche relazionali del singolo ufficio e *specializzazione* del soggetto che gestisce il potere sanzionatorio – non vengono meno nella fattispecie in questione.

L'illecito disciplinare previsto dalla norma presenta una particolare gravità e un'immediata rilevanza penale ed erariale, oltre che un'indiretta, potenziale ricaduta sull'immagine dell'amministrazione, nel caso in cui il dipendente che abbia falsamente attestato la propria presenza in servizio sia stato impegnato all'esterno dell'ente. In effetti, la peculiarità applicativa della norma non è connessa alla sussistenza di una diversa tipologia di illecito, quanto al *come* esso è accertato; né vi sono motivi per ipotizzare che la gestione di tale addebito sia più agevole delle altre situazioni contemplate dalla legge.

Se, da un lato, è vero che il responsabile dell'ufficio al quale è addetto il dipendente può avere immediata contezza dell'assenza del lavoratore, a fronte di una presenza registrata al lavoro per effetto dell'azione fraudolenta, e dunque è in grado di contestare l'addebito senza necessità di compiere accertamenti ulteriori, è altrettanto vero che proprio il disvalore sociale di tale azione illecita e la sua potenziale visibilità esterna richiedono una reazione pronta, ma anche tecnicamente puntuale.

A questo punto, per garantire (come previsto dall'incipit del comma 3 ter) l'unicità del primo atto procedimentale – che dev'essere di contestazione dell'addebito e, contestualmente, di disposizione della sospensione (la quale non è provvedimento cautelare, ma ha piuttosto una funzione latamente "organizzativa" e di tutela dell'immagine, oltre che del patrimonio) – appare opportuno suggerire un'interpretazione correttiva, in base alla quale se è l'Ufficio competente per i procedimenti disciplinari a dover contestare l'addebito, sarà sempre quest'ultimo tenuto a disporre la sospensione⁴⁴.

In alternativa, se si ritiene che a disporre la sospensione debba essere necessariamente il responsabile dell'ufficio al quale il lavoratore è addetto, ad esempio nel caso in cui sia accertato che egli abbia avuto per primo notizia del fatto, si dovrà ipotizzare un atto a struttura complessa, caratterizzato dal provvedimento mo-

⁴⁴ Di diverso avviso mi sembra CALVELLINI, *op. cit.*, p. 215, il quale ritiene che in questo caso sia il responsabile dell'ufficio a dover aprire un procedimento disciplinare "accelerato", che verrà poi chiuso dall'UPD entro 30 giorni.

tivato di sospensione al quale allegare la contestazione di addebito predisposta dall'Ufficio per i procedimenti disciplinari, che finisce per costituirne, come suole dirsi, *parte integrante e sostanziale*.

Con specifico riferimento all'ipotesi di falsa attestazione della presenza in servizio, accertata in flagranza ovvero mediante strumenti di sorveglianza o di registrazione degli accessi o delle presenze, infine, come anticipato, la legge equipara l'omessa attivazione del procedimento disciplinare all'omessa adozione del provvedimento di sospensione cautelare, prevedendo per entrambe le ipotesi la punibilità con il licenziamento del soggetto responsabile della relativa attivazione.

In ogni caso, la norma prevede la segnalazione all'Autorità Giudiziaria per l'accertamento circa la sussistenza di eventuali ipotesi di reato.

La norma incrocia poi, inevitabilmente, la tematica dei limiti legislativi all'utilizzo di strumenti di controllo e segnatamente di videosorveglianza; tema che qui può essere solo accennato.

Mentre, infatti, non sorgono problemi se tale attività di videosorveglianza è realizzata in virtù di un provvedimento dell'Autorità Giudiziaria, restando irrilevante che a monte vi sia, semmai, una segnalazione da parte dell'amministrazione⁴⁵, discorso ben più complesso e "scivoloso" si pone se la sorveglianza è attuata direttamente dal datore di lavoro pubblico. In questa ipotesi la normativa in esame va ad incrociare l'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori, seppure nella versione novellata nel 2015⁴⁶, e i limiti cogenti di tale previsione, che conserva ruvidità applicative di non poco momento⁴⁷.

⁴⁵ In questo caso si potrà procedere ai sensi dell'art. 55 *quater*, co. 3 *bis* e 3 *ter*, nel rispetto della disciplina che regola la relazione tra procedimento penale e procedimento disciplinare. In argomento, tra gli altri, v. ESPOSITO M., *Processo penale e procedimento disciplinare nella normativa sul lavoro pubblico: diritto di difesa del dipendente e buon andamento delle amministrazioni pubbliche*, in RIDL, 2009, II, p. 384.

⁴⁶ INGRAO, *Le norme imperative nel procedimento disciplinare del pubblico impiego privatizzato: gli assenti hanno sempre torto?*, in RIDL, 2017, II, p. 636, rileva come l'utilizzabilità dell'evidenza probatoria presunta dalla norma in commento vada in contraddizione proprio con l'art. 4, l. 20 maggio 1970 n. 300, come riformato nel 2015.

⁴⁷ In argomento, di recente, cfr. GRAGNOLI, *Gli strumenti di controllo e i mezzi di produzione*, in VTDL, 2016, p. 651; SALIMBENI, *La riforma dell'articolo 4 dello Statuto dei lavoratori: l'ambigua risoluzione del legislatore*, in RIDL, 2015, p. 589; TROJSI, *Controllo a distanza (su impianti e strumenti di lavoro) e protezione dei dati del lavoratore*, in VTDL, 2016, p. 667; VILLA, *Accordo sindacale e procedura amministrativa nei controlli a distanza dei lavoratori*, in VTDL, 2016, p. 707; ZOLI, *Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori e la nuova struttura dell'art. 4, legge n. 330/1970*, in VTDL, 2016, p. 635.