

**GESTIONE DELLE RISORSE UMANE
STRUMENTI ED ORIENTAMENTI**

La nuova rivista "Gestione delle risorse umane: orientamenti e strumenti" rappresenta un ulteriore contributo del Formez - Centro di Formazione Studi -, come Agenzia istituzionale del Dipartimento della Funzione Pubblica, a sostegno dei processi di modernizzazione della Pubblica Amministrazione. Essa si inserisce nella tradizione delle pubblicazioni "Quaderni regionali", "Quaderni Formez", ma più in particolare delle riviste "Problemi di gestione", "Problemi di Amministrazione Pubblica", "Europa e Mezzogiorno". Queste pubblicazioni hanno perseguito l'obiettivo di fornire gli strumenti interpretativi per consentire al sistema amministrativo, e in particolare alle autonomie locali, di attuare le innovazioni introdotte dalle leggi di riforma. D'altro canto, esse sono state la sede di approfondimenti che hanno spesso anticipato le riforme o hanno offerto spunti per migliorarle. In questa duplice ottica, il Formez, in coerenza con il ruolo che il d. lgs. 285/99 gli assegna, ha inteso rilanciare le proprie attività editoriali, al fine di "promuovere l'innovazione amministrativa, organizzativa e tecnologica della P.A. e favorire il ruolo e le competenze delle Regioni e degli enti locali". Lo sviluppo delle risorse umane è per le Amministrazioni una condizione indispensabile per il successo dei processi di innovazione. Gli spunti per modificare le modalità di gestione delle risorse umane sono molteplici con il varo della c.d. privatizzazione del rapporto di lavoro e con l'attribuzione di un più incisivo ruolo datoriale alle Amministrazioni e alla loro dirigenza. Ciononostante il passaggio dalla mera amministrazione del personale alla gestione delle risorse umane non è purtroppo un dato generalizzato. Infatti, alla luce della copiosa normativa degli ultimi anni, uno dei principali impegni delle direzioni del personale sarà la sperimentazione di strumenti gestionali, la condivisione e lo scambio di esperienze, il consolidamento di expertise e metodologie finalizzate a una gestione e valorizzazione delle risorse umane coerente con una attività finalizzata al risultato. Per accompagnare le Amministrazioni in questo difficile percorso di innovazione, il Formez sta sviluppando da tempo, d'intesa con il Dipartimento, iniziative di formazione ed assistenza per lo sviluppo di strumenti di gestione delle risorse umane i cui risultati e prodotti sono consultabili sul canale tematico "Lavoro Pubblico" del sito www.formez.it. La rivista vuole essere un supporto per orientare la dirigenza nell'utilizzo dei più innovativi istituti introdotti dalla normativa e dalla contrattazione collettiva, alla luce delle interpretazioni giurisprudenziali. Il percorso verso una effettiva privatizzazione del pubblico impiego è difficile, anche per la presenza di una prassi gestionale e una cultura amministrativa vecchie ormai di un secolo, ma la sensibilità che le Amministrazioni stanno dimostrando negli ultimi anni ci rendono più fiduciosi sulla possibilità che, anche con l'impegno del Formez e attraverso ausili come la rivista, questo obiettivo possa essere raggiunto.

Carlo Flamment
Presidente Formez



4

IL SISTEMA DISCIPLINARE NEL LAVORO PUBBLICO



Direttore Responsabile
Giuseppe Iannicelli

Coordinatori Comitato Scientifico
Federico Basilica, Francesco Verbaro

Comitato Scientifico
*Caterina Cordella, Bruno Cossu, Filippo Curcuruto, Carlo D'Orta,
Donatella De Vincentiis, Bartolo Gallitto, Valentina Lostorto,
Sandro Mainardi, Antonio Martone, Paolo Matteini, Andrea Patroni Griffi,
Giancarlo Perone, Gianpiero Profeta, Massimo Salvatorelli, Luca Soda,
Paolo Sordi, Valerio Talamo, Angelo Trovato, Vincenzo Veneziano*

Direttore Editoriale
Anna Mura

Coordinatori di redazione
Donatella De Vincentiis, Vincenzo Veneziano

Redazione
*Antonio Aurilio, Maria Branchi, Maria Elena Iaverone, Gaetana Micci,
Piera Pezza, Massimo Raffa, Genoveffa Vitale*

Coordinamento organizzativo
Paola Pezzuto, Gaetana Micci

INDICE



EDITORIALE

di Federico Basilica 11 7

CAPITOLO1

Dottrina

Il sistema disciplinare: cenni generali 21
di Bartolo Gallitto

La regolamentazione del procedimento 25
disciplinare nei contratti collettivi del quadriennio
2002-2005: profili generali
di Vito Tenore

Riflessi della natura privatistica degli atti del 51
procedimento disciplinare nel pubblico impiego
"depubblicizzato"
di Giustina Noviello

La titolarità del potere disciplinare nella P.A. 83
di Angelo Trovato

Le fasi del procedimento disciplinare 91
di Maurizio Tatarelli

Il rispetto dei termini del procedimento 103
disciplinare nell'impiego pubblico privatizzato
di Vito Tenore

Proporzionalità e adeguatezza della sanzione 119
di Massimo Salvatorelli



La recidiva 133
di Gianpiero Profeta

Incidenza della tornata contrattuale 2002-2005
sulla sospensione cautelare del pubblico
dipendente 139
di Vito Tenore

La predeterminazione e la pubblicazione
del codice disciplinare 179
di Maurizio Tatarelli

La responsabilità disciplinare del dirigente 183
di Valentina Lostorto

Arbitrato in materia disciplinare 203
di Paolo Matteini

Il codice di condotta dei dipendenti pubblici tra
dimensione etica e sfera giuridica 209
di Paola Torretta

CAPITOLO 2

Giurisprudenza

Corte di Cassazione, sezione lavoro, 227
23 aprile 2002, n. 5943

Corte di Cassazione, sezione lavoro, 231
24 ottobre 2000, n. 13983

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 239
6 giugno 2002, n. 8225

Corte di Cassazione, sesta sezione penale, 246
17 febbraio 2003, n. 7772

Tribunale di Roma, 21 ottobre 2002 249

Corte di Cassazione, sesta sezione penale, 253
13 settembre 2002, n. 13751

CAPITOLO 3

Rassegna

(1 settembre 2003-31 dicembre 2003)

Gli orientamenti della Corte di Cassazione
a cura di **Filippo Curcuruto**

259



Gli orientamenti del Consiglio di Stato
a cura di **Valentina Lostorto**

279

9

Gli orientamenti della Corte Costituzionale
a cura di **Valentina Lostorto**

311

EDITORIALE





1. Nel contesto della contrattualizzazione del rapporto di lavoro pubblico, avvenuta nel corso degli anni Novanta, la materia disciplinare ha assunto un rilievo affatto peculiare.

Il principio portante della concezione tradizionale del pubblico impiego è quello per cui alla supremazia di “diritto speciale” dell’Amministrazione fa riscontro la soggezione speciale del pubblico dipendente, di derivazione unilaterale, per cui il potere disciplinare risulta, sostanzialmente, espressione di discrezionalità amministrativa.

Tale assetto è stato messo in discussione già con il d. lgs. n. 29/93, anche con riferimento alla stessa definizione del potere disciplinare, che non viene più considerato esercizio del potere di supremazia speciale della P.A. nella gestione del rapporto di lavoro, ma potere organizzativo e gestionale autonomo, fondato sul contratto nazionale di lavoro.

L’istituto disciplinare, prima percepito quale manifestazione di un rapporto fortemente gerarchizzato, viene quindi attratto nell’area della subordinazione, nel contesto del sinallagma funzionale connesso alla prestazione lavorativa.

Dopo la seconda riforma, avvenuta negli anni 1997-1998 (d. lgs. nn. 386 del 1997; 80 e 387 del 1998), il potere disciplinare, esercitabile dalla P.A. in qualità di datore di lavoro, si approssima ancor più all’orbita degli strumenti gestionali dell’azione datoriale, e trova la sua fonte normativa anche nelle disposizioni del codice civile e, in particolare, nel titolo V, dedicato al lavoro.

In questo contesto, particolare centralità assume quindi la contrattazione collettiva, cui viene rimessa la definizione delle specifiche condotte sanzionabili, oltre che la tipizzazione delle sanzioni stesse.

Le regole di condotta sancite nei codici di comportamento allegati ai contratti collettivi, a loro volta (cfr. attualmente l’art. 54 del d. lgs. n. 165 del

2001, su cui § 2), contemperano l'esigenza di oggettivare i comportamenti valutabili, anche sulla base di parametri ulteriori, quali la correttezza e la finalità pubblica con l'autonomia organizzativa tipica della gestione delle risorse umane nelle imprese.



14

2. Tale scenario, pur nella sua razionalità di fondo, ha prodotto ambiguità interpretative e quindi l'esigenza di un chiaro raccordo fra le diverse fonti, sia legislative che contrattuali, anche con riferimento alle nuove necessità del diritto del lavoro ed al superamento del regime di giurisdizione esclusiva (con la traslazione del relativo contenzioso all'A.G.O. in qualità di giudice del lavoro).

Un primo problema di carattere generale si è posto nei confronti della (nuova) configurazione formale del potere, atteso che, come rilevano i più avvertiti commentatori in materia, al rigore formale dell'istituto nel lavoro pubblico ha corrisposto tradizionalmente una altrettanto grande ineffettività, dovuta in parte alla complessità strutturale del procedimento, lungo e defaticante, in parte al mancato esercizio del potere, per cui, ad esempio, pochissimi impiegati sono stati sottoposti a sanzioni disciplinari conservative e pochissimi licenziati.

La riforma degli anni Novanta, al riguardo, ha inteso abbandonare l'eccessivo garantismo ed il burocratismo della precedente disciplina, delegando un ruolo, a volte decisivo, alla contrattazione collettiva, cui spettava sia la definizione della tipologia delle infrazioni e delle sanzioni disciplinari, sia il compito di definire, nei fatti, il raccordo con i costituenti codici di comportamento di derivazione unilaterale.

Un problema specifico riguardava poi la graduazione delle sanzioni previste dai contratti collettivi, mentre nuovi dubbi sistematici derivavano dall'introduzione dalla legge 27 marzo 2001, n. 97 (rapporto tra responsabilità penale e responsabilità disciplinare).

Per il primo aspetto, occorre avvertire che la competenza della contrattazione collettiva per la definizione della tipologia delle infrazioni e delle sanzioni disciplinari è ora prevista direttamente dall'art. 55, comma 3, del d. lgs. n. 165 del 2001, che ha stabilito espressamente che "la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni è definita dai contratti collettivi". Tale competenza della contrattazione collettiva deve a sua volta raccordarsi con quella, specifica, dei codici di comportamento cui spetta "... la definizione dei doveri del dipendente".

All'interno di un quadro normativo interamente contrattualizzato e rimesso dal legislatore alla competenza principale dell'autonomia collettiva, resta,

infatti, l'esplicito riferimento ad un potere "normativo" attribuito ad un soggetto diverso dalla contrattazione collettiva e dal datore di lavoro in senso proprio, attribuito al Dipartimento della Funzione Pubblica per la definizione di un codice di comportamento, ove i doveri dei dipendenti delle Amministrazioni Pubbliche possano essere chiaramente e generalmente evidenziati (cfr. l'art. 54 del d. lgs. n. 165 del 2001 ed il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 28 novembre 2000 che definisce concretamente il "Codice di comportamento dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche").

L'art. 55, comma 3, del d. lgs. n. 165 del 2001, costituisce al riguardo il noto *condominio regolativo* fra le due fonti (contratti collettivi e codici di comportamento), in ordine alla definizione dei doveri o obblighi del dipendente.

Le due competenze, tuttavia, si armonizzano sistematicamente. Da una parte, infatti, sembra doversi escludere che le norme creino in capo alla fonte costituita dai codici di comportamento una riserva esclusiva di definizione dei doveri, sottraendo così al contratto collettivo la possibilità di articolare i contenuti obbligatori del rapporto di lavoro; dall'altra parte doversi parimenti escludere che l'Amministrazione possa dare corso a sanzioni disciplinari per infrazioni non contemplate dai contratti collettivi e previste, invece, dai soli codici di comportamento o da altre fonti unilaterali, fatti salvi, ovviamente, i casi in cui la individuazione delle condotte vietate trovi la propria fonte direttamente nella legge (come avviene, per esempio per le condotte previste come illecite dalla legislazione penale, per i comportamenti che danno luogo a licenziamento *ex art.* 2118-2119 c.c. ed art. 3 della legge n. 604 del 1966, per la violazione delle norme relative allo sciopero nei servizi pubblici essenziali, eccetera).

Un ulteriore problema riguardava, come si è detto, la graduazione delle sanzioni previste dai contratti collettivi.

Al riguardo, nell'implementazione contrattuale delle nuove regole, i contratti collettivi della tornata 1994-1997, in perfetta simmetria con quelli del settore privato, avevano contemplato, quali sanzioni disciplinari, le tradizionali tipologie del rimprovero verbale o scritto, della multa fino a 4 ore di retribuzione, della sospensione dal servizio e dalla retribuzione fino a 10 giorni, del licenziamento con e senza preavviso.

Si lamentava nello specifico, tuttavia, l'assenza di sanzioni intermedie e conservative del rapporto più incisive rispetto a quella della sospensione dal servizio e dalla retribuzione fino a 10 giorni, nei casi, non infrequenti, di condotte connotate da gravità tale da giustificare una sanzione assai rilevante sia per il lavoratore sia, in via esemplare, per la collettività di lavoro, ma non idonea ad estinguere definitivamente il rapporto di lavoro.





Infine, appariva necessario chiarire i rapporti fra procedimento disciplinare e processo penale, secondo quanto disposto dalla legge 27 marzo 2001, n. 97, attraverso la quale il legislatore ha realizzato un intervento complessivo nell'ambito dei rapporti tra processo penale, sentenza penale di condanna, procedimento disciplinare e rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici. La predetta legge, infatti, oltre ad avere introdotto modifiche al codice di procedura penale, nel senso della rilevanza preclusiva, sul giudizio disciplinare, dei provvedimenti terminativi assunti in sede penale, ha altresì disposto nuovi provvedimenti cautelari come conseguenza del procedimento penale relativo a taluni gravi reati contro la Pubblica Amministrazione (peculato, concussione, corruzione, ecc.), nonché l'introduzione della nuova pena accessoria dell'estinzione del rapporto di impiego o di lavoro e una nuova disciplina del procedimento disciplinare conseguente a sentenza penale irrevocabile di condanna (anche se vi è sospensione condizionale della pena), con possibilità di pervenire all'estinzione del rapporto nel rispetto dei termini dello stesso procedimento.

3. Spettava quindi ai contratti collettivi sciogliere gli anzidetti nodi sistematici ed operare una razionalizzazione coerente con il disegno legislativo e con il principio dell'integrale riconduzione della materia alle regole della contrattualizzazione.

Con riferimento al primo problema enucleato, riguardante la tipologia delle infrazioni e delle sanzioni disciplinari anche nel rapporto con i codici di comportamento, si è cercato di ovviare alla (apparente) contraddizione fra i due strumenti, onde evitare sovrapposizioni, prevedendo quali obblighi del dipendente, anche con riferimento al codice di comportamento, diano luogo a sanzioni disciplinari in caso di violazione e secondo quali sanzioni, onde soddisfare necessariamente, già in sede di definizione contrattuale, il principio di proporzionalità. Viene, per tal guisa, operata la selezione dei comportamenti vietati ai fini disciplinari con esclusivo riguardo agli obblighi contrattuali del dipendente rilevanti sul piano del rapporto di lavoro secondo l'ampia tipologia di cui agli artt. 2104 e 2105 c.c. (obblighi di diligenza, di osservanza delle disposizioni per l'esecuzione e la disciplina del lavoro; obbligo di non concorrenza e divieto di divulgazione di notizie riservate) cui rinvia lo stesso art. 2106 del codice civile (a sua volta richiamato dall'art. 55, comma 2, del d. lgs. n. 165 del 2001). I contratti collettivi cercano, inoltre, di provvedere al coordinamento fra le norme disciplinari del contratto collettivo e le norme del codice di comportamento, nel senso di considerare punibili sul piano disciplinare, solo le condotte espressamente ritenute illecite

dalla fonte contrattuale, dovendosi pertanto considerare le condotte prescritte dal codice di comportamento, ma non filtrate dalla contrattazione collettiva nel codice disciplinare, quali prescrizioni utili sul piano della formazione di modelli comportamentali di etica pubblica, ma non nell'ambito della responsabilità disciplinare del dipendente.

Sotto il profilo relativo alla graduazione delle sanzioni previste dai contratti collettivi, il punto di partenza accolto è che, dal punto di vista giuridico nessuna norma di legge impone di contenere nei limiti edittali previsti per il settore privato la sanzione della sospensione. Infatti l'art. 55 del decreto n. 165 del 2001, non richiama il comma 4 dell'art. 7 della legge n. 300 del 1970, il quale, oltre a vietare sanzioni che comportino mutamenti definitivi del rapporto di lavoro, prescrive appunto, nei termini descritti, la misura massima della multa e della sospensione. E, d'altra parte, la legge riserva, come detto, al contratto collettivo la definizione delle sanzioni disciplinari, ponendosi quindi quale unico limite quello costituzionale relativo al rispetto dell'art. 36 Cost. in materia retributiva.

L'indicazione fornita alle parti dal Governo, in qualità di Comitato di settore, in sede di predisposizione degli atti di indirizzo per la tornata contrattuale 2002-2005, quindi, è stata quella di considerare oggetto della trattativa e disporre, anche in via sperimentale, la previsione di una sanzione intermedia tra la sospensione fino a 10 giorni ed il licenziamento, significativamente una sospensione dal servizio e dalla retribuzione per un tempo più prolungato, prevedendo un limite massimo per la sospensione dal servizio e la corresponsione in detto periodo dell'assegno alimentare comprensivo degli eventuali assegni per il nucleo familiare.

Ulteriore problema, era, come ricordato, costituito dalla necessità di definire i rapporti del procedimento disciplinare con il processo penale ai sensi della legge 27 marzo 2001, n. 97.

Il ruolo della contrattazione collettiva qui appare, in effetti, più sfumato. La legge, a fronte della integrale contrattualizzazione degli istituti disciplinari, ha adottato, infatti, il "meccanismo di protezione" rispetto alla contrattazione collettiva, previsto all'art. 2, comma 2, ultima parte, del d. lgs. n. 165 del 2001, sancendo espressamente all'articolo 8, da un lato, la prevalenza delle disposizioni legislative rispetto a quelle contrattuali già esistenti in materia; dall'altro, l'impossibilità da parte dei contratti collettivi successivi all'entrata in vigore della legge di derogare alle stesse disposizioni legislative.

In tal modo la norma ha inteso "congelare" il meccanismo di deroga previsto dallo stesso articolo 2, comma 2, ed ha cristallizzato *sine die*, a favore della fonte legislativa, la disciplina della materia, la quale potrà essere supe-





rata solo in forza di un successivo e diverso intervento legislativo. Nell'impossibilità, per la contrattazione collettiva, di intervenire negli ambiti sottoposti alla nuova disciplina legislativa, l'attenzione dei nuovi contratti collettivi si è quindi rivolta unicamente nella direzione di un richiamo alle norme di legge e di una revisione/eliminazione delle norme contrattuali incompatibili con la legge n. 97 del 2001.

4. Alla luce dei nuovi assetti e delle problematiche interpretative che essi pongono, qui solo sommariamente individuate (ulteriori problemi ermeneutici derivano, ad esempio, dall'asserita ordinatorietà dei termini intermedi, a carattere endoprocedimentale, del procedimento disciplinare), il quarto numero della rivista *Gestione delle Risorse Umane*, viene interamente dedicato all'analisi del sistema disciplinare nel pubblico impiego, come questo viene a configurarsi per effetto sia delle fonti legali che di quelle contrattuali. In particolare, lo scopo della presente opera non appare solo quello di offrire un contributo dottrinario e vari spunti di riflessione sulla materia, ma anche quello, nella tradizione di questa rivista, edita dal Dipartimento della Funzione Pubblica e dal Formez, di costituire uno strumento di ausilio e supporto pratico per le Amministrazioni Pubbliche ai fini della migliore soluzione delle diverse questioni che l'istituto pone in sede applicativa.

In tale prospettiva l'opera viene arricchita da una rassegna normativa e da un commento sulla principale giurisprudenza in materia.

Federico Basilica

Capo Dipartimento della Funzione Pubblica



CAPITOLO 1

DOTTRINA

Il sistema disciplinare: cenni generali di Bartolo Gallitto*



21

È indubbio che il potere disciplinare nel pubblico impiego venisse ritenuto il simbolo negativo di un sistema autoritario, rigidamente gerarchizzato: sicché, facendo riferimento a predetta considerazione, si può avere la misura di quanta strada sia stata percorsa, superando non poche difficoltà, partendo dal D.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3 (Testo Unico delle disposizioni concernenti lo Statuto degli impiegati civili dello Stato), attraverso la legge delega n. 421/92, i d. lgs. n. 29/1993, n. 80/1998, n. 387/98, per concludersi con il d. lgs. n. 165/2001, in virtù del quale il potere disciplinare nella Pubblica Amministrazione viene esercitato estendendo al pubblico impiego privatizzato le norme basilari dell'istituto disciplinare nel settore privato e cioè l'art. 2106 del c.c. e l'art. 7, commi primo, quinto ed ottavo della legge 21/5/1970 n. 300.

Infatti, per i dipendenti di cui all'art. 2, comma 2 del d. lgs. n. 165/2001, i rapporti di lavoro con l'ente pubblico "sono disciplinati dalle disposizioni del Capo I, titolo II, del libro V del codice civile, e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa", fatte, ovviamente, salve le diverse disposizioni concernenti talune categorie di pubblici dipendenti, contenute nel decreto medesimo.

Va ricordato, peraltro, che, prima della privatizzazione, il lavoro pubblico ed il lavoro privato, erano considerati, non solo non affini, ma, anzi, contrapposti, poiché il rapporto di lavoro pubblico nasceva da un atto di nomina, mentre, quello privato, iniziava con un contratto.

Sicché, mentre nel lavoro privato la subordinazione del lavoratore al datore di lavoro, era ritenuta la conseguenza della collaborazione che il lavoratore presta in cambio della retribuzione, ma in virtù di un contratto stipulato nel

* Avvocato esperto in materia di diritto del lavoro.



rispetto di principi di parità e di uguaglianza, nel lavoro pubblico il rapporto poteva espletarsi in un sistema autoritario, rigidamente gerarchizzato, per cui il pubblico dipendente veniva a trovarsi in stato di soggezione, poiché l'ente pubblico esercitava nei di lui confronti una "supremazia speciale".

In detto sistema si collocava il potere disciplinare della Pubblica Amministrazione, quale strumento per assicurare la funzione pubblica.

Con la privatizzazione del pubblico impiego, anche il fondamento giuridico della potestà disciplinare, era destinato ad evolversi attraverso un travagliato iter dottrinale, ritenendosi, infine, che la potestà disciplinare si realizzasse nel pubblico impiego, così come nel privato, nel potere di porre regole, agevolmente ed adeguatamente sanzionabili, a salvaguardia del funzionamento dell'organizzazione del lavoro, sia nella Pubblica Amministrazione, sia nella privata impresa.

Pertanto, non più espressione di supremazia speciale nel pubblico impiego e di subordinazione nell'impiego privato, il potere disciplinare diveniva uno strumento concretizzantesi nel "potere punitivo dell'organizzatore", necessario per ottenere la effettività della sua azione direttiva nel perseguimento di un interesse pubblico o privato.

Quindi potere speciale di supremazia giuridica, supremazia formale e sostanziale dell'organizzatore anche nel pubblico impiego.

Ed anche se la Pubblica Amministrazione trae dalle leggi il potere di definire le linee fondamentali della sua organizzazione (art. 2 d. lgs. n. 165/2001), le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti la gestione dei rapporti di lavoro, sono assunte, dagli organi preposti alla gestione, con la capacità ed i poteri del privato datore di lavoro (art. 5, comma 2, d. lgs. n. 165/2001), poiché tali rapporti sono disciplinati dalle disposizioni del Capo I, titolo II, del libro V del codice civile, e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa (art. 2, comma 2, d. lgs. n. 165/2001), salvo, ovviamente, le diverse disposizioni per talune categorie di dipendenti.

Ne consegue la netta distinzione tra la gestione dei rapporti di lavoro con i propri dipendenti, e l'esercizio del potere della Pubblica Amministrazione nel definire e gestire le linee fondamentali della sua organizzazione.

Quindi, nella gestione dei rapporti di lavoro (ivi compresa la micro-organizzazione degli uffici), la specifica regolamentazione della materia disciplinare (art. 55 del d. lgs. n. 165/2001) fa espresso riferimento all'art. 2106 del c.c., all'art. 7 della legge 300/70, ed alla contrattazione collettiva (art. 55, comma 3, d. lgs. n. 165/2001), e le relative controversie sono devolute alla cognizione del Giudice Ordinario in funzione di Giudice del Lavoro (art. 63

d. lgs. n. 165/2001). Diversamente, nelle materie elencate nell'art. 2, comma 1, d. lgs. n. 165/2001, la Pubblica Amministrazione esercita il suo potere di definire e gestire le linee fondamentali della sua organizzazione (macro-organizzazione: dotazioni organiche a seconda della importanza degli uffici, etc.) mediante atti amministrativi, atti presupposti, che sono impugnabili, se ritenuti illegittimi, innanzi al Giudice Amministrativo, ma che possono essere disapplicati dal Giudice Ordinario nei contenziosi lavoristici.

Così sintetizzato il profilo del potere disciplinare, pur emergendo evidente la inesistenza di una qualsiasi normativa che lo definisca, si può affermare, con altrettanta sicurezza, che il potere disciplinare, pur presente nei fatti e nella realtà di impresa, è esercitabile, da parte del datore di lavoro, soltanto in virtù di espressa previsione di legge e di accordi collettivi.

Pertanto, quali i termini procedurali dell'esercizio del potere disciplinare nella Pubblica Amministrazione? Quali le sanzioni da irrogare, a chi, o nei confronti di chi, alle dipendenze della Pubblica Amministrazione, si renda responsabile della violazione degli obblighi – non più dei doveri relativi allo status di pubblico dipendente – relativi a tale rapporto?

Il sistema sanzionatorio della previgente legge n. 3/1957, improntato a criteri di rigida gerarchia, per garantire il concreto esercizio di funzioni pubbliche, imponeva doveri comportamentali, non solo relativi al servizio della Pubblica Amministrazione, e quindi relativi allo status del pubblico impiegato, ma relativi, anche, alla sua condotta (a comportamenti extra lavorativi, valutabili, quindi, discrezionalmente e pertanto sanzionabili con altrettanta discrezionalità). Comunque, tali doveri, con o senza la valutazione di comportamenti extra rapporto, le loro conseguenze sanzionatorie in caso di loro violazione, nonché le procedure per la loro applicazione, erano determinati dalla legge.

Superate, però, le rigidità della previgente normativa, pur sempre restando la legge la fonte del potere disciplinare – poiché di tale potere è titolare solo una delle parti del rapporto contrattuale: la Pubblica Amministrazione, quale datore di lavoro –, l'esigenza di controbilanciare tale peculiarità, o anomalia, o privilegio, viene accolta dalla stessa legge.

Infatti, l'art. 2106 c.c. (con il rinvio all'art. 2104 c.c., obbligo della diligenza nelle prestazioni lavorative, obbligo di osservare le disposizioni del datore di lavoro e all'art. 2105 c.c., obbligo di fedeltà), e l'art. 7 della legge 300 (norme relative alle sanzioni, alle infrazioni, al procedimento disciplinare), rimettono alla contrattazione collettiva l'analitica individuazione, sia delle fattispecie di condotta che possano avere rilievo disciplinare, sia delle relative sanzioni irrogabili, sia delle norme procedurali a garanzia delle par-





ti, e ne sottopongono l'esercizio a regole che devono essere predeterminate e anticipatamente portate a conoscenza delle parti stesse, regole contenute nei codici disciplinari, i quali, peraltro, applicano, quanto in materia viene stabilito nella contrattazione collettiva.

Trasformato, quindi, il rapporto di impiego in rapporto di lavoro, affermato, pertanto, che nel rapporto contrattualizzato di subordinazione del dipendente nei confronti della Pubblica Amministrazione, ha rilievo soltanto ciò che è funzionale a detto rapporto nei codici di comportamento, adottati con le modalità previste dall'art. 54 del d. lgs. n. 165/2001, ove vengono specificati, in positivo, gli obblighi cui è tenuto il dipendente, per un corretto espletamento della sua attività lavorativa.

Disattendendo o violando detti obblighi, si integra, in negativo, quella condotta censurabile, prevista nei codici disciplinari, dei quali, i codici di comportamento, costituiscono non solo il presupposto necessario, ma anche, in verità, la base dell'esercizio del potere disciplinare.

La regolamentazione
del procedimento disciplinare nei
contratti collettivi del quadriennio
2002-2005: profili generali¹
di Vito Tenore*



1. Tra le più significative novità della tornata contrattuale 2002-2005 va senza dubbio annoverata l'ampia trattazione dedicata dalle parti stipulanti alla materia disciplinare ed alla sospensione cautelare, le quali, dopo una iniziale regolamentazione contenuta nei primi contratti collettivi di comparto (relativi al quadriennio normativo 1994-1997), erano state completamente trascurate dai secondi contratti del quadriennio normativo 1998-2001.

Obiettivo di questo studio introduttivo è quello di fornire un quadro delle novità apportate dalla tornata contrattuale normativa 2002-2005, mentre i saggi successivi si interesseranno di specifiche problematiche concernenti il procedimento disciplinare.

Per chiarezza espositiva e in considerazione della sua priorità temporale, si assumerà come riferimento il contratto collettivo del comparto Ministeri siglato il 28 febbraio 2003 (e già oggetto di rettifiche stipulate il 14 maggio 2003). I restanti contratti di comparto, che stanno progressivamente entrando in vigore, ricalcano la formulazione testuale di tale CCNL Ministeri, salvo alcuni settoriali distinguo che verranno sottolineati nel corso dello studio.

Con voluta genericità e fatto salvo quanto si evidenzierà nel prosieguo, ad una prima lettura si può affermare che il nuovo contratto collettivo, più che innovare integralmente il previgente regime, ha dato veste sistematica allo stesso, apportando nel contempo lievi, ma importanti, integrazioni.

* Magistrato della Corte dei Conti.

¹ Nel corso dello studio, per esigenze di chiarezza espositiva, si assumerà come normativa di riferimento la contrattazione collettiva del comparto Ministeri dei quadrienni normativi 1994-1997 e 2002-2005. I restanti comparti presentano regolamentazioni sostanzialmente identiche, salvo qualche distinguo che sarà evidenziato nel corso del testo.



La scelta tendente a dare una più organica regolamentazione alla complessa materia sanzionatoria (ed alla distinta, ma connessa, materia della sospensione cautelare), operata ad oggi sia dal CCNL Ministeri, sia dal CCNL Scuola, sia, ancora, dal CCNL enti pubblici non economici e dal CCNL Enti Locali, ma di imminente conferma anche nei restanti contratti di comparto, appare opportuna e quasi doverosa, in quanto l'articolata e talvolta disorganica stratificazione tra fonti contrattuali (il riferimento è ai CCNL del quadriennio normativo 1994-1997 in quanto, come già segnalato, la successiva tornata 1998-2001 si è disinteressata della materia disciplinare) e legislative (art. 7, L. 20 maggio 1970 n. 300; L. 7 febbraio 1990 n. 19; L. 19 marzo 1990 n. 55; d. lgs. 18 agosto 2000 n. 267, c.d. T.U. Enti Locali; L. 27 marzo 2001 n. 97; d. lgs. 30 marzo 2001 n. 165), aveva originato seri dubbi applicativi nelle Pubbliche Amministrazioni, acuiti dalla incertezza interpretativa su alcuni punti nevralgici della regolamentazione pattizia e legislativa.

Difatti, sotto quest'ultimo profilo, sia la giurisprudenza, che i collegi arbitrali di disciplina (CAD), erano intervenuti, con oscillanti (e talvolta stravaganti) soluzioni interpretative, su alcuni profili centrali del procedimento disciplinare, fornendo alle Amministrazioni e ai difensori di lavoratori sottoposti all'*iter* punitivo, soluzioni ermeneutiche non sempre univoche, come ben evidenziato dalla dottrina².

Tale quadro di complessa stratificazione normativa e di diffusa incertezza su questioni nodali della materia disciplinare è stato (ed è a tutt'oggi) senz'altro concausa del cattivo funzionamento della macchina disciplinare nell'impiego pubblico privatizzato, crudamente riscontrato e stigmatizzato, in sede di controllo gestionale, dalla Corte dei Conti in alcuni eloquenti referti sulla pessima gestione del procedimento punitivo all'interno della P.A.³, le cui concorrenti cause vanno ricercate sia nel diffuso tollerante comportamento buonista della dirigenza nei confronti di micro e macro illegalità

² Ci sia consentito il richiamo al nostro Noviello-Tenore, *La responsabilità e il procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, Milano, 2002, ove si prospettano, per tutti i profili del procedimento sanzionatorio interno, le diverse, e spesso antitetiche, soluzioni interpretative fornite dalla dottrina e dalla stessa giurisprudenza.

³ Le eloquenti delibere della Corte dei Conti sul reale funzionamento del sistema disciplinare e cautelare nell'impiego pubblico negli ultimi anni, adottate ai sensi dell'art. 3, comma 4, L. 14 gennaio 1994 n. 20, sono le seguenti: Corte dei Conti, sez. contr., 20 giugno 2001 n. 25/01/G, in *www.giust.it*; id., sez. contr. St., 25 giugno 1999 n. 60, in *Giorn.dir.amm.*, 1999, 1214; id., sez. contr. St., 26 marzo 1998 n. 23, in *Riv.C.conti*, 1998, n. 3, I, 14; id., 4 aprile 1997 n. 70, in *Riv.C.conti*, 1997, n. 3, I, 26 e in *Il lavoro nelle P.A.*, 1998, 289; id., 10 gennaio 1996 n. 4, in *Riv.C.conti*, 1997, n. 1, I, 4 e *ivi*, 1996, n. 1, III, 263, nonché in *Cons.St.*, 1996, II, 480.

all'interno dell'Amministrazione⁴, sia nel non lusinghiero funzionamento dei collegi arbitrali di disciplina, troppo spesso propensi (forse a causa della composizione eccessivamente sindacale), da un lato, a formalistici approcci alla materia disciplinare, destinati a portare all'invalidazione delle sanzioni comminate sulla scorta di discutibili vizi procedurali dell'*iter* sanzionatorio, e, dall'altro, ad un perdonismo ingiustificato, che ha condotto a sorprendenti derubricazioni delle sanzioni comminate (spesso dal licenziamento alla sospensione sino a 10 giorni) nei confronti di autori di gravissimi illeciti sulla scorta di singolari motivazioni⁵.

Mentre sulle due ultime ragioni del cattivo funzionamento del procedimento disciplinare (tolleranza del datore di lavoro pubblico, sovente latitante, e formalistico approccio decisorio al contenzioso disciplinare da parte dei collegi arbitrali e di qualche organo giurisdizionale) alcun intervento correttivo era possibile ad opera della recente contrattazione collettiva, notevole è stato invece il contributo fornito dalle parti stipulanti l'accordo sul quadriennio 2002-2005 alla predetta terza causa del malfunzionamento del procedimento punitivo interno, ovvero la complessa stratificazione delle fonti, pattizie e unilaterali, in materia e la difficoltà interpretativa di taluni precetti, che la dottrina interessata alla materia disciplinare aveva prontamente evidenziato⁶.



⁴ Come rimarcato da attenta dottrina “dove vi è un forte interesse del datore ad ottenere alti livelli di produttività è molto più frequente anche la vigilanza sui comportamenti illeciti rilevanti dal punto di vista disciplinare, mentre dove il datore di lavoro non è interessato a conseguire un'alta produttività anche l'attenzione verso il fatto disciplinare è scadente. A maggior ragione questo vale per le Pubbliche Amministrazioni che, in quanto svolgono quelle attività che sono loro riservate per legge, non sono in competizione con nessuno: l'interesse a perseguire la devianza disciplinare è dunque un interesse minimo, tanto quanto minimo è l'interesse che ha la pubblica amministrazione a tenere alto il livello della produttività” (Lignani, *La responsabilità disciplinare dei dipendenti dell'amministrazione statale*, in AA.VV., a cura di Sorace, *Le responsabilità pubbliche*, Padova, 1998, 379).

In sintonia con tale visione è anche un profondo conoscitore della Pubblica Amministrazione, il quale afferma testualmente che “nel rapporto pubblicistico, manca un padrone sollecito a far rispettare i doveri dei dipendenti e, poiché anche la materia disciplinare è stata devoluta alla competenza dirigenziale, custodi dell'osservanza dei doveri dei dipendenti sono i loro stessi colleghi, i quali, per colleganza o per connivenza, sono poco disposti ad adottare misure severe per ottenere dai dipendenti il rispetto della legalità” (Virga, *La responsabilità disciplinare*, in *Atti del XLIV convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1999, 308).

⁵ Per una istruttiva lettura delle motivazioni adottate da alcuni CAD per derubricare le sanzioni inflitte dagli uffici disciplinari si rinvia alle documentate delibere della Corte dei Conti citate nella precedente nota 3.

⁶ Tra i più recenti contributi monografici sulla materia disciplinare privatizzata, oltre al già segnalato Noviello-Tenore, *La responsabilità e il procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, v. Mainardi, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, art. 2106, in Schlesinger (a cura di), *Il codice civile. Commentario*, Milano, 2002.



Pertanto, la recente tornata contrattuale 2002-2005 va favorevolmente salutata per aver fatto, si spera, definitiva chiarezza su alcuni nodi problematici della previgente concorrente disciplina pattizia e legislativa⁷, attenuando una delle concause del cattivo funzionamento del procedimento disciplinare in Italia, ovvero la difficoltà interpretativa su alcuni passaggi dell'*iter* sanzionatorio.

Il superamento dei restanti ostacoli ad un fisiologico utilizzo del sistema punitivo interno (stasi del datore-dirigente e buonismo arbitrale), passa invece attraverso non solo il miglioramento delle conoscenze tecnico-giuridi-

(segue nota 6)

Tra gli scritti precedenti di portata più generale, senza pretesa di esaustività, cfr. Alessi, *Il procedimento disciplinare nel pubblico impiego riformato*, in *RGL*, 1994, I, 491; Mainardi-Miscione, *Potere e responsabilità disciplinare*, in Carinci-D'Antona (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Milano, 1995, II, 1042 e seg.; Zangrossi, *Il procedimento disciplinare nel rapporto di pubblico impiego dopo il d. lgs. 3 febbraio 1993, n. 29*, in *Contr.Imp.*, 1995, 1040 e seg.; Viola, *Astensione e ricasazione nel nuovo procedimento disciplinare privatizzato*, in *RAmmRI*, 1996, 226 e ss.; Tampieri, *Contrattazione collettiva e potere disciplinare nel lavoro pubblico*, Milano, 1996, 3 e seg.; Viola, *Il nuovo procedimento disciplinare del pubblico impiego privatizzato*, in *Cons.St.*, 1997, II, 1675 e seg.; Noviello, *Le sanzioni e il procedimento disciplinare nei nuovi contratti collettivi del pubblico impiego*, in *Enti Pubb.*, 1997, 55 e seg.; Lucibello, *La responsabilità disciplinare nel pubblico impiego: nodi e questioni*, in *RDP*, 1998, n.2, 443; Mancini Proietti, *Il sistema sanzionatorio nel pubblico impiego riformato*, in *NR*, 1998, 2324; Mattarolo, *Il potere disciplinare*, in Carinci (a cura di), *Diritto del lavoro*, Torino, 1998, II, 750; Vaccaro, *Note a margine dei codici di comportamento nel pubblico impiego*, in *DL*, 1998, I, 420; Fiorillo, *Il lavoro pubblico. Il potere disciplinare*, in Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto del lavoro e della previdenza sociale*, Milano, 1998, 1597; Sorace (a cura di), *Le responsabilità pubbliche. Civile, amministrativa, disciplinare, penale, dirigenziale*, Padova, 1998, 343 seg. (con contributi di Lucibello, Giva, Mini, Lignani, Paci, Massafra, Mor, Zoppoli, Ziroldi); La Torre, *Procedimento disciplinare. Contestazione degli addebiti. Termini*, in *Amm.It.*, 1999, 1068; De Marco, *Il potere disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, in sito www.giust.it; Piccinini, *Problemi in tema di responsabilità disciplinare nel lavoro pubblico contrattualizzato*, in *ADL*, 1999, 105 e seg.; Virga, *La responsabilità disciplinare*, in Atti del XLIV convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, 1999, 299 seg.; Miscione, *Sanzioni disciplinari e responsabilità*, in Carinci-D'Antona (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, II ed., Milano 2000, II, 1649 e seg.; Gasparrini-Pianesi, *La responsabilità disciplinare nella pubblica amministrazione in trasformazione, profili introduttivi*, Milano, 2001.

⁷ Non va dimenticato che, in base all'art. 2, comma 2 del d. lgs. n. 165 del 2001, in deroga alla gerarchia delle fonti, è consentito alla fonte contrattuale collettiva di apportare modifiche alla fonte legislativa, salvo espressa previsione a ciò ostativa contenuta nella specifica legge: "I rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto. Eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle Amministrazioni Pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata, non sono ulteriormente applicabili, salvo che la legge disponga espressamente in senso contrario".

che di questi operatori, ma, soprattutto, attraverso una sensibilizzazione dei predetti promotori e giudici del procedimento sulla reale funzione della sanzione disciplinare, da intendere come una ordinaria e doverosa⁸ reazione negoziale datoriale, consensualmente pattuita tra le parti in sede di stipula del contratto di lavoro in caso di inosservanza di quelli che, in base alla novellata rubrica dell'art. 23 CCNL 1994-1997, sono veri e propri obblighi contrattuali e non più doveri del lavoratore.

La dirigenza e i CAD andrebbero inoltre resi maggiormente consapevoli, anche attraverso idonee attività formative, dei devastanti riflessi gestionali che possono derivare dalla tolleranza di fenomeni di illegalità all'interno della P.A.: si pensi al possibile riflesso emulativo che alcune condotte illecite non punite possono avere in un ambiente di lavoro⁹, o ai costi economici sopportati dall'Amministrazione a seguito di stravaganti decisioni arbitrali demolitorie di sanzioni (spesso espulsive) per discutibili vizi formali e tradotti, a catena, in onerose *restitutiones in integrum* stipendiali a favore di autori di gravi illeciti (anche penali ed amministrativo-contabili)¹⁰.

Tale mutamento di filosofia è auspicabile anche alla luce della amara constatazione che le restanti risposte approntate dall'ordinamento a fronte di illeciti posti in essere da pubblici dipendenti, non sortiscono spesso quella duplice finalità, di prevenzione e repressione, che è lo scopo ulti-



⁸ L'azione disciplinare del datore pubblico, a differenza di quella spettante al datore privato, deve, a nostro avviso, rispettare i principi costituzionali di buon andamento della P.A. e di legalità, per cui l'attivazione del relativo procedimento è da ritenere obbligatoria ed officiosa, a differenza di quanto ritenuto dalla dottrina per l'analoga potestà sanzionatoria nell'impiego privato. Sul punto, più diffusamente, cfr. NovIELLO-Tenore, *La responsabilità e il procedimento disciplinare* cit., 180 ss.

⁹ Senza inutili giri di parole, si pensi all'effetto emulativo interno originato, in passato, dai protagonisti della c.d. "tangentopoli contrattuale" nelle gare pubbliche, o dall'utilizzo disinvolto di certificazioni mediche per giustificare assenze dal servizio dettate da motivi personali, o, ancora, dalla percezione di indennità di missione gonfiate.

¹⁰ Il riferimento è alle numerose pronunce arbitrali che, sulla scorta di formalistiche letture della normativa (si pensi alla disciplina dei termini infraprocedimentali, sovente qualificati perentori), o di discutibili valutazioni nel merito dei fatti storici vagliati, hanno derubricato sanzioni espulsive (licenziamenti) in sospensioni dal servizio e dalla retribuzione sino a 10 giorni. Tali statuizioni, ove assunte nei confronti di dipendenti a suo tempo cautelatamente sospesi (spesso per anni), hanno originato pretese pecuniarie di detti lavoratori (talvolta tangentisti conclamati in sede penale) graziati in sede arbitrale, i quali hanno vittoriosamente intrapreso azioni legali volte alla erogazione delle differenze (maggiorate di accessori di legge) tra retribuzione piena e assegno alimentare percepito durante la sospensione cautelare (c.d. *restitutio in integrum*). Tali pretese, a fronte di procedimenti disciplinari conclusi, all'esito del vaglio arbitrale, con sanzione conservativa e non più espulsiva, sono state ritenute fondate dalla magistratura (ed oggi dal CCNL 2002-2005, art. 15, comma 8 e 9). Sul punto v. NovIELLO-Tenore, *La responsabilità e il procedimento disciplinare* cit., 436 ss.



mo di qualsiasi forma di sanzione (penale, civile, amministrativo-contabile e disciplinare): difatti la reazione penale, se vista alla luce dei vari riti alternativi e premiali invocabili in sede processuale, della sospensione condizionale della pena, e dei fisiologici rischi di prescrizioni, indulti o amnistie, non riesce sempre a sanzionare adeguatamente gli autori di gravi fatti di reato; parimenti, la reazione amministrativo-contabile (c.d. giudizio di responsabilità per danni erariali), non rappresenta idoneo strumento di ristoro della P.A. nei confronti di soggetti privi (spesso maliziosamente) di idonee capacità reddituali e aggredibili nei limiti del quinto sui proventi stipendiali o pensionistici¹¹. Infine, l'azione civile per illeciti contrattuali ed extracontrattuali, attivabile dal datore-P.A. innanzi al Giudice Ordinario nei confronti del lavoratore che arrechi danni, rappresenta un'evenienza solo manualistica e virtuale, desumendosi dalla lettura dei repertori giurisprudenziali una quasi totale assenza di azioni recuperatorie da parte dei vertici gestionali, con conseguente accollo in capo alla P.A. di notevoli costi per danni imputabili a condotte dolose o colpose di propri dipendenti.

Ecco dunque che l'azione disciplinare, ove correttamente utilizzata come nell'impiego privato, modello cui ispirarsi in un sistema amministrativo ormai depubblicizzato, e tendente, come nel privato, non ad ottenere una gretta osservanza di regole (in ogni caso contrattualmente accettate da ambo le parti del rapporto di lavoro e, come tali, costituenti obblighi da rispettare), ma all'efficienza dell'azione datoriale, non dovrebbe essere relegata a marginale istituto, da attivare solo a fronte di macroscopici illeciti di valenza penale confluiti in giudicati di condanna che, in quanto tali, non possono essere trascurati, ma deve divenire un ordinario strumento gestionale volto al miglioramento dell'azione amministrativa.

E, probabilmente, anche a tale basilare finalità pungolatoria nei confronti della tollerante dirigenza pubblica risponde l'organica regolamentazione

¹¹ Il Procuratore Generale presso la Corte dei Conti ha crudamente segnalato, in occasione del discorso di inaugurazione dell'anno giudiziario 1998 della Magistratura contabile, che, a fronte di rilevantissimi importi, oggetto di condanna da parte della Corte nei confronti di dipendenti pubblici, si recupera in concreto solo circa il 4% del totale. Ciò a causa, sia dei limiti che il legislatore e la Consulta hanno posto alla aggredibilità di retribuzione, pensione e buonuscita del lavoratore pubblico (pignorabili nel limite del quinto), sia a causa della assenza, in capo alla Magistratura contabile, del potere di proporre autonomamente azioni recuperatorie o di simulazione in sede civile nei confronti di maliziose vendite, fiduciarie o simulate, effettuate dal lavoratore titolare di beni mobili o immobili prima della condanna giuscontabile e che purtroppo non vengono mai perseguite dall'Amministrazione creditrice innanzi all'A.G.O.

della materia disciplinare (e della connessa materia della sospensione cautelare) contenuta nella tornata contrattuale 2002-2005, i cui profili generali si intende in questa sede prospettare, per poi analizzare, più dettagliatamente, i vari profili operativi del procedimento nei contributi monotematici che seguono.

2. Prima di evidenziare le innovazioni salienti della tornata contrattuale 2002-2005 concernenti la materia disciplinare, è doveroso premettere che la novella negoziale è, in generale, destinata a produrre effetti “dal giorno successivo alla data di stipulazione, salvo diversa prescrizione del presente contratto” (art. 2, comma 2, CCNL Ministeri 2002-2005).

Tale “diversa prescrizione del presente contratto” sulla decorrenza non è presente per gli articoli concernenti la materia disciplinare, per cui la nuova regolamentazione è da ritenere vigente dalla data di stipula del nuovo CCNL (28 febbraio 2003 per il CCNL Ministeri). Tuttavia, molto opportunamente, la fonte pattizia (art. 16, CCNL cit.) introduce un regime transitorio, statuendo che “1. I procedimenti disciplinari in corso alla data di stipulazione del presente contratto vanno portati a termine secondo le procedure vigenti alla data del loro inizio. 2. Alle infrazioni disciplinari accertate ai sensi del comma 1, si applicano le sanzioni previste dall’art. 25 come rinnovato dal presente contratto, qualora più favorevoli, in luogo di quelle previste dall’art. 25 del CCNL del 16 maggio 1995”.

La nuova regolamentazione, sul piano della tecnica di redazione dei suoi precetti, intendeva, in via generale, piuttosto che riformulare integralmente tutta la disciplina della materia, far salva (v. art. 10, CCNL 2002-2005 Ministeri) parte della previgente regolamentazione pattizia contenuta nella tornata contrattuale 1994-1997 (come integrata dal CCNL 1998-2001), apportando nel contempo lievi modifiche ad alcuni articoli della stessa, il cui preesistente testo è stato disapplicato. Tuttavia, da una lettura del nuovo testo contrattuale (es. art. 10-16, CCNL 2002-2005 Ministeri), è agevole riscontrare che, in fin dei conti, quasi tutti gli articoli del previgente contratto in materia disciplinare (art. 23-27, CCNL 1994-1997 Ministeri), ad eccezione dell’art. 26 sulla sospensione cautelare in corso di procedimento disciplinare, sono stati limati o integrati e quindi disapplicati nella originaria versione, come si evidenzierà nel prosieguo¹².



¹² Il combinato disposto delle due predette fonti contrattuali è pubblicato sul nostro sito: <http://lavoropubblico.formez.it/contenzioso>.



3. Venendo alle specifiche novità introdotte dalla tornata contrattuale 2002-2005, tra le più encomiabili previsioni va, senza dubbio, annoverata l'opportuna e doverosa introduzione, nell'ambito della scala gerarchica delle sei originarie sanzioni disciplinari, di una nuova punizione, la "sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da 11 giorni fino ad un massimo di sei mesi" (art. 12, CCNL 2002-2005, che novella il previgente art. 24, CCNL 1994-1997), che si colloca come sanzione intermedia tra la "sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino a 10 giorni" e il "licenziamento con preavviso".

L'intervento integrativo era univocamente auspicato dalla dottrina, che aveva prontamente segnalato la scarsa rispondenza del forte balzo punitivo della previgente gamma sanzionatoria al generale principio di gradualità, vero e proprio caposaldo del diritto disciplinare pubblico e privato, più volte rimarcato anche dalla Suprema Corte di Cassazione.

La precedente lacuna normativa, nel prevedere tale forte salto punitivo tra la "sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino a 10 giorni" (ultima sanzione conservativa) e il "licenziamento con preavviso" (prima sanzione espulsiva), aveva originato sconcertanti situazioni soprattutto in sede arbitrale, allorquando i c.d. CAD, nell'accogliere alcuni ricorsi avverso licenziamenti disciplinari, avevano derubricato il fatto contestato, ritenendolo passibile, in applicazione del principio di "conversione", della sola sanzione immediatamente inferiore (sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino a 10 giorni), decisamente risibile a fronte di fatti spesso assai gravi¹³.

L'attuale regime, introducendo una adeguata sanzione intermedia, attenua (ma non elimina) il rischio di tali imbarazzanti derubricazioni, ma, soprattutto, risponde ad un ulteriore principio generale del diritto disciplinare, costituito dalla proporzionalità sanzionatoria: difatti il nuovo codice disciplinare introdotto dall'art. 13, CCNL 2002-2005 Ministeri (e da altri CCNL di comparto), disponendo di una gamma punitiva più ampia, adegua meglio le varie sanzioni ai fatti storici astrattamente imputabili al lavoratore¹⁴. Ecco

¹³ Sul potere arbitrale di conversione della sanzione disciplinare, ritenuta non adeguata ai fatti storici accertati, nella sanzione proporzionata agli stessi e sulla discussa estensione di tale potere anche a favore del giudice del lavoro, v. Noviello-Tenore, *La responsabilità e il procedimento disciplinare* cit., 578 ss. con ampi richiami dottrinali e giurisprudenziali; Mainardi, *Il potere disciplinare* cit., 331.

¹⁴ Sui principi di gradualità e proporzionalità delle sanzioni disciplinari e sulle conseguenze della loro inosservanza cfr. Noviello-Tenore, *La responsabilità e il procedimento disciplinare* cit., 31.

dunque che appaiono criticabili i contratti collettivi della tornata 2002-2005 che, come quello del comparto Scuola (art. 90, relativo al personale ATA), non recependo tale auspicata novella additiva, hanno confermato la vigenza delle sole precedenti sei sanzioni (e l'intrinseco "salto punitivo" che le caratterizza), venendo così a creare un inopportuno differente regime tra comparti, che sarebbe auspicabile non prevedere in materie, come quella disciplinare, che non si prestano a ragionevoli differenziazioni tra dipendenti unitariamente privatizzati e preposti a mansioni sostanzialmente analoghe e possibili autori di illeciti identici nei vari comparti.

La nuova sanzione disciplinare in esame è prevista dall'art. 24, CCNL 1994-1997 novellato dal CCNL 2002-2005, in relazione alle specifiche inosservanze ivi sancite. L'introduzione della nuova misura ha comportato, a catena, la rimodulazione di alcune condotte sanzionate in precedenza con il licenziamento.

La comminatoria di tale sanzione comporta la privazione della retribuzione fino al decimo giorno e la corresponsione di un'indennità pari al 50% della retribuzione (oltre agli assegni familiari) dall'undicesimo giorno in poi. La misura incide, inoltre, sulla anzianità di servizio, dalla quale andrà scomputato il periodo trascorso in sospensione.

4. Una seconda novità, di notevole rilevanza operativa per l'Amministrazione, per gli organi arbitrali e per la Magistratura, cui sovente la questione è stata sottoposta, attiene alla soluzione dell'annoso problema (già insorto sotto il previgente regime del D.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3) della natura, ordinatoria o perentoria, dei termini che cadenzano il procedimento disciplinare¹⁵. Trattasi di tematica centrale e dai notevolissimi risvolti patologici in sede giurisdizionale, ove l'inosservanza degli stessi è oggetto di un diffuso contenzioso: qualificando, infatti, come perentorio un termine, il suo mancato rispetto avrà effetti invalidanti sulla comminata sanzione e precluderà la riadozione della stessa all'esito dell'annullamento statuito dal giudice del lavoro, avendo il datore pubblico "consumato" il tempo accordatogli dal contratto (o da legge, es. art. 9, L. n. 19 del 1990, art. 3, comma 1 e art. 10, comma 3, L. n. 97 del 2001); riconoscendo invece come ordinatorio un termine, il suo superamento non avrà effetti invalidanti sulla sanzione tardivamente irrogata.



¹⁵ Sul problema, assai dibattuto in giurisprudenza, si rinvia a Tenore, *I termini che cadenzano il procedimento disciplinare nell'impiego pubblico privatizzato*, in *Il lav. nelle P.A.*, 2002, n. 1, 59 ss.; Noviello-Tenore, *La responsabilità e il procedimento disciplinare* cit., 223 ss.



Il testo della previsione contrattuale, contenuto nell'art. 12, CCNL 2002-2005 Ministeri (rettificato, su questo centrale punto, dalla successiva ipotesi di CCNL del 14 gennaio 2003¹⁶), nel novellare l'art. 24, comma 1, lett. d) del previgente CCNL 1994-1997, ha statuito che: "con riferimento al presente articolo, sono da intendersi perentori il termine iniziale e quello finale del procedimento disciplinare. Nelle fasi intermedie i termini ivi previsti saranno comunque applicati nel rispetto dei principi di tempestività ed immediatezza, che consentano la certezza delle situazioni giuridiche".

La norma va favorevolmente salutata in quanto, recependo in parte gli spunti critici della dottrina formulati nei confronti di parte della giurisprudenza (soprattutto arbitrale) acriticamente adagiata sulla tesi della natura perentoria di tutti i termini che cadenzano il procedimento disciplinare, ha optato per una ragionevole posizione mediana sul pluriennale contrasto interpretativo in materia, qualificando come perentori i soli termini iniziali e finali dell'*iter* punitivo, e richiamando, per i restanti termini, da qualificare evidentemente come ordinatori, il generale principio, di matrice giuslavoristica, di tempestività ed immediatezza.

Da tale formulazione discende che hanno natura perentoria: a) il termine iniziale di 20 giorni dalla conoscenza del fatto¹⁷ per la contestazione dell'addebito (art. 24, comma 2, CCNL 1994-1997 Ministeri, ancora vigente ex art. 12, CCNL 2002-2005 Ministeri); b) il termine di 180 giorni dalla conoscenza del giudicato penale per la riattivazione del procedimento iniziato e sospeso in attesa della risultanze processuali e l'analogo termine di 90 giorni dalla conoscenza del giudicato penale per la riattivazione del procedimento iniziato e sospeso in attesa della risultanze processuali in giudizi per i soli reati della L. n. 97 del 2001 (art. 14, comma 3 e 4, CCNL 2002-2005 Ministeri)¹⁸;

¹⁶ Si segnala che la versione originaria dell'art. 12, CCNL 2002-2005 Ministeri, prima della rettifica apportata il 14 maggio 2003, recitava "I termini di cui al presente articolo devono intendersi come perentori".

¹⁷ La perentorietà di tale termine recepisce un indirizzo giurisprudenziale non consolidatissimo sul punto che, sulla scorta del dato testuale (contestazione "da effettuarsi tempestivamente e, comunque, non oltre 20 giorni..."), aveva optato per la natura perentoria. Sul punto e sulla interpretazione del concetto di "conoscenza del fatto" si rinvia a NovIELLO-Tenore, *La responsabilità e il procedimento disciplinare* cit., 226 ss.

¹⁸ Natura perentoria avrà anche il termine di 120 giorni dal passaggio in giudicato della sentenza penale, transitoriamente previsto dal discutibile art. 10, comma 3, L. n. 97 del 2001, che ancora il *dies a quo* non già alla "conoscenza" del giudicato, ma alla "conclusione" del procedimento penale, ovvero ad una circostanza di regola non nota all'Amministrazione, in assenza di un obbligo di legge per le cancellerie giudiziarie di notificare la P.A. dell'intervenuto giudicato penale nei confronti di pubblici dipendenti.

c) il termine finale di 120 giorni dall'inizio del procedimento disciplinare per la chiusura dello stesso¹⁹, applicabile in via generale e, dunque, anche dopo la riassunzione dell'*iter* sanzionatorio interno dopo il giudicato penale (art. 24, comma 6, CCNL 1994-1997, non modificato dal CCNL 2002-2005, e art. 14, comma 3 e 4, CCNL 2002-2005); d) il termine di 15 giorni per comminare la sanzione qualora il dipendente, convocato a difesa, non si presenti e dalla data di convocazione siano decorsi 15 giorni (art. 24, comma 3, CCNL 1994-1997, non modificato dal CCNL 2002-2005, e art. 55, d. lgs. n. 165 del 2001).

La natura perentoria di tali termini evidenzia la centralità del problema della puntuale individuazione del *dies a quo* e del *dies ad quem* degli stessi²⁰.

I restanti termini che temporizzano le fasi endoprocedimentali dell'*iter* punitivo, definiti attecnicamente dal CCNL 2002-2005 fasi intermedie, hanno invece natura ordinatoria. Essi, schematicamente sono: a) il termine di 10 giorni per la segnalazione dell'illecito all'ufficio procedimenti disciplinari da parte del capo struttura ex art. 24, comma 4, CCNL 1994-1997 Ministeri, non modificato dal CCNL 2002-2005; b) il termine di 5 giorni entro cui il responsabile della struttura, che si avveda nel corso del procedimento che la sanzione da applicare non sia di propria competenza, deve trasmettere gli atti all'ufficio competente, ove il procedimento prosegue senza soluzione di continuità e, dunque, senza necessità di una nuova contestazione²¹ (art. 24, comma 4 *bis*, CCNL 1994-1997, introdotto dall'art. 12, CCNL 2002-2005); c) i 5 giorni lavorativi dalla contestazione del fatto per la convocazione scritta a difesa ex art. 24, comma 3, CCNL 1994-1997 non modificato dal CCNL 2002-2005 (termine dilatorio).

Ultronea, e dunque inutile, appare la puntualizzazione contrattuale che richiede, per detti termini interni ordinatori, il rispetto "dei principi di tempestività ed immediatezza, che consentano la certezza delle situazioni giuridiche": a prescindere dalla precisazione negoziale, difatti, essendo il procedimento disciplinare doverosamente tarato sul termine finale, perentorio e non certo di notevole lunghezza, di 120 giorni, i termini infraprocedimentali



¹⁹ Tale approdo interpretativo sulla perentorietà del termine di 120 giorni era univoco a livello dottrinale e giurisprudenziale anche prima della novella contrattuale 2002-2005: cfr. la giurisprudenza e la dottrina citata da Tenore, *I termini cit.*, 77.

²⁰ Per un'analitica prospettazione degli indirizzi giurisprudenziali sul punto v. Noviello-Tenore, *op.cit.*, 224 ss.

²¹ La non necessità di una nuova contestazione da parte del competente UPD è testualmente confermata dall'art. 23 del CCNL Regioni e Autonomie Locali 2002-2005.



sono ontologicamente ispirati, anche in assenza di tale sottolineatura contrattuale, al doveroso rispetto della tempestività per evitare sforamenti del termine finale (e analoghi rilievi valgono per l'osservanza del termine iniziale di 20 giorni).

Per chiudere sulle novità in materia di termini, va favorevolmente salutato l'intervento contrattuale che ha opportunamente unificato nel predetto generale termine finale di 120 giorni il *dies ad quem* per la chiusura del procedimento, applicabile in via generale e, dunque, anche dopo la riassunzione dell'*iter* sanzionatorio interno dopo il giudicato penale (art. 24, comma 6, CCNL 1994-1997, non modificato dal CCNL 2002-2005, e art. 14, comma 3 e 4, CCNL 2002-2005): in passato, stante la coesistenza di fonti legislative (art. 9, L. n. 19 del 1990, art. 5, comma 4, L. n. 97 del 2001) e contrattuali (art. 24, comma 6, CCNL 1994-1997) statuenti termini diversi per la conclusione dell'*iter* sanzionatorio (180 o 90 giorni nelle cennate fonti legislative afferenti la riassunzione del procedimento disciplinare dopo il giudicato penale; 120 giorni nella predetta fonte contrattuale), era sorto qualche ragionevole dubbio sulla eventuale tacita abrogazione della fonte legislativa ad opera di quella contrattuale. Il problema ermeneutico, avente notevoli ricadute sulla validità della sanzione a seguito dell'inosservanza di termini perentori, è stato oggi risolto dalla contrattazione, che ha recepito sul punto la lineare soluzione unitaria già prospettata sotto il preesistente regime dalla dottrina e di recente recepito dalla Corte di Cassazione²².

5. Un ulteriore profilo innovativo, sotto il profilo disciplinare, della tornata contrattuale 2002-2005 è costituito dalla presa d'atto della presenza nella Pubblica Amministrazione del mobbing, fenomeno ormai ampiamente analizzato dalla dottrina e, in parte, dalla stessa giurisprudenza²³ ed oggetto di

²² La soluzione fatta propria dalla contrattazione 2002-2005 era già stata prospettata, in via interpretativa, in Noviello-Tenore, *La responsabilità e il procedimento* cit., 339 ss., sulla scorta della prevalenza, in materia disciplinare, della fonte contrattuale e della sua portata abrogativa sulla fonte legislativa in base agli art. 69, comma 1, e 72, comma 3, d. lgs. n. 165 del 2001 e all'art. 5, comma 4, L. n. 97 del 2001. La tesi è stata integralmente recepita da Cass., sez. lav., 16 maggio 2003 n. 7704, in corso di pubblicazione in *Giust. civ.* e in *Il lav. nelle P.A.*

²³ La produzione dottrinale sul mobbing è ormai consistente. Tra gli studi più aggiornati è sufficiente il richiamo al n. 2 della presente rivista, che raccoglie diversi contributi scientifici e giurisprudenziali ed una accurata bibliografia in materia, alla quale si rinvia per approfondimenti. Alcune sentenze in materia sono altresì reperibili nel sito www.lavoropubblico.formez.it/contentioso, cui adde la recente sentenza 19 dicembre 2003 n. 359 della Consulta relativa alla disciplina del mobbing contenuta nella L. reg. Lazio 11 luglio 2002 n. 16 (in www.giurisprudenza.it).

paralleli interventi regolamentativi ad opera del legislatore sovranazionale, nazionale e regionale²⁴.

Nel contratto collettivo in esame, il mobbing viene correttamente definito, nell'art. 6, come "una serie di atti, atteggiamenti o comportamenti, diversi e ripetuti nel tempo in modo sistematico ed abituale, aventi connotazioni aggressive, denigratorie e vessatorie tali da comportare un degrado delle condizioni di lavoro, idoneo a compromettere la salute o la professionalità o la dignità del lavoratore stesso nell'ambito dell'ufficio di appartenenza o, addirittura, tale da escluderlo dal contesto lavorativo di riferimento".

A tale presa d'atto, la contrattazione fa seguire due linee di intervento: la prima, propositiva e tesa a prevenire il diffondersi del fenomeno per la salute fisica e mentale del lavoratore interessato e, più in generale, a migliorare la qualità e la sicurezza dell'ambiente di lavoro, si traduce (art. 6, CCNL cit.) nella creazione di specifici Comitati Paritetici presso ciascuna Amministrazione con i seguenti compiti: a) raccolta dei dati relativi all'aspetto quantitativo e qualitativo del fenomeno del mobbing in relazione alle materie di propria competenza; b) individuazione delle possibili cause del fenomeno, con particolare riferimento alla verifica dell'esistenza di condizioni di lavoro o fattori organizzativi e gestionali che possano determinare l'insorgere di situazioni persecutorie o di violenza morale; c) formulazione di proposte di azioni positive in ordine alla prevenzione e alla repressione delle situazioni di criticità, anche al fine di realizzare misure di tutela del dipendente interessato; d) formulare proposte per la definizione dei codici di condotta.

Le proposte formulate dai Comitati vengono presentate alle Amministrazioni per i conseguenti adempimenti tra i quali rientrano, in particolare, la costituzione ed il funzionamento di sportelli di ascolto, nell'ambito delle strutture esistenti, l'istituzione della figura del consigliere/consigliera di fiducia nonché la definizione dei codici, sentite le organizzazioni sindacali firmatarie. Inoltre, un ruolo fondamentale viene demandato alla formazione e all'aggiornamento del personale sul fenomeno.

La seconda linea di intervento della contrattazione sul fenomeno del mobbing è quella repressiva-sanzionatoria: il novellato codice disciplinare prevede espressamente (art. 13) che la sanzione disciplinare della sospen-



²⁴ Sul piano delle fonti, va fatta menzione della risoluzione 20 settembre 2001 n. A5-0283/2001 del Parlamento Europeo in tema di mobbing sul posto di lavoro, della L. reg. Lazio 11 luglio 2002 n. 16 (disposizioni per prevenire e contrastare il fenomeno del mobbing nei luoghi di lavoro) e del d. lgs. n. 216/03 del 9/7/03. Tutti i predetti testi sono reperibili nel volume del Fornez citato nella precedente nota.



sione dal servizio con privazione della retribuzione fino ad un massimo di 10 giorni si applica per "... j) sistematici e reiterati atti o comportamenti aggressivi, ostili e denigratori che assumano forme di violenza morale o di persecuzione psicologica nei confronti di un altro dipendente" (art. 13, comma 3), mentre la sanzione disciplinare della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da 11 giorni fino ad un massimo di 6 mesi si applica per "... e) esercizio, attraverso sistematici e reiterati atti e comportamenti aggressivi ostili e denigratori, di forme di violenza morale o di persecuzione psicologica nei confronti di un altro dipendente al fine di procurargli un danno in ambito lavorativo o addirittura di escluderlo dal contesto lavorativo" (art. 13, comma 4). Infine la sanzione disciplinare del licenziamento con preavviso si applica per "... f) recidiva nel biennio, anche nei confronti di persona diversa, di sistematici e reiterati atti e comportamenti aggressivi ostili e denigratori e di forme di violenza morale o di persecuzione psicologica nei confronti di un collega al fine di procurargli un danno in ambito lavorativo o addirittura di escluderlo dal contesto lavorativo" (art. 13, comma 5).

Il sunteggiato concorrente intervento preventivo-repressivo da parte della contrattazione va salutato favorevolmente, in quanto rappresenta un primo concreto contributo alla comprensione non accademica, ma sul campo, del fenomeno ed alla sua lotta, con uno strumento assai pertinente, quello appunto disciplinare, ben più idoneo del pur ipotizzabile strumento risarcitorio-civile e penale.

6. La tornata contrattuale 2002-2005 si caratterizza altresì per la valorizzazione della lotta ad un altro fenomeno presente, seppur allo stato silente, nella nostra Amministrazione: le molestie sessuali, già prese in considerazione, sotto il profilo disciplinare, nella contrattazione degli anni 1994-1997.

Come per il mobbing, anche per le molestie sessuali il contributo della contrattazione collettiva si manifesta attraverso due linee di intervento, la prima preventiva, la seconda repressiva.

La prima linea di intervento si è tradotta, in base all'art. 17 del CCNL 2002-2005, nell'elaborazione di un codice-tipo esemplificativo, allegato al contratto collettivo, a cui le Amministrazioni dovranno rifarsi nell'adottare, nel rispetto delle forme di partecipazione di cui al CCNL del 16 febbraio 1999, il proprio codice di condotta relativo ai provvedimenti da assumere nella lotta contro le molestie sessuali nei luoghi di lavoro, come previsto dalla raccomandazione della Commissione del 27.11.1991, n. 92/131/CEE.

Tale codice, oltre a fornire una definizione di molestia sessuale²⁵, introduce, a tutela delle vittime del fenomeno, la figura del Consigliere di fiducia, che dovrà essere prescelto all'interno delle varie Amministrazioni secondo propri criteri, che fisseranno altresì i compiti allo stesso demandati (art. 2, lett. d, codice-tipo). Tra tali compiti, un ruolo centrale sarà quello assolto dal Consigliere sia nell'ambito delle procedure informali volte a superare in via amichevole la situazione di disagio segnalatagli dalla vittima di abusi (art. 4, codice-tipo), sia nell'ambito delle procedure formali, tese cioè ad attivare un intervento disciplinare del datore nei confronti dell'autore delle molestie (art. 5, codice tipo).

Sempre nell'ambito della suddetta linea di intervento preventiva, il codice-tipo impone alle Amministrazioni l'adozione di alcune misure gestionali, così sintetizzabili: a) informare il personale delle procedure adottate per prevenire e per sanzionare le molestie; b) curare la formazione, soprattutto dirigenziale, sulla materia della prevenzione del fenomeno per poi estendere, a cascata, tale attività formativa manageriale a tutto il restante personale; c) diffondere il codice di condotta contro le molestie sessuali adottato da ciascun ente al proprio interno; d) svolgere attività di monitoraggio per verificare l'efficacia del codice di condotta all'interno delle varie Amministrazioni.

A tale finalità di prevenzione, si affianca la concorrente finalità repressiva del fenomeno (già perseguita dal CCNL 1994-1997, art. 25, comma 3), che si traduce, nel CCNL 2002-2005, nell'esercizio della potestà disciplinare.

In particolare, le molestie sessuali sono testualmente previste come condotte passibili di sanzione dall'art. 13 del suddetto CCNL, il quale, al comma 3, statuisce che "La sanzione disciplinare della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino ad un massimo di 10 giorni si applica per: ... (*omissis*) i) atti, comportamenti o molestie, anche di carattere sessuale, che siano lesivi della dignità della persona". Il successivo comma 4 del medesimo articolo sancisce invece che "La sanzione disciplinare della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da 11 giorni fino ad un massimo di 6 mesi si applica per: ... (*omissis*) f) atti, comportamenti o molestie, anche di carattere sessuale, di particolare gravità



²⁵ "Per molestia sessuale si intende ogni atto o comportamento indesiderato, anche verbale, a connotazione sessuale arrecante offesa alla dignità e alla libertà della persona che lo subisce, ovvero che sia suscettibile di creare ritorsioni o un clima di intimidazione nei suoi confronti" (art. 1, del codice-tipo allegato al CCNL 2002-2005).



che siano lesivi della dignità della persona”. Infine, in base al comma 5 dell’articolo in esame, “La sanzione disciplinare del licenziamento con preavviso si applica per: ... (*omissis*) g) recidiva nel biennio di atti, comportamenti o molestie, anche di carattere sessuale, che siano lesivi della dignità della persona”.

La valenza disciplinare di tali molestie è ribadita dall’art. 2, comma 1, lett. g) dello schema-tipo di codice di condotta da adottare nella lotta contro le molestie sessuali allegato al CCNL 2002-2005, che rimarca la valenza disciplinare, oltre che della molestia, anche della condotta tradottasi nella “persecuzione o vendetta nei confronti di un dipendente che ha sporto denuncia di molestia sessuale”.

L’intervento disciplinare dell’Amministrazione viene favorito attraverso l’ausilio, alla vittima delle molestie, da parte del Consigliere di fiducia in precedenza analizzato fornito nella delicata fase di inoltro della denuncia al dirigente della struttura di appartenenza che dovrà inoltrare la denuncia all’ufficio procedimenti disciplinari (v. art. 5, codice-tipo).

L’intervento disciplinare del datore di lavoro viene completato dall’introduzione di una peculiare misura cautelare, il trasferimento a domanda della vittima o dell’autore della molestia in corso di procedimento disciplinare (art. 5, commi 5 e 6, codice-tipo).

7. Assai ricorrente è l’evenienza che un medesimo fatto illecito assuma valenza non solo disciplinare ma anche penale, originando così non solo la reazione punitiva datoriale, ma anche quella giudiziaria²⁶.

Ribadito, come già statuito nella precedente regolamentazione (art. 25, comma 6 e 7 del CCNL 1994-1997), che l’inoltro della denuncia dell’illecito alla Procura della Repubblica o la conoscenza della pendenza del procedimento penale (*ergo* il rinvio a giudizio del lavoratore) hanno un effetto sospensivo sul procedimento disciplinare, e che questo va riassunto solo dopo la notizia del giudicato penale, la nuova tornata contrattuale 2002-2005 chiarisce, come già anticipato nel precedente paragrafo 4, che tale riattivazione deve intervenire entro 180 giorni (90 giorni per i soli reati della L. n. 97 del 2001) e che il procedimento così riassunto va concluso,

²⁶ Il riferimento è all’ampia trattazione contenuta nel più volte segnalato Noviello-Tenore, *La responsabilità e il procedimento* cit., 277 ss., con vasti richiami dottrinali e giurisprudenziali. Cfr. anche Mainardi, *Il potere disciplinare* cit., 512; Papaleoni, *Considerazioni sul rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare nei confronti dei dipendenti pubblici*, in *Il lav. nelle P.A.*, 2001, n. 3-4, 527 ss.

per qualsiasi tipologia di illecito, entro i successivi 120 giorni, così superandosi l'inopportuno previgente differenziato regime dei termini, frutto della coesistenza di fonti legislative (art. 9, L. n. 19 del 1990, art. 5, comma 4, L. n. 97 del 2001) e contrattuali (art. 24, comma 6, CCNL 1994-1997), statuenti termini diversi per la conclusione dell'*iter* sanzionatorio (180 o 90 giorni nelle cennate fonti legislative afferenti la riassunzione del procedimento disciplinare dopo il giudicato penale; 120 giorni nella predetta fonte contrattuale).

Tale termine di 120 giorni va computato secondo il criterio della c.d. scadenza virtuale del primo termine (es. 180 giorni), per cui se il procedimento disciplinare fosse riattivato prima del termine massimo di 180 giorni (es. 100 giorni), il datore godrebbe comunque di complessivi 300 giorni (180 giorni virtuali + 120 giorni) dalla data di conoscenza del giudicato per l'adozione della sanzione²⁷. In sintesi, il termine per la conclusione dell'*iter* punitivo interno dopo il giudicato penale è sempre di 300 giorni (ridotti a 210 giorni per i reati della L. n. 97 del 2001: 90+120 giorni)

La nuova regolamentazione contrattuale recepisce poi, in apposita previsione (art. 14, comma 5), il generale principio del diritto disciplinare (pubblico e privato), secondo il quale qualsiasi sanzione, soprattutto se espulsiva, può essere comminata, anche dopo un giudicato penale di condanna, solo all'esito di un rituale procedimento disciplinare volto ad acclarare la sussistenza dei presupposti per la relativa responsabilità (che non coincidono necessariamente, sotto il profilo oggettivo e soggettivo, con quelli della responsabilità penale): in altre parole sono vietati, sia a livello di precetti legislativi che in sede di applicazione delle sanzioni da parte della P.A., i c.d. automatismi espulsivi, ovvero le automatiche cessazioni dal servizio correlate a condanne penali.

I tentativi del legislatore di introdurre misure espulsive automatiche non in sintonia con tale principio generale, sono stati sistematicamente ritenuti costituzionalmente illegittimi dalla Consulta. Parimenti, le destituzioni (oggi licenziamenti) statuite dalla P.A. in sede disciplinare attraverso un acritico recepimento delle risultanze penali e senza una doverosa rivalutazione interna dei fatti vagliati in sede penale, sono state costantemente annullate dalla magistratura.



²⁷ Sul punto la giurisprudenza è univoca: v. Cons. St., ad. plen., 25 gennaio 2000 n. 4, in *Foro amm.*, 2000, 44; id., sez. IV, 2 giugno 2000 n. 3156, in *Guida al dir.*, 2000, n. 37, 75; id., ad. plen., 14 gennaio 2004 n. 1, in *www.giurisprudenza.it*.



Le uniche (apparenti) deroghe a tale principio sono rappresentate dalle automatiche espulsioni conseguenti all'intervenuta adozione, in sede penale, di pene accessorie ostative alla prosecuzione del rapporto di lavoro: interdizione perpetua dai pubblici uffici o estinzione del rapporto di lavoro per condanna non inferiore a tre anni per i delitti di cui agli art. 314, comma 1, 317, 318, 319, 319 *ter* e 320 c.p. (art. 32 *quinquies* c.p., introdotto dall'art. 5, L. n. 97 del 2001). In tali casi, ha chiarito la Consulta, non si verte in ipotesi di destituzioni (o licenziamenti) automatiche disciplinari, ma di ragionevoli riflessi sul rapporto di lavoro di pene accessorie penali, aventi finalità di difesa sociale e prevenzione speciale²⁸. In tali evenienze, il procedimento disciplinare, pur formalmente da attivare, si concluderà con una mera presa d'atto del provvedimento giurisdizionale penale, con conseguente doveroso licenziamento del lavoratore dalla data della misura penale (salvo che il lavoratore fosse stato in sospensione cautelare: in tali casi, il licenziamento ha notoriamente effetto *ex tunc*²⁹).

Tuttavia la contrattazione collettiva, pur ribadendo la necessità di esperire sempre il procedimento disciplinare prima di procedere al licenziamento (art. 14, comma 5 cit.), ha nel contempo stabilito che la sanzione del licenziamento senza preavviso, oltre ad essere irrogabile in caso di interdizione perpetua da pubblici uffici, rappresenta l'unica misura affittiva in caso di condanna "... per i delitti indicati nell'art. 1, commi 1 e 4 *septies*, lettere a), b) limitatamente all'art. 316 del codice penale, c), ed e) della legge n. 16 del 1992; ... per i delitti previsti dall'art. 3, comma 1 della legge n. 97 del 2001".

Orbene, appare evidente che in tali evenienze la scelta espulsiva per il datore pubblico è coartata dalla previsione contrattuale, che impone il licenziamento senza reali margini valutativi interni in sede disciplinare (riscontrabili invece in caso di licenziamento per altre evenienze: es. "... b) condanna passata in giudicato per un delitto commesso in servizio o fuori servizio che, pur non attenendo in via diretta al rapporto di lavoro, non ne consenta neanche provvisoriamente la prosecuzione per la sua specifica gravità; ... d) commissione in genere – anche nei confronti di terzi – di fatti o at-

²⁸ Corte Cost., 9 luglio 1999 n. 286, in *Foro it.*, 2000, I, 321 con richiami a precedenti *in terminis*. Sulla ricca giurisprudenza, costituzionale ed amministrativa, intervenuta sul divieto di automatismi disciplinari, si rinvia a NovIELLO-Tenore, *La responsabilità e il procedimento* cit., 296 ss.

²⁹ Sull'efficacia *ex tunc* del licenziamento, decorrente dalla data della sospensione cautelare cfr., ex pluribus, Cons. St., sez. VI, 20 giugno 2001 n. 3271, in www.giustizia-amministrativa.it; id., sez. IV, 22 marzo 2001 n. 1695, ivi; Trib. Reggio Emilia, 25 maggio 2000 n. 412, in www.lavoropubblico.formez.it/contentioso, con nota di Briguori.

ti dolosi, che, pur non costituendo illeciti di rilevanza penale, sono di gravità tale da non consentire la prosecuzione neppure provvisoria del rapporto di lavoro”, art. 13, comma 6, CCNL 2002-2005). In tali ipotesi ci sembra configurata una chiara violazione del principio generale del divieto di automatismi disciplinari consequenziali a condanne penali, anche se, ad onore del vero, non ci sembra prospettabile altra soluzione disciplinare a fronte di fatti di tale gravità penale.

La normativa contrattuale recepisce poi (e non poteva fare altro) il disposto dell’art. 653 c.p.p., come novellato dalla L. n. 97 del 2001, in ordine al limitato vincolo delle sentenze penali assolutorie: solo le statuizioni “il fatto non sussiste” o “l’imputato non ha commesso il fatto” impediscono l’attivazione del procedimento disciplinare. Eventuali altre formule assolutorie, al pari di statuizioni di condanna, obbligano invece la P.A. alla già segnalata rivalutazione interna dei fatti storici che, pur vincolanti nella loro fattualità (sussistenza del fatto e imputabilità dello stesso al condannato) in base all’art. 653, comma 1 *bis*, c.p.p., non vincolano affatto in ordine alla concorrente rilevanza disciplinare del fatto di acclarata valenza penale: il datore dovrà verificare se quei fatti siano sussumibili tra gli obblighi disciplinarmente rilevanti del codice disciplinare.

Da ultimo, molto opportunamente, il contratto 2002-2005 si fa carico di regolamentare i riflessi giuridici derivanti dalla revisione del processo penale, colmando una lacuna del previgente testo negoziale all’origine di incertezze interpretative: in base all’art. 14, comma 9 e 10, “9. Il dipendente licenziato ai sensi dell’art. 13, comma 5 lettera h) e comma 6, lett. b) ed e), e successivamente assolto a seguito di revisione del processo ha diritto, dalla data della sentenza di assoluzione, alla riammissione in servizio nella medesima sede o in altra su sua richiesta, anche in soprannumero, nella medesima qualifica e con decorrenza dell’anzianità posseduta all’atto del licenziamento. 10. Il dipendente riammesso ai sensi del comma 9, è reinquadrato, nell’area e nella posizione economica in cui è confluita la qualifica posseduta al momento del licenziamento qualora sia intervenuta una nuova classificazione del personale. In caso di premorienza, il coniuge o il convivente superstite e i figli hanno diritto a tutti gli assegni che sarebbero stati attribuiti al dipendente nel periodo di sospensione o di licenziamento, escluse le indennità comunque legate alla presenza in servizio ovvero alla prestazione di lavoro straordinario”.

8. L’art. 11, comma 1 del CCNL 2002-2005, nel novellare l’art. 23 del previgente CCNL 1994-1997, oltre a modificarne il titolo, che da “doveri del di-





pendente” è divenuto “obblighi del dipendente” a rimarcare la natura contrattuale delle prestazioni assunte dal lavoratore all’atto della sottoscrizione del contratto di lavoro, ha altresì aggiunto un importante periodo al termine del comma 1 dell’art. 23, che recita: “Il dipendente adegua altresì il proprio comportamento ai principi riguardanti il rapporto di lavoro, contenuti nel codice di condotta allegato”.

Tale precisazione offre un argomento testuale a conferma della tesi secondo cui il codice di condotta (*rectius*, di comportamento) previsto dall’art. 58 bis, d. lgs. n. 29 del 1993 e poi dall’art. 54, d. lgs. n. 165 del 2001, originariamente adottato con D.M. Funzione Pubblica 31 marzo 1994 e poi abrogato e sostituito dal D.P.C.M. 28 novembre 2000, avrebbe natura disciplinare e non meramente etica³⁰.

Il recepimento del codice, adottato il 28 novembre 2000 con D.P.C.M., nell’allegato 2 al contratto collettivo 2002-2005, rappresenta la doverosa ottemperanza al disposto dell’art. 54, comma 3, d. lgs. n. 165 del 2001. Ciascuna Amministrazione del comparto avrà poi la possibilità, in base all’art. 54, comma 5, d. lgs. n. 165 cit., di apportare integrazioni o specificazioni al testo allegato alla contrattazione collettiva adottando un proprio codice di comportamento interno³¹.

La valenza disciplinare di tale codice è desunta dalla prevalente dottrina sia dalla formulazione dell’art. 55, comma 3, d. lgs. n. 165, che, nel demandare alla fonte contrattuale la tipologia delle infrazioni e sanzioni, fa salva la definizione dei doveri del dipendente ad opera dei codici di comportamento”, sia dalla collocazione sistematica dell’art. 54, d. lgs. n. 165 (sul codice di comportamento) accanto all’art. 55 (su sanzioni disciplinari e responsabilità).

Molti di tali doveri fissati dal codice di comportamento sono testualmente ripresi e recepiti nel contratto collettivo, mentre altri, soprattutto quelli concernenti le condotte extralavorative, sono parimenti recepiti attraverso la clausola negoziale “di chiusura” statuyente la rilevanza disciplinare della violazione dei doveri del dipendente non espressamente ricompresi nella precedente elencazione delle infrazioni (v. art. 13, comma 7, CCNL 2002-2005).

³⁰ Sul codice di comportamento la produzione scientifica è assai vasta. Tra gli scritti più recenti v. Riccardi, *Il codice di condotta nel sistema del lavoro pubblico contrattualizzato*, in *Il lav. nelle P.A.*, 2002, 110; Mainardi, *Il potere disciplinare* cit., 297; Noviello-Tenore, *op. cit.*, 96 ss.

³¹ Ad esempio, i codici interni potrebbero valorizzare profili tipici dell’attività del personale del singolo ente o profili trascurati dal codice-tipo (es. rilevanza dell’utilizzo illecito della posta elettronica o di internet).

La valenza disciplinare del codice di comportamento discende poi dal suo recepimento in fonte pattizia, per cui non è più la fonte unilaterale e pubblicistica (il D.P.C.M. 28 novembre 2000) a fissare obblighi, ma la contrattazione collettiva, al pari di quanto avviene per gli obblighi disciplinari del codice disciplinare.

Per prevenire contestazioni giurisdizionali in ordine alla inapplicabilità degli obblighi sanciti in tale codice in quanto non affisso in luogo accessibile a tutti i dipendenti, come invece testualmente imposto per il codice disciplinare dall'art. 13, comma 8, CCNL 2002-2005 (nonché dall'art. 7, Statuto Lavoratori e dall'art. 55, comma 2, d. lgs. n. 165 del 2001), sarà opportuno provvedere all'affissione dello stesso, stanti i gravi riflessi in termini di nullità della sanzione affermati costantemente dalla Corte di Cassazione con riferimento ai doveri fissati nel codice disciplinare.

9. Nei confronti delle sanzioni disciplinari asseritamente illegittime, per vizi formali o sostanziali, il lavoratore dispone di quattro strumenti giustiziali: a) il ricorso giurisdizionale al giudice ordinario del lavoro; b) il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica; c) il ricorso all'arbitro unico secondo le procedure previste dall'art. 6 del CCNQ 23 gennaio 2001 su conciliazione e arbitrato (di recente rinnovato ad opera del CCNQ 27 luglio 2003); d) il ricorso ai collegi arbitrali di cui all'art. 55, comma 8 e 9, d. lgs. 30 marzo 2001 n. 165, ma secondo le procedure di cui agli art. 2 e ss. del predetto CCNQ 23 gennaio 2001.

La coesistenza degli ultimi due strumenti arbitrali risulta confermata, oltre che dall'art. 19, comma 2, CCNL 2002-2005, anche dal recente art. 5, del CCNQ 27 luglio 2003 che ha rinnovato il CCNQ 23 gennaio 2001 predetto. Sul basilare strumento arbitrale si tornerà diffusamente in uno dei successivi saggi di questo volume.

In ordine ai restanti strumenti giustiziali, ovviamente non toccati dal rinnovo contrattuale 2002-2005, una compiuta analisi della tutela giurisdizionale innanzi al Giudice Ordinario del lavoro esula dagli intenti del presente saggio generale: è pertanto sufficiente rinviare a specifici studi monografici³².

Circa, infine, la possibilità di esperire ricorsi amministrativi nei confronti di atti gestionali di natura privatistica³³ (quale è appunto la sanzione disci-



³² Sugli strumenti di tutela giurisdizionali in materia disciplinare v. NovIELLO-Tenore, *La responsabilità e il procedimento disciplinare* cit., 550 ss.

³³ Sulla natura privatistica-negoziiale degli atti di gestione del rapporto di pubblico impiego la dottrina e la giurisprudenza sono univoche: per una chiara trattazione del problema e dei ri-



plinare), come è noto, il Consiglio di Stato ha di recente affermato la esperibilità del ricorso straordinario anche nei confronti di atti soggettivamente amministrativi, espressivi di prerogative dirigenziali nell'ambito del rapporto di impiego con la P.A. depubblicizzato³⁴.

10. Da ultimo, il CCNL 2002-2005 si fa carico di dare una opportuna veste organica ad un istituto, che sebbene concettualmente e funzionalmente distinto dal procedimento disciplinare, presenta momenti di correlazione gestionale a quest'ultimo: ci si riferisce alla sospensione cautelare³⁵, già regolamentata, al pari della responsabilità disciplinare, nel previgente CCNL 1994-1997 (stante l'assenza di previsioni in materia nella tornata contrattuale 1998-2001), ed oggetto di interventi integrativi ad opera del recente rinnovo negoziale.

Quest'ultimo intervento è da considerare, anche con riferimento alla sospensione cautelare, assai opportuno, avendo la regolamentazione della misura *de qua* raggiunto un livello di stratificazione tra fonti legislative e contrattuali davvero eccessivo ed essendo, dunque, assai sentita l'esigenza di fissare un testo che desse veste (quanto meno grafica) più organica alla materia.

Una compiuta analisi dei profili strutturali e funzionali della sospensione cautelare sarà sviluppata in uno dei saggi che seguono; in questa sede ci si limiterà ad evidenziare i soli profili innovativi del CCNL 2002-2005 rispetto al precedente regime.

Giova premettere che la recente contrattazione collettiva non ha toccato la preesistente regolamentazione della sospensione cautelare in corso di procedimento disciplinare contenuta nell'art. 26, CCNL 1994-1997, che rimane dunque viva e vitale, mentre risulta modificato il previgente art. 27, CCNL

(segue nota 33)

flessi giuridici derivanti da tale opzione dogmatica, si rinvia a Novello-Apicella-Sordi-Tenore (con il coordinamento di Tenore), *Le nuove controversie sul pubblico impiego privatizzato e gli uffici del contenzioso*, Milano, 2001, 84 ss. Specificamente sulla natura privatistica delle sanzioni disciplinari nel pubblico impiego privatizzato, Novello-Tenore, *La responsabilità e il procedimento disciplinare* cit., 14 ss.; Mainardi, *Il potere disciplinare* cit., 97. In giurisprudenza Cass., SS.UU., 19 gennaio 2001 n. 10, in *CED Cassazione*, RV 543345; id., SS.UU., 5 dicembre 2000 n. 1251, *ivi*, RV 542438.

³⁴ Il riferimento è al noto parere Cons. St., ad. gen., 10 giugno 1999 n. 9, in *Foro amm.*, 1999, 2166 con nota critica di Tenore e Apicella, confermato da Cons. St., comm. spec. p. i., 5 febbraio 2001 n. 471/2001, in *www.giust.it*, n. 5, 2001. Per una approfondita disamina del problema v. Novello-Tenore, *La responsabilità e il procedimento disciplinare* cit., 592 ss.

³⁵ Sulla sospensione cautelare, tra gli studi più recenti cfr. Tenore, *La sospensione cautelare del lavoratore nel pubblico impiego privatizzato dopo il CCNL Ministeri 2002-2005*, in *Giust.civ.*, 2004, fasc. 1, 21 ss., con ampi richiami dottrinali e giurisprudenziali; Novello-Tenore, *La responsabilità e il procedimento disciplinare* cit., 357 ss.; Mainardi, *Il potere disciplinare* cit., 506 ss. e 535 ss.

1994-1997 relativo alla sospensione cautelare in caso di procedimento penale, che riceve una nuova formulazione ad opera dell'art. 15, CCNL 2002-2005.

La novella, pur confermando integralmente i contenuti del testo preesistente concernente le ipotesi di sospensione obbligatoria (art. 15, comma 1) e facoltativa (art. 15, comma 2 e 3) di fonte contrattuale, si fa carico di aggiornare le ulteriori ipotesi di sospensione di fonte legislativa (art. 15, comma 1, L. 19 marzo 1990 n. 55, recepito nell'art. 27, comma 4 del CCNL 1994-1997) alla luce dell'art. 4 della L. n. 97 del 2001 *medio tempore* intervenuta ed apporta alcune utili integrazioni volte a risolvere problemi interpretativi emersi in sede applicativa.

Assai schematicamente, le novità introdotte sono così riassumibili:

a) permane la sospensione obbligatoria per alcuni reati della legge n. 16 del 1992 (*rectius*, della L. 19 marzo 1990 n. 55 come novellata dall'art. 1, L. n. 16 del 1992), ma, alla luce della sopravvenuta L. n. 97 del 2001, la misura cautelare va doverosamente adottata in caso di sentenza definitiva per i soli reati previsti dall'art. 1, comma 1 e 4 *septies*, lett. a), b) limitatamente all'art. 316 c.p., c) ed e) della L. n. 16 cit.³⁶ (art. 15, comma 4, CCNL 2002-2005), mentre va doverosamente adottata in caso di mera sentenza non definitiva per i reati previsti dall'art. 4, comma 1, L. n. 97 del 2001, ovvero quelli di cui agli art. 314, comma 1, 317, 318, 319, 319 *ter*, 320 c.p.³⁷ anche se sia sta-



³⁶ Si tratta dei seguenti reati:

- quelli della lettera a) del comma 1 della L. n. 16 del 1992: delitto di cui all'art. 416 *bis* c.p. (associazione di tipo mafioso); delitto di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope di cui all'art. 74 del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309; delitto di cui all'art. 73 del citato testo unico, concernente la produzione o il traffico di dette sostanze; delitto concernente la fabbricazione, l'importazione, l'esportazione, la vendita o cessione, l'uso o il trasporto di armi, munizioni o materie esplodenti; delitto di favoreggiamento personale o reale commesso in relazione a taluno dei predetti reati;
- quelli della lettera b) del comma 1 della L. n. 16 del 1992, limitatamente al reato di cui all'art. 316 c.p. (peculato mediante profitto dell'errore altrui);
- quelli della lettera c) del comma 1 della L. n. 16 del 1992: delitto commesso con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti ad una pubblica funzione o a un pubblico servizio, ma diverso da quello previsto dagli artt. 314 (peculato), 316 (peculato mediante profitto dell'errore altrui), 316 *bis* (malversazione a danno dello Stato), 317 (concussione), 318 (corruzione per un atto d'ufficio), 319 (corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio), 319 *ter* (corruzione in atti giudiziari), 320 (corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio) del codice penale;
- quelli della lettera e) del comma 1 della L. n. 16 del 1992: la previsione era stata però abrogata dalla L. 12 dicembre 1999 n. 475.

³⁷ Si tratta dei seguenti reati: artt. 314 (peculato), 317 (concussione), 318 (corruzione per un atto d'ufficio), 319 (corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio), 319 *ter* (corruzione in atti giudiziari), 320 (corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio) del codice penale.



ta concessa la sospensione condizionale della pena. (art. 15, comma 5, CCNL 2002-2005).

Va rimarcato, sotto il profilo terminologico, che la previsione contrattuale (art. 15, comma 4, CCNL 2002-2005) richiama impropriamente i reati “della L. 16 del 1992” in quanto detta legge, che, si ripete, modificava l’art. 15, L. n. 55 del 1990, è stata prima modificata (*rectius* è stato modificato l’art. 15, L. n. 55) dalla L. 13 dicembre 1999 n. 475, ed è stata poi definitivamente abrogata dall’art. 274 del d. lgs. 18 agosto 1990 n. 267 (c.d. T.U. Enti Locali)³⁸. Deve dunque concludersi che l’infelice richiamo operato dal CCNL 2002-2005 ad una fonte abrogata, va interpretato come un richiamo ai reati del codice penale (ancora vivi e vitali) menzionati in detta legge n. 16.

b) La contrattazione collettiva 2002-2005 recepisce poi la previsione, già contenuta nell’art. 3, comma 1, L. n. 97 del 2001, che consente, in alternativa alla sospensione cautelare³⁹, di adottare le altre misure cautelari introdotte dalla L. n. 97, ovvero: il trasferimento di sede, l’attribuzione di un incarico differente da quello già svolto, la messa in aspettativa o in disponibilità con conservazione del trattamento economico.

c) L’art. 15, comma 7, CCNL 2002-2005 chiarisce che nel computo dell’assegno alimentare attribuito al dipendente sospeso, va annoverata anche la retribuzione individuale di anzianità, oltre agli assegni del nucleo familiare, già in precedenza previsti dal CCNL 1994-1997.

d) Assai opportunamente, i commi 8 e 9 dell’art. 15 del nuovo CCNL forniscono precisazioni sulle modalità di calcolo della c.d. *restitutio in integrum* retributiva, ovvero della ricostruzione economica spettante al lavoratore cautelarmene sospeso che, all’esito del procedimento disciplinare successivo al giudizio penale, venga assolto o sia destinatario di sanzione diversa dal licenziamento⁴⁰. In particolare, rispetto all’originaria scarna previsione contenuta nell’art. 27, comma 7, CCNL 1994-1997, che si limitava a prevedere-

³⁸ Sui dubbi e sulle problematiche nascenti dall’intervento abrogativo operato dal d. lgs. n. 267 del 2000 sulla L. n. 55 del 1990 (e, dunque, sulla L. n. 16 del 1992) v. NovIELLO-Tenore, *La responsabilità e il procedimento disciplinare* cit., 402 ss., ove si avanzano dubbi di legittimità costituzionale sia sulla sussistenza di una potestà abrogativa in capo al legislatore delegato di norme afferenti il rapporto di lavoro pubblico (potestà da ritenersi esclusa in base ai limiti della legge delega 3 agosto 1999 n. 265, art. 31), sia sulla estensione della portata abrogativa del T.U. anche nei confronti del personale diverso da quello degli Enti Locali.

³⁹ La dottrina aveva prontamente evidenziato che le misure cautelari dell’art. 3, L. n. 97 del 2001 hanno portata aggiuntiva e non sostitutiva rispetto alla preesistente sospensione cautelare. Cfr. NovIELLO-Tenore, *La responsabilità e il procedimento disciplinare* cit., 383 ss.

⁴⁰ Sul ricchissimo contenzioso insorto sui casi in cui va riconosciuta la *restitutio in integrum* del dipendente cautelarmene sospeso v. NovIELLO-Tenore, op. cit., 436 ss.

re che “In caso di sentenza definitiva di assoluzione o proscioglimento con formula piena, quanto corrisposto nel periodo di sospensione cautelare a titolo di indennità verrà conguagliato con quanto dovuto al lavoratore se fosse rimasto in servizio”, l’attuale formulazione sancisce che “8. Nel caso di sentenza definitiva di assoluzione o proscioglimento, ai sensi dell’art. 14, commi 6 e 7, quanto corrisposto nel periodo di sospensione cautelare a titolo di indennità verrà conguagliato con quanto dovuto al lavoratore se fosse rimasto in servizio, escluse le indennità o compensi per servizi speciali o per prestazioni di carattere straordinario. Ove il giudizio disciplinare riprenda, per altre infrazioni, ai sensi del medesimo art. 14 comma 6, secondo periodo, il conguaglio dovrà tener conto delle sanzioni eventualmente applicate. 9. In tutti gli altri casi di riattivazione del procedimento disciplinare a seguito di condanna penale, ove questo si concluda con una sanzione diversa dal licenziamento, al dipendente precedentemente sospeso verrà conguagliato quanto dovuto se fosse stato in servizio, escluse le indennità o compensi per servizi e funzioni speciali o per prestazioni di carattere straordinario nonché i periodi di sospensione del comma 1 e quelli eventualmente inflitti a seguito del giudizio disciplinare riattivato”.

La più puntuale previsione contrattuale attuale non impedirà, a nostro avviso, la proposizione di ricorsi, già in passato assai frequenti, sulla spettanza o meno della *restitutio*.

11. Come anticipato al paragrafo 1, nell’analizzare le novità apportate dalla contrattazione collettiva 2002-2005 alla materia disciplinare, si è preferito assumere, quale parametro di riferimento, il CCNL del comparto Ministeri, sia perché entrato per primo in vigore, sia perché rappresenta storicamente il modello a cui i restanti contratti di comparto sovente si ispirano.

Alla data di liquidazione delle bozze del presente studio, risultano sottoscritti, oltre a quello del comparto Ministeri, il CCNL del quadriennio normativo 2002-2005 del comparto Scuola (siglato il 24 luglio 2003), il CCNL del comparto enti pubblici non economici (siglato il 9 ottobre 2003), il CCNL comparto Regioni ed autonomie locali (siglato il 16 ottobre 2003).

Tali ulteriori contratti non presentano novità ulteriori o regimi differenziati rispetto a quanto previsto dal CCNL Ministeri.

Il solo contratto Scuola si caratterizza per alcune specificità: a) non viene inspiegabilmente introdotta la sanzione intermedia “sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da 11 giorni fino ad un massimo di sei mesi”. Difatti, l’art. 90, relativo al personale ATA, non recependo tale auspicata novella additiva, ha confermato la vigenza delle sole precedenti sei san-





zioni (e l'intrinseco "salto punitivo" che le caratterizza), venendo così a creare un inopportuno differente regime tra comparti; b) ribadisce l'applicabilità delle norme disciplinari di fonte contrattuale al solo personale ATA (amministrativo-tecnico-ausiliario), mentre per il personale docente, assai inopportunamente, risulta ancora applicabile il datato e criticato regime pubblicistico, in quanto l'art. 88 del CCNL prevede che "1. Per il personale docente ed educativo delle scuole di ogni ordine e grado, continuano ad applicarsi le norme di cui al Titolo I, Capo IV della Parte III del d. lgs. n. 297 del 1994. 2. La materia disciplinare del personale di cui al comma 1, sarà definita con le OO.SS. in sede negoziale da attivarsi nei 30 giorni successivi all'entrata in vigore della legge di riordino degli organi collegiali"; c) l'art. 90, comma 10 del CCNL qualifica come perentori tutti i termini del procedimento, senza operare la distinzione, presente nei restanti contratti, tra termini iniziali-finali (perentori) e termini infraprocedimentali (ordinatori, ma ossequiosi del principio di tempestività, v. sopra paragrafo 4). In base ad una interpretazione logico-sistematica, la predetta distinzione dovrà essere applicata anche al procedimento del comparto Scuola; d) opera un riparto di competenze sanzionatorie assai peculiare tra il capo-struttura (dirigente scolastico) e Direttore Generale Regionale (ex Provveditore agli Studi): il primo, a differenza dei capo-struttura di tutte le altre Amministrazioni e in deroga all'art. 55, comma 4, d. lgs. n. 165 del 2001, oltre a poter comminare il rimprovero verbale e quello scritto, può adottare anche la multa, mentre competono al Direttore Generale Regionale le restanti sanzioni; e) gli obblighi del lavoratore annoverati nel codice disciplinare presentano opportune varianti in considerazione dei peculiari compiti assolti dal personale scolastico (che implica contatti anche con alunni e genitori); f) l'erogazione di una sanzione disciplinare superiore alla censura, per quanto riguarda il personale docente ed ATA in servizio presso scuole italiane all'estero, comporta l'immediata restituzione ai ruoli metropolitani (art. 117), con competenza, in caso di contenzioso lavoristico, in capo al foro di Roma (art. 118).

Riflessi della natura privatistica
degli atti del procedimento
disciplinare nel pubblico impiego
"depubblicizzato"
di Giustina Noviello*



1. Il legislatore della riforma del pubblico impiego iniziata negli anni novanta (legge delega n. 421 del 1992 e d. lgs. n. 29 del 1993), nel momento in cui ha dovuto affrontare la delicata questione della responsabilità disciplinare del pubblico dipendente, di fronte alla scelta tra la sopravvivenza della previgente disciplina pubblicistica e la privatizzazione del potere disciplinare, ha optato per la trasformazione di tale potere da pubblicistico a privatistico.

Non si è trattato di scelta di poco conto, né da un punto di vista formale né da un punto di vista sostanziale, considerato che, essa ha significato l'abbandono del precedente sistema previsto dal T.U. 10 gennaio 1957 n. 3, caratterizzato da una forte genericità del momento precettivo (inteso come individuazione delle fattispecie punibili) e da un eccessivo garantismo del momento procedurale (perciò farraginoso ed inefficiente), a favore del modello privatistico, basato sulla puntuale individuazione degli illeciti perseguibili da parte del codice disciplinare e da un equilibrato garantismo della procedura da seguire per l'irrogazione delle sanzioni. Ad avviso di chi scrive, però, si è trattato di una scelta obbligata, dal momento che l'art. 4, del d. lgs. 3 febbraio 1993 n. 29 (poi modificato dal d. lgs. 31 marzo 1998 n. 80, ed oggi diventato l'art. 5 del d. lgs. 30 marzo 2001 n. 165) ha posto il fondamentale principio secondo cui "nelle materie soggette alla disciplina del codice civile, delle leggi sul lavoro e dei contratti collettivi, (le Amministrazioni Pubbliche) operano con i poteri del privato datore di lavoro, adottando tutte le misure inerenti all'organizzazione ed alla gestione dei rapporti di lavoro"¹.

* Avvocato dello Stato.

¹ L'originario art. 4 del d. lgs. n. 29 del 1993 è stato, poi, riformulato dall'art. 4 del d. lgs. n. 80 del 1998 ("Nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'art. 2, comma 1, le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte dagli organi preposti alla gestione, con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro"). Il principio in questione è, quindi, rimasto invariato e la norma, in quest'ultima formulazione, è stata riprodotta nell'attuale art. 5, comma 2, d. lgs. n. 165 del 2001.



Sulla scorta di tale dato normativo, è assolutamente prevalente in dottrina l'assunto secondo cui tutti i poteri di gestione del rapporto di lavoro presso la P.A. hanno, dopo la novella del 1993 e la conseguente contrattualizzazione, sempre natura di poteri datoriali di diritto privato e non già di atti amministrativi².

Tale tesi è contrastata da un minoritario indirizzo, rivalutato dal parere 10 giugno 1999 n. 9 dell'adunanza generale del Consiglio di Stato di seguito analizzato, che propugna, al contrario, la permanenza di atti amministrativi specifici che regolerebbero ancora oggi i singoli rapporti di lavoro.

Alla luce dell'art. 63, comma 1, d. lgs. n. 165 del 2001, che attribuisce al Giudice Ordinario il potere di disapplicare atti amministrativi in contenziosi lavoristici, è allora sostenibile, pur aderendo al primo indirizzo richiamato, che solo in relazione ai poteri di gestione singolare e collettiva dei rapporti di lavoro è possibile parlare, ex art. 5, comma 2, d. lgs. n. 165 del 2001, di veri e propri poteri datoriali di matrice privatistica, mentre gli atti macroorganizzativi a monte (o presupposti) hanno ancora natura di atti amministrativi e, come tali, possano essere impugnati *principaliter* innanzi al Giudice Amministrativo (o disapplicati dal G.O.).

² Per la tesi della natura privatistica degli atti di gestione del rapporto di lavoro presso la P.A. dopo la novella del 1993 e la contrattualizzazione, cfr. Liso, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in Carinci-D'Antona (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, II ed., 2000, tomo I, 238; Cardì, *Commento all'art. 4, d. lgs. n. 80 del 1998*, in Del'Olivo-Sassani (a cura di), *Amministrazioni pubbliche, lavoro, processo (commento ai d. lgs. n. 80 e 387 del 1998)*, Milano, 2000, 64; Liso, *La più recente giurisprudenza sul lavoro pubblico. Spunti critici*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, n. 1, 204; Talamo, *Giudice amministrativo e contratti collettivi nel lavoro pubblico*, in *Corr. giur.*, 1998, 488; D'Antona, *La disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni dalla legge al contratto*, in Battini-Cassese (a cura di), *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Milano, 1997, 17 ss.; id., *Contratto collettivo, sindacati e processo del lavoro dopo la "seconda privatizzazione" del pubblico impiego (osservazioni sui d. lgs. n. 396 del 1997, n. 80 del 1998 e n. 387 del 1998)*, in *Foro it.*, 1999, 621; Fiorillo, *La dimensione del "pubblico" nei rapporti di lavoro contrattualizzato con le amministrazioni*, in Fiorillo-Russo (a cura di), *Lavoro pubblico*, Roma, 1995, XXIV; Clarich-Iaria, *La riforma del pubblico impiego*, Rimini, 1994, 103; Persiani, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina del pubblico impiego*, in *dir.lav.*, 1993, I, 247; Santoro Passarelli, *La specialità del rapporto e il regime transitorio nella c.d. privatizzazione del pubblico impiego*, in *Lavoro dir.*, 1993, 567 ss.; Zoli, *Amministrazione del rapporto e tutela delle posizioni soggettive dei dipendenti pubblici*, in *Dir.lav.rel.ind.*, 1993, 641. Sul tema v. anche Tenca, *Natura giuridica degli atti compiuti dal datore di lavoro nel rapporto di pubblico impiego privatizzato con particolare riguardo al conferimento di incarichi dirigenziali*, in *www.giust.it.*, n. 12-2000.

La tesi è ribadita, con specifico riferimento al procedimento disciplinare, da Noviello-Tenore, *La responsabilità e il procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, Milano, 2002, 18 ss., da Mainardi, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico, art. 2106*, in Schlesinger (a cura di), *Il codice civile. Commentario*, Milano, 2002, 97 ss. e da Viola, *Introduzione minima al diritto disciplinare del pubblico impiego privatizzato*, in *Riv.giur.lav.*, 1996, I, 542 ss.

In quest'ottica, il punto della questione si sposta alla distinzione in concreto degli atti presupposti (atti amministrativi) dagli atti di gestione (poteri datoriali di diritto privato). Il problema si è posto a livello giurisprudenziale con riferimento ad una varia casistica concernente, ad esempio, l'atto di fissazione dell'orario di lavoro dei dipendenti (atto gestionale secondo Trib. Cassino, 23 novembre 2000, inedita, a differenza del provvedimento che fissa l'orario che stabilisce in generale l'orario di apertura e chiusura degli uffici).

In sintonia con la prevalente dottrina e con la giurisprudenza (Corte Cost., 16 ottobre 1997 n. 309; Cass., SS.UU., 17 aprile 2003 n. 6220/ord.), può ritenersi che la nozione di atto amministrativo presupposto vada limitata ai soli atti organizzativi sulle materie elencate nell'art. 2, comma 1, d. lgs. n. 165 del 2001, ovvero quelli che:

- a) definiscono le linee fondamentali di organizzazione degli uffici;
- b) individuano gli uffici di maggiore rilevanza ed i modi di conferimento della titolarità dei medesimi;
- c) determinano le dotazioni organiche complessive.

Gli atti presupposti disapplicabili dal Giudice Ordinario del lavoro ex art. 63, d. lgs. n. 165 del 2001 sono dunque quelli di cui al suddetto art. 2, comma 1, del medesimo decreto.

Alla luce di tale univoco approdo interpretativo, e condividendo l'indirizzo della prevalente dottrina³ e della stessa giurisprudenza di legitt-



³ Una più moderna visione privatistica della potestà disciplinare nell'impiego depubblicizzato con la P.A. è propugnata dalla prevalente dottrina: v. Fiorillo, *La "contrattualizzazione" del lavoro pubblico*, in Rusciano-Zoppoli (a cura di), *L'impiego pubblico nel diritto del lavoro*, Torino, 1993, 115; Carinci-Carinci, *La riforma del pubblico impiego. La privatizzazione del rapporto di lavoro*, in *Dir.prat.lav.*, 1993, ins. n. 15; Zoli, *Amministrazione del rapporto e tutela delle posizioni soggettive dei dipendenti pubblici*, in *Giorn.dir.lav.rel.ind.*, 1993, 645; Pellacani, *L'applicabilità dello statuto dei lavoratori*, in Galantino (a cura di), *Il rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione*, Padova, 1994, 126; Persiani, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina del pubblico impiego*, in *Dir.lav.*, 1993, I, 247; Orsi Battaglini, *Fonti normative e regime giuridico del rapporto di impiego con enti pubblici*, in *Dir.lav.rel.ind.*, 1993, 461; Clarich-Iaria, *La riforma del pubblico impiego*, 2 ed., Rimini, 1994, 103; Dell'Olio, *Sulla privatizzazione del pubblico impiego*, in *Giur.Lazio*, 1994, 219; D'Antona, *Le fonti privatistiche. L'autonomia contrattuale delle pubbliche amministrazioni in materia di contratti di lavoro*, in *Foro it.*, 1995, V, 40; Corpaci, *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova. La fase transitoria. Il nuovo quadro normativo sul pubblico impiego*, in *Foro it.*, 1995, V, 29; Mainardi, *Il licenziamento dei dipendenti pubblici*, in *Riv.giur.lav.*, 1996, I, 559; Liso, *La privatizzazione del rapporto di lavoro*, in *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, Commentario* (diretto da Carinci e D'Antona), Milano, 2000, tomo I, 238; Noviello-Tenore, *La responsabilità e il procedimento disciplinare*, 18 ss.



timità⁴ e di merito⁵, può oggi essere considerata pacifica la natura privatistico-negoziale delle determinazioni gestionali del datore pubblico privatizzato in materia disciplinare, in quanto atti non riconducibili certo alla categoria degli atti di macro-organizzazione dell'art. 2, comma 1, d. lgs. n. 165 cit.

2. La tesi della natura privatistica del potere disciplinare nel rapporto di pubblico impiego "privatizzato" ha ricevuto l'autorevole avallo della giurisprudenza della Suprema Corte, sia a sezione semplice (Cass., sez. lav., 28

(segue nota 3)

Per una anacronistica lettura in chiave pubblicistica della materia disciplinare, non rientrante nelle materie privatizzate, ma vista come espressione del "potere di supremazia della pubblica amministrazione nei confronti dei propri dipendenti" esercitato attraverso "atti amministrativi", cfr. Frustaci, *Alcune notazioni in margine all'art. 54 quarto comma del d. lgs. n. 29 del 1993 ed all'art. 24 settimo comma del CCNL '94-'97 del personale degli enti locali: l'ufficio competente per i procedimenti disciplinari*, in *TAR*, 1997, II, 19; Valenti, *Sanzioni disciplinari, competenze demandate al Comune. Schema di regolamento*, in *Amm.it.*, 1996, n. 5.

⁴ Cass., SS.UU., 20 marzo 2004 n. 5659, in *CED Cassazione*; id., SS.UU., 17 luglio 2001 n. 9650, in *www.giust.it*, n. 9, 2001 e in *CED Cassazione*; Cass., sez. lav., 7 aprile 1999 n. 3373, in *Giust.civ.*, 1999, I, 2997, con nota di Noviello, *Da un obiter della Suprema Corte un raggio di luce sui collegi arbitrali di disciplina nel pubblico impiego privatizzato*. La decisione è inoltre edita in *Foro amm.*, 1999, 2038, con nota di Tenore e Apicella, *Corte di Cassazione e Consiglio di Stato in contrasto sulla natura attizia o contrattuale delle determinazioni datoriali nel rapporto di impiego pubblico privatizzato*.

Specificamente sulla natura privatistica delle sanzioni disciplinari comminate dalla P.A., Cass., SS.UU., 19 gennaio 2001 n. 10, in *CED Cassazione*, PD 543345; id., SS.UU., 5 dicembre 2000 n. 1251, *ivi*, PD 542438.

V. anche Cons. St., sez. IV, 8 giugno 2000 n. 3259, in *Guida al diritto*, 2000, n. 27, 74, con nota di Lelli, fattispecie relativa ad atti di classificazione di uffici dirigenziali di una Regione secondo i criteri della contrattazione collettiva ai fini dell'attribuzione della connessa retribuzione.

⁵ Nella giurisprudenza di merito, la tesi è recepita, tra le tante, da Trib. Roma, 24 settembre 1999 (ord.), inedita; Trib. Genova, 19 agosto 1999 (ord.), in *Giust.civ.*, 2000, I, 2427 (in tema di esercizio del potere di autotutela); Trib. Roma, 2 luglio 1999 (ord.), *ivi*, 1999, I, 3166 (in tema di sospensione cautelare); Trib. La Spezia, 26 aprile 1999 (ord.), *ivi*, 1999, I, 2189; Trib. Grosseto, 23 febbraio 1999, *ivi*, 1999, 2543; Pret. Venezia, 21 aprile 1999, *ivi*, 1999, 2190; TAR Calabria, Reggio Calabria, 15 gennaio 1999 n. 41, *ivi*, 1999, I, 1149 (in tema di censure afferenti le scelte datoriali: la violazione di legge configurerebbe oggi una causa di nullità per contrasto con norme imperative); TAR Trentino Alto Adige, Trento, 21 gennaio 1999 n. 28, in *TAR*, 1999, I, 908 (in tema di sanzioni disciplinari, valutate, nell'ambito di un rapporto ormai privatizzato, alla stregua dell'art. 1343 c.c.); TAR Lombardia, Milano, sez. III, 20 novembre 1998 n. 2674, in *TAR*, 1999, I, 71 (in tema di licenziamento, inteso come atto privatistico e non amministrativo); TAR Lazio, Roma, sez. I, 25 maggio 1998 n. 1789, in *Foro amm.*, 1999, 473 (in tema di vizi censurabili dopo l'intervenuta privatizzazione-contrattualizzazione dell'impiego pubblico, ricondotti alla nozione di patologia contrattuale e non più a quella di illegittimità di provvedimenti); TAR Toscana, 26 marzo 1998 n. 103, in *Giur.it.*, 1998, III, 2190; TAR Lombardia, Brescia, 2 febbraio 1998 n. 43, in *TAR*, 1998, I, 1315; TAR Lazio, Latina, 11 novembre 1997 n. 1031, *ivi*, 1997, I, 4295; TAR Sicilia, Catania, 7 giugno 1997 n. 1288, *ivi*, 1997, I, 3428 e in *Guida al diritto*, 1997, n. 30, 75, con nota di Mezzacapo.

luglio 2003 n. 11589; id., sez. lav., 16 maggio 2003 n. 7704; id., sez. lav. n. 3373 del 1999), che a sezioni riunite (Cass., SS.UU., 17 luglio 2001 n. 9650; id., SS.UU., 19 gennaio 2001 n. 10; id., SS.UU., 5 dicembre 2000 n. 1251).

Nella importante (e per alcuni aspetti singolare) decisione n. 3373 del 1999⁶ in tema di lodo dei collegi arbitrali di disciplina, la Cassazione ha espressamente qualificato l'attuale potere disciplinare delle pubbliche amministrazioni nei confronti dei dipendenti⁷ come "potere gestionale del datore di lavoro di tipo privatistico", ai sensi degli artt. 59 e 4, comma 2, del d. lgs. n. 29 del 1993, specificando che "la sanzione disciplinare è irrogata mediante negozio giuridico, con il quale viene esercitato il diritto potestativo di incidere sulla sfera giuridica del dipendente, diritto conferito all'Amministrazione dalle regole del rapporto (come determinate dal contratto o dalla legge)"; e, da tale presupposto, ha fatto discendere il fondamentale principio della "inapplicabilità del regime proprio degli atti amministrativi e l'inerenza della materia a situazioni di diritto soggettivo e non di interesse legittimo".

La disputa sulla natura privatistica o pubblicistica del potere disciplinare nel settore del pubblico impiego privatizzato, oltre ad assumere notevole spessore sul piano della teoria generale dell'atto amministrativo e del negozio giuridico, ha soprattutto grande importanza pratica, dal momento che l'opzione per l'una o per l'altra tesi ha immediati riflessi in relazione alle seguenti questioni:

a) esperibilità del ricorso gerarchico e del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, proponibili, ex art. 1 e 8, D.P.R. 24 novembre 1971 n. 1199, solo avverso un atto amministrativo definitivo;

b) applicabilità delle regole fissate dalla legge 7 agosto 1990 n. 241, quali la motivazione dell'atto-sanzione, il contraddittorio, la comunicazione di avvio di procedimento, l'accesso agli atti, l'indicazione dell'autorità ove ricorrere avverso la sanzione adottata;

c) idoneità a degradare le posizioni soggettive del lavoratore pubblico da diritto ad interesse legittimo, effetto tipicamente consequenziale al solo provvedimento amministrativo e non già all'esercizio di facoltà contrattuali;

⁶ La singolarità di questo pronunciamento è duplice, derivando sia dalla circostanza che, nella specie, la Suprema Corte ha avuto la possibilità di intervenire in questa delicata materia, essendo stata adita, con ricorso ex art. 111 Cost., direttamente avverso un lodo di un collegio arbitrale di disciplina, sia dal fatto che i principi enunciati sono contenuti in *obiter*, ovvero in argomentazioni incidentali, non indispensabili ai fini della decisione.

⁷ È sottintesa l'espressione "...il cui rapporto di lavoro è stato privatizzato", restando naturalmente estranei a questo ragionamento le categorie di pubblici dipendenti esclusi dalla privatizzazione, ai sensi dell'art. 2, comma 4 e 5, d. lgs. n. 29 del 1993.





d) tipologia delle censure prospettabili in giudizio, diverse a seconda che si censuri una sanzione-provvedimento o una sanzione-determinazione negoziale;

e) necessità di impugnare la sanzione disciplinare entro termini decadenziali.

f) esercitabilità dell'autotutela nei confronti di sanzioni eventualmente viziate, potere tipicamente pubblicistico, autoritativo ed unilaterale.

Su tali questioni occorre brevemente soffermarsi, iniziando dalla esperibilità del ricorso gerarchico e del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

Non sussistevano dubbi, prima della privatizzazione del rapporto di pubblico impiego, in ordine alla esperibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica avverso atti amministrativi definitivi concernenti il rapporto di pubblico impiego⁸.

Una volta intervenuta la depubblicizzazione del rapporto lavorativo con la P.A., tra i tanti corollari derivanti dall'inquadramento delle determinazioni datoriali come atti amministrativi o come facoltà negoziali, vi è anche quello afferente l'attuale utilizzabilità di questo strumento giustiziale che, in base all'art. 8, D.P.R. 24 novembre 1971 n. 1199, risulta proponibile solo avverso un atto amministrativo definitivo.

Optando per il prevalente indirizzo dottrinale e giurisprudenziale, a cui si è fatto riferimento nel precedente paragrafo, dovrebbe ritenersi attualmente precluso tale rimedio amministrativo avverso determinazioni di natura negoziale, quali sono le sanzioni disciplinari (e le sospensioni cautelari), nel settore del pubblico impiego depubblicizzato. Tale conclusione non comporterebbe, comunque, la totale scomparsa del rimedio *de quo* in materia lavoristica, dovendo lo stesso trovare in ogni caso applicazione sia per il personale non privatizzato (art. 5, d. lgs. n. 165 del 2001), gestito ancora oggi a mezzo di atti amministrativi e sottoposto a giurisdizione del complesso Tar-Consiglio di Stato, che per le controversie in materia di concorsi, caratteriz-

⁸ Sulla disciplina del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è sufficiente il richiamo a Travi, voce *Ricorso straordinario al Capo dello Stato*, in *Dig. Disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 421 e Gallo, *Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica fra presente e futuro*, in *Foro it.*, 1987, I, 674. Tra i più recenti ed aggiornati contributi si segnala anche Paleologo, *Il ricorso straordinario oggi*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, n. 4, 383 ss. Si rammenta che la disciplina sul ricorso straordinario è contenuta, oltre che nel D.P.R. n. 1199 del 1971, negli art. 16 ss., T.U. 24 giugno 1924 n. 1054, nel regolamento 24 aprile 1942 n. 444 attuativo del suddetto T.U., nell'art. 17, comma 25, L. 15 maggio 1997 n. 127 e, da ultimo, nell'art. 3, comma 4, della L. 21 luglio 2000 n. 205 di riforma della giustizia amministrativa, che ha introdotto la c.d. tutela cautelare anche in sede di ricorso straordinario.

zate dalla presenza di atti amministrativi e ancora oggi devolute alla giurisdizione amministrativa anche per il personale contrattualizzato.

In palese contrasto con tale conclusione, sfavorevole alla generalizzata esperibilità del rimedio amministrativo per il personale privatizzato, si è però espresso il Consiglio di Stato in sede consultiva, con il parere dell'adunanza generale 10 giugno 1999 n. 9 (seguito da altro parere Consiglio di Stato, comm. spec. p. i., 5 febbraio 2001 n. 471/2001), avallando così la legittimità di alcuni recenti ricorsi straordinari proposti avverso sanzioni disciplinari⁹.

Tale autorevole, ma criticabile, pronunciamento è giunto all'ammissione del gravame amministrativo sulla base di una forzatura interpretativa e dogmatica, qualificando le determinazioni datoriali nell'attuale regime privatizzato come "atti soggettivamente amministrativi" e, come tali, suscettibili di ricorso amministrativo, in palese contrasto con l'indirizzo propugnato dalla Magistratura ordinaria, anche di legittimità (v. Cass., SS.UU., 7 aprile 1999 n. 3373; id., SS.UU., 5 dicembre 2000 n. 1251; id., SS.UU., 19 gennaio 2001 n. 10 cit.) che ha sistematicamente ritenuto inapplicabile il regime degli atti amministrativi a tali determinazioni datoriali.

Evidente appare la dilatazione concettuale della nozione di atto amministrativo, tale da condurre ad una sostanziale attenuazione della ontologica distinzione tra atto e negozio (e relative facoltà), qualora ad esercitare la scelta datoriale sia una Pubblica Amministrazione.

L'opzione del massimo organo consultivo, le cui reali (inespresse e, forse, inesprimibili) motivazioni extragiuridiche appaiono evidenti, si pone, inoltre, in palese contrasto con pareri quasi coevi dello stesso Consiglio di Stato, che avevano chiaramente richiesto la natura "soggettivamente ed oggettivamente amministrativa" di un atto per la proponibilità del ricorso *de quo*¹⁰



⁹ Consiglio di Stato, ad. gen., 10 giugno 1999 n. 9, in *Foro amm.*, 1999, 2166, con nota critica di Tenore ed Apicella, *Corte di Cassazione e Consiglio di Stato in contrasto sulla natura attizia o contrattuale delle determinazioni datoriali nel rapporto di impiego pubblico privatizzato* (nota a Consiglio di Stato, ad. gen., 10 giugno 1999 n. 9 e Cass., sez. lav., 7 aprile 1999 n. 3373). In *terminis* anche Consiglio di Stato, comm. spec. p. i., 5 febbraio 2001 n. 471/2001, in *www.giust.it*, n. 5, 2001 (il parere ritiene esperibile il ricorso ogni qual volta l'atto della P.A., indipendentemente dal suo regime giuridico formale, risulti direttamente finalizzato alla cura di un interesse pubblico specifico).

Il Consiglio di Stato, anche prima di tali pareri, aveva dato per scontata l'esperibilità del ricorso straordinario avverso le sanzioni disciplinari previste dal nuovo regime contrattuale: v., tra i tanti, Consiglio di Stato, sez. II, 20 maggio 1998 n. 627, inedito.

¹⁰ Per l'esperibilità del ricorso straordinario solo a fronte di atti soggettivamente ed oggettivamente amministrativi v. Consiglio di Stato, ad. gen., 29 maggio 1997 n. 72/97, in *Foro it.*, 1999, III, 315 e in *Cons. St.*, 1998, I, 1452; Cons. reg. Sic., sez. riun., 19 luglio 1993 n. 323, in *Giorn.amm.sic.*, 1994, 295.



ed avevano escluso la proponibilità del rimedio nei confronti di atti espressione della capacità di diritto privato della P.A. non costituenti esplicitazione di pubbliche potestà e di contenuto meramente privatistico¹¹.

Sul piano degli effetti concreti, il contrasto interpretativo apertosi sulla natura degli atti datoriali nell'impiego pubblico privatizzato tra la Magistratura ordinaria e quella amministrativa a seguito del parere 10 giugno 1999 n. 9 origina seri interrogativi giuridici e potrebbe portare a paradossali conseguenze sul piano giustiziale.

In primo luogo, aderendo alla tesi dell'atto soggettivamente amministrativo, allo stesso dovranno applicarsi tutte le regole della legge n. 241 del 1990, conclusione, come diremo nel successivo paragrafo, avversata dalla univoca dottrina e dalla giurisprudenza della Magistratura ordinaria del lavoro.

Inoltre, da tale impostazione discenderebbe anche la piena esperibilità del ricorso gerarchico, anch'esso proponibile solo avverso atti amministrativi e non già avverso negozi. Infine, sul piano giustiziale, la tesi dell'atto soggettivamente amministrativo, poiché il ricorso straordinario non è alternativo, ma concorrente, con il giudizio innanzi all'A.G.O., comporterà una logica "attizia" (e, dunque, pubblicistica) per gravare in sede amministrativa un atto gestionale definitivo (es. trasferimento, sanzione disciplinare, sospensione cautelare etc.), con prospettazione di censure tipicamente provvedimentali: violazione di legge, incompetenza, eccesso di potere. Nel contempo, nel parallelo giudizio incardinato innanzi al giudice unico del lavoro, il dipendente proporrà, invece, censure tipiche della patologia negoziale (nullità, annullabilità, inesistenza, risolubilità; violazione datoriale delle norme di legge e dalle clausole contrattuali che regolano l'azione privatistica della P.A. datrice di lavoro; violazione del principio di correttezza, buona fede e di parità di trattamento nell'esecuzione del rapporto lavorativo, abuso del diritto etc.).

Evidenti appaiono gli ampi spazi che tali diversi approcci alla materia apriranno ai camaleontici legali dei pubblici dipendenti, che dovranno seguire cangianti approcci defensionali, mutevoli a seconda del mezzo giustiziale (amministrativo o giurisdizionale) attivato.

Le diverse tecniche defensionali dovranno poi tener conto delle differenze procedurali, questa volta fisiologiche, che caratterizzano i due (anche concorrenti) giudizi intrapresi (quello amministrativo e quello innanzi all'A.G.O.), e

¹¹ Per una rassegna di tale giurisprudenza si rinvia a Tenore ed Apicella, *Corte di Cassazione e Consiglio di Stato in contrasto cit.*, 2167.

che potrebbero far propendere la scelta del lavoratore interessato verso l'uno o l'altra via di tutela (o, se ritenuto opportuno, per entrambe).

In particolare, il ricorso al Presidente della Repubblica richiede la notifica dello stesso al controinteressato (art. 9, comma 2, D.P.R. 24 novembre 1971 n. 1199), mentre tale incombenza non è prescritta per incardinare una lite innanzi al Giudice Ordinario, presso il quale può solo porsi un eventuale problema di litisconsorzio in considerazione della *res in iudicio deducta* (es. trasferimento)¹².

Inoltre il giudizio innanzi all'A.G.O. consente la proposizione di un previo ricorso cautelare (art. 700 c.p.c., sequestro), mentre non si riscontrava, sino al recente passato, un analogo potere in capo all'organo preposto alla decisione del ricorso straordinario, limite solo di recente superato, prima ad opera della giurisprudenza e poi dello stesso legislatore¹³.

Va poi ricordato che il ricorso al Giudice Ordinario del lavoro deve essere preceduto dal tentativo obbligatorio di conciliazione (art. 69, d. lgs. n. 29 del 1993, oggi art. 65, d. lgs. n. 165 del 2001), non prescritto invece per il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

La decisione del ricorso straordinario era inoltre, sino al recente passato, sprovvista di strumenti per portare ad esecuzione la statuizione favorevole al ricorrente, non risultando esperibile il rimedio dell'ottemperanza in assenza di un formale giudicato, mentre la decisione del Giudice Ordinario consente l'attivazione di tale mezzo, in aggiunta all'esecuzione specifica



¹² Pur non avendo possibili applicazioni in materia di contenzioso disciplinare (o su sospensioni cautelari), assai rilevante in generale è il problema della sussistenza o meno di un litisconsorzio necessario tra i soggetti coinvolti in alcune peculiari controversie lavoristiche. Per alcune questioni vagliate dalla Magistratura ordinaria si rinvia a Noviello-Tenore, *La responsabilità e il procedimento disciplinare* cit., 595, nt.178.

¹³ La possibilità di una sospensione cautelare dell'atto impugnato per gravi motivi è riconosciuta dall'art. 3, D.P.R. 24 novembre 1971 n. 1199 solo in caso di ricorso gerarchico. Tuttavia la recente riforma sulla giustizia amministrativa (art. 3, comma 4, L. 21 luglio 2000 n. 205) ha esteso tale potere cautelare anche in sede di gravame straordinario, riconoscendo il potere in materia al competente Ministro, su parere del Consiglio di Stato. Tale intervento normativo ha recepito l'indirizzo interpretativo favorevole alla esperibilità della misura cautelare in sede di ricorso straordinario, v. Consiglio di Stato, comm. spec., 3 maggio 1991 n. 16, in *Cons. St.*, 1991, I, 1884. Il rimedio cautelare in tale sede, oltre ad essere limitato alla mera sospensiva di atti, è soggetto rispetto al ricorso giurisdizionale ex art. 700 c.p.c. a tempi assai lunghi, essendo richiesto il parere del Consiglio di Stato anche per l'adozione della misura cautelare da parte del competente Ministro.

Sulla sospensione cautelare in sede di ricorso straordinario si esprimeva, in senso favorevole, prima della recente novella, Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 1999, 898. Sul punto v. anche Gallo, *La sospensione del provvedimento impugnato nel ricorso straordinario*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 535.



processual-civilistica. Tale ultima distinzione è di recente venuta meno a seguito della pronuncia del 20 dicembre 2000 n. 6843 del Consiglio di Stato, che ha ammesso la misura esecutiva anche nei confronti della decisione del ricorso amministrativo in esame¹⁴.

Né può trascurarsi che il ricorso straordinario è utilizzabile nei confronti di atti amministrativi definitivi, mentre il ricorso giurisdizionale è attivabile anche avverso atti non definitivi.

Ulteriore elemento di distinzione è dato dalla natura documentale del ricorso straordinario, che mal si presta alla cognizione su questioni, quali quelle lavoristiche, che richiedono spesso una istruttoria testimoniale e che dunque meglio si attagliano all'oralità che caratterizza il giudizio innanzi al Giudice Ordinario. A ciò va aggiunto che in sede di ricorso straordinario è preclusa ogni nuova valutazione dei fatti rispetto a quella espressa dall'Amministrazione con l'atto impugnato, trattandosi di rimedio di mera legittimità; in sede giurisdizionale tale limite non parrebbe sussistere, a fronte di una previsione normativa (art. 68, d. lgs. n. 29 del 1993, oggi art. 63, d. lgs. n. 165) che, come già evidenziato, attribuisce all'A.G.O. poteri dichiarativi, costitutivi e di condanna. Quest'ultimo elemento distintivo assume centrale rilevanza qualora la controversia verta sulla legittimità-congruità di una sanzione disciplinare.

Infine la proposizione del ricorso straordinario è sottoposta a termini decadenziali, mentre la medesima questione, è vagliabile dal Giudice Ordinario nel più lungo termine prescrizioneale. A ciò aggiungasi che se la controversia trae origine da silenzi della P.A., il ricorso al Presidente della Repubblica richiede la previa attivazione del defatigante meccanismo del silenzio-rifiuto per configurare una parvenza di atto giustiziabile (art. 25, D.P.R. n. 3 del 1957), mentre la questione è immediatamente vagliabile dall'A.G.O. (previa conciliazione).

Da tale quadro normativo, può desumersi che, probabilmente, l'unico motivo che potrebbe oggi spingere un lavoratore ad attivare un ricorso straordi-

¹⁴ Sulla discussa questione della esperibilità del giudizio di ottemperanza avverso decisioni del Giudice Ordinario del lavoro, si rinvia a Tenore, *La devoluzione cit.*, in NovIELLO-SORDI-APICELLA-Tenore (con il coordinamento di Tenore), *Le nuove controversie sul pubblico impiego cit.*, 127 ss.

Sulla non esperibilità dell'ottemperanza avverso decisioni su ricorsi straordinari, vedasi, da ultimo, Consiglio di Stato, sez. IV, 27 luglio 1998 n. 1098, in *Foro amm.*, 1998, 2029. Sul punto Paleologo, *Il ricorso cit.*, 388. Da ultimo in senso ostativo, Cass., SS.UU., 18 dicembre 2001 n. 15978, in *CED Cass.* RV 551216, che ha riformato Consiglio di Stato, sez. IV, 20 dicembre 2000 n. 6843, in *Guida al diritto*, 2001, n. 7, 73, con nota di Piraino.

nario è dato dalla maggiore celerità del mezzo amministrativo, non solo per l'assenza di gravami avverso la decisione, ma anche per i tempi più rapidi del giudizio, di recente ancor più abbreviati dall'art. 17, comma 27, L. 15 maggio 1997 n. 127 e dalla eliminazione del visto preventivo della Corte dei Conti sulla decisione (art. 3, L. 14 gennaio 1994 n. 20). Inoltre il recente art. 57, L. 21 novembre 2000 n. 342 ha eliminato ogni tassa correlata al ricorso *de quo* (inopinatamente introdotta per i ricorsi giurisdizionali lavoristici dall'art. 23, L. 29 marzo 2001 n. 134, ma poi abrogata), nel corso del quale, al pari dei ricorsi giurisdizionali, sono possibili rimessioni sia alla Consulta, sia alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Sul piano della presunta celerità del ricorso straordinario, va segnalato tuttavia il frequente ritardo con cui le Amministrazioni trasmettono al Consiglio di Stato gli atti del ricorso per il prescritto parere: tale diffusa prassi, come opportunamente rimarcato dallo stesso Consiglio in sede di decisione su un gravame straordinario, viola palesemente i termini dell'istruttoria previsti dal disposto dell'art. 11, comma 1, D.P.R. 24 novembre 1971 n. 1199 nonché la direttiva della Presidenza del Consiglio 27 luglio 1993 (in Gazz. uff. 29 luglio 1993 n. 176), e comporta "precise responsabilità di vario ordine, ed in particolare di ordine disciplinare e di ordine amministrativo, per i funzionari cui deve essere addebitato il grave ritardo, considerando, tra l'altro, le conseguenze di ordine patrimoniale che possono derivare dalla mancata tempestiva soluzione di delicate vertenze disciplinari"¹⁵.

Per concludere sul problema di fondo circa l'attuale esperibilità del rimedio straordinario in materia lavoristica, riteniamo che l'indirizzo della Magistratura ordinaria, volto a qualificare in termini negoziali le determinazioni datoriali della P.A. – quale coerente sviluppo dell'ormai intervenuta privatizzazione del rapporto di lavoro con la P.A. – sia fatalmente destinato a prevalere, sia in considerazione della provenienza della tesi dal giudice ormai naturale del dipendente pubblico, sia considerando che, nel caso intervenissero decisioni su ricorsi straordinari sfavorevoli all'Amministrazione perché fondate sull'accoglimento di censure tipicamente attizie (es. eccesso di potere per disparità di trattamento nel trattamento sanzionatorio di un dipendente rispetto ad un collega; violazione di legge per omessa motivazione di una sanzione disciplinare o per omessa comunicazione di avvio di procedi-



¹⁵ Così Consiglio di Stato, sez. III, 23 ottobre 2001 n. 894/01, in www.giustizia-amministrativa.it. Il riferimento implicito dell'organo consultivo è ad eventuali *restitutiones in integrum* all'esito di lunghe sospensioni cautelari.

mento), le stesse potrebbero essere impugnate innanzi al giudice ordinario, che potrebbe disapplicarle ex art. 5, Legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo¹⁶.

Né va dimenticato che, in caso di parallela proposizione di un ricorso straordinario e di un'azione innanzi all'A.G.O. sulla medesima questione, il giudicato formatosi innanzi a quest'ultimo giudice (ove miracolosamente intervenuto prima della decisione amministrativa) rende improcedibile il ricorso amministrativo.

Sul piano procedurale, ove si ipotizzi l'esperibilità del rimedio amministrativo in esame, troveranno applicazione le ordinarie regole previste dal D.P.R. n. 1199 del 1971.

3. La seconda questione attiene all'applicabilità, nel procedimento disciplinare, delle regole stabilite dalla nota L. 7 agosto 1990 n. 241 sul procedimento amministrativo (in particolare, l'obbligo di motivazione dell'atto-sanzione, il contraddittorio, la comunicazione di avvio di procedimento, l'accesso agli atti, l'indicazione dell'autorità ove ricorrere avverso l'atto adottato).

Il problema è risolto in senso tendenzialmente ostativo dalla dottrina¹⁷. Anche la giurisprudenza, di legittimità¹⁸ e di merito sembra ormai orientata in tal senso, nonostante permanga ancora una parziale resistenza della Magistratura amministrativa competente *ratione temporis* ex art. 69, comma 7, d. lgs. n. 165 del 2001 (e di qualche giudice ordinario), talvolta legata ad una anacronistica lettura in chiave pubblicistico-provvedimentale degli atti di gestione del rapporto di lavoro.

¹⁶ Sulla possibilità che l'A.G.O. disapplichi la decisione del ricorso straordinario (questa si inequivocabilmente qualificabile come atto amministrativo) la giurisprudenza è univoca: v. Consiglio di Stato, ad. gen., 29 aprile 1971 n. 45/71, in *Foro it.*, Rep. 1980, voce *Ricorsi amministrativi*, n. 37; id., ad. gen., 29 maggio 1997 n. 72/97 cit.; id., 10 giugno 1999 n. 9 cit.; Cass., 15 maggio 1978 n. 2368, in *Foro it.*, 1979, I, 163.

¹⁷ Per l'inapplicabilità della L. 241 del 1990 agli atti gestionali in materia lavoristica, v. Noviello-Tenore, *La responsabilità e il procedimento disciplinare* cit., 20 ss.; Corpaci, *La fase transitoria. Il quadro normativo sul pubblico impiego*, in *Foro it.*, 1995, V, 41 ss.; Liso, *La più recente giurisprudenza sul lavoro pubblico. Spunti critici*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, n. 1, 206; Tenore, Apicella, *Corte di Cassazione cit.*, 2166; Liso, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in Carinci-D'Antona (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, II ed., 2000, tomo I, 239 ss.; Tenore, *Devoluzione al giudice ordinario del contenzioso sul pubblico impiego*, in Noviello-Sordi-Apicella-Tenore, *Le nuove controversie sul pubblico impiego privatizzato e gli uffici del contenzioso*, Milano, 2001, 84 ss., nonché gli autori citati nelle successive note con riferimento ai singoli istituti della L. n. 241.

¹⁸ Per una recente ed ulteriore espressa statuizione circa l'inapplicabilità della L. n. 241 del 1990 al procedimento disciplinare privatizzato v. Cass., sez. lav., 16 maggio 2003 n. 7704, in *CED Cassazione*.



In giurisprudenza la questione si è posta, in primo luogo, in relazione alla necessità o meno di motivare il trasferimento dei dipendenti¹⁹ e la medesima questione sorge in relazione alla necessità o meno di motivare, come avveniva in passato, le sanzioni disciplinari²⁰, le sospensioni cautelari, la revoca di incarichi dirigenziali, il diniego di riammissione in servizio, etc.



¹⁹ Per la doverosa motivazione ex art. 3, L. 7 agosto 1990 n. 241 dei provvedimenti amministrativi di trasferimento di un dirigente v. TAR Campania, Napoli, sez. II, 28 gennaio 1998 n. 271, in *Il lavoro nelle P.A.*, 1998, n. 3-4, 942, con nota di Ciucciuvino. *Contra*, per l'attrazione nella sfera privatistica dei trasferimenti Corpaci, *La fase transitoria. Il quadro normativo sul pubblico impiego*, in *Foro it.*, 1995, V, 41 ss.; Mainardi-Miscione, *La mobilità*, in Carinci (a cura di), *Il lavoro cit.*, tomo I, 571; Paolucci, *Criteri di organizzazione del lavoro*, in Carinci (a cura di), *I contratti collettivi di comparto*, Milano, 1997, tomo I, 417 ss.

²⁰ Per l'inapplicabilità di tali norme della L. 7 agosto 1990 n. 241 agli atti del procedimento disciplinare e agli atti che dispongono la sospensione cautelare del pubblico dipendente v. Novello-Tenore, *La responsabilità e il procedimento disciplinare cit.*, 20; Viola, *Introduzione minima al diritto disciplinare del pubblico impiego privatizzato*, in *TAR*, 1996, II, 9; id., *La sospensione cautelare dal servizio dopo la privatizzazione del pubblico impiego*, *ivi*, 1996, II, 162 sulla base della previa qualificazione come atti privati delle sanzioni disciplinari e dei provvedimenti cautelari di sospensione del dipendente pubblico previsti dalla contrattazione collettiva, ancorché adottati all'esito di un procedimento (c.d. senza provvedimento). In *terminis* Lucibello, *La responsabilità disciplinare nel pubblico impiego: nodi e questioni*, in *Dir pubbl.*, 1998, n. 2, 483.

La Magistratura amministrativa persevera invece, in alcune decisioni, nel richiedere una motivazione espressa della sanzione comminata che renda possibile l'accertamento della proporzione della sanzione con la gravità dei fatti (TAR Calabria, Catanzaro, 16 novembre 1998 n. 1004, in *TAR*, 1999, I, 343), e a ritenere l'illegittimità della sanzione per difetto assoluto di motivazione (TAR Calabria, Catanzaro, 3 febbraio 1999 n. 125, in *Foro amm.*, 1999, 1619).

Il provvedimento disciplinare, nel previgente sistema del D.P.R. n. 3 del 1957, ancora vigente per il personale non privatizzato (v. sul punto Poli-Tenore, *I procedimenti amministrativi tipici e il diritto di accesso nelle forze armate nella giurisprudenza delle magistrature superiori*), Milano, 2002, 60 e 246 ss.) doveva essere congruamente motivato, ma senza recare una analitica confutazione delle giustificazioni addotte dall'incolpato in sede di deduzioni contro la contestazione dell'addebito: Consiglio di Stato, sez. VI, 4 novembre 1999 n. 1717, in *Cons. St.*, 1999, I, 1900; id., sez. IV, 11 maggio 1999 n. 808, in *Foro amm.*, 1999, 972; id., sez. VI, 29 marzo 1999 n. 346, in *Cons. St.*, 1999, 492; id., sez. VI, 7 marzo 1997 n. 383, *ivi*, 1997, I, 396; id., 12 dicembre 1994 n. 1006, *ivi*, 1994, I, 1682; id., sez. VI, 5 dicembre 1992 n. 998, *ivi*, 1992, I, 1861; TAR Lombardia, Milano, sez. III, 8 ottobre 2001 n. 6644, in *TAR*, 2991, I, 4050; TAR Piemonte, sez. II, 4 febbraio 1999 n. 31, *ivi*, 1999, I, 1273; TAR Emilia Romagna, Parma, 3 dicembre 1998 n. 645, in *TAR*, 1999, I, 616; TAR Emilia Romagna, Bari, 3 dicembre 1998 n. 645, *ivi*, 1999, I, 616; TAR Puglia, Bari, sez. I, 1 settembre 1998 n. 679, *ivi*, 1998, I, 4217. *Contra*, per la necessità di una valutazione delle specifiche e puntuali giustificazioni del lavoratore, TAR Lazio, Roma, sez. III *ter*, 21 ottobre 1998 n. 2816, in *TAR*, 1998, I, 3956; TAR Lombardia, Brescia, 29 settembre 1998 n. 778, *ivi*, 1998, I, 4052.

La motivazione, nel previgente sistema del D.P.R. n. 3 del 1957, poteva avvenire anche *per relationem*, richiamando il parere del consiglio di disciplina (TAR Trentino Alto Adige, Bolzano, 23 marzo 1999 n. 91, in *TAR*, 1999, I, 1826) o documenti acquisiti agli atti del procedimento (Consiglio di Stato, sez. IV, 20 dicembre 2000 n. 6851, in *Foro amm.*, 2000, *).



Non potendosi sostenere che la sanzione disciplinare rientri nella nozione di atti che “definiscono le linee fondamentali di organizzazione degli uffici” ex art. 2, comma 1, d. lgs. n. 165 del 2001, e che dunque sia un provvedimento amministrativo, la soluzione più corretta appare quella che esclude l’applicabilità dell’obbligo di motivazione ex L. n. 241, trattandosi senza dubbio alcuno di una “determinazione per l’organizzazione degli uffici.... (e la) gestione dei rapporti di lavoro... assunta dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro” (art. 5, comma 2, d. lgs. n. 165 cit.).

Tale tesi, condivisa dalla prevalente dottrina²¹, potrebbe trovare un solo ostacolo nel disposto dell’art. 3 della L. n. 241, che sancisce l’obbligo di motivazione per tutti i provvedimenti amministrativi “ivi compresi quelli relativi al personale”. L’ostacolo è superabile limitando l’applicazione della norma ai soli atti amministrativi, ovvero a quelli che sono realmente tali, e dunque a quelli di cui all’art. 2, comma 1, d. lgs. n. 165: i c.d. atti presupposti vagliati *incidenter* dall’A.G.O. (e non ipotizzabili in materia disciplinare) quale antecedente logico-fattuale del rapporto paritetico *sub iudice*.

²¹ Per la inapplicabilità dell’obbligo di *motivazione* di cui all’art. 3, L. n. 241 del 1990 ai provvedimenti relativi al personale, salvo espresse previsioni di legge o del contratto collettivo, v. Liso, *La più recente cit.*, 206 e, in particolare, nota 39; Liso, *La privatizzazione del rapporto di lavoro*, in *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, Commentario (diretto da Carinci e D’Antona), Milano, 2000, tomo I, 238; Liso, *La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche* (a cura di Carinci), Milano, 1995, I, 107. Tuttavia secondo altri autori (Zoli, *Le controversie cit.*, pagina 3 del testo dattiloscritto presentato in occasione del convegno Paradigma di Milano del 28-29 settembre 1998 su *Le controversie di lavoro cit.*) tale obbligo permarrebbe quale garanzia per il lavoratore della parità di trattamento contrattuale, che, sebbene non costituisca un principio vigente nell’impiego privato, è regola generale nell’impiego pubblico (v. Cass., SS.UU., 29 maggio 1993 n. 6030, in *Arg. dir. lav.*, 1995, n. 1, 253 ss.).

Per l’inapplicabilità della motivazione ex art. 3, L. n. 241 alle sanzioni disciplinari si è espressa univocamente la dottrina: v. Noviello-Tenore, *La responsabilità e il procedimento disciplinare cit.*, 23 ss.; Tenore, *Devoluzione al giudice ordinario cit.*, in Noviello-Sordi-Apicella-Tenore (con il coordinamento di Tenore), *Le nuove controversie cit.*, 92 ss.; Viola, *Introduzione minima al diritto disciplinare del pubblico impiego privatizzato*, in *TAR*, 1996, I, 113; Mainardi, *Sanzioni disciplinari e responsabilità*, in *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, dal d. lgs. n. 29/93 al d. lgs. n. 387/98* (a cura di Carinci e D’Antona), Milano, 2000, II, 1717; Mattarolo, *Il potere disciplinare*, in Carinci (diretto da), *Diritto del lavoro*, Torino, 1998, 775.

Nel previgente sistema invece, dalla lettura dei repertori giurisprudenziali, può agevolmente evincersi l’altissimo numero di ricorsi in materia disciplinare proposti innanzi al complesso TAR-Consiglio di Stato incentrati su censure alla motivazione della sanzione irrogata.

In giurisprudenza, oltre alle decisioni citate nelle precedenti note, v. in senso ostativo alla motivazione ex L. n. 241 del 1990, Trib. La Spezia, 26 aprile 1999 e Pret. Napoli, 11 dicembre 1998, entrambe in www.cipa.net/contenzioso/giurisprudenza/rapporto-lavoro.

La motivazione sarà ovviamente doverosa qualora una legge o una previsione contrattuale sancissero espressamente tale obbligo per alcuni specifici atti gestionali (si pensi all'obbligo di motivare il licenziamento, previsto dall'art. 2, L. 15 luglio 1966 n. 604, applicabile all'impiego pubblico in virtù del richiamo operato dall'art. 2, comma 2, d. lgs. n. 165 del 2001): in tale evenienza, l'obbligo non avrà comunque fonte nella L. n. 241, ma nella normativa lavoristica di settore.

L'inapplicabilità del principio dell'obbligo di motivazione, di recente confermata da qualche decisione del Giudice Ordinario²², non significa comunque che le stesse possano ispirarsi a principi di arbitrio o ad irragionevolezza: così come accade per l'impiego con datore privato²³, a fronte della contestazione in sede contenziosa da parte del lavoratore sulla illegittimità o incongruità (per difetto di buona fede) della scelta gestionale, il datore pubblico convenuto dovrà sempre dimostrare (*ergo* provare) la conformità della stessa a legge (ad es., all'art. 2106 c.c. in caso di sanzione sproporzionata) ed alla contrattazione collettiva.

Può quindi concludersi che con la privatizzazione del rapporto di impiego pubblico e con la devoluzione all'A.G.O. del relativo contenzioso, l'obbligo di motivazione, non è totalmente scomparso, ma è stato differito alla (eventuale) fase giurisdizionale, non essendo più contestuale all'atto.

Tale situazione, se da un lato snellisce gli incumbenti gravanti sull'Amministrazione, dall'altro potrebbe indurre il lavoratore, che non ha un'evidenza cartacea delle ragioni che hanno ispirato la scelta datoriale, ad una maggiore litigiosità, incardinando giudizi avverso sanzioni che una previa ragionevole e convincente motivazione dell'atto avrebbe evitato. Ecco dunque che, pur



²² La tesi della non necessità della motivazione, salvo espressa previsione legale o contrattuale, è sostenuta da Trib. Napoli, sez. lav., 6 giugno 2001, Est. Papa, F. c. Comune di Napoli, inedita.

²³ Nell'impiego con datore privato, sulla dimostrazione solo in giudizio delle ragioni organizzative ex art. 2103 c.c. che legittimano il trasferimento, le quali non devono essere indicate nello stesso provvedimento v. Cass., sez. lav., 11 agosto 1992 n. 9487, in *Not. giur. lav.*, 1993, 88, ricordata, unitamente ad altre decisioni nell'*Osservatorio di giurisprudenza sul lavoro pubblico* a cura di Sassani e Apicella, in *Giust. civ.*, 2000, I, 2440. Sul tema v. anche Paci, *Sulla revoca del trasferimento del dipendente: all'“autotutela” della P.A. all'art. 2103 c.c.*, nota a Trib. Genova, 19 agosto 1999, in *Il lav. nelle P.A.*, 2000, n. 5, II, 928; Calà, *Il trasferimento del lavoratore*, Padova, 1999.

Per una felice sintesi degli orientamenti della magistratura ordinaria sui presupposti per un trasferimento ex art. 2103 c.c. nell'impiego privato (estensibili oggi anche all'impiego pubblico privatizzato), si rinvia a Paci, *Sulla revoca del trasferimento del dipendente: all'“autotutela” della P.A. all'art. 2103 c.c.*, nota a Trib. Genova, 19 agosto 1999, in *Il lav. nelle P.A.*, 2000, n. 5, II, 928.



in assenza di un obbligo di contestuale motivazione, nulla vieta che la P.A. continui, per scelta volontaria, a motivare i propri atti gestionali-privatistici, oltre che per ragioni di trasparenza, anche per prevenire contenzioso.

Sul punto, si ricorda che la motivazione espressa della sanzione disciplinare nell'impiego privato è doverosa (e deve evidenziare l'*iter* logico attraverso il quale si perviene alla concreta sanzione), solo ove prescritta dalla contrattazione collettiva (o dal codice disciplinare), o sia frutto di una scelta unilaterale ed autonoma del datore di lavoro²⁴.

Nell'impiego con datore privato, la Magistratura ha comunque chiarito che nell'atto di irrogazione della sanzione il datore non è tenuto a replicare specificamente alle giustificazioni del dipendente, potendo limitarsi a dichiararle insufficienti o infondate, richiamando il fatto contestato, che costituisce appunto il motivo della sanzione²⁵.

Passando all'ulteriore questione dell'applicabilità o meno dell'istituto del diritto di accesso agli atti gestionali del rapporto di lavoro con la P.A., va rimarcato che la soluzione negativa, fondata sulla qualificazione come privatistico-gestionali degli atti datoriali, è stata di recente smentita da un autore-

²⁴ Sul punto *ex pluribus* Cass., sez. lav., 22 febbraio 1996 n. 1379, in *Not. giur. lav.*, 1996, 943. In tale ipotesi, l'eventuale assenza di motivazione comporta la nullità del provvedimento disciplinare. Tuttavia la giurisprudenza ha chiarito che nelle ipotesi in cui è contrattualmente prevista la motivazione, il datore non ha l'obbligo di adottare una motivazione penetrante analoga a quella del giudice esaminando e confutando analiticamente le giustificazioni rese dal lavoratore, ma può limitarsi a richiamare le iniziali contestazioni: Cass., sez. lav., 21 ottobre 1998 n. 10461, in *Archivio CED Cassaz.*, RV 519951; id., 21 aprile 1993 n. 4659, in *Not. giur. lav.*, 1993, 741; id., 21 dicembre 1991 n. 13829, in *Giust. civ.*, 1992, I, 3083, con nota di Pizzoferrato. Quest'ultimo indirizzo risulta recepito anche dalla più recente Magistratura amministrativa: v. Consiglio di Stato, sez. IV, 11 maggio 1999 n. 808, in *Foro amm.*, 1999, 972; id., sez. VI, 29 marzo 1999 n. 346, in *Cons. St.*, 1999, 492; id., sez. VI, 5 dicembre 1992 n. 998, *ivi*, 1992, I, 1861; TAR Emilia Romagna, Parma, 3 dicembre 1998 n. 645, in *TAR*, 1999, I, 616; TAR Emilia Romagna, Bari, 3 dicembre 1998 n. 645, *ivi*, 1999, I, 616; TAR Puglia, Bari, sez. I, 1 settembre 1998 n. 679, *ivi*, 1998, I, 4217. *Contra*, per la necessità di una valutazione delle specifiche e puntuali giustificazioni del lavoratore, TAR Lazio, Roma, sez. III *ter*, 21 ottobre 1998 n. 2816, in *TAR*, 1998, I, 3956; TAR Lombardia, Brescia, 29 settembre 1998 n. 778, *ivi*, 1998, I, 4052. Al di fuori di tali ipotesi (previsione contrattuale o scelta volontaria del datore) il processo di formazione della volontà sanzionatoria del datore privato è giuridicamente irrilevante e l'eventuale controllo giudiziale sulla sua legittimità avviene solo in udienza sulla scorta delle giustificazioni ivi fornite dal datore stesso (*ex pluribus* Cass., sez. lav., 20 marzo 1991 n. 2963, in *Mass. giur. lav.*, 1991, 251; id., 26 gennaio 1989 n. 461, in *Dir. prat. lav.*, 1989, 1441; id., 5 maggio 1987 n. 4170, *ivi*, 1987, 2764).

²⁵ Cass., sez. lav., 5 maggio 1987 n. 4170, in *Oss. giur. lav.*, 1987, 731; id., 21 ottobre 1989 n. 3949, in *Giust. civ.*, 1990, I, 1014; id., 14 febbraio 1990 n. 1073, in *Oss. giur. lav.*, 1990, 158; id., 21 dicembre 1991 n. 13829, in *Giust. civ.*, 1992, I, 3089; id., 21 aprile 1993 n. 4659, in *Not. giur. lav.*, 1993, 741; id., 20 luglio 1996 n. 6523, in *Mass. giur. lav.*, 1996, suppl. 66; id., 5 marzo 1997 n. 1933, in *Mass. giur. lav.*, 1997, suppl. 29; id., 15 settembre 1997 n. 9173, in *Mass. giur. lav.*, 1997, suppl. 77.

vole intervento dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, il quale, risolvendo un diffuso contrasto sul punto, ha ricordato che la normativa sull'accesso, in base alla sua testuale formulazione, non è correlata agli atti amministrativi, bensì alla attività amministrativa, nozione idonea a sussumere nella sua portata applicativa anche l'attività di diritto privato della P.A.²⁶.

Va poi evidenziato che, in aggiunta al predetto approdo ermeneutico del Consiglio di Stato, il principio di accessibilità agli atti del procedimento disciplinare è già codificato nell'art. 24, comma 5 del CCNL 1994-1997 comparto Ministeri (e in tutti gli altri coevi contratti di comparto), prescindendo dal problema ontologico della natura degli atti datoriali. Pertanto, la visionabilità degli atti del procedimento disciplinare può essere considerato un vero e proprio principio generale, ribadito settorialmente dalla stessa Consulta, in tempi recenti, con riferimento alla piena accessibilità agli atti del procedimento disciplinare attivato dalla Consob nei confronti degli operatori vigilati dalla Commissione.

La giurisprudenza si è, inoltre, spesso interessata dell'applicabilità o meno della comunicazione di avvio di procedimento (art. 7, L. n. 241 del 1990) in materia lavoristica.

Alcune decisioni della Magistratura amministrativa, non ancora pienamente consapevoli degli importanti riflessi dell'intervenuta privatizzazione nel rapporto di lavoro con la P.A., hanno erroneamente ritenuto doverosa tale comunicazione in caso di conferimento o revoca di incarichi dirigenziali, di recupero di somme indebitamente corrisposte, di trasferimenti d'ufficio, di sospensione cautelare dal servizio, di annullamento d'ufficio di precedenti inquadramenti o elenchi e in diverse altre situazioni²⁷.



²⁶ Il noto contrasto giurisprudenziale concernente l'applicabilità o meno delle norme sul diritto di accesso agli atti di diritto privato della P.A. è ben riassunto, nei suoi contributi dottrinali e giurisprudenziali, da Caringella-Garofoli-Sempreviva, *L'accesso ai documenti amministrativi cit.*, 115 e da Caringella, *Il procedimento amministrativo*, Napoli, 1998, 255 ss.

Sul punto, l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato con sentenza 1999 n. 5 (in *Foro it.*, 1999, III, 305 e in *Urb. e appalti*, 1999, 647, con nota di Protto, *L'adunanza plenaria afferma l'accessibilità degli atti di diritto privato della P.A.*) ha optato per una applicazione estensiva dell'istituto dell'accesso, correlato non già ad atti amministrativi, ma all'attività amministrativa (*ergo* anche quella privatistica).

Il principio è stato ribadito, proprio con riferimento alla materia del pubblico impiego privatizzato, da Consiglio di Stato, sez. VI, 8 marzo 2000 n. 1159, in *Foro amm.*, 2000, 926.

Contra, per l'inapplicabilità del diritto di accesso se non agli atti amministrativi ex art. 22 ss., L. n. 241 del 1990, v. TAR Toscana, sez. I, 26 marzo 1998 n. 103, *ivi*, 1998, I, 1927. Contrario all'applicabilità della normativa sull'accesso è anche Liso, *La privatizzazione cit.*, 240.

²⁷ Sulla giurisprudenza amministrativa concernente l'applicabilità della L. n. 241 al rapporto di pubblico impiego privatizzato v. le osservazioni redazionali in *Giust. civ.*, 2000, I, 3048 e *ivi*, 2002, I, 2040.



A nostro avviso, la natura negoziale delle determinazioni datoriali esclude, in generale, l'applicabilità della previsione che riguarda i procedimenti amministrativi destinati a concludersi con provvedimenti amministrativi. Tale conclusione è condivisa dalla più avveduta giurisprudenza²⁸.

Tuttavia, anche i sostenitori dell'avversa tesi pubblicistica devono convenire che la natura provvedimentale delle scelte della P.A. non comporta sempre l'operatività dell'art. 7, L. n. 241, che va esclusa, secondo univoca giurisprudenza, per i procedimenti disciplinari e per gli altri procedimenti che prevedono forme di comunicazioni equipollenti all'avvio di procedimento (es. contestazione dell'addebito disciplinare)²⁹, nonché, per espressa previsione di legge (art. 7, comma 1, L. 241), per i procedimenti (quale la sospensione cautelare) caratterizzati da esigenze di celerità³⁰.

²⁸ Per l'inapplicabilità dell'art. 7, L. n. 241 alle determinazioni datoriali, v. Trib. Catania, 9 maggio 2000 (in materia di revoca di incarico dirigenziale), in *Osservatorio di giurisprudenza sul lavoro pubblico* a cura di Sassani e Apicella, in *Giust. civ.*, 2000, I, 3032; TAR Campania, Napoli, sez. IV, 17 novembre 1999 n. 2984 (in materia di sospensione cautelare), *ivi*, 2000, I, 3033; TAR Toscana, sez. I, 18 giugno 1999 n. 497 (in materia di trasferimento di un dipendente), *ivi*, 2000, I, 3034.

²⁹ La giurisprudenza è univoca nell'escludere l'obbligo di comunicazione di avvio di procedimento per i procedimenti che già prevedano, in base a leggi speciali, forme di comunicazione equipollenti: cfr. *ex pluribus*, in materia di procedimenti disciplinari, Consiglio di Stato, sez. IV, 25 marzo 1999 n. 408, in *Cons. St.*, 1999, I, 375; TAR Sicilia, Palermo, sez. I, 12 febbraio 1998 n. 154, in *www.giust.it*; TAR Liguria, sez. I, 20 marzo 1997 n. 116, in *Foro amm.*, 1998, 156; TAR Puglia, Lecce, 12 novembre 1992 n. 461, in *TAR*; TAR Friuli-Venezia-Giulia, 13 gennaio 1997 n. 17, in *TAR*, 1997, I, 997.

Più in generale, su tale indirizzo v. Caranta-Ferraris, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 2000, 69 ss. Critico sulla necessità di una comunicazione di avvio di procedimento in materia disciplinare privatizzata è Liso, *La privatizzazione cit.*, 240.

L'unica sentenza che ritiene erroneamente che la contestazione dell'addebito disciplinare debba essere preceduta dalla comunicazione di avvio di procedimento è Consiglio di Stato, sez. IV, 3 ottobre 2001 n. 5223, in *Cons. St.*, 2001, I, 2258.

³⁰ La giurisprudenza ha spesso valorizzato il disposto dell'art. 7, comma 1, L. n. 241 che esclude la comunicazione di avvio qualora il procedimento sia caratterizzato da urgenza: vedasi in materia di sospensione cautelare TAR Sicilia, Palermo, sez. I, 12 febbraio 1998 n. 154, in *www.giust.it*; TAR Campania, Napoli, sez. II, 8 aprile 1999 n. 1001 in *TAR*, 1999, I, 2101. Quest'ultima decisione opportunamente rimarca come l'art. 7, comma 2, L. n. 241 del 1990 attribuisca alla P.A. la facoltà di adottare misure cautelari prima dell'effettuazione della comunicazione di avvio di procedimento. Sulla esclusione della comunicazione stante l'esigenza di celerità (valorizzata dallo stesso art. 7) che caratterizza la misura Consiglio di Stato, sez. IV, 2 giugno 2000 n. 3157, in *Cons. St.*, 2000, I, 1353.

Ritengono necessaria la comunicazione di avvio di procedimento all'interessato in materia di sospensione cautelare, oltre alla giurisprudenza citata nelle precedenti note, in dottrina Mainardi-Miscione, *Potere cit.*, 1040, e Mainardi, *Sanzioni disciplinari e responsabilità*, in *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, dal d. lgs. n. 29/93 al d. lgs. n. 387/98* (a cura di Carinci e D'Antona), Milano, 2000, II, 1701. Quest'ultimo Autore, tuttavia, esclude invece (*ivi*, 1698) che possa trovare applicazione un altro istituto della L. 241 del 1990, la motivazione degli atti.

Infine, il problema dell'applicabilità della L. n. 241 agli atti di gestione del personale pubblico privatizzato può porsi anche per i restanti istituti del contraddittorio infraprocedimentale (art. 10, L. cit.), della indicazione del termine e dell'autorità ove è possibile ricorrere (art. 3, comma 4, L. cit.), del responsabile del procedimento e dei relativi poteri (art. 4-6, L. cit.).

La soluzione da dare è, ancora una volta, coerentemente sfavorevole all'applicabilità di tali principi, anche se, in alcuni casi (quali l'individuazione del responsabile del procedimento), la regola deriva non tanto dalla L. n. 241, ma dalle generali norme di buona organizzazione amministrativa, che portano ad avere sempre un referente gestionale anche in un sistema privatizzato (il responsabile dell'ufficio procedimenti disciplinari).

Per quanto concerne l'obbligo di indicare l'autorità ove è possibile ricorrere e i relativi termini, da quanto sin qui detto discende con evidenza l'insussistenza anche di tale obbligo (ed anzi, considerata la continua evoluzione normativa, soprattutto in materia di impugnativa arbitrare, si sconsiglia di inserire nell'atto una simile indicazione); in ogni caso, è opportuno ricordare che l'omissione dell'incombente non invalida l'atto finale, ma lo rende meramente irregolare, con applicazione della rimessione in termini per errore scusabile.

4. Quanto poi alla terza questione (degradabilità ad interessi legittimi dei diritti del lavoratore a fronte di provvedimenti e non già innanzi ad atti gestionali privatistici), la già citata decisione della Suprema Corte n. 3373 del 1999 ha confermato l'indirizzo ermeneutico tendente a riconoscere in capo al lavoratore pubblico privatizzato posizioni di diritto soggettivo, quale effetto della natura privatistica dei poteri datoriali dell'Amministrazione. Il serio problema qualificatorio delle posizioni giuridiche soggettive vantate

(segue nota 30)

Nel previgente regime delineato dal D.P.R. n. 3 del 1957 la giurisprudenza si era raramente interessata del problema dell'applicabilità dell'art. 7, L. n. 241 del 1990 alla sospensione cautelare. Secondo TAR Liguria, sez. I, 13 agosto 1997 n. 329 (in *TAR*, 1997, I, 3637), il provvedimento di sospensione non richiede la previa comunicazione di avvio di procedimento ove si tratti di un sub-procedimento inserito in un procedimento più ampio, iniziato con una ordinanza di arresti domiciliari e relativa a sospensione obbligatoria, nell'ambito della quale l'interessato ha fatto valere le proprie ragioni. La sentenza fa dunque applicazione del noto e ricorrente principio del raggiungimento dello scopo cui è finalizzata la (omessa) comunicazione ed al quale si rifa anche TAR Campania, Napoli, sez. I, 10 febbraio 1998 n. 475, in *TAR*, 1998, I, 1486.

Sulle esigenze di celerità che escludono la comunicazione *de qua* cfr., in generale, Virga, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 1998; Caranta-Ferraris, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 2000, 92 ss.





dal lavoratore, oggetto di interessanti riflessioni dottrinali, è, comunque, sensibilmente attenuato, da un lato, dalla devoluzione delle relative controversie alla giurisdizione esclusiva dell'A.G.O. (a prescindere dunque dalla posizione soggettiva azionata), e, dall'altro, dall'ormai raggiunta equiparazione, sotto il profilo risarcitorio, del diritto all'interesse legittimo³¹.

La quarta questione (tipologia di censure prospettabili in giudizio a fronte della sanzione disciplinare, a seconda della sua natura giuridica) coinvolge problematiche di notevole spessore relative all'aspetto giustiziale della materia.

È di tutta evidenza che il passaggio di giurisdizione dal G.A. al G.O. del contenzioso lavoristico impone un diverso approccio al contenzioso disciplinare e, in particolare, alle censure proponibili avverso le sanzioni comminate, con conseguenti riflessi sul sindacato dell'organo giudicante³².

Infatti, dinanzi al Giudice Amministrativo, sotto la vigenza del regime pubblicistico del D.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3, le doglianze dei ricorrenti avverso la sanzione disciplinare-atto amministrativo venivano necessariamente ricondotte (e lo vengono a tutt'oggi per il personale non privatizzato) alla triade "violazione di legge-eccesso di potere-incompetenza".

In particolare, la violazione di legge veniva di regola invocata innanzi ad evidenti inosservanze delle norme primarie che regolavano in via esclusiva la materia (es. tardiva chiusura del procedimento disciplinare, mancata audizione dell'interessato, inosservanza della normativa sul rapporto tra giudizio disciplinare e procedimento penale etc.).

Assai più frequente era poi la prospettazione dell'eccesso di potere (es. per dimostrare il travisamento dei fatti o, più spesso, l'incongruenza o la sproporzione di una sanzione rispetto all'entità degli illeciti), anche se la stessa risultava alquanto difficoltosa a fronte di un indirizzo giurisprudenziale univoco nel ritenere che la valutazione dei fatti e delle prove in sede disciplinare e della conseguente sanzione da applicare rientra nella sfera di discrezionalità dell'Amministrazione ed è sindacabile in sede di legittimità solo se è affetta da vizi logici o da manifesta irrazionalità per travisa-

³¹ Sulla tutela risarcitoria dell'interesse legittimo il riferimento è alla nota sentenza Cass., SS.UU., 22 luglio 1999 n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, 2487.

³² Sui poteri del Giudice Ordinario nei confronti di sanzioni disciplinari comminate dal datore pubblico, con particolare riferimento all'utilizzo del parametro di proporzionalità ex art. 2106 c.c. della sanzione cfr. l'accurato scritto di Zioldi, *Sanzioni disciplinari, privatizzazione del rapporto e poteri del giudice ordinario*, in AA.VV. (a cura di Sorace), *Le responsabilità pubbliche*, Padova, 1998, 430 ss.

mento dei fatti o da evidente incongruenza e sproporzione tra il comportamento imputato come disciplinarmente infrattivo e la fattispecie sanzionatoria applicata³³.

Indice sintomatico per eccellenza del suddetto eccesso di potere era la motivazione della sanzione comminata, che, ai sensi dell'art. 3, L. 7 agosto 1990 n. 241, assumeva dunque un ruolo fondamentale nel previgente regime del D.P.R. n. 3 del 1957, anche perché la stessa delimitava il *thema decidendum* innanzi al giudice³⁴. Raramente veniva comunque recepita linea difensiva tendente ad ipotizzare un eccesso di potere per omessa confutazione analitica di tutte le giustificazioni del lavoratore, essendo univoco, a livello giurisprudenziale, che la sufficienza della motivazione della sanzione non richiede tale dettagliata ed argomentata confutazione.

Analoghe censure provvedimentali (soprattutto l'eccesso di potere) potevano essere prospettate, sotto la previgente disciplina del D.P.R. n. 3, avverso i provvedimenti di sospensione cautelare, soprattutto facoltativa, originando identici problemi in ordine al limitato spazio sindacatorio del giudice.

Più rare erano, infine, le impugnative volte ad evidenziare l'incompetenza del soggetto che aveva assunto il provvedimento sanzionatorio.



³³ Sul sindacato dell'eccesso di potere in sede disciplinare v. Consiglio di Stato, sez. V, 20 agosto 2001 n. 4440, in *www.giustizia-amministrativa.it*; id., sez. V, 6 giugno 2001 n. 3076, in *www.giust.it*, n. 6, 2001; id., sez. IV, 12 marzo 2001 n. 1380, in *Foro amm.*, 2001, 366 e in *www.giustizia-amministrativa.it*; id., sez. IV, 7 marzo 2001 n. 1312, in *Cons. St.*, 2001, I, 619; id., sez. IV, 15 dicembre 2000 n. 6646, *ivi*, 2000, I, 2646; id., sez. V, 13 novembre 2000 n. 6100, in *Cons. St.*, 2000, I, 2462; id., sez. V, 27 ottobre 2000 n. 5751, in *Foro amm.*, 2000, fasc. 10; id., sez. VI, 11 agosto 2000 n. 4484, in *Cons. St.*, 2000, I, 1872; id., ad. plen., 26 giugno 2000 n. 15, in *Cons. St.*, 2000, I, 1130.

Saltuariamente risulta affermato, anche dalla Magistratura amministrativa, il principio di gradualità delle sanzioni disciplinari nell'impiego pubblico: v. Consiglio di Stato, sez. IV, 19 febbraio 1999 n. 180, in *Cons. St.*, 1999, I, 195.

³⁴ Sulla motivazione della sanzione disciplinare si rinvia ai rilievi in precedenza sviluppati nel testo. Nell'attuale regime contrattualizzato, come si è detto più volte e si ribadirà nel prosieguo del paragrafo, la motivazione ex art. 3, L. n. 241 del 1990 non è dovuta per atti, quali le misure disciplinari e le sospensioni cautelari, aventi natura negoziale e non provvedimentale. Pertanto la legittima omissione della motivazione dell'atto gestionale-sanzione (dovuta solo ove vi fosse una espressa previsione di legge o di contratto: es. art. 2, L. 15 luglio 1966 n. 604) comporta che il *thema decidendum* in sede giurisdizionale o arbitrale si incentrerà sulle prove addotte in giudizio dalla P.A. sulla legittimità della sanzione comminata e non su una previa motivazione della stessa. In sintesi, la motivazione degli atti gestionali, di fatto, dopo la privatizzazione del rapporto di pubblico impiego, viene differita dalla fase di adozione della determinazione datoriale alla fase impugnatoria, giurisdizionale o arbitrale. Sul punto, v. *amplius* Tenore, *Devoluzione al giudice ordinario cit.*, in NovIELLO-SORDI-APICELLA-TENORE (con il coordinamento di Tenore), *Le nuove controversie sul pubblico impiego privatizzato*, Milano, 2001, 95 ss.



Tale tradizionale approccio attizio-provvedimentale alla materia disciplinare ed alla connessa patologia, seguito dalla Magistratura amministrativa³⁵ e dai difensori dei dipendenti sanzionati, è ora destinato ad essere superato per il personale pubblico privatizzato, in conseguenza delle importanti innovazioni introdotte dalla riforma del pubblico impiego, quali:

a) la natura non provvedimentale della sanzione disciplinare, ormai qualificata dalla prevalente dottrina e giurisprudenza, stante l'intervenuta privatizzazione del rapporto di lavoro con la P.A., come determinazione gestionale ex art. 4, comma 2, d. lgs. n. 29 cit. (oggi art. 5, comma 2, d. lgs. n. 165 del 2001), di natura negoziale, volta a sanzionare l'inadempimento della controparte-lavoratore e a ripristinare il buon andamento dell'organizzazione;

³⁵ Si è già segnalato che parte della Magistratura amministrativa persevera, anche dopo la privatizzazione del rapporto di pubblico impiego, nella propria anacronistica lettura in chiave attizia e provvedimentale della riforma del pubblico impiego, giungendo a legittimare la permanenza in vita del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica avverso atti soggettivamente amministrativi assunti dal datore di lavoro pubblico (Consiglio di Stato, ad. gen., 10 giugno 1999 n. 9, in *Foro amm.*, 1999, 2166, con nota critica di Tenore e Apicella, *Corte di Cassazione e Consiglio di Stato in contrasto sulla natura attizia o contrattuale delle determinazioni datoriali nel rapporto di impiego pubblico privatizzato*), o a richiedere una motivazione espressa della sanzione comminata che renda possibile l'accertamento della proporzione della sanzione con la gravità dei fatti (TAR Calabria, Catanzaro, 16 novembre 1998 n. 1004, in *TAR*, 1999, I, 343), o a ritenere che non sia necessaria la comunicazione di avvio di procedimento ex art. 7, L. n. 241 del 1990 per prolungare la sospensione obbligatoria in facoltativa ai sensi dell'art. 27, comma 3, CCNL Ministeri, ma solo perché si tratta di fase doprocedimentale (*ergo* di un richiedente amministrativo) per la quale non è richiesto contraddittorio (TAR Campania, Napoli, sez. I, 20 aprile 1998 n. 1184, in *TAR*, 1998, I, 2681; TAR Veneto, 18 giugno 1998 n. 1665, in *Il lav.nelle P.A.*, 1999, 421, con nota critica sul punto di Pellacani), o a ritenere che nel procedimento disciplinare la contestazione degli addebiti sia equipollente e fungibile con la comunicazione di avvio di procedimento ex art. 7, L. n. 241 cit. (Consiglio di Stato, sez. IV, 25 marzo 1999 n. 408, in *Cons. St.*, 1999, I, 375; TAR Liguria, sez. I, 20 marzo 1997 n. 116, in *Foro amm.*, 1998, 156; TAR Friuli-Venezia-Giulia, 13 gennaio 1997 n. 17, in *TAR*, 1997, I, 997; TAR Puglia, Lecce, 12 novembre 1992 n. 461, *ivi*, 1993, I, 280), o, ancora, a valutare l'illegittimità della sanzione per difetto assoluto di motivazione (TAR Calabria, Catanzaro, 3 febbraio 1999 n. 125, in *Foro amm.*, 1999, 1619).

Anche in riferimento al sindacato giurisdizionale sulle congruità delle sanzioni disciplinari e sulla gravità dell'infrazione dopo la privatizzazione del rapporto di lavoro con la P.A., la Magistratura amministrativa, chiamata a vagliare (ex art. 45, comma 17, d. lgs. n. 80 del 1998) fattispecie anteriori al 30 giugno 1998, ha ribadito che tale sindacato sull'apprezzamento discrezionale dell'Amministrazione è limitato ai casi di manifesta irrazionalità per palese sproporzione tra fatti accertati e sanzioni comminate (TAR Veneto, sez. I, 9 febbraio 1999 n. 117, in *TAR*, 1999, I, 1350; *id.*, sez. I, 29 aprile 1998 n. 543, *ivi*, 1998, I, 2487).

Per una più moderna lettura in chiave privatistico-contrattuale degli atti gestori del pubblico impiego privatizzato v. TAR Lombardia, Milano, sez. III, 20 novembre 1998 n. 2674, in *TAR*, 1999, I, 71 (in tema di licenziamento, inteso come atto privatistico e non amministrativo); TAR Toscana, sez. I, 26 marzo 1998 n. 103, *ivi*, 1998, I, 1927 (fattispecie in tema di inapplicabilità del diritto di accesso agli atti ex art. 22 ss., L. n. 241 del 1990); TAR Sicilia, Catania, 7 giugno 1997 n. 1288, in *Guida al diritto*, 1997, n. 30, 75, con nota di Mezzacapo (in tema di errori della P.A. ricondotti alla nozione di nullità contrattuale e non più di illegittimità di provvedimenti).

b) la sopravvenuta contrattualizzazione della regolamentazione della materia disciplinare;

c) il richiamo delle regole operanti nell'impiego privato anche per la materia disciplinare (v. gli art. 2106 c.c. e 7, St. Lav. richiamati dall'art. 55, comma 2, d. lgs. n. 165 del 2001, e le norme codicistiche e le leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa richiamate dall'art. 2, comma 2, e dall'art. 5, comma 2, d. lgs. n. 165 cit.);

d) la sensibile attenuazione della genericità della previgente regolamentazione normativa (D.P.R. n. 3 del 1957) per la determinazione del tipo e dell'entità delle infrazioni, circostanza che conferiva una vasta discrezionalità sanzionatoria alla P.A.: la vigente fonte contrattuale è assai più dettagliata e tassativa e restringe i margini valutativi del datore pubblico³⁶;

e) la devoluzione del contenzioso lavoristico alla Magistratura ordinaria;

f) la mancanza – salvo espressa previsione legislativa (es. art. 2, L. 15 luglio 1966 n. 604 applicabile all'impiego pubblico privatizzato in base all'art. 2, comma 2, d. lgs. n. 165) o contrattuale – di una doverosa motivazione della sanzione disciplinare (avente natura di determinazione datoriale negoziale e non più provvedimento amministrativo), che delimiti il *thema decidendum* innanzi al Giudice Ordinario.

Da tali mutamenti discende che i parametri alla cui stregua può oggi censurarsi la determinazione datoriale-sanzione disciplinare ritenuta illegittima o incongrua non sono più costituiti dai tre tradizionali vizi di legittimità dell'atto amministrativo, ma dai vizi rientranti nella patologia negoziale (nullità ex art. 1324 e 1418 c.c., annullabilità, inesistenza, risolubilità) e derivanti dalla violazione delle norme imperative (es. art. 9, L. n. 19 del 1990; L. 27 marzo 2001 n. 97; art. 100 ss., D.P.R. n. 3 del 1957; art. 7, comma 1, L. 20 maggio 1970 n. 300, richiamato dall'art. 55, d. lgs. n. 165 del 2001 sull'affissione del codice disciplinare³⁷, art. 7, comma 8, L. n. 300 sulla omessa



³⁶ Sulla forte attenuazione della discrezionalità sanzionatoria del datore pubblico dopo la contrattualizzazione della materia disciplinare la dottrina è concorde: v. Zirolodi, *Sanzioni disciplinari, privatizzazione del rapporto e poteri del giudice ordinario*, in AA.VV. (a cura di Sorace), *Le responsabilità pubbliche*, Padova, 1998, 438.

³⁷ Si iniziano a rinvenire le prime decisioni della Magistratura che, in attuazione del pluriennale indirizzo della Corte di Cassazione sul punto nel settore dell'impiego privato, hanno statuito l'illegittimità delle sanzioni disciplinari comminate dalla P.A. senza la previa affissione del codice disciplinare contenuto nel contratto collettivo: v. TAR Campania, Napoli, sez. V, 5 febbraio 1999 n. 313, in *TAR*, 1999, I, 1472; TAR Veneto, sez. I, 30 gennaio 1999 n. 71, *ivi*, 1999, I, 955. Sulla patologia che caratterizza le sanzioni disciplinari nell'impiego con datori di lavoro privati, v. Vigorita-Ferraro Spaguolo, *Sanzioni disciplinari*, in *Lo statuto dei lavoratori, Commentario* diretto da Prosperetti, Milano, 1975, 180; D'Avossa, *Il potere disciplinare nel rapporto di lavoro*, II ed., Milano, 1989, 88; Papaleoni, *Il potere disciplinare cit.*, 449.



specifica contestazione della recidiva, art. 2106 c.c. sul difetto di proporzionalità delle sanzioni etc.), dell'ordine pubblico, dalla buona fede, e delle clausole contrattuali che regolano l'azione privatistica della P.A. datrice di lavoro (es. obbligo di sospensione del procedimento disciplinare in pendenza del giudizio penale; obbligo di previa affissione del codice disciplinare, etc.), nonché dell'abuso del diritto³⁸.

Di questa radicale diversità nella prospettazione defensionale e nelle statuizioni decisorie non sembrano ancora consapevoli alcuni difensori di formazione amministrativistica e, soprattutto, alcuni Giudici Amministrativi (competenti *ratione temporis*, ex art. 45, comma 17, d. lgs. n. 80 del 1998 cit., oggi art. 69, comma 7, d. lgs. n. 165 del 2001, su controversie privatizza-

³⁸ Tale approccio civilistico al contenzioso lavoristico privatizzato con la P.A., nella giurisprudenza di merito, risulta recepito da Trib. Roma, 24 settembre 1999 (ord.), inedita; Trib. Genova, 19 agosto 1999 (ord.), in *Giust. civ.*, 2000, I, 2427 (in tema di esercizio del potere di autotutela); Trib. Roma, 2 luglio 1999 (ord.), *ivi*, 1999, I, 3166 (in tema di sospensione cautelare); Trib. La Spezia, 26 aprile 1999 (ord.), *ivi*, 1999, I, 2189; Trib. Grosseto, 23 febbraio 1999, *ivi*, 1999, 2543; Pret. Venezia, 21 aprile 1999, *ivi*, 1999, 2190; TAR Calabria, Reggio Calabria, 15 gennaio 1999 n. 41, *ivi*, 1999, I, 1149 (in tema di censure afferenti le scelte datoriali: la violazione di legge configurerebbe oggi una causa di nullità per contrasto con norme imperative); TAR Trentino Alto Adige, Trento, 21 gennaio 1999 n. 28, in *TAR*, 1999, I, 908 (in tema di sanzioni disciplinari, valutate, nell'ambito di un rapporto ormai privatizzato, alla stregua dell'art. 1343 c.c.); TAR Lombardia, Milano, sez. III, 20 novembre 1998 n. 2674, in *TAR*, 1999, I, 71 (in tema di licenziamento, inteso come atto privatistico e non amministrativo); TAR Lazio, Roma, sez. I, 25 maggio 1998 n. 1789, in *Foro amm.*, 1999, 473 (in tema di vizi censurabili dopo l'intervenuta privatizzazione-contrattualizzazione dell'impiego pubblico, ricondotti alla nozione di patologia contrattuale e non più a quella di illegittimità di provvedimenti); TAR Toscana, 26 marzo 1998 n. 103, in *Giur. it.*, 1998, III, 2190; TAR Lombardia, Brescia, 2 febbraio 1998 n. 43, in *TAR*, 1998, I, 1315; TAR Lazio, Latina, 11 novembre 1997 n. 1031, *ivi*, 1997, I, 4295; TAR Sicilia, Catania, 7 giugno 1997 n. 1288, *ivi*, 1997, I, 3428 e in *Guida al diritto*, 1997, n. 30, 75, con nota di Mezzacapo (in tema di errori della P.A. ricondotti alla nozione di nullità contrattuale e non più di illegittimità di provvedimenti). V. anche Consiglio di Stato, sez. IV, 8 giugno 2000 n. 3259, in *Guida al diritto*, 2000, n. 27, 74, con nota di Lelli, fattispecie relativa ad atti di classificazione di uffici dirigenziali di una Regione secondo i criteri della contrattazione collettiva ai fini dell'attribuzione della connessa retribuzione).

Per una espressa esclusione del sindacato dell'A.G.O. alla stregua del parametro dell'eccesso di potere, non vertendosi in materia di atti amministrativi, Trib. Napoli, 3 agosto 1999 (ord.), in www.lavoropubblico.formez.it/contenzioso. Sull'inquadramento civilistico delle dimissioni cfr. Trib. Grosseto, 23 febbraio 1999 (ord.) e Pret. Lamezia Terme, 19 gennaio 1999 (ord.), entrambe in *Osservatorio di giurisprudenza sul lavoro pubblico* a cura di Sassani e Apicella, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2543 ss. con ampia osservazione di commento.

Per alcuni interessanti spunti sulla funzionalizzazione ex art. 97 Cost. degli atti privati del datore di lavoro pubblico, e sul possibile utilizzo del rimedio civilistico dell'abuso di diritto a fronte di uno scorretto esercizio di tale attività, v. Acerboni, *Gradi e forme di tutela del pubblico impiegato a fronte dei poteri privati del datore di lavoro pubblico*, in *Giust. civ.*, 1999, 477; De Giorgi Cezzi, *Perseo e Medusa: il giudice ordinario al cospetto del potere amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, n. 4, 1023 ss. e, in particolare, 1061 ss.

te anteriori al 30 giugno 1998), che perseverano nel contenzioso lavoristico in generale, e non solo in quello disciplinare, in una anacronistica lettura in chiave pubblicistica-provvedimentale delle censure prospettabili, opportunamente disattesa invece dal Giudice Ordinario del lavoro e dallo stesso Giudice Amministrativo in altre decisioni³⁹.



³⁹ Tra le decisioni della Magistratura amministrativa emblematiche della richiamata lettura in chiave pubblicistica, attizia e provvedimentale, della riforma del pubblico impiego, già a suo tempo propugnata dal noto parere del Consiglio di Stato, ad. gen., 31 agosto 1992 n. 146 (in *Giust. civ.*, 1993, I, 1126), si segnalano quelle che, anche dopo la regolamentazione contrattuale della materia *de qua*:

- richiedono una motivazione espressa della sanzione disciplinare comminata che renda possibile l'accertamento della proporzione della sanzione con la gravità dei fatti (TAR Calabria, Catanzaro, 16 novembre 1998 n. 1004, in *TAR*, 1999, I, 343);
- ritengono sufficiente, ai sensi dell'art. 3, L. n. 241 del 1990, la motivazione addotta a sostegno della sanzione comminata (TAR Calabria, Catanzaro, 3 febbraio 1999 n. 125, in *Foro amm.*, 1999, 1619);
- ritengono che non sia necessaria la comunicazione di avvio di procedimento ex art. 7, L. n. 241 del 1990 per prolungare la sospensione obbligatoria in facoltativa ai sensi dell'art. 27, comma 3, CCNL Ministeri, ma solo perché si tratta di fase endoprocedimentale (*ergo* di un procedimento amministrativo e non di una determinazione negoziale) per la quale non è richiesto contraddittorio (TAR Campania, Napoli, sez. I, 20 aprile 1998 n. 1184, in *TAR*, 1998, I, 2681);
- ritengono necessaria la motivazione per il trasferimento di un dirigente (TAR Campania, Napoli, sez. II, 28 gennaio 1998 n. 271, in *Il lavoro nelle P.A.*, 1998, n. 3-4, 942, con nota di Ciucciiovino. *Contra*, per la attrazione nella sfera privatistica dei trasferimenti Corpaci, *La fase transitoria. Il quadro normativo sul pubblico impiego*, in *Foro it.*, 1995, V, 41 ss.; Mainardi-Miscione, *La mobilità*, in Carinci a cura di, *Il lavoro cit.*, tomo I, 571; Paolucci, *Criteri di organizzazione del lavoro*, in Carinci a cura di, *I contratti collettivi di comparto*, Milano, 1997, tomo I, 417 ss.).

Per una più moderna lettura in chiave privatistico-contrattuale degli atti gestori del pubblico impiego privatizzato si è invece espressa altra parte della giurisprudenza amministrativa in materia di:

- licenziamento, inteso come recesso privatistico e non come atto amministrativo (TAR Lombardia, Milano, sez. III, 20 novembre 1998 n. 2674, in *TAR*, 1999, I, 71), destinato ad essere apprezzato dal Giudice Ordinario per l'esistenza e la gravità dei motivi (TAR Lombardia, Brescia, 2 febbraio 1998 n. 43, in *TAR*, 1998, I, 1315);
- inapplicabilità del diritto di accesso agli atti datoriali ex art. 2 ss., L. n. 241 del 1990 (TAR Toscana, sez. I, 26 marzo 1998 n. 103, in *TAR*, 1998, I, 1927) anche se la piena accessibilità anche ad atti di natura privatistica della P.A. è stata poi riconosciuta, all'esito di un ampio contrasto giurisprudenziale, da Consiglio di Stato, ad. plen., 22 aprile 1999 n. 4 e 5, la prima in *Foro amm.*, 1999, 593, la seconda in *Urb. appalti*, 1999, 643, con nota di Proto;
- vizi censurabili dopo l'intervenuta privatizzazione-contrattualizzazione dell'impiego pubblico, ricondotti alla nozione di patologia contrattuale e non più a quella di illegittimità di provvedimenti (TAR Sicilia, Catania, 7 giugno 1997 n. 1288, in *Guida al diritto*, 1997, n. 30, 75, con nota di Mezzacapo; TAR Lazio, Roma, sez. I, 25 maggio 1998 n. 1789, in *Foro amm.*, 1999, 473; TAR Calabria, Reggio Calabria, 15 gennaio 1999 n. 41, in *TAR*, 1999, I, 1149; Consiglio di Stato, sez. IV, 8 giugno 2000 n. 3259, *ivi*, 2000, n. 27, 74, con nota di Lelli, fattispecie relativa ad atti di classificazione di uffici dirigenziali di una Regione secondo i criteri della contrattazione collettiva ai fini dell'attribuzione della connessa retribuzione);
- sanzioni disciplinari, valutate, nell'ambito di un rapporto ormai privatizzato, alla stregua dell'art. 1343 c.c. (TAR Trentino Alto Adige, Trento, 21 gennaio 1999 n. 28, in *TAR*, 1999, I, 908).



L'evidenziato mutamento di approccio giudiziario, non limitato alla sola materia disciplinare, ma valevole per l'intero pubblico impiego privatizzato, pone poi un grave interrogativo di fondo relativo al possibile affievolimento dei mezzi di tutela del lavoratore a seguito del cennato passaggio di giurisdizione. In particolare, occorre chiedersi se l'ampio ventaglio delle censure riconducibili ai tre vizi in precedenza prospettabili innanzi al G.A. (violazione di legge, incompetenza e, soprattutto, eccesso di potere), e dunque il novero delle situazioni giustiziabili innanzi al Giudice Amministrativo, abbia subito una compressione innanzi al Giudice Ordinario del lavoro.

Per quanto concerne la violazione di legge e l'incompetenza, riteniamo che le fattispecie un tempo riconducibili a tali vizi siano ancora oggi giustiziabili innanzi all'A.G.O. ai sensi degli art. 1324 e 1418 c.c., quali violazioni delle previsioni legali (es. art. 7, St. Lav.; art. 55, comma 4, d. lgs. n. 165 del 2001: sanzione superiore al rimprovero verbale ed alla censura comminate dal capo struttura in luogo dell'ufficio procedimenti disciplinari etc.), o contrattuali, che regolano attualmente la materia disciplinare. In particolare la Magistratura ordinaria, in controversie con datore privato, ha espressamente qualificato come annullabile (e deducibile solo dal datore), e non già come nulla, la sanzione comminata da organo privo di rappresentanza⁴⁰.

Un ruolo centrale assumono dunque i vizi negoziali, il parametro dell'ordine pubblico di cui all'art. 1343 c.c. e il parametro dell'abuso di diritto⁴¹.

Qualche difficoltà potrebbe porre invece l'attuale giustiziabilità di quelle numerose illegittimità un tempo configuranti, innanzi al G.A., violazione di legge per assenza o carenza di motivazione o, soprattutto, alcune figure sintomatiche di eccesso di potere, quali, ad esempio, la mancata valutazione

⁴⁰ Cass., sez. lav., 23 settembre 1998 n. 9537, in *CED Cassazione* RV 519096. Il problema si potrà riproporre con maggior frequenza a fronte di datore pubblico, in considerazione del rigido riparto di competenze vigente nell'impiego pubblico, e dunque anche nella materia disciplinare.

Per un caso specifico di annullamento di una sanzione del rimprovero verbale comminata ad un cancelliere da un Procuratore aggiunto in luogo del Procuratore capo della Repubblica v. Coll. arb. disc. Min. Giustizia, sez. IV, 6 settembre 2000, Pres. Pastena, Est. Moscagiuri, D. I. c. Min. Giustizia, inedito.

Per la legittimità di una sospensione cautelare disposta non dal dirigente generale ma da un suo delegato (*ergo* sulla base di espressa delega), Trib. Roma, sez. lav., 31 agosto 2001 n. 51995/01, Pres. Floris, Est. Mastroberardino, G. c. Min. Giustizia, inedito.

⁴¹ Per la valutazione della sanzione comminata nell'ambito di un rapporto ormai privatizzato alla stregua dell'art. 1343 c.c. v. TAR Trentino Alto Adige, Trento, 21 gennaio 1999 n. 28, in *TAR*, 1999, I, 908.

Sull'applicabilità della categoria dell'abuso di diritto nel contenzioso lavoristico v. la dottrina citata nel finale della precedente nota 38.

delle difese del lavoratore, la motivazione contraddittoria o perplessa dell'atto-sanzione, la sua incongruenza (o sproporzione) rispetto ai fatti accertati, il travisamento dei fatti operato dall'ufficio disciplinare, il difetto di gradualità sanzionatoria, il differente trattamento punitivo di casi identici. Peculiarissimi problemi pone poi la censurabilità (esclusa nell'impiego con datore privato) della disparità di trattamento in casi eguali⁴².

A nostro avviso, tuttavia, anche oggi tali doglianze potranno essere sindacate dal Giudice Ordinario ove riconducibili a vizi contrattuali, quali il mancato rispetto della gradualità sanzionatoria (es. art. 25, CCNL Regioni Enti Locali)⁴³ e, soprattutto, alla violazione del noto principio di proporzionalità codificato nell'art. 2106 c.c. (applicabile al pubblico impiego ex art. 59, comma 2, d. lgs. n. 29 del 1993, oggi art. 55, comma 2, d. lgs. n. 165 del 2001) costantemente protagonista di giudizi lavoristici⁴⁴. Né può trascurarsi la nota violazione del principio di correttezza, buona fede e di parità di trattamento nell'esecuzione del rapporto lavorativo, spesso richiamato dalla Magistratura ordinaria del lavoro⁴⁵.



⁴² Sul sindacato del G.A. sulle sanzioni disciplinari alla stregua del parametro dell'eccesso di potere, v. la giurisprudenza citata nella precedente nota 33.

Come già sopra evidenziato, va segnalato che nell'impiego privato viene escluso un principio di parità di trattamento tra più lavoratori che abbiano commesso una infrazione analoga, poiché è impossibile comparare l'elemento soggettivo e le circostanze specifiche: Cass., sez. lav., 22 febbraio 1995 n. 2018, in *Mass. giur. lav.*, 1995, suppl. 19; Trib. Padova, 17 marzo 1998, in *Not. Giur. lav.*, 1998, 467; Trib. Napoli, 8 ottobre 1997, in *Giur. it.*, 1999, 64, con nota di Santucci.

Tuttavia l'applicabilità del principio di parità di trattamento nell'impiego pubblico, e nella materia disciplinare in particolare, non sembra illogica, ove si consideri che lo stesso è già codificato in ordine ai profili retributivi (art. 49, comma 2, d. lgs. n. 29 del 1993, oggi art. 45, comma 2, d. lgs. n. 165 del 2001) e comunque discende dal principio di buon andamento della P.A. (art. 97 Cost.). Potrebbe forse ravvisarsi, in caso di inosservanza del principio, una violazione del canone di correttezza e buona fede datoriale.

⁴³ Il rispetto del principio proporzionalità passa attraverso la verifica dell'intenzionalità, del grado di danno, delle circostanze ed anche del differente trattamento sanzionatorio a fronte di casi eguali: vedasi TAR Lazio, Roma, sez. III, 19 febbraio 1997 n. 374, in *TAR*, 1997, I, 907, che tuttavia sembra confondere tale nozione di proporzionalità con la distinta categoria logico-giuridica della gradualità.

⁴⁴ Sull'ampio utilizzo del parametro di cui all'art. 2106 c.c. da parte della magistratura ordinaria, cfr. Ziroldi, *Sanzioni disciplinari cit.*, 431 seg., che dà esemplificativa contezza dei diversi parametri alla cui stregua la Magistratura ordinaria valuta la sussistenza della violazione della proporzionalità sanzionatoria (correttezza, buona fede, grado di lesione dell'obbligo, entità oggettiva del disvalore della violazione, lesione dell'*intuitus fiduciae* tra datore e lavoratore, intensità dell'elemento psicologico etc.).

⁴⁵ Sulla permanenza di un sindacato dell'A.G.O., attraverso un ampio utilizzo del concetto di buona fede, sulla imparzialità, trasparenza ed eguaglianza di trattamento da parte del datore pubblico, assimilabile al pregresso sindacato del G.A. attraverso l'eccesso di potere, cfr. Barbieri, *Privatizzazione del pubblico impiego ed interessi legittimi* (nota a TAR Umbria, 8 mar-



Inoltre l'applicazione di nuovi parametri normativi di riferimento, quali l'art. 7, comma 1, 5 ed 8, St. Lav., rende giustiziabili nuovi ed ulteriori profili del procedimento disciplinare, quali ad esempio, la mancata specifica contestazione della recidiva infrabiennale, o la mancata affissione o la scarsa tassatività del c.d. codice disciplinare, oggetto di ampio dibattito nell'impiego privato.

È inoltre erroneo ritenere che, optando per la natura non attizia della sanzione disciplinare e quindi per la conseguente inapplicabilità alla stessa della L. 7 agosto 1990 n. 241 e del principio di doverosa motivazione degli atti ivi sancito, gli spazi per sindacare nel merito una sanzione priva di motivazione si restringano⁴⁶.

È solo l'ottica che deve mutare: come nelle controversie lavoristiche con datori privati avverso sanzioni – legittimamente (ex art. 7, St. Lav.) prive di motivazione⁴⁷, salvo che nell'ipotesi di cui all'art. 2, L. 15 luglio

(segue nota 45)

zo 1999 n. 193), in *Mass. giur. lav.*, 1999, n. 10, 1034 e *id.*, *Rapporti tra processo civile e amministrativo: quale tutela per gli interessi del dipendente pubblico "privatizzato"?*, in *Mass. giur. lav.*, 1999, n. 11, 1241.

Sul principio di correttezza e buona fede (art. 1175 e 1375 c.c.) come eterointegrazione delle prestazioni del datore e sulla discussa utilizzabilità dello stesso per fondare un controllo giudiziario sul rispetto del (non univoco) principio di parità di trattamento da parte del datore, si rinvia alla copiosa giurisprudenza e dottrina citata da Amoroso, *Retribuzione e mansioni del lavoratore: l'obbligo di parità di trattamento come specificazione del dovere di correttezza e buona fede* (nota a Cass., sez. lav., 8 luglio 1994 n. 6448), in *Foro it.*, 1995, I, 188 e a Montuschi, *Ancora sulla rilevanza della buona fede nel rapporto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, 723. Da ultimo Saffiotti, *Le clausole generali di buona fede e correttezza e la posizione del lavoratore subordinato*, Torino, 1999.

Del principio di pari trattamento retributivo (la cui vigenza nell'impiego privato è stata esclusa da Cass., SS.UU., 29 maggio 1993 n. 6031, in *Foro it.*, 1993, I, 1794 con nota di Mazzotta, e da Cass., SS.UU., 17 maggio 1996 n. 4570, *ivi*, 1996, I, 1989, salvo che la diversità di trattamento si traduca in attività discriminatoria *contra legem* o il datore operi scelte sulla base di procedure concorsuali) si è fatta di solito applicazione in controversie su pretese retributive o su denegati inquadramenti in superiori qualifiche.

Non è da escludere la invocabilità dello stesso anche in materia disciplinare in caso di trattamento sanzionatorio diseguale di dipendenti coautori paritetici del medesimo fatto storico. Un accenno sul punto è rinvenibile in Zoli, *L'esercizio del potere disciplinare*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1991, n. 9, 83. Tuttavia, come già ricordato, nell'impiego privato viene escluso un principio di parità di trattamento tra più lavoratori che abbiano commesso una infrazione analoga.

Sulla correttezza e buona fede del datore in sede disciplinare v. anche Ziroldi, *Sanzioni disciplinari cit.*, 433.

⁴⁶ Per l'inapplicabilità dell'art. 3, L. n. 241 del 1990 alla sanzione disciplinare vedi la dottrina citata nel precedente paragrafo 3.

⁴⁷ Si ribadisce che la motivazione espressa della sanzione disciplinare nell'impiego privato è doverosa (e deve evidenziare l'*iter* logico attraverso il quale si perviene alla concreta sanzione) solo ove prescritta dalla contrattazione collettiva (o dal codice disciplinare), o sia frutto

1966 n. 604⁴⁸ –, la difesa deve poggiare non più sulla censura, in ricorso, della motivazione di un atto amministrativo-sanzione, ma sulla confutazione *ex post* delle ragioni addotte in giudizio, in sede probatoria, dalla P.A. a sostegno della eccepita illegittimità, sproporzione e/o incongruità della sanzione-facoltà negoziale comminata, che il giudice sarà chiamato ad accertare.

Difatti, la responsabilità disciplinare ha una evidente natura contrattuale, con conseguente onere per il datore di provare che il lavoratore non ha correttamente adempiuto alla prestazione lavorativa, meritando la (congrua) sanzione comminata.



(segue nota 47)

di una scelta unilaterale ed autonoma del datore di lavoro: sul punto *ex pluribus* Cass., sez. lav., 22 febbraio 1996 n. 1379, in *Notiz. Giur. lav.*, 1996, 943. In tale ipotesi, l'eventuale assenza di motivazione comporta la nullità del provvedimento disciplinare.

Tuttavia, la giurisprudenza ha chiarito che nelle ipotesi in cui è contrattualmente prevista la motivazione, il datore non ha l'obbligo di adottare una motivazione penetrante analoga a quella del giudice, esaminando e confutando analiticamente le giustificazioni rese dal lavoratore, ma può limitarsi a richiamare le iniziali contestazioni: Cass., sez. lav., 21 ottobre 1998 n. 10461, in *CED Cassazione*, RV 519951; id., 21 aprile 1993 n. 4659, in *Not. giur. lav.*, 1993, 741; id., 21 dicembre 1991 n. 13829, in *Giust. civ.*, 1992, I, 3083, con nota di Pizzoferrato. Quest'ultimo indirizzo risulta recepito anche dalla più recente Magistratura amministrativa: v. Consiglio di Stato, sez. IV, 11 maggio 1999 n. 808, in *Foro amm.*, 1999, 972; id., sez. VI, 29 marzo 1999 n. 346, in *Cons. St.*, 1999, 492; id., sez. VI, 5 dicembre 1992 n. 998, *ivi*, 1992, I, 1861; TAR Emilia Romagna, Parma, 3 dicembre 1998 n. 645, in *TAR*, 1999, I, 616; TAR Emilia Romagna, Bari, 3 dicembre 1998 n. 645, *ivi*, 1999, I, 616; TAR Puglia, Bari, sez. I, 1 settembre 1998 n. 679, *ivi*, 1998, I, 4217. *Contra*, per la necessità di una valutazione delle specifiche e puntuali giustificazioni del lavoratore, TAR Lazio, Roma, sez. III *ter*, 21 ottobre 1998 n. 2816, in *TAR*, 1998, I, 3956; TAR Lombardia, Brescia, 29 settembre 1998 n. 778, *ivi*, 1998, I, 4052.

Al di fuori di tali ipotesi, il processo di formazione della volontà sanzionatoria del datore privato è giuridicamente irrilevante e l'eventuale controllo giudiziale sulla sua legittimità avviene solo in udienza sulla scorta delle giustificazioni *ivi* fornite dal datore stesso (*ex pluribus* Cass., sez. lav., 20 marzo 1991 n. 2963, in *Mass. giur. lav.*, 1991, 251; id., 26 gennaio 1989 n. 461, in *Dir. Prat. lav.*, 1989, 1441; id., 5 maggio 1987 n. 4170, *ivi*, 1987, 2764).

Sul concetto di motivazione della sanzione disciplinare nell'impiego privato, v. Carinci-De Luca Tamajo-Tosi-Treu, *Diritto del lavoro, 2 Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 1999, 303 e giurisprudenza *ivi* citata; Tullini, *Potere disciplinare e art. 7: bilancio di un'esperienza*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1991, n. 6, 207; Zoli, *L'esercizio del potere disciplinare*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1991, n. 9, 83 che sembra desumere un obbligo di motivazione dai principi di correttezza e buona fede.

⁴⁸ In base all'art. 2, L. 15 luglio 1966 n. 604, qualora venga comminata una sanzione espulsiva, il datore deve comunicare per iscritto il licenziamento al prestatore di lavoro, che può richiedere, entro 15 giorni, i motivi che hanno determinato il recesso. L'inosservanza di tali obblighi formali si traduce nell'inefficacia (*rectius* nullità) della sanzione.

Su tale previsione v. Pera, voce *Licenziamenti*: I) *Licenziamenti individuali*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 20; Mazziotti, *Motivazione e licenziamento disciplinare*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1983, II, 145; Viola, *Introduzione minima* cit., 13 ss.



In buona sostanza, così come avviene per l'impiego privato⁴⁹, anche per quello pubblico contrattualizzato innanzi all'A.G.O., la P.A. dovrà provare e motivare in udienza la congruità o la legittimità della (determinazione datoriale) sanzione già inflitta al lavoratore, non vigendo in tale sede il tradizionale divieto, imperante innanzi al Giudice Amministrativo, di formazione o integrazione della motivazione (dell'atto amministrativo) in udienza.

Tale giustificazione, fornita dall'Amministrazione a fronte delle contestazioni del proprio dipendente, finisce quindi con il costituire l'oggetto dell'istruttoria innanzi al giudice del lavoro, il quale, come è noto, dispone di un maggior accesso al fatto rispetto al Giudice Amministrativo anche dopo la recente riforma della giustizia amministrativa operata dalla L. 21 luglio 2000 n. 205.

Appare, sotto quest'ultimo profilo, abbastanza evidente la maggior tutela del lavoratore pubblico privatizzato sul piano istruttorio a seguito della devoluzione del contenzioso all'A.G.O.: il Giudice Ordinario, e soprattutto quello del lavoro, ha un maggiore accesso al fatto oggetto di lite, disponendo ed utilizzando appieno tutti i mezzi istruttori (soprattutto la prova testimoniale) che il codice di procedura civile appresta. Il Giudice Amministrativo, invece, maggiormente ancorato alla logica attizia del processo amministrativo, ha sempre fatto scarso uso dei poteri istruttori che la Corte Costituzionale, con la nota sentenza 23 aprile 1987 n. 146, gli ha riconosciuto in materia di giurisdizione esclusiva, limitandosi ad una assorbente valorizzazione del profilo documentale del contenzioso lavoristico. Tale approccio non sembra mutato anche dopo la riforma del processo amministrativo operata dalla L. n. 205 del 2000 cit.⁵⁰.

Ulteriore circostanza che porta ad escludere un affievolimento dei mezzi di tutela del lavoratore pubblico dopo la devoluzione all'A.G.O. del contenzioso disciplinare, è data dalla già segnalata attenuazione della discrezionalità valutativa della P.A. in sede sanzionatoria ad opera della regolamentazione contrattuale, assai più puntuale nel determinare il tipo e l'entità delle infrazioni e delle relative sanzioni. Riflesso giustiziale di tale evoluzione è dato dalla facilitazione del giudizio valutativo dell'A.G.O., a tutto vantaggio del ricorrente, in ordine alla correttezza o meno dell'operazione di sussun-

⁴⁹ Il riferimento è ancora a Papaleoni, *Il procedimento disciplinare cit.*, 449. In giurisprudenza, *ex pluribus*, Cass., sez. lav., 22 dicembre 1983 n. 7571, in *Mass. giur. lav.*, 1984, 184.

⁵⁰ Sul regime probatorio nel processo amministrativo dopo la L. n. 205 del 2000 v. Caringella, *Giustizia amministrativa*, Napoli, 2001, 603 seg.; Caringella-Protto, *Il nuovo processo amministrativo dopo la legge 21 luglio 2000 n. 205*, Milano, 2001; Chizzini, *I poteri istruttori*, in Sassani-Villata (a cura di), *Il processo davanti al giudice amministrativo*, Torino, 2001, 233.

zione da parte del datore di lavoro del fatto storico posto in essere dal lavoratore nella tipologia prevista in sede contrattuale.

Occorre infine ribadire, ancora una volta, che un basilare referente per la difesa dei lavoratori condannati in sede disciplinare sarà costituito dalla pregressa ricca giurisprudenza del giudice ordinario in controversie con datore privato, incentrate, oltre che su vizi procedurali, anche sulla tipica doglianza del “difetto di proporzionalità”, variamente parametrato dall’A.G.O. ed oggetto di valutazione da parte del solo giudice di merito, trattandosi di vizio incensurabile in Cassazione⁵¹.

Non va tuttavia dimenticato il fecondo contributo dato in materia dalla Magistratura amministrativa: molte delle censure in precedenza fatte valere innanzi al Giudice Amministrativo in una prospettiva attizia saranno sicuramente riproposte innanzi all’A.G.O. quali violazioni contrattuali. Sarà dunque opportuno utilizzare, anche innanzi al Giudice Ordinario, la pluriennale elaborazione della Magistratura amministrativa su alcune questioni di diritto, la cui soluzione, non dovrebbe subire virate giurisprudenziali a seguito dell’intervenuto passaggio di giurisdizione. Il riferimento è, tra i tanti, agli indirizzi secondo cui l’erronea citazione di una disposizione di legge nel corpo di una sanzione disciplinare non ne inficia la legittimità se il suo contenuto è conforme a legge (ed oggi al contratto collettivo)⁵². Identiche conclusioni valgono qualora l’erroneo richiamo normativo sia contenuto nella contestazione dell’addebito⁵³.

Sempre al profilo giustiziale attiene, infine, la questione della sussistenza o meno di un termine decadenziale per l’impugnazione della sanzione-atto gestionale (come nel previgente regime attizio del D.P.R. n. 3 del 1957).

Al riguardo, possiamo ritenere pacifica l’inesistenza di un termine decadenziale generale, quale riflesso della intervenuta devoluzione della materia lavoristica al Giudice Ordinario del lavoro e ai relativi termini prescrizionali⁵⁴.

⁵¹ Sulla insindacabilità in sede di legittimità del giudizio di proporzionalità operato dal giudice di merito v., tra le tante, Cass., sez. lav., 2 giugno 1996 n. 6984, in *Not. Giur. lav.*, 1997, 100; id., sez. lav., 23 giugno 1998 n. 6216, in *Or. Giur. lav.*, 1998, fasc. 3, 669.

⁵² Sul punto TAR Lazio, Latina, 8 marzo 1999 n. 194, in *TAR*, 1999, I, 1254; Consiglio di Stato, sez. VI, 20 marzo 1996 n. 482, in *Cons. St.*, 1996, I, 485; id., sez. VI, 5 novembre 1993 n. 801, *ivi*, 1993, I, 1459.

⁵³ TAR Lombardia, Milano, 20 novembre 1998 n. 2674, in *TAR*, 1999, I, 71.

⁵⁴ In evidente contraddizione con tale chiara conclusione, l’ammissibilità di un ricorso straordinario al Presidente della Repubblica avverso atti datoriali gestionali qualificati soggettivamente amministrativi dal ricordato parere Consiglio di Stato, ad. gen., 10 giugno 1999 n. 9, comporta che l’impugnativa avverso la medesima sanzione, se proposta in via amministrativa al Capo dello Stato, è sottoposta a termine decadenziale (120 gg. dalla conoscenza), mentre se proposta al Giudice Ordinario è sottoposta a termine prescrizionale.





Diverso, invece, è allorquando una specifica norma preveda un certo termine per l'impugnazione: è il caso del licenziamento che, ai sensi dell'art. 6, L. 15 luglio 1966 n. 604, va impugnato entro 60 giorni. Tale norma, infatti, relativa al rapporto di lavoro privato, deve ritenersi applicabile anche al rapporto di pubblico impiego privatizzato, in base al generale richiamo della disciplina privatistica (in quanto compatibile) contenuto nel già citato art. 2 comma 2, d. lgs. n. 165 del 2001.

La titolarità del potere disciplinare nella P.A. di Angelo Trovato*



83

Una riflessione sulla titolarità del potere disciplinare nelle Pubbliche Amministrazioni non può che partire da una verifica della tipologia delle norme applicabili alla fattispecie e, conseguentemente, dalla ricerca dei soggetti che vengono identificati come attributari di un siffatto potere.

Poiché l'esercizio di tale potere è connesso alla gestione del rapporto di lavoro, la prima norma che dobbiamo prendere in esame è l'articolo 2, comma 2 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, che stabilisce quali siano le norme applicabili ai rapporti di lavoro instaurati con le Pubbliche Amministrazioni, prevedendo che "i rapporti di lavoro dei dipendenti delle Amministrazioni Pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa", fatte salve le eventuali diverse disposizioni speciali, contenute nello stesso decreto legislativo.

Relativamente alla ricerca dei titolari del potere di gestire i rapporti di lavoro, lo stesso decreto legislativo, nell'ambito del rigido sistema di separazione dei poteri introdotto, identifica come titolari, i soggetti preposti alla gestione; infatti, ai sensi del comma 2 dell'articolo 5 dello stesso decreto legislativo, "le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte dagli organi preposti alla gestione con la capacità ed i poteri del privato datore di lavoro", poteri che vengono esplicitamente attribuiti ai dirigenti, i quali, ai sensi dell'articolo 17, comma 1, lettera e) dello stesso decreto legislativo n. 165/2001 "provvedono alla gestione del personale".

In un tale ambito, si rende necessario "individuare una identica natura giuridica per il potere di organizzazione e per il potere di gestione del rap-

* Direttore settore personale Enti Locali, Ministero dell'Interno.



porto di lavoro in quanto, in verità non si tratta di due poteri distinti, ma delle due principali aree di esercizio ed esplicazione dell'unico potere direttivo del dirigente; al pari di quanto avviene per il privato datore di lavoro che organizza l'impresa, e la relativa prestazione lavorativa dei suoi dipendenti"¹.

Ne deriva, come diretta conseguenza della facoltà di organizzare la prestazione lavorativa dei propri dipendenti, l'attribuzione, in tema di esercizio della titolarità del potere disciplinare, dei poteri e delle facoltà di cui all'articolo 55 del predetto decreto legislativo n. 165/2001, il quale, nel dettare le norme relative alle sanzioni disciplinari e alle responsabilità dei pubblici dipendenti, dopo aver sancito la vigenza della preesistente normativa in tema di "responsabilità, civile, amministrativa, penale e contabile" prevede, al comma 2, che ai dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni "si applicano l'articolo 2106 del codice civile e l'articolo 7, commi primo, quinto e ottavo, della legge 20 maggio 1970, n. 300".

In tal modo, viene ad essere superata la concezione giuridica tradizionale del potere disciplinare, fondata sul concetto di supremazia speciale della Pubblica Amministrazione e di soggezione speciale del dipendente. In tale ricostruzione teorica, l'esercizio del potere disciplinare era improntato ad una rigida gerarchia ed era assicurato da una serie di norme disciplinari dirette a reprimere ogni atto o comportamento del dipendente ritenuto incompatibile, secondo principi di forte discrezionalità, con il tipo di comportamento considerato, invece, idoneo dall'Amministrazione per il soddisfacente raggiungimento dei suoi fini².

Con il rinvio effettuato alla disciplina civilistica dell'articolo 2106, e alla parziale applicabilità dello Statuto dei Lavoratori, viene ad essere profondamente modificato il meccanismo di attribuzione dei poteri disciplinari all'interno delle Pubbliche Amministrazioni, riconducendolo sostanzialmente ai c.d. poteri datoriali attribuiti al dirigente d'azienda, sulla scorta del parallelismo tra la figura di quest'ultimo e del dirigente pubblico, riportando, quindi, sostanzialmente la facoltà di esercizio del predetto potere, alla materia dell'inadempimento contrattuale, così come disciplinata nell'ambito del diritto privato.

In tal modo, le norme civilistiche regolamentano integralmente l'ambito di esercizio del potere disciplinare, anche se quest'ultimo, nel suo esplicarsi, non può non tenere conto del rinvio effettuato alla normativa dettata dai

¹ Russo C., *Poteri, responsabilità e partecipazione nel lavoro pubblico*, Giappichelli ed., Torino, 1996, 134.

² Mainardi S., *Potere e responsabilità disciplinare in Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Giuffrè, Milano, 1995, 1002.

contratti collettivi di lavoro, riconducibile sostanzialmente ad un accordo tra le parti. Infatti, il contenuto dei CCNL è esplicitamente richiamato dal comma 3 dello stesso articolo 55 del decreto legislativo n. 165/2001, il quale prevede che "... ferma restando la definizione dei doveri del dipendente ad opera dei codici di comportamento di cui all'articolo 54, la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni è definita dai contratti collettivi".

Ne deriva, conseguentemente, che i contratti collettivi di lavoro divengono un limite interno alle facoltà datoriali (attribuite al dirigente) di esercizio del potere disciplinare e, quindi, di inflazione di sanzioni al dipendente. In tal modo, il dirigente pubblico, essendo tenuto a rispettare, nella specifica materia, il contenuto della normazione contrattuale, pena la illegittimità della sanzione irrogata, ha, rispetto al suo corrispondente dirigente privato, che ha come limite sostanziale al proprio operato solamente l'obbligo di rispettare il principio di proporzionalità tra il fatto addebitato e la sanzione inflitta, un ulteriore limite, derivante dalla tipicizzazione delle sanzioni, contenuto nei contratti collettivi di lavoro.

La disciplina contrattuale del sistema sanzionatorio viene, così, ad intersecarsi con le facoltà e le modalità di esercizio dei poteri del dirigente pubblico, il quale non può non fare riferimento alle precitate norme di cui all'articolo 2106 del c.c. e dello statuto dei lavoratori.

Infatti, così come recentemente ribadito dalla suprema Corte di Cassazione³, a seguito della contrattualizzazione del rapporto di lavoro pubblico, l'esercizio del potere disciplinare, da parte della Pubblica Amministrazione, datrice di lavoro, è governato dal diritto privato e non più dalle norme previste in tema di pubblico impiego, né dalle regole che presidiano il procedimento amministrativo.

Ne deriva, secondo la precitata sentenza della suprema Corte, che le norme della legge n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo, riguardano i procedimenti strumentali alla emanazione da parte della Pubblica Amministrazione di provvedimenti autoritativi destinati ad incidere sulle situazioni giuridiche soggettive dei destinatari dei medesimi, caratterizzati dalla situazione di preminenza dell'organo che li adotta. Tali norme non sono, perciò, applicabili agli atti concernenti il rapporto di lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni, i quali sono adottati nell'esercizio dei poteri propri del datore di lavoro privato, connotati, quindi, dal potere di supremazia gerarchica, ma privi dell'efficacia autoritativa del provvedimento amministrativo.



³ V. Cass., sez. lav., 16 maggio 2003, n. 7704.



86

Pertanto, ad esempio, all'atto di destituzione dall'impiego adottato all'esito del procedimento disciplinare, ed a seguito di sentenza penale di condanna per un reato commesso in servizio, non è applicabile l'obbligo di motivazione stabilito dalla legge n. 241 del 1990, essendo sufficiente che, nel medesimo sia indicato l'illecito disciplinare che ha giustificato la risoluzione del rapporto di lavoro.

L'articolo 2106 del c.c., riconducendo sostanzialmente la problematica disciplinare ad una fattispecie tipica di inadempimento contrattuale, prevede che l'inosservanza delle disposizioni contenute negli articoli 2104 e 2105 del c.c. possano dar luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari, secondo la gravità dell'infrazione.

Ne deriva che, la responsabilità contrattuale per inadempimento del dipendente pubblico consegue a tutte le violazioni, più o meno intense, degli obblighi di comportamento previsti dalla disciplina temporaneamente applicabile, identificabile nei precitati articoli 2104 e 2105 del c.c. e nei codici di comportamento, così come previsti dall'articolo 54 dello stesso d. lgs. n. 165/2001, e recepiti, ai sensi del comma 3, nei contratti collettivi di lavoro.

Infatti, il potere disciplinare del datore di lavoro, previsto dal predetto articolo 2106 del c.c. e disciplinato nelle sue modalità di attuazione dall'articolo 7 dello statuto dei lavoratori, è diretto ad eliminare le conseguenze, sull'ordinato svolgimento dell'attività lavorativa in azienda, dell'inosservanza, da parte del lavoratore, degli obblighi che gli derivano dal contratto e dalla sua posizione giuridica di lavoratore subordinato, e tende, quindi, a ripristinare la posizione direttiva del datore di lavoro nell'organizzazione dell'impresa.

Ne consegue che le sanzioni disciplinari non hanno carattere afflittivo, bensì sono dirette ad assicurare la continuità dell'attività dell'impresa e l'ordinato svolgimento del rapporto. Ne deriva ancora che i codici di comportamento, allegati ai contratti collettivi, e la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni, così come definite dagli stessi contratti collettivi, non necessariamente devono contenere una precisa e sistematica previsione delle singole infrazioni, delle loro varie graduazioni e delle corrispondenti sanzioni. È, invero, sufficiente una proporzionata correlazione fra le singole ipotesi di infrazione, sia pure di carattere schematico e non dettagliato, con la predeterminazione delle varie possibili condotte illecite e le corrispondenti previsioni sanzionatorie, anche se suscettibili di discrezionale attuazione e di adattamento secondo le effettive e concrete inadempienze del lavoratore⁴.

⁴ V. Cass. 17 febbraio 1988, n. 1703; 15 gennaio 1987, n. 277.

Infatti, l'adozione del provvedimento disciplinare è rimessa, salvo i casi in cui questo discenda direttamente dalla previsione di specifiche norme di legge che impongono alla Pubblica Amministrazione l'adozione di provvedimenti sanzionatori, alla determinazione e alla valutazione del datore di lavoro e costituisce esercizio di potere valutativo discrezionale⁵.

Pertanto, il potere disciplinare, riconosciuto dall'articolo 2106 c.c. al datore di lavoro, presuppone che le ipotesi astratte di illecito – quali quelle previste nel c.d. codice disciplinare – siano predeterminate nelle loro caratteristiche essenziali sia oggettive che soggettive, e che – pur senza giungere ad un'analitica tipizzazione di tutte le mancanze del lavoratore – abbiano un grado di specificità sufficiente ad escludere che la collocazione della condotta del lavoratore nella fattispecie disciplinare sia interamente devoluta ad una valutazione unilaterale ed ampiamente discrezionale del datore di lavoro. Non è perciò idoneo un generico riferimento all'inadempimento del lavoratore in ordine agli obblighi scaturenti dal contratto unitamente ad una altrettanto generica differenziazione delle sanzioni fondantesi sul criterio della mera graduazione della colpa ovvero dell'entità del danno causato⁶.

Pertanto, secondo i principi dettati dall'articolo 2106 c.c., il primo limite di esercizio del potere disciplinare, cui devono attenersi le Amministrazioni, è quello del rispetto del principio di proporzionalità, fra la sanzione irrogata e l'infrazione commessa dal dipendente.

La vigenza del principio di proporzionalità era già stata riconosciuta nel precedente ordinamento, attraverso le pronunce giurisprudenziali che individuavano in tale criterio di irrogazione della sanzione un possibile profilo di sindacato giurisdizionale sul corretto esercizio del potere disciplinare da parte della Pubblica Amministrazione⁷.

In un tale ambito, vanno lette le norme di cui agli articoli 2104 2105 del c.c. che definiscono rispettivamente la diligenza del prestatore di lavoro e l'obbligo di fedeltà cui quest'ultimo è tenuto.

L'aver ricostruito la problematica relativa all'esercizio dei poteri disciplinari, sotto il profilo dell'inadempimento contrattuale di cui si è reso responsabile il dipendente, fatte salve quelle eccezioni in cui, l'esercizio di un tale potere è diretta dipendenza dell'applicazione di norme di legge a tutela del buon andamento della Pubblica Amministrazione, sia sotto il profilo sogget-



⁵ V. Cass. 25 luglio 1984, in *Giust. Civ.*, 1984, I, 3001.

⁶ V. Cass., sez. lav., del 16 novembre 1985, n. 5646.

⁷ Mainardi S., op. cit., 1016.



tivo che oggettivo (ipotesi nella quale la P.A. continua a mantenere la sua matrice autoritativa come nei casi di obbligatorio esercizio dell'azione disciplinare a seguito della condanna di un pubblico dipendente per reati particolarmente gravi⁸), fa sì che, il soggetto titolare della potestà disciplinare sia, avendo avuto attribuiti i poteri datoriali di privato datore di lavoro, anche titolare della facoltà di costituire il rapporto stesso, in nome e per conto della Pubblica Amministrazione.

Parallelamente, ciascuna Amministrazione, ai sensi del comma 4 del precitato articolo 55 del d. lgs. n. 165/2001, individua, secondo il proprio ordinamento, l'ufficio competente per i procedimenti disciplinari. Tale ufficio, su segnalazione del capo della struttura in cui il dipendente lavora, contesta l'addebito al dipendente medesimo, istruisce il procedimento disciplinare e applica la sanzione. Quando le sanzioni da applicare siano rimprovero verbale e censura, il capo della struttura in cui il dipendente lavora provvede direttamente. Infatti, l'Amministrazione può individuare l'ufficio competente per i procedimenti disciplinari, ai sensi del predetto articolo 55, semplicemente affidando, attraverso un proprio regolamento, la competenza in materia di sanzioni disciplinari, ad un ufficio già esistente, come, ad esempio l'ufficio personale⁹.

Ne deriva che la contestazione dell'addebito disciplinare non deve essere eseguita necessariamente dal datore di lavoro personalmente o da persona munita di rappresentanza in senso tecnico, ma può esserlo da chiunque sia titolare del potere disciplinare secondo l'organizzazione aziendale¹⁰.

Peraltro, in relazione al disposto del predetto comma 4 dell'articolo 55, in riferimento anche ai meccanismi di separazione dei poteri introdotti all'interno della Pubblica Amministrazione, aventi natura non derogabile, è illegittimo, per violazione dell'articolo 55, l'atto di un organo avente natura politica (nella fattispecie la Giunta comunale) che irroga una sanzione disciplinare a un dipendente. Infatti, la giurisprudenza in materia ha ritenuto che il nuovo sistema disciplinare privatizzato, così come originariamente introdotta

⁸ In merito, deve richiamarsi la legge 7 febbraio 1990, la quale, dando attuazione alla sentenza della Corte Costituzionale n. 971 del 1988 che aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 85 del D.P.R. n.3 del 1957, ha integrato le norme sul procedimento disciplinare contenute negli articoli 100/123 del T.U. sul pubblico impiego ed ha stabilito che la destituzione del pubblico impiegato può essere inflitta a seguito di procedimento disciplinare promosso entro 180 giorni dalla data in cui l'Amministrazione ha avuto notizia della sentenza irrevocabile di condanna e concluso entro 90 giorni.

⁹ V. Trib. Benevento 04 luglio 2001, D. N. c. Comune Benevento.

¹⁰ V. Cass., sez. lav., 01 settembre 1986, n. 5342.

to dall'articolo 59 del d. lgs. n. 29/1993, costituisce un istituto normativo in sé compiuto ed immediatamente applicabile¹¹.

Invero, la facoltà concessa al dirigente – capo del personale di irrogare sanzioni disciplinari, tra cui anche la destituzione dal servizio, è una logica conseguenza della normativa introdotta a partire dal d. lgs. n. 29/1993, che ha attribuito ai dirigenti l'esclusiva competenza negli atti di gestione del personale, intendendosi la stessa riferita a tutti i provvedimenti attinenti a tale specifica materia, compresi, quindi, quelli di irrogazione delle sanzioni disciplinari. Se, infatti, all'Amministrazione non fosse dato di attuare anche il potere disciplinare, tutti gli atti sanzionatori dalla stessa emanati non avrebbero piena rilevanza obbligatoria¹².

L'articolo 55 del d. lgs. n. 165/2001, al comma 2, dopo aver richiamato l'articolo 2106 del c.c., dispone l'applicazione ai dipendenti pubblici dell'articolo 7, commi 1, 5 e 8 della legge 20 maggio 1970, n. 300.

Il comma 1 dispone che le norme disciplinari relative alle sanzioni, alle infrazioni in relazione alle quali ciascuna di esse può essere applicata ed alle procedure di contestazione delle stesse, devono essere portate a conoscenza dei lavoratori mediante affissione in luogo accessibile a tutti. Esse devono applicare quanto stabilito in materia dagli accordi o dai contratti di lavoro.

Il successivo comma 5, stabilisce che, in ogni caso, i provvedimenti disciplinari più gravi del rimprovero verbale non possono essere applicati prima che siano trascorsi cinque giorni dalla contestazione per iscritto del fatto che ne è stata causa.

Infine, il comma 8 prevede che non può tenersi conto, ad alcun effetto, delle sanzioni disciplinari decorsi due anni dalla loro applicazione.

Il richiamo a tali norme dello statuto dei lavoratori, impone alla Pubblica Amministrazione di adeguarsi alle prescrizioni, che, pur tuttavia, nel rispetto del reciproco ruolo attribuito alla contrattazione collettiva, sono state integralmente recepite dai vigenti contratti del pubblico impiego, realizzando, in tal modo, una contrattualizzazione, di fatto, dei principi posti dallo statuto dei lavoratori.

In un tale ambito, proprio in virtù dei poteri datoriali attribuiti al titolare del potere disciplinare, anche nelle Pubbliche Amministrazioni la previsione ad opera del codice disciplinare, predisposto ai sensi dell'articolo 7 della legge 300 del 1970 (per i pubblici dipendenti dall'articolo 54 del d. lgs. n. 165/2001,



¹¹ V. TAR Lombardia, sez. Brescia, 24 luglio 2001, n. 615.

¹² V. Cons. Stato, sez. IV, 19 marzo 1998, n. 484, TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 19 luglio 1996, n. 1107.



come recepito dai vigenti CCNL), di sanzioni corrispondenti a specifiche ipotesi di infrazione vale a limitare l'esercizio del potere disciplinare del datore di lavoro ai fini dell'irrogazione di una pena non prevista ovvero più grave di quella prevista per un dato tipo di mancanza. Ciò, tuttavia, non esclude l'applicazione di una sanzione più lieve, con conseguente attribuzione di una posizione più favorevole al lavoratore¹³. Infatti la potestà di infliggere sanzioni disciplinari è riservata alla discrezionalità dell'imprenditore – discrezionalità che nella Pubblica Amministrazione è sempre e comunque vincolata al raggiungimento dell'interesse pubblico – ai sensi dell'articolo 2106 del c.c., norma pienamente applicabile alla P.A. in virtù del richiamo operato dall'articolo 55 del d. lgs. n. 165/2001, perché contenuta nel più ampio potere di direzione dell'impresa¹⁴.

Dalla ricostruzione delineata, risulta che il potere disciplinare, attribuito in via esclusiva al dirigente pubblico in quanto titolare dei poteri datoriali di privato datore di lavoro, deve, comunque, essere esercitato nell'ambito dei principi costituzionali di buon andamento della Pubblica Amministrazione: tale potere rappresenta, infatti, momento di salvaguardia finalizzato al raggiungimento degli interessi pubblici di cui il dirigente risponde direttamente con il proprio operato.

¹³ V. Cass., sez. lav., del 13 agosto 1991, n. 8828.

¹⁴ V. Cass., sez. lav., del 25 maggio 1995, n. 5753.

Le fasi del procedimento disciplinare

di Maurizio Tatarelli*



Ai sensi del comma 2 dell'art. 7 Statuto Lavoratori, riprodotto nel comma 2 dell'art. 24 del contratto 16 maggio 1995, l'adozione del provvedimento disciplinare deve essere preceduta dalla contestazione dell'addebito e dall'audizione dell'interessato a sua difesa. Detti adempimenti non sono necessari quando la sanzione consista nel rimprovero verbale, a meno che quest'ultimo non venga formalizzato per iscritto, ancorché a soli fini di documentazione¹. Non è, invece, richiesta la comunicazione dell'avvio del procedimento amministrativo ai sensi dell'art. 7 della legge 7 agosto 1990, n. 241: avendo la previsione lo scopo di consentire all'interessato la presentazione di memorie e documenti, l'adempimento non è necessario quando la partecipazione sia in altro modo garantita, come accade, appunto, con la contestazione².

La competenza ad effettuare la contestazione spetta, ai sensi dell'art. 55 d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, a seconda del tipo di sanzione irrogabile, a due autorità diverse: per il rimprovero verbale o scritto, è competente il responsabile della struttura, mentre per le sanzioni più gravi è competente l'ufficio per i procedimenti disciplinari. In sostanza, il responsabile della struttura deve valutare, sulla base delle previsioni collettive, quale sanzione sia irrogabile per il fatto ascritto: se ritiene applicabile la sanzione del rimprovero verbale o scritto, con conseguente sua competenza, deve procedere alla contestazione. Diversamente, ai sensi del comma 4 dell'art. 24 del contratto 16 maggio 1995, deve segnalare i fatti da contestare all'ufficio per i procedimenti disciplinari entro 10 giorni dalla conoscenza del fatto. Contestual-

* Magistrato della Corte d'Appello di Roma, sezione lavoro.

¹ Cass. 14 dicembre 2002, n. 17932.

² Cons. Stato, sez. V, 25 marzo 1999, n. 408.



mente alla segnalazione – cioè nello stesso contesto temporale, da intendersi non in senso assoluto come lo stesso giorno, ma in senso relativo, come appartenenza ad un unico contesto cronologico e procedimentale e, quindi, entro tempi ragionevoli – il responsabile della struttura deve dare comunicazione all'interessato della segnalazione stessa, cioè fornirgli la mera notizia dell'apertura del procedimento, senza necessità di circostanziarla. L'adempimento pone il dipendente in grado di conoscere o, almeno, presumere, il *dies a quo* del termine perentorio di 20 giorni previsto per la contestazione, così da facilitare la verifica del rispetto del termine stesso. Per responsabilizzare il titolare della struttura, sollecitandolo all'adempimento tempestivo dell'obbligo, il contratto stabilisce che l'omissione o il ritardo nella comunicazione costituisce infrazione disciplinare. Può anche accadere che il capo della struttura verifichi, solo nel corso o al termine dell'*iter* disciplinare, che la sanzione irrogabile non rientra nella sua competenza; in tal caso, ai sensi del comma 4 *bis* dell'art. 24 cit., introdotto dall'art. 13 del contratto 16 giugno 2003, il responsabile è tenuto a trasmettere entro 5 giorni gli atti all'ufficio competente, dandone comunicazione contestuale all'interessato, con prosecuzione del procedimento presso il nuovo ufficio senza soluzione di continuità. L'ipotesi del trasferimento di competenza è assai probabile con riferimento alle infrazioni considerate dal comma 2 dell'art. 13 cit., per le quali è prevista la sanzione dal minimo del rimprovero al massimo della multa. Il titolare del potere di contestazione è altresì competente ad istruire il procedimento e ad applicare la sanzione.

Il termine di 10 giorni per la segnalazione all'ufficio per i procedimenti disciplinari decorre, per il responsabile della struttura, dal momento in cui i fatti da addebitare si siano compiutamente delineati nella loro consistenza; pertanto, la mera conoscenza notiziale non implica necessariamente l'inoltro della segnalazione, occorrendo la conoscenza effettiva del fatto nella sua rilevanza disciplinare, emergente dagli accertamenti istruttori e dagli eventuali esiti ispettivi, concorrenti all'esatta definizione dei confini del fatto stesso³. Si consideri che la S.C. riconosce al datore di lavoro, ai fini di un corretto accertamento del fatto e senza violazione della tempestività della contestazione, la possibilità di astenersi dal procedere ad indagini e di attendere l'esito degli accertamenti svolti in sede penale⁴. Più in generale, è da tempo acquisita la legittimità della c.d. preistruttoria, cioè delle indagini di-

³ TAR Calabria 3 febbraio 1999, n. 125, in *Foro amm.*, 1999, 1619.

⁴ Cass. 12 marzo 2001, n. 3560; Cass. 9 settembre 2000, n. 11889.

sposte prima di procedere alla formale contestazione, al fine di accertare l'esistenza di materia di rilevanza disciplinare. In particolare, le indagini datoriali sono legittime, anche quando abbiano comportato l'audizione del lavoratore, in quanto consentono la predisposizione di una contestazione adeguata ed evitano l'instaurazione di procedure infondate, basate su sospetti non verificati, purché siano rivolte allo specifico fine sopra indicato e siano seguite da una contestazione tempestiva rispetto alla chiusura delle indagini⁵. È, conseguentemente, illegittima l'indagine disposta, con audizione dell'interessato, quando la responsabilità sia in via di fatto già emersa, in quanto finalizzata a provocare la confessione⁶. È pacifico che la confessione spontanea resa dal lavoratore in sede di rituali indagini preliminari deve ritenersi legittimamente acquisita⁷.

Secondo un'opzione interpretativa, la mancata comunicazione al dipendente dell'avvenuta segnalazione dei fatti inficia la legittimità del procedimento disciplinare, in ragione della funzione di garanzia propria dell'atto⁸. In senso contrario è stato evidenziato che l'omissione non determina alcun effetto negativo per l'interessato, che ha sempre la possibilità di verificare la tempestività della contestazione rispetto alla segnalazione dei fatti, necessariamente documentata; inoltre, la previsione espressa di conseguenze disciplinari a carico del responsabile fa ritenere che l'unico effetto voluto sia quello formalizzato, escludendosi ogni eventuale riverbero sul successivo procedimento disciplinare⁹.

La contestazione deve essere mossa al dipendente entro 20 giorni dalla conoscenza del fatto. La formalizzazione del termine, che ha natura perentoria secondo la precisazione del comma 10 dell'art. 24, introdotto dall'art. 12 del contratto 16 giugno 2003, supera le incertezze conseguenti alla necessità di verificare di volta in volta, in presenza dell'eccezione del lavoratore, la congruità del periodo di tempo intercorso tra la conoscenza del fatto e la contestazione. Oltretutto, poiché per le sanzioni più gravi del rimprovero scritto i fatti rilevanti disciplinarmente risultano nella loro materialità già dalla segnalazione inviata dal capo della struttura, mancherebbe la ragione che più frequentemente giustifica la dilatazione del tempo della contestazione, vale



⁵ Cass. 20 gennaio 2003, n. 712; Cass. 26 maggio 2001, n. 7193.

⁶ Trib. Napoli 22 gennaio 1992, in *N.G.L.*, 1992, 549.

⁷ Cass. 20 gennaio 2003, n. 772; Cass. 10 gennaio 1990, n. 23.

⁸ Mainardi, *Sanzioni disciplinari*, in *I contratti collettivi di comparto*, Commentario, Milano, 1997, 523.

⁹ TAR Abruzzo, Pescara, 3 maggio 1999, n. 413, in TAR, 1999, I, 2691, in mot.



a dire l'esigenza di acquisire, attraverso una circostanziata attività preliminare, un'adeguata consapevolezza circa l'effettiva esistenza di condotte rilevanti disciplinarmente e la loro riferibilità a quel determinato dipendente. Conseguentemente, deve essere escluso che l'ufficio competente per i procedimenti disciplinari, ricevuta la segnalazione, possa attardarsi in accertamenti e riscontri, con conseguente differimento del termine iniziale della contestazione, rientrando gli eventuali accertamenti nella competenza del responsabile della struttura. È dubbio se l'ufficio possa sollecitare a quest'ultimo, in ogni caso prima della scadenza dei venti giorni, l'esecuzione di nuove verifiche, così da ancorare la decorrenza iniziale del termine alla successiva segnalazione. Si consideri che, godendo di ampia libertà nella fissazione dell'audizione orale, l'ufficio ha la possibilità di utilizzare il relativo periodo per eventuali accertamenti.

Lo scopo della contestazione è duplice: dare certezza ed immutabilità al contenuto dell'infrazione e fissare inequivocabilmente il *dies a quo* del termine di 120 giorni previsto dal comma 6 dell'art. 24 cit. per la conclusione del procedimento, pena la sua estinzione.

Quanto alla forma, la contestazione deve farsi per iscritto, come previsto dall'art. 24, comma 2, del contratto, a pena di nullità della sanzione. Non sono, invece, prescritte modalità particolari di consegna dell'atto che la contiene, per cui sono certamente fungibili l'inoltro con raccomandata postale alla residenza nota all'Amministrazione, la consegna *brevi manu* con sottoscrizione per ricevuta (c.d. raccomandata a mano), la consegna a mezzo di persona incaricata, che può essere sentita come teste. Allo stesso modo, equivale a contestazione l'annotazione di compiuta giacenza all'ufficio postale¹⁰, nonché il rifiuto di ricevere l'atto, attestato dall'ufficio postale o provato altrimenti¹¹.

Quale atto recettizio, la contestazione produce effetto dal momento in cui perviene a conoscenza della persona a cui è destinata (art. 1334 c.c.). In particolare, quando la comunicazione non sia fatta direttamente al destinatario, ma avvenga con mezzi comunicativi estranei al dichiarante, quale il servizio postale, entra in gioco la presunzione di conoscenza prevista, per evidenti esigenze di ordine pratico, dall'art. 1335 c.c., secondo cui l'atto si reputa conosciuto nel momento in cui giunge all'indirizzo del destinatario. La Suprema Corte ha precisato che per indirizzo si deve intendere il luogo che sia

¹⁰ Cass. 10 settembre 1990, n. 10853.

¹¹ Pret. Milano 30 marzo 1983, in *O.G.L.*, 1983, 1187; Pret. Torino 11 gennaio 1981, in *N.G.L.*, 1981, 701.

nella sfera di dominio e controllo del destinatario, quindi, sia il luogo di dimora o domicilio, sia il luogo di lavoro, sia quello diverso all'uopo preventivamente indicato. Il lavoratore, tuttavia, può provare di essersi trovato senza sua colpa nell'impossibilità di averne notizia. In particolare, può superare la presunzione di conoscenza dimostrando che questa non vi è stata per incolpevole impossibilità soggettiva – dovuta, cioè, alle particolari condizioni personali – di avere notizia della comunicazione. Detto effetto scaturisce non da qualsiasi situazione di difficoltà, ma dalla prova che la mancata conoscenza è dipesa da circostanze eccezionali ed involontarie che hanno tenuto il destinatario lontano dal luogo di arrivo della dichiarazione, interrompendo in modo assoluto il collegamento anche telefonico ed epistolare con tale luogo¹².

Requisiti fondamentali della contestazione, la cui violazione vizia il procedimento, l'invalidità del quale determina la nullità del provvedimento¹³, sono la specificità, l'immediatezza e l'immutabilità.

La specificità implica la necessità che il datore di lavoro contesti i comportamenti addebitati precisandoli nelle modalità essenziali, circoscrivendoli nel tempo e localizzandoli nello spazio, al fine di permettere al dipendente la loro esatta individuazione e, quindi, un'adeguata difesa. È, in sostanza, specifica la contestazione che contenga le indicazioni necessarie a consentire al lavoratore l'esatta identificazione della condotta addebitata e la contrapposizione di congrue giustificazioni, così da permettergli il pieno esercizio del diritto di difesa¹⁴. Deve, conseguentemente, ritenersi che acquisti efficacia sanante della genericità della contestazione la circostanza dell'avvenuto e compiuto esercizio del diritto di difesa da parte del lavoratore, in quanto comprovante l'idoneità in concreto della contestazione al raggiungimento dello scopo¹⁵. Il grado di specificità, d'altra parte, va posto in relazione alle caratteristiche del caso concreto, nel senso che non si possono pretendere quelle indicazioni non note neppure al datore di lavoro¹⁶.

Viceversa, il principio di specificità non comporta né l'obbligo di rendere note al dipendente le norme contrattuali o legali violate¹⁷ o le prove del-



¹² Cass. 24 febbraio 1987, n. 1976, in un caso in cui il dipendente era stato colpito da improvvisa e grave malattia; Cass. 28 gennaio 1985, n. 450.

¹³ Cass. 26 ottobre 1982, n. 2618.

¹⁴ Cass. 12 giugno 2002, n. 8853, in mot.; Cass. 30 agosto 2000, n. 11430.

¹⁵ Trib. Firenze 31 luglio 1992, in *N.G.L.*, 1992, 536.

¹⁶ Cass. 18 febbraio 1994, n. 1561, con riferimento ai requisiti temporali e spaziali.

¹⁷ Cass. 30 agosto 1993, n. 9177, cit.; Cass. 23 febbraio 1991, n. 1937.



l'addebito¹⁸, né l'indicazione della misura disciplinare che si prevede di irrogare o applicabile astrattamente, a meno che non sia imposta dalla disciplina collettiva¹⁹. Allo stesso modo, non produce violazione dell'art. 7 Statuto dei Lavoratori la circostanza che la lettera di contestazioni enunci la volontà datoriale di infliggere comunque, all'esito del contraddittorio, una sanzione: infatti, nulla esclude che il datore di lavoro, ricevute le giustificazioni, possa cambiare il suo convincimento²⁰. Va, però, evidenziato che l'indicazione nella lettera di contestazione del tipo di sanzione irrogabile o delle norme disciplinari violate preclude, all'esito del contraddittorio, l'applicazione di una sanzione più grave rispetto a quella indicata o prevista dalle norme richiamate²¹.

L'immediatezza è requisito predeterminato pattiziamente (20 giorni dalla conoscenza del fatto).

Il principio di immutabilità assume un duplice significato. In primo luogo, esso implica che la sanzione non può essere irrogata per un addebito diverso da quello enunciato nella contestazione. Dunque, la comunicazione del provvedimento o le argomentazioni a sostegno successivamente esposte non possono far riferimento a fatti diversi da quelli preventivamente contestati, derivandone altrimenti la nullità della sanzione per violazione del principio del contraddittorio e del diritto di difesa. Peraltro, il vizio si configura solo quando si verifica una sostanziale immutazione del fatto posto a base della sanzione, con riferimento alle modalità dell'episodio ed agli elementi di fatto dell'azione del dipendente, idonea a pregiudicare il diritto di difesa del lavoratore²². In secondo luogo, l'immutabilità sta a significare che la contestazione in ordine al fatto per il quale è stato iniziato l'*iter* disciplinare delimita la materia del contendere nel successivo giudizio, nel quale, quindi, non possono introdursi fatti nuovi o diversi da quelli a suo tempo contestati per avvalorare la legittimità della sanzione impugnata. A sua volta, il disposto del comma 8 dell'art. 7 Statuto Lavoratori, riprodotto nel comma 8 dell'art. 24 cit., secondo cui non può tenersi conto ad alcun effetto delle sanzioni disciplinari decorsi due anni dalla loro applicazione, va inteso nel senso

¹⁸ Cass. 30 aprile 1984, n. 721.

¹⁹ Cass. 26 giugno 2000, n. 8702.

²⁰ Cass. 19 settembre 1991, n. 9687; Cass. 18 ottobre 1986, n. 6157.

²¹ Cass. 11 dicembre 1990, n. 11779.

²² Cass. 20 gennaio 2003, n. 772, che ha escluso la violazione in una fattispecie nella quale la contestazione concerneva la sottrazione di un bustone di merce non specificata e di valore imprecisato, e nella lettera di recesso erano stati indicati i beni sottratti; Cass. 25 agosto 1993, n. 8956.

che la nuova contestazione segna il momento rilevante per andare indietro nel tempo, mentre, nel biennio, assume rilievo la formale e rituale comunicazione del precedente provvedimento disciplinare²³. Sono, invece, indifferenti l'epoca di effettiva esecuzione della sanzione e la definitività e inoppugnabilità del provvedimento.

Alla contestazione segue l'esercizio del diritto di difesa da parte del dipendente, il quale deve essere sentito di persona, con l'assistenza, se crede, di un rappresentante dell'associazione sindacale di appartenenza o specificamente incaricato, od anche di un procuratore, per esempio, un libero professionista (art. 24, comma 2, del contratto). Viceversa, ai sensi dell'art. 7 Statuto Lavoratori, e, quindi, nel lavoro privato, l'audizione ha luogo solo se richiesta dal lavoratore con specifica istanza, che esprima una volontà in tal senso in termini univoci²⁴.

Conseguentemente, l'incolpato deve ricevere, verosimilmente con lo stesso atto di contestazione, apposita convocazione, sui tempi della quale non si rinvencono indicazioni diverse da quella del comma 3, secondo cui la convocazione non può intervenire prima di cinque giorni lavorativi dalla contestazione. In ogni caso, esiste lo sbarramento della durata massima del procedimento disciplinare di 120 giorni dalla contestazione, che non consente di differire la convocazione troppo in avanti.

Dalla convocazione inizia a decorrere il termine massimo per la difesa a disposizione del lavoratore, che è di 15 giorni. In particolare, il terzo comma dell'art. 24 del contratto prevede che "trascorsi inutilmente 15 giorni dalla convocazione per la difesa del dipendente, la sanzione viene applicata nei successivi 15 giorni". In tal modo, la disposizione ha preso in considerazione l'ipotesi del dipendente che non si presenti a rendere le giustificazioni. In tal caso, l'esercizio del potere disciplinare resta sospeso per quindici giorni dalla convocazione, evidentemente per consentire l'inoltro di giustificazioni scritte; poi, entro i successivi quindici giorni, deve essere applicata la sanzione. Se, viceversa, il lavoratore aderisce all'invito, cioè si presenta all'audizione, l'*iter* disciplinare, conclusa quest'ultima, può proseguire, cioè può essere applicata la sanzione, essendo nel frattempo decorso il termine dilatorio dei cinque giorni dalla contestazione, previsto dal comma 5 dell'art. 7 dello Statuto.

Non è prevista la facoltà di presentare giustificazioni scritte. Deve, nondimeno, ritenersi del tutto rituale l'opzione per tale forma di difesa. In tal ca-



²³ Cass. 9 novembre 2000, n. 14555; Cass. 15 febbraio 1996, n. 1185.

²⁴ Cass. 28 agosto 2000, n. 11279; Cass. 16 settembre 2000, n. 12268.



so, nello stesso atto il lavoratore può chiedere di essere sentito di persona, o manifestare la volontà di rinunciare all'audizione personale, o nulla precisare a riguardo. Nella prima ipotesi, esiste l'obbligo di convocare il dipendente, nonostante le giustificazioni scritte. Nel secondo e terzo caso, le giustificazioni scritte vanno ritenute equivalenti all'audizione personale, con rinuncia espressa o implicita all'audizione personale, per cui il termine per l'applicazione della sanzione non può che decorrere dal giorno successivo a quello in cui dette giustificazioni siano pervenute. In sostanza, non può prescindersi dalla contestazione e dalla convocazione dell'incolpato: solo le giustificazioni scritte presentate prima del giorno fissato od, anche, in sede di audizione orale e dichiaratamente in alternativa a questa, possono ritenersi equivalenti e consentire la prosecuzione dell'*iter* disciplinare.

Nulla è previsto sulle modalità di nomina del rappresentante, che può, quindi, avvenire anche in sede di audizione²⁵.

Il lavoratore può chiedere che gli vengano messi a disposizione i documenti necessari per predisporre la difesa, secondo la previsione del comma 5 dell'art. 24 cit., che garantisce l'accesso a tutti gli atti istruttori del procedimento e, quindi, a tutti gli atti che l'Amministrazione intenda all'uopo utilizzare. Nel lavoro privato, l'esistenza di un diritto in tal senso è stata riconosciuta limitatamente alla documentazione avente diretta e precisa connessione con gli addebiti oggetto della contestazione, esclusa ogni altra documentazione, quand'anche il lavoratore ritenga che la stessa possa risultargli utile²⁶.

Ai sensi del quinto comma dell'art. 7 Statuto Lavoratori, richiamato dall'art. 59 d. lgs. cit., i provvedimenti più gravi del rimprovero verbale non possono essere applicati prima che siano decorsi cinque giorni dalla contestazione. Il meccanismo prefigurato dal contratto porta abbondantemente a superare detto termine: invero, da un lato è previsto che la convocazione per le giustificazioni possa intervenire solo dopo cinque giorni lavorativi dalla contestazione; dall'altro, se il lavoratore non si presenta, occorre attendere 15 giorni dalla convocazione e nei successivi quindici applicare la sanzione. Invece, se il lavoratore compare, l'*iter* disciplinare prosegue ed è possibile determinare la sanzione, senza attendere che decorra il termine di quindici giorni.

Decorsi i termini suddetti, l'Amministrazione ha due possibilità: può disporre la chiusura del procedimento, cioè l'archiviazione degli atti, dandone comunicazione all'interessato oppure può aprire, se le giustificazioni addot-

²⁵ Cass. 14 gennaio 1982, n. 219.

²⁶ Cass. 27 ottobre 2000, n. 14225, in *N.G.L.*, 2001, 191.

te vengono valutate negativamente, la fase della deliberazione, cioè della formale individuazione e adozione della sanzione.

L'art. 25, comma 1, lett. c) del contratto 16 maggio 1995 prevede l'ipotesi, mutuata dal diritto penale, della sanzione disciplinare continuata, cioè il caso del dipendente che sia responsabile di più mancanze compiute con una sola azione od omissione ovvero con una pluralità di azioni od omissioni tra loro collegate, le quali siano accertate con unico procedimento: la sanzione da applicare è quella prevista per la mancanza più grave. Si desume dalla norma la necessità per l'Amministrazione, in presenza di una pluralità di infrazioni che siano la conseguenza di una medesima volontà o di un medesimo comportamento colposo, di procedere alla contestazione di un unico fatto comprensivo di tutti i comportamenti sanzionabili, così evitando di frazionare la sequenza delle infrazioni e di applicare più sanzioni.

Altra disposizione peculiare del lavoro pubblico è quella del sesto comma dell'art. 55, d. lgs. n. 165/2001, secondo cui "con il consenso del dipendente la sanzione applicabile può essere ridotta, ma in tal caso non è più suscettibile di impugnazione". Il riferimento alla sanzione applicabile, cioè preventivata nella sua tipologia ed entità, ma non ancora applicata, impone di ritenere che l'operatività dell'innovativo meccanismo di definizione dell'*iter* disciplinare presuppone che l'ufficio o il capo della struttura rendano nota la sanzione nello stesso atto di contestazione o, al più tardi, nel corso dell'incontro. Naturalmente, l'iniziativa conciliativa può provenire da ciascuna delle parti. La formalizzazione dell'accordo, che deve indicare la sanzione applicabile e quella minore concordata, facilita l'accoglimento dell'eccezione di improponibilità della domanda, ove la sanzione venga, nondimeno, impugnata in giudizio. Non sono previsti limiti in relazione né alla sanzione riducibile, né al potere riduttivo delle parti. Ancorché nella previsione normativa il patteggiamento si collochi temporalmente tra il momento dell'audizione e quello dell'adozione del provvedimento, non esistono motivi che impediscano di ritenere che, sull'accordo delle parti, il meccanismo possa essere attivato anche dopo la comunicazione del provvedimento stesso.

In assenza di patteggiamento, alla fase della deliberazione segue quella dell'applicazione o irrogazione della sanzione, che si realizza con la comunicazione del provvedimento all'interessato²⁷. Pertanto, l'applicazione coin-



²⁷ Cass. 9 novembre 2000, n. 14555; in senso difforme, Cass. 7 settembre 2000, n. 11806, secondo cui la sanzione disciplinare si considera "applicata" nel momento in cui la lettera di irrogazione viene spedita, e non in quello della ricezione.



100

cide con il rimprovero verbale o si verifica allorché l'atto datoriale contenente il provvedimento del rimprovero scritto, della multa, della sospensione o del licenziamento perviene a conoscenza del destinatario e, quindi, in mancanza di consegna diretta, nel momento in cui il documento che lo esplicita giunge al suo indirizzo, secondo la previsione degli artt. 1344 e 1345 c.c.

In ogni caso, il procedimento disciplinare deve concludersi entro 120 giorni dalla data della contestazione, verificandosi, diversamente, l'estinzione della procedura e, comunque, l'illegittimità della sanzione tardivamente adottata. Avendo la contestazione natura recettizia, la tempestività va verificata facendo riferimento non alla data nella quale l'ufficio inquirente formalizza la contestazione, cioè la adotta, ma alla data della partecipazione dell'atto all'interessato, cioè della sua notifica²⁸.

Nella comunicazione non devono essere richiamate le giustificazioni, né indicate le ragioni per le quali queste non sono state accolte, né devono essere ripetuti i motivi già enunciati nella lettera di contestazione o confutate le giustificazioni presentate, essendo sufficiente il richiamo della contestazione ed il rilievo della mancata accettazione delle giustificazioni²⁹.

Se la sanzione consiste nella multa o nella sospensione, l'*iter* disciplinare prosegue con la materiale esecuzione, cioè con il mancato pagamento dell'importo corrispondente alla multa o con l'allontanamento dal servizio e la trattenuta retributiva per i giorni di sospensione. Viceversa, la fase dell'esecuzione non è ipotizzabile per le sanzioni del rimprovero verbale o scritto, in quanto la formale comunicazione del provvedimento ne esaurisce gli effetti.

L'art. 7 Statuto Lavoratori non prevede un termine per porre in esecuzione la sanzione della multa e della sospensione. È, nondimeno, necessario che il datore di lavoro non lasci decorrere un tempo eccessivamente lungo, in quanto l'inerzia così protratta potrebbe essere intesa come rinuncia a far valere la sanzione, inutilizzabile, quindi, come precedente disciplinare e non eseguibile tardivamente. È stato, peraltro, deciso che sino a quando il provvedimento non venga espressamente revocato sussiste l'interesse ad agire per l'annullamento della sanzione, che, quand'anche non eseguita, costituisce manifestazione del potere disciplinare e può risultare pregiudizievole per il dipendente³⁰.

²⁸ Cons. Stato, sez. IV, 3 maggio 2001, n. 2491; Cons. Stato, sez. IV, 19 marzo 1998, n. 484.

²⁹ Cass. 13 novembre 2000, n. 14680; Cass. 21 aprile 1993, n. 4659.

³⁰ Trib. Milano 21 giugno 1989, in *Lav.* 80, 1989, 1002; Pret. Roma 26 maggio 1992, in *R.C.D.L.*, 1993, 129.

L'esecuzione della sanzione della sospensione pone due problemi, attinenti alle modalità operative ed al computo dei giorni. Per quanto riguarda le prime, la scelta dei tempi di esecuzione, con le relative modalità, per esempio in ordine alla continuità del periodo o all'alternanza delle assenze, rientra nei poteri del datore di lavoro, da esercitare in modo funzionale alle esigenze organizzative e produttive. In tale ottica, è stato deciso che il datore di lavoro può, per ragioni produttive, disporre l'esecuzione diluita nel tempo dei giorni di sospensione, non potendo il lavoratore pretendere la concentrazione in giorni consecutivi³¹. Secondo i principi generali, il contemperamento degli opposti interessi deve essere realizzato applicando le regole di correttezza, buona fede e non discriminazione, che devono ispirare il comportamento delle parti del rapporto e, segnatamente, di quella che esercita un potere che incide unilateralmente sulle altrui posizioni soggettive. Conseguentemente, il disconoscimento della richiesta del dipendente deve ritenersi legittimo solo se fondato su ragioni oggettive attinenti alla produzione, che è onere del datore di lavoro dedurre e dimostrare.

Quanto alla seconda questione, è dubbio se i giorni di sospensione debbano essere di lavoro effettivo, con esclusione, quindi, dei giorni non lavorativi o non lavorati nell'azienda, o, invece, calcolati in base al calendario. In linea di massima, la sospensione dal servizio sembrerebbe postulare doversi trattare di giorni lavorativi. Contrariamente e più persuasivamente può rilevarsi che il computo dei termini avviene, in assenza di disposizioni specifiche, secondo il calendario comune.

È acquisito che il datore di lavoro, una volta emersa la violazione delle regole procedurali poste dall'art. 7 Statuto Lavoratori, possa adottare *ex novo* il provvedimento disciplinare, con nuova decorrenza e con l'osservanza delle formalità a suo tempo omesse³², senza che la rinnovazione sia condizionata dalla preventiva cessazione degli effetti del precedente atto nullo o dal fatto che la validità di questo sia ancora *sub iudice*³³. Il provvedimento successivo non si attegga a sanatoria o convalida del primo, inammissibile ai sensi dell'art. 1423 c.c., ma rappresenta un diverso negozio che il datore di lavoro pone in essere nell'esercizio di un potere di cui continua ad essere titolare, anche se collegato ai medesimi motivi che sottostavano al primo provvedimento³⁴. In ogni caso, la rinnovazione è possibile solo quando non



³¹ Trib. Milano 8 aprile 1989, in *O.G.L.*, 1989, 390.

³² Cass. 28 aprile 1995, n. 4753; Cass. 16 aprile 1994, n. 3633.

³³ Cass. 16 aprile 1994, n. 3633; Cass. 28 aprile 1995, n. 4743.

³⁴ Cass. 16 aprile 1994, n. 3633; Cass. 9 agosto 1990, n. 8106.



siano state rispettate le formalità previste dai commi 2, 3 e 5 dell'art. 7 Statuto Lavoratori (contestazione verbale, generica o omessa, rifiuto di concedere l'audizione orale o l'assistenza, inosservanza del termine dilatorio), ma non anche, limitatamente alle sanzioni conservative, quando la violazione abbia riguardato il primo comma (predisposizione e pubblicazione del codice disciplinare), in ragione della funzione costitutiva che la legge assegna a detti adempimenti.

Il rispetto dei termini del procedimento disciplinare nell'impiego pubblico privatizzato¹ di Vito Tenore*



103

1. Dalla lettura dei repertori giurisprudenziali concernenti il pubblico impiego, anteriori e successivi alla c.d. privatizzazione, si evince che uno dei punti nevralgici della complessa materia è costituito dal controverso problema della natura ordinatoria o perentoria dei termini che cadenzano l'attuale regolamentazione contrattuale-legislativa e, strettamente connesso, della individuazione della loro decorrenza e scadenza².

Trattasi di tematica centrale e dai notevolissimi risvolti patologici in sede giustiziale, in quanto l'inosservanza degli stessi è oggetto di un diffuso contenzioso. Qualificando infatti come perentorio un termine, il suo mancato rispetto avrà effetti invalidanti sulla comminata sanzione e precluderà la riadozione della stessa all'esito dell'annullamento statuito dal giudice del lavoro, avendo il datore pubblico consumato il tempo accordatogli dal contratto (o da legge, es. art. 9, L. n. 19 del 1990, art. 3, comma 1 e art. 10, comma 3, L. n. 97 del 2001); riconoscendo invece come ordinatorio un termine, il suo superamento non avrà effetti invalidanti sulla sanzione tardivamente irrogata.

Da un punto di vista statistico, assieme alla mancata affissione del codice disciplinare, quello dell'inosservanza dei termini procedurali è uno dei più frequenti vizi procedurali prospettati in sede giurisdizionale e arbitrale

* Magistrato della Corte dei Conti.

¹ Nel corso dello studio, per esigenze di chiarezza espositiva, si assumerà come normativa di riferimento la contrattazione collettiva del comparto Ministeri dei quadrienni normativi 1994-1997 e 2002-2005. I restanti comparti presentano regolamentazioni sostanzialmente identiche, salvo qualche distinguo che sarà evidenziato nel corso del testo.

² Sul tema cfr. Noviello-Tenore, *La responsabilità e il procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, Milano, 2002, 223 ss.; Tenore, *I termini che cadenzano il procedimento disciplinare nell'impiego pubblico "privatizzato"*, in *Il lav. nelle P.A.*, 2002, n. 1, 59 ss.; Marzolo, *I termini nel procedimento disciplinare dei pubblici dipendenti con particolare riferimento a quelli iniziali e conclusivi*, in *Riv. pers. e loc.*, 1996, 17; Poniz, *Termini per l'esercizio del potere disciplinare e buon andamento della P.A.*, in *Riv. giur. lav.*, 1990, II, 425.



dai difensori dei lavoratori sanzionati. La censura risulta spesso fondata, anche a causa del formalistico approccio al tema assunto, soprattutto in sede arbitrale, portando all'annullamento di sanzioni assunte nei confronti anche di autori di gravissimi fatti, che, paradossalmente, sulla scorta del favorevole pronunciamento, attivano ulteriori e conseguenziali giudizi volti ad ottenere dal datore di lavoro la (onerosa) *restitutio in integrum* retributiva ove siano stati collocati in sospensione cautelare prima della conclusione del procedimento disciplinare³.

Gli errori gestionali (sforamenti dei termini) posti in essere dalle Amministrazioni traggono origine, da un lato, dal numero considerevole dei termini, che non trova riscontro nell'impiego con datore privato⁴, e, dall'altro, dalle incertezze giurisprudenziali sul basilare problema della natura, ordinatoria o perentoria, degli stessi.

Obiettivo di questo studio è quello di procedere ad una analitica ricostruzione di detti termini e degli indirizzi giurisprudenziali assunti sulla decorrenza e scadenza degli stessi e sulla loro natura, per poi vagliare l'incidenza della contrattazione collettiva del quadriennio normativo 2002-2005 sugli approdi interpretativi ad oggi raggiunti.

³ Sul ricchissimo contenzioso insorto sui casi in cui va riconosciuta la *restitutio in integrum* del dipendente cautelarmene sospeso nei cui confronti il successivo procedimento disciplinare non venga attivato o si concluda con sanzioni conservative o con sanzioni poi annullate a sèguito di impugnativa giurisdizionale o arbitrale, v. NovIELLO-Tenore, *La responsabilità e il procedimento disciplinare cit.*, 436 ss.

⁴ Nell'impiego con datore privato sempre più spesso la contrattazione collettiva sta prevedendo non tanto termini infraprocedimentali per la gestione dell'*iter* punitivo, ma soprattutto termini finali (tra l'altro assai ristretti: da 5 a 20 giorni, decorrenti dalla data di presentazione delle giustificazioni, successiva alla contestazione degli addebiti) per l'adozione della sanzione disciplinare, al fine di sottolineare non tanto il principio di immediatezza (sotteso alla contestazione dell'addebito), ma il collegamento causale tra sanzione e addebito ed evitare affidamenti del lavoratore nella possibile rinuncia datoriale alla potestà sanzionatoria dopo le giustificazioni. Sul tema v. Papaleoni, *Il procedimento disciplinare nei confronti del lavoratore*, Napoli, 1996, 231 ss. In assenza di termine convenzionale, troverà applicazione il generale principio della tempestività della reazione sanzionatoria rispetto alla contestazione dell'addebito, valutando le circostanze del caso concreto (Papaleoni, *op.cit.*, 353 ss.). La tematica dei termini, nell'impiego privato, tocca poi anche la contestazione degli addebiti e la sua tempestività rispetto ai fatti accertati: sul punto Papaleoni, *op. cit.*, 267 ss. La Corte di Cassazione ha chiarito che l'osservanza del principio di tempestività della contestazione va rapportato alla complessità della struttura aziendale e alla peculiarità del caso concreto (Cass., sez. lav., 25 agosto 1993 n. 8956, in *Mass. giur. lav.*, 1993, 674; *id.*, 12 novembre 1993 n. 11180, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, 747) ed alla necessità di svolgere eventuali indagini preventive, anche riservate, rispetto alla contestazione (Cass., sez. lav., 5 novembre 1985 n. 5383, in *Riv. it. Dir. lav.*, 1986, II, 765; *id.*, 10 novembre 1997 n. 11095, in *Mass. giur. lav.*, 1998, suppl. 9).

Tale analisi non toccherà, ovviamente, l'analogo problema concernente il personale non contrattualizzato (forze armate, polizia, carriere diplomatiche e magistratuali etc.), che ancora oggi rinviene la propria normativa disciplinare di base nel T.U. 10 gennaio 1957 n. 3 (oltre che nella L. 7 febbraio 1990 n. 19 del 1990, nella L. 27 marzo 2001 n. 97 e in normative di settore), anch'esso cadenzato da molteplici termini dalla incerta natura⁵ e, soprattutto, dall'istituto della perenzione del procedimento disciplinare (art. 120, D.P.R. n. 3 del 1957), che porta all'estinzione dello stesso qualora siano passati 90 giorni dall'ultimo atto senza che alcun ulteriore atto venga compiuto⁶.

Giova premettere che alla recente contrattazione collettiva del quadriennio 2002-2005 va riconosciuto il merito di aver dato veste organica al complesso quadro dei termini procedurali che cadenzano l'*iter* sanzionatorio interno, unificando, assi opportunamente, in un unico testo la previgente complessa regolamentazione reperibile in fonti sia legislative (art. 55, d. lgs. 30 marzo 2001 n. 165; art. 7, comma 5, L. n. 300 del 1970; L. n. 55 del 1990; L. n. 97 del 2001) che contrattuali (CCNL 1994-1997, essendosi la successiva tornata 1998-2001 disinteressata della materia disciplinare).

2. Il complesso quadro dei termini che cadenzano il procedimento disciplinare privatizzato, di seguito schematicamente rappresentato, prevede attualmente, in base al combinato-disposto dei CCNL dei quadrienni normativi 1994-1997 e 2002-2005:

⁵ Sul contrasto insorto circa la natura dei termini previsti dal D.P.R. n. 3 del 1957, cfr. la giurisprudenza citata da Poli-Tenore, *I procedimenti amministrativi tipici e il diritto di accesso nelle forze armate (nella giurisprudenza delle magistrature superiori)*, Milano, 2002, 307 ss. e da Falcone-Pozzi, *Il pubblico impiego nella giurisprudenza*, Milano, 1990, 471 ss.

Una puntuale ricognizione sulla natura dei termini procedurali nel previgente regime del T.U. imp. civ. St. è effettuata anche da Consiglio di Stato, ad. plen., 25 gennaio 2000 n. 4, in *Foro amm.*, 2000, 44. In particolare si segnala il consolidato indirizzo, sorto sotto il regime del D.P.R. n. 3 del 1957, secondo cui in materia disciplinare trova applicazione il principio secondo cui i termini stabiliti dalla legge per il compimento di atti del procedimento amministrativo hanno carattere ordinatorio, salvo che la legge non ne dichiari espressamente la perentorietà, oppure dalla loro inosservanza faccia derivare, senza possibilità di dubbio, la decadenza: Consiglio di Stato, sez. IV, 9 gennaio 2001 n. 43, in *www.giust.it*, n. 1, 2001; id., sez. VI, 30 ottobre 1979 n. 768, in *Riv. amm.*, 1980, III, 69; TAR Lazio, Roma, sez. III, 4 ottobre 1986 n. 3105, inedita. Inoltre si è aggiunto che i termini decadenziali fissati dal D.P.R. n. 3 cit., avendo carattere di eccezionalità, non sono suscettibili di applicazione analogica o estensiva: Consiglio di Stato, sez. IV, 30 marzo 1987 n. 13, in *Foro amm.*, 1987; id., sez. VI, 18 aprile 1978 n. 487, *ivi*, 1978, I.

⁶ Sulla perenzione e sugli atti idonei ad impedirli cfr. Noviello-Tenore, *La responsabilità e il procedimento disciplinare cit.*, 224.





a) un termine massimo di 10 giorni entro cui il responsabile della struttura in cui opera l'autore dell'illecito deve segnalare l'episodio all'ufficio procedimenti disciplinari comunicando la circostanza al dipendente (art. 24, comma 4, CCNL Ministeri 1994-1997, non modificato dal CCNL 2002-2005). In alcuni contratti di comparto tale termine è quantificato in 20 giorni (v. CCNL comparto Università).

Tale segnalazione, la cui non tempestività (o omissione) ingenera responsabilità (quanto meno disciplinare e, probabilmente, dirigenziale ex art. 21, d. lgs. n. 165 del 2001) del responsabile della struttura (art. 24, comma 4 CCNL 1994-1997 cit.), va fatta solo qualora la sanzione comminabile sia più elevata del rimprovero verbale e della censura (art. 55, comma 4, d. lgs. n. 165 del 2001; art. 24, comma 4, CCNL Ministeri cit.), in quanto tali sanzioni minori sono di esclusiva competenza del capo struttura stesso.

Detto termine decorrerà a nostro avviso solo dalla conoscenza completa del fatto di possibile valenza disciplinare e non certo dalla acquisizione di mere generiche ipotesi di illecito o da esposti (spesso anonimi) non supportati da alcun riscontro probatorio. Ne consegue che ben possono essere espletate ispezioni (o inchieste) preliminari volte all'accertamento dei fatti genericamente segnalati e solo dalla data di conoscenza completa dei fatti all'esito di detta ispezione decorrerà il termine suddetto. Il *dies ad quem* coinciderà con la data dell'inoltro della segnalazione all'UPD e non con quella di ricezione della stessa;

b) un termine massimo di 20 giorni per l'attivazione del procedimento disciplinare attraverso la contestazione dell'addebito (art. 24, comma 2, CCNL Ministeri 1994-1997, non modificato dal CCNL 2002-2005). L'attivazione va intesa come prima attivazione e non già come riattivazione di procedimento iniziato e poi sospeso come nell'ipotesi sub c).

Tale termine decorre dalla data in cui "l'ufficio istruttore⁷ (...) è venuto a (piena, n.d.a.) conoscenza del fatto". La giurisprudenza ha sul punto assai opportunamente rimarcato che il *dies a quo* da cui far decorrere il termine di 20 giorni coincide con la "completa ed esaustiva conoscenza dei fatti" ovvero dalla "conoscenza del fatto nei suoi elementi salienti (...) che possano

⁷ Sulla decorrenza del termine dalla data della piena conoscenza da parte dell'ufficio istruttore e non già dalla data di conoscenza da parte dell'Amministrazione impersonalmente intesa (in quanto del fatto, soprattutto nelle grandi Amministrazioni con articolazioni centrali e periferiche, si potrebbe avere conoscenza prima della trasmissione al competente UPD) v. Trib. Salerno, sez. lav., 23 giugno 2000 ord. (V. c. Ministero delle Finanze), inedita e Coll. arb. disc. Min. Giustizia, sez. III, 17 febbraio 2000, Pres. Bonavolontà, Est. Nicoli, C. c. Min. Giustizia, inedito.

costituire infrazioni disciplinari”. Pertanto, ove pervenga all’ufficio una segnalazione generica, poco dettagliata o priva di un *minimum* di supporto probatorio, la stessa non sarà idonea ad attivare il termine suddetto, rendendosi necessario un doveroso riscontro istruttorio, anche attraverso un accertamento ispettivo, al cui esito potrà essere formulata la contestazione⁸.

La conoscenza può avvenire, a nostro avviso, oltre che tramite il responsabile della struttura in cui il dipendente lavora (v. sopra sub a), anche tramite relazioni ispettive, segnalazioni di altre Amministrazioni, note di dirigenti di uffici dirigenziali generali, referti o sentenze della Corte dei Conti, notizie giornalistiche, etc.

Tale termine trova applicazione anche in caso di attivazione di un procedimento disciplinare dopo la conoscenza di un giudicato penale afferente un procedimento giurisdizionale che non abbia in precedenza comportato l’attivazione e la successiva sospensione del procedimento disciplinare⁹.

In ordine al *dies ad quem* di tale termine, si è sviluppato un contrasto interpretativo in ordine alla necessità di adottare o notificare la contestazione entro il termine suddetto¹⁰. La prima soluzione appare più corretta, non potendosi addebitare, alla P.A.-datrice, ritardi nella notifica imputabili a fattori patologici esterni (disguidi postali, maliziose assenze del lavoratore, etc.);

c) un termine massimo di 180 giorni per riattivare il procedimento disciplinare sospeso, ex art. 14, comma 1 e 2, CCNL Ministeri 2002-2005 (riproduttivo del previgente art. 25, comma 6 e 7, CCNL Ministeri 1994-1997 a sua volta riproduttivo dell’art. 9, L. n. 19 del 1990), in attesa delle risultanze del parallelo giudizio penale afferente i medesimi fatti. Tale termine decorre



⁸ Sulla decorrenza ancorata alla “completa ed esaustiva conoscenza dei fatti” v. Consiglio di Stato, sez. VI, 4 novembre 1999 n. 1717, in *Foro amm.*, 1999, 2539 e in *Cons. St.*, 1999, I, 1900. Sulla decorrenza dalla “conoscenza del fatto nei suoi elementi salienti... che possano costituire infrazioni disciplinari” v. TAR Veneto, sez. I, 16 maggio 2000 n. 1020, in www.lavoropubblico.formez.it/contenzioso; TAR Umbria, 21 dicembre 2000 n. 1063, in *Foro amm.*, 2001, 1289.

⁹ È bene rimarcare la distinzione (rilevante sotto il profilo dei termini) tra l’ipotesi afferente il procedimento disciplinare attivato e sospeso in attesa del giudicato penale e da riattivare dopo la definitiva sentenza e quella concernente il caso in cui l’Amministrazione fosse venuta a conoscenza del fatto di valenza disciplinare solo dopo una sentenza penale di condanna e non vi fosse dunque stata la previa attivazione e sospensione del giudizio disciplinare in attesa delle risultanze penali.

¹⁰ Per la natura recettizia della contestazione dell’addebito v. TAR Calabria, Catanzaro, 3 febbraio 1999 n. 125, in *Foro amm.*, 1999, 1619; *contra*, per la sufficienza della mera adozione della contestazione dell’addebito entro i 20 giorni, non potendosi addebitare alla P.A. datrice ritardi imputabili a disguidi postali o ad altri fenomeni patologici v. Trib. Roma, sez. lav., 29 maggio 2001 n. 39/01, inedita.



dalla data in cui la P.A. “ha avuto notizia della sentenza definitiva” (art. 14, comma 3, CCNL Ministeri 2002-2005, già art. 25, comma 8, CCNL Ministeri 1994-1997). Tale termine diviene di 90 giorni per i soli reati previsti dall’art. 5, comma 4, L. 27 marzo 2001 n. 97, come ribadito dall’art. 14, comma 3 del CCNL 2002-2005.

Il *dies a quo* coincide dunque, in ogni caso, con la conoscenza da parte della P.A. dell’esito definitivo del giudizio penale e non con il mero passaggio in giudicato della sentenza. Deve trattarsi di una conoscenza formale e rituale, ovvero della sentenza in copia autenticata e munita degli estremi relativi all’intervenuto passaggio in giudicato della sentenza¹¹.

Circa la decorrenza del *dies a quo* dei 180 giorni la conoscenza della sentenza penale, di cui deve dar prova il lavoratore che prospetti la tardività nella riassunzione va fatta coincidere non già con la conoscenza da parte dell’Amministrazione-datrice di lavoro in generale, ma piuttosto con la conoscenza da parte dello specifico ufficio competente ad irrogare la sanzione (*ergo* l’UPD)¹². Entro il predetto termine la P.A. deve riaprire il procedimento attraverso un qualsiasi atto istruttorio che, contrariamente a quanto ritenuto da qualche isolato lodo arbitrale, non ha natura recettizia in considerazione dell’assenza di norme che depongano in tal senso e, soprattutto, di una ragione che conduca a tale conclusione.

¹¹ Sulla necessità della conoscenza della copia autentica con estremi del passaggio in giudicato v. Consiglio di Stato, sez. VI, 20 giugno 2001 n. 3288, in *Cons. St.*, 2001, I, 1382 e in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Lazio, Roma, sez. I bis, 25 giugno 2001 n. 5678, in *TAR*, 2001, I, 2200; TAR Toscana, sez. I, 3 maggio 1995 n. 297, in *Riv. Tosc. lav. giur.*, 1995, 447). *Contra* per la sufficienza del mero dispositivo per far decorrere il termine v. Trib. Reggio Emilia 25 maggio 2000 n. 412, in www.formez.it, *sub contenzioso del lavoro* con nota di Briguori.

Va segnalato che nel caso di condanna penale per un capo di reato avverso il quale sia proposto ricorso per Cassazione, e di contestuale pronuncia, di cui l’Amministrazione abbia avuto conoscenza, a non procedere per intervenuta amnistia per altro capo del reato, la parte datoriale deve doverosamente riattivare il giudizio disciplinare nei suddetti termini per i fatti amnistiati in sede penale, senza attendere l’esito del ricorso in Cassazione: così Consiglio di Stato, sez. IV, 7 marzo 1997 n. 222 (in *Foro amm.*, 1997, 761). La decisione, assunta in relazione al previgente regime non privatizzato, è ancora oggi corretta. L’inosservanza di tale indirizzo si traduce in una inosservanza dei termini legali e dunque in una illegittimità della sanzione tardivamente comminata.

¹² Parte della giurisprudenza si è espressa sul punto, ancorando la decorrenza del termine alla conoscenza da parte del competente ufficio (*ergo* l’UPD): Trib. Salerno, sez. lav., 23 giugno 2000 ord. (V. c. Ministero delle Finanze), inedito; Coll. arb. disc. Min. Giustizia, sez. III, 13 luglio 2000, Pres. Bonavolontà, C. c. Ministero Giustizia, inedito (tale lodo precisa che la ricezione da parte dell’UPD va fatta coincidere con la data di protocollazione); TAR Lombardia, Milano, sez. I, 8 giugno 1999 n. 2116, in *Guida al diritto*, 1999, n. 32, 93.

Parimenti controverso è il problema dell'individuazione del *dies ad quem* dei cennati 180 giorni. Non ci sembra condivisibile l'indirizzo giurisprudenziale¹³ che individua il *dies ad quem* (atto di riassunzione del procedimento sospeso) non con la data di adozione dell'atto di riassunzione, ma con quella di notifica dell'atto al lavoratore: manca una espressa previsione in tal senso e ciò che va garantito è il contraddittorio, il cui rispetto prescinde dalla notifica dell'atto riassuntivo nel predetto termine contrattuale di 180 giorni. Inoltre la notifica incide di regola sulla mera efficacia di un atto, salvo che per i provvedimenti recettizi, per i quali è invece requisito di validità. Ma gli atti recettizi sono quelli così qualificati in modo espresso dal legislatore o della cui natura esistono univoci indici sintomatici testuali, non riscontrabili nel caso di specie;

d) un termine non inferiore a 5 giorni lavorativi dalla contestazione del fatto per la convocazione scritta per la difesa (art. 24, comma 3, CCNL Ministeri 1994-1997, non modificato dal CCNL 2002-2005);

e) un termine di 15 giorni (è dubbio se siano compresi anche i non lavorativi) per comminare la sanzione qualora il dipendente convocato a difesa (come indicato sub d) non si presenti e dalla data di convocazione siano decorsi 15 giorni: scaduti questi ultimi, la sanzione viene applicata nei successivi 15 giorni (art. 24, comma 3, CCNL Ministeri 1994-1997 non modificato dal CCNL 2002-2005; art. 55, comma 5, d. lgs. n. 165 del 2001);

f) un termine di 5 giorni dalla contestazione scritta del fatto per applicare sanzioni più gravi del rimprovero verbale (art. 7, comma 5, L. n. 300 del 1970, richiamato dall'art. 55, comma 2, d. lgs. n. 165 del 2001);

g) un termine massimo di 120 giorni dalla data di contestazione dell'addebito per concludere il procedimento disciplinare, la cui inosservanza com-



¹³ La tesi della doverosa notifica al lavoratore nei 180 giorni dell'atto di riassunzione (che poteva coincidere anche con la contestazione degli addebiti, qualora il procedimento disciplinare non fosse stato iniziato prima di quello penale) è stata sostenuta da Consiglio di Stato, sez. VI, 21 agosto 2000 n. 4520, in *Cons. St.*, 2000, I, 1886; id., sez. VI, 4 settembre 1998 n. 1217, *ivi*, 1998, I, 1325; id., sez. IV, 18 aprile 1994 n. 341, in *Foro amm.*, 1994, 782 con riferimento ai termini di cui all'art. 9, L. n. 19 del 1990. La tesi è recepita, sotto la vigenza dell'attuale regime contrattuale da Viola, *Giudizio penale e procedimento disciplinare nei nuovi contratti collettivi del pubblico impiego*, in *Cons. St.*, 1996, II, 2041. L'indirizzo giurisprudenziale è condiviso anche da La Torre, *Procedimento disciplinare. Contestazione degli addebiti. Termini*, in *Amm. it.*, 1999, 1069.

Contra, per la sufficienza dell'adozione dell'atto entro i termini legali (o contrattuali), afferendo la comunicazione alla sola efficacia dell'atto, Consiglio di Stato, sez. VI, 4 novembre 1999 n. 1717, in *Cons. St.*, 1999, I, 1900 (fattispecie relativa al termine di 120 giorni previsto dai contratti collettivi per la conclusione del procedimento disciplinare); id., sez. IV, 13 maggio 1996 n. 580, *ivi*, 1996, I, 764; id., sez. II, 25 ottobre 1995 n. 2519, *ivi*, 1998, I, 318.



porta l'estinzione del procedimento stesso (art. 24, comma 6, CCNL Ministeri 1994-1997, non modificato dal CCNL 2002-2005).

Qualche contrasto si è avuto in ordine alla individuazione del *dies a quo* e del *dies ad quem* di tale arco temporale di 120 giorni, questione già postasi in passato, come si è già anticipato al punto c), con riferimento al *dies ad quem* del termine di 180 giorni di cui all'art. 9, L. n. 19 del 1990. La (prevalente, ma non univoca) Magistratura ha chiarito, sulla questione, che nel termine di 120 giorni dalla contestazione dell'addebito per la chiusura del procedimento, il provvedimento sanzionatorio deve essere adottato, ma non anche comunicato all'interessato, in quanto la comunicazione costituisce condizione di efficacia e non di validità della sanzione¹⁴. La tesi non sembra condivisa da parte della dottrina e della giurisprudenza e incertezza interpretativa permane anche sull'identico problema nelle controversie con il datore privato¹⁵.

La questione assume notevole rilevanza anche ai fini dell'applicazione della recidiva. Tale termine di 120 giorni decorre, invece, non dalla data di adozione della contestazione dell'addebito, ma da quella di notifica dello stesso al dipendente, in quanto, sul piano giuridico, la contestazione ha univoca natura recettizia;

h) problematica era la permanenza in vita di un ulteriore termine del procedimento disciplinare, ovvero quello di 90 giorni per la conclusione dell'*iter* sanzionatorio, decorrente dalla riassunzione del procedimento disciplinare sospeso in attesa delle risultanze penali, previsto dall'art. 9, comma 2, L. n. 19 del 1990. La tesi dottrinale¹⁶ secondo cui la norma era da ritenersi abrogata dagli art. 72, comma 1 e 74, comma 3, d. lgs. n. 29 del 1993 (oggi art. 69 e 72, comma 3, d. lgs. n. 165 del 2001), con conseguente attribuzione

¹⁴ Sul vasto contrasto giurisprudenziale sul punto v. Noviello-Tenore, *La responsabilità e il procedimento disciplinare* cit., 233 ss.

¹⁵ Nell'impiego con datore privato la tesi del rispetto del termine finale a seguito della mera adozione della sanzione è recepita da Cass., sez. lav., 21 gennaio 1988 n. 463, in *Riv. it. dir. lav.*, 1988, II, 756; id., sez. lav., 7 settembre 2000 n. 11806, in *Guida al lav.*, 2000, n. 41, 28; Pret. Racconigi, 22 marzo 1984, in *Giur. piem.*, 1985, 87.

La contraria tesi, secondo cui il *dies ad quem* coincide con la notifica della sanzione, è propugnata dalla prevalente Magistratura ordinaria, argomentando sulla riconducibilità del licenziamento agli atti unilaterali recettizi ex art. 1334 c.c.: v. Cass., sez. lav., 5 maggio 1999 n. 4525, in *Guida al lav.*, 1999, n. 28, 24; id., sez. lav., 8 aprile 1998 n. 3608, *ivi*, 1998, n. 20, 29; id., sez. lav., 14 ottobre 1991 n. 10816, in *Giust. civ.*, 1992, 2795; id. sez. lav., 21 maggio 1991 n. 5686, in *CED Cassazione* RV 472270.

¹⁶ Sia consentito il richiamo all'indirizzo sostenuto in Noviello-Tenore, *La responsabilità e il procedimento disciplinare* cit., 346.

alla P.A. non già di 90 giorni, ma di 120 giorni, in generale fissati dalla contrattazione collettiva (art. 24, comma 8, CCNL Ministeri 1994-1997) per qualsiasi procedimento disciplinare, correlato o meno a giudizi penali, ha ricevuto conferma ad opera della Corte di Cassazione¹⁷ e il definitivo avallo della contrattazione collettiva 2002-2005, che, all'art. 14, comma 3 del CCNL Ministeri, ha statuito: "Fatto salvo il disposto dell'art. 5, comma 2 (*rectius* comma 4, n.d.a.), della legge 97 del 2001, in linea generale il procedimento disciplinare sospeso ai sensi del presente articolo è riattivato entro 180 giorni da quando l'Amministrazione ha avuto notizia della sentenza definitiva e si conclude entro 120 giorni dalla sua riattivazione";

i) un termine di 20 giorni "dalla conoscenza del fatto" per la comminatoria della sanzione del rimprovero verbale da parte del dirigente dell'ufficio. Si tratta di un termine, estremamente breve, introdotto nell'art. 24 CCNL Ministeri dal CCNL integrativo 22 ottobre 1997 (in G.U. 13 novembre 1997 n. 229) in deroga al generale termine di 120 giorni analizzato al precedente punto h), per la sola sanzione conservativa del rimprovero verbale, caratterizzata dalla assenza di una contestazione degli addebiti e di un reale procedimento in contraddittorio pieno (art. 55, comma 5, d. lgs. n. 165 e art. 24, comma 2, CCNL Ministeri).

Il termine decorrerà anche qui dalla piena conoscenza del fatto, nell'accezione sopra esplicitata, mentre per il *dies ad quem* non si pone alcun problema di individuazione, essendoci una ovvia coincidenza cronologica tra la data di adozione della misura e di comunicazione della stessa.

Per la natura perentoria del termine, depone non tanto l'univoco (ma sistematicamente immotivato e dunque tautologico) indirizzo di diversi collegi arbitrali di disciplina, quanto il parallelismo logico con il termine generale di 120 giorni per la chiusura del procedimento disciplinare in caso di comminatoria di sanzioni più gravi, che assolve ad identiche finalità, nonché l'assenza di incombenti infraprocedimentali ostativi al rispetto di un termine necessariamente breve per la *vicinitas* fisica tra sanzionatore (dirigente) e sanzionato (dipendente);

l) la L. 27 marzo 2001 n. 97, ha poi fissato una nuova regolamentazione dei termini per l'attivazione (o la riassunzione) e conclusione del procedimento disciplinare dopo la conoscenza del giudicato penale di condanna per i soli reati di cui all'art. 3, comma 1. La riassunzione del procedimento disciplina-



¹⁷ Cass., sez. lav., 16 maggio 2003 n. 7704, in *CED Cassazione* e da Trib. Napoli, 6 maggio 2002 n. 8924, inedita.



re deve intervenire entro 90 giorni dalla comunicazione della sentenza (ivi compresa quella patteggiata, equiparata a quella di condanna) all'Amministrazione o ente competente e deve concludersi, "salvi i termini diversi previsti dai contratti collettivi nazionali di lavoro", entro 180 giorni decorrenti dal termine di inizio o di proseguimento (art. 5, comma 4, L. n. 97 cit.).

Del raccordo di tale previsione con la disciplina contrattuale si è fatto carico il CCNL 2002-2005 che, al già citato art. 14, comma 3, ha, per i reati della L. n. 97 del 2001, lasciato fermo lo speciale termine di 90 giorni per la riasunzione del procedimento disciplinare dopo la conoscenza del giudicato penale, mentre per la successiva conclusione dell'*iter* punitivo interno, si applicherà l'ordinario termine di 120 giorni;

m) la L. 27 marzo 2001 n. 97 ha inoltre introdotto un ulteriore termine afferente i procedimenti disciplinari: si tratta del termine contenuto nell'art. 10, comma 3, norma transitoria dai devastanti riflessi gestionali per le Amministrazioni, sia per la sua portata operativa, sia per l'ampiezza dell'arco temporale che potrebbe coprire.

Tale previsione sancisce, senza alcun ragionevole o comprensibile motivo, una temporanea (ma, di fatto durevole) deroga al predetto regime generale per l'attivazione (o riattivazione) dei procedimenti disciplinari dopo la sentenza penale, statuendo per i "procedimenti disciplinari per fatti commessi anteriormente alla data di entrata in vigore della presente legge", un termine di 120 giorni (in luogo degli ordinari 90 *ex art.* 5, comma 4, L. n. 97), ma decorrenti non dalla data di conoscenza del giudicato (art. 5, comma 4, L. n. 97), ma "dalla conclusione del procedimento penale con sentenza irrevocabile".

Evidente appare che la decorrenza del termine viene temporaneamente ancorata, per i moltissimi procedimenti afferenti fatti già commessi prima del 6 aprile 2001 (data di entrata in vigore della L. n. 97) ad un elemento difficilmente accertabile dalle Amministrazioni, ritornandosi, seppure per un arco cronologico limitato e per i soli reati di cui alla L. n. 97 del 2001, al censurabile regime del D.P.R. n. 3 del 1957, che scaricava sulle Amministrazioni l'onere di attivarsi presso le cancellerie per verificare l'intervenuto deposito di giudicati relativi a propri dipendenti.

Inoltre non è chiaro se tale regime transitorio si applichi solo a fronte di sentenze di condanna o anche in caso di sentenze assolutorie o di proscioglimento per i reati previsti dall'art. 3, L. n. 97, come era previsto nel previgente art. 97, comma 3, D.P.R. n. 3 del 1957. La prima soluzione ha ricevuto un recente avallo nel parere del Consiglio di Stato, commissione speciale pubblico impiego, 5 novembre 2001 n. 497.

L'irragionevolezza della previsione, che si discosta immotivatamente dal regime generale (art. 14, comma 3, CCNL Ministeri 2002-2005, già art. 25, comma 8, CCNL Ministeri 1994-1997; art. 5, comma 4, L. n. 97) che fa riferimento alla data certa della conoscenza del giudicato da parte della P.A., potrebbe essere sottoposta al vaglio della Consulta, ove non si voglia, attraverso una interpretazione ortopedica, ritenere che la previsione dell'art. 10, comma 3, vada intesa come conoscenza della conclusione del procedimento penale;

n) ulteriori termini che vengono in gioco nell'ambito del procedimento disciplinare sono quelli previsti dall'art. 28 *ter*, CCNL Ministeri (introdotto dal CCNL integrativo 22 ottobre 1997 cit.), che sancisce i termini di preavviso (differenziati a seconda dell'anzianità lavorativa) per tutti i casi in cui la contrattazione collettiva preveda la risoluzione del rapporto;

o) da ultimo, l'art. 12, comma 1, lett. c) del CCNL Ministeri 2002-2005 ha aggiunto, dopo l'art. 24, comma 4 del CCNL 1994-1997, il seguente comma: "4 *bis*. Qualora anche nel corso del procedimento emerga che la sanzione da applicare non sia di spettanza del responsabile della struttura, questi, entro 5 giorni, trasmette tutti gli atti all'ufficio competente, dandone contestuale comunicazione all'interessato. Il procedimento prosegue senza soluzione di continuità presso quest'ultimo ufficio".

Trattasi di un termine infraprocedimentale particolarmente ristretto, in quanto volto a favorire una rapida trasmissione degli atti al competente UPD (ufficio procedimenti disciplinari) da parte del capo struttura, il quale si avveda che l'*iter* sanzionatorio intrapreso porterà ad una sanzione non spettante alla propria limitata competenza punitiva (relativa solo a rimprovero verbale e rimprovero scritto).

La decorrenza del termine di 5 giorni coincide con il momento (fatalmente discutibile) della presa d'atto della propria incompetenza punitiva, mentre il *dies ad quem* va individuato nella data di trasmissione degli atti all'UPD (e non con la data, spesso incerta, di ricezione degli atti da parte dell'ufficio destinatario).

L'inciso, "Il procedimento prosegue senza soluzione di continuità presso quest'ultimo ufficio", sembra da interpretare nel senso che la trasmissione degli atti al competente ufficio comporti la prosecuzione del procedimento già avviato (sui medesimi fatti) e non già l'inizio di un nuovo procedimento¹⁸.

¹⁸ L'evenienza, che poteva ovviamente verificarsi anche prima dell'entrata in vigore del CCNL 2002-2005, era già stata vagliata dalla dottrina, che aveva prospettato una soluzione, favorevole alla prosecuzione del già instaurato procedimento innanzi al competente UPD, oggi recepita nella contrattazione collettiva (v. NovIELLO-Tenore, *La responsabilità e il procedimento disciplinare* cit., 174 ss.).





Evidenti i riflessi di tale opzione ermeneutica sulla decorrenza dei termini procedurali e di quello finale in particolare: i 120 giorni per la chiusura dell'*iter* punitivo andranno fatti decorrere dalla data di contestazione dell'addebito (immodificabile in base ai principi generali) effettuata dal capo struttura, poi dichiaratosi incompetente, per cui andrà accertato con molta attenzione quanti giorni siano già stati consumati dal capo della struttura prima della trasmissione degli atti all'UPD.

Qualora la sanzione inizialmente ipotizzata dal capo struttura fosse stata il rimprovero verbale, notoriamente privo di contestazione degli addebiti (ex art. 55, comma 5, d. lgs. n. 165 del 2001 e ex art. 24, comma 2, CCNL 1994-1997 non modificato dal CCNL 2002-2005), la decorrenza dei 120 giorni per la chiusura del procedimento decorrerà fatalmente dalla contestazione degli addebiti che dovrà necessariamente effettuare l'UPD a seguito della trasmissione degli atti da parte del capo struttura dichiaratosi incompetente.

3. Così delineato, nel precedente paragrafo, il quadro dei termini che attualmente cadenzano il procedimento disciplinare, occorre chiedersi se gli stessi abbiano natura dilatoria, acceleratoria, perentoria o ordinatoria. La risposta al quesito ha evidenti riflessi:

- sulla validità o meno della procedura seguita e sulla sanzione tardivamente comminata;
- sulla possibilità (in assenza di una disposizione espressa quale era, nel previgente regime, l'art. 119, D.P.R. n. 3 del 1957) di riproporre un procedimento dichiarato estinto dalla P.A. per inosservanza di termini infra-procedurali o finali, o la cui sanzione conclusiva sia stata annullata dal giudice per inosservanza di detti termini;
- sulla responsabilità del dipendente che, non osservando termini perentori, abbia vanificato la possibilità di iniziare o proseguire l'azione disciplinare.

Nessun particolare problema sorge in ordine al termine, non inferiore a 5 giorni dalla contestazione, per la convocazione a difesa del lavoratore: trattasi di un chiaro termine dilatorio, tassativo ed inderogabile posto a tutela del diritto di difesa del dipendente, e, come tale, da rispettare, salvo consensuale abbreviazione qualora il lavoratore acconsentisse ad una più rapida audizione (o presentazione di memorie). Per evitare che le Amministrazioni interpretino estensivamente tale previsione, fissando convocazioni entro termini ampiamente superiori ai suddetti 5 giorni, il contratto collettivo prevede il termine finale di 120 giorni per la chiusura del procedimento a tutela della tempestività dello stesso.

Sulla natura dei restanti termini procedimentali, invece, il problema era, sino al recente CCNL 2002-2005, aperto e discusso¹⁹. Assai opportunamente, pertanto, il CCNL Ministeri 2002-2005 ha fatto chiarezza sul punto.

Il testo dell'art. 12, CCNL 2002-2005 Ministeri (rettificato, su questo centrale punto, dalla successiva ipotesi di CCNL del 14 gennaio 2003²⁰), nel novellare l'art. 24, comma 1, lett. d) del previgente CCNL 1994-1997, ha, infatti, statuito che: "Con riferimento al presente articolo, sono da intendersi perentori il termine iniziale e quello finale del procedimento disciplinare. Nelle fasi intermedie i termini ivi previsti saranno comunque applicati nel rispetto dei principi di tempestività ed immediatezza, che consentano la certezza delle situazioni giuridiche".

La norma va favorevolmente salutata in quanto, recependo in parte gli spunti critici della dottrina²¹ formulati nei confronti di parte della giurisprudenza (soprattutto arbitrale) acriticamente adagiata sulla tesi della natura perentoria di tutti i termini che cadenzano il procedimento disciplinare, ha optato per una ragionevole posizione mediana sul pluriennale contrasto interpretativo in materia, qualificando come perentori i soli termini iniziali e finali dell'*iter* punitivo, e richiamando, per i restanti termini, da qualificare evidentemente come ordinatori, il generale principio, di matrice giuslavoristica, di tempestività ed immediatezza.

Da tale formulazione discende che hanno natura perentoria: a) il termine iniziale di 20 giorni dalla conoscenza del fatto²² per la contestazione dell'addebito (art. 24, comma 2, CCNL 1994-1997 Ministeri, ancora vigente ex art. 12, CCNL 2002-2005 Ministeri); b) il termine di 180 giorni dalla conoscenza del giudicato penale per la riattivazione del procedimento iniziato e sospeso in attesa della risultanze processuali e l'analogo termine di 90 giorni dalla conoscenza del giudicato penale per la riattivazione del procedimento iniziato e sospeso in attesa della risultanze processuali in giudizi per i soli reati della L.



¹⁹ Per una accurata analisi della giurisprudenza intervenuta su ciascuno dei termini del procedimento disciplinare e sulle varie opzioni interpretative sulla natura dei vari termini, si rinvia a Noviello-Tenore, *La responsabilità e il procedimento disciplinare* cit., 239 ss.

²⁰ Si segnala che la versione originaria dell'art. 12, CCNL 2002-2005 Ministeri, prima della rettifica apportata il 14 maggio 2003, recitava "I termini di cui al presente articolo devono intendersi come perentori".

²¹ Noviello-Tenore, *La responsabilità e il procedimento disciplinare* cit., 239 ss.

²² La perentorietà di tale termine recepisce un indirizzo giurisprudenziale non consolidatissimo sul punto che, sulla scorta del dato testuale (contestazione "da effettuarsi tempestivamente e, comunque, non oltre 20 giorni ..."), aveva optato per la natura perentoria. Sul punto e sulla interpretazione del concetto di "conoscenza del fatto" si rinvia a Noviello-Tenore, *La responsabilità e il procedimento disciplinare* cit., 226 ss.



n. 97 del 2001 (art. 14, comma 3 e 4, CCNL 2002-2005 Ministeri)²³; c) il termine finale di 120 giorni dall'inizio del procedimento disciplinare per la chiusura dello stesso²⁴, applicabile in via generale e, dunque, anche dopo la riassunzione dell'*iter* sanzionatorio interno dopo il giudicato penale (art. 24, comma 6, CCNL 1994-1997, non modificato dal CCNL 2002-2005, e art. 14, comma 3 e 4, CCNL 2002-2005); d) il termine di 15 giorni per comminare la sanzione qualora il dipendente, convocato a difesa, non si presenti e dalla data di convocazione siano decorsi 15 giorni (art. 24, comma 3, CCNL 1994-1997, non modificato dal CCNL 2002-2005, e art. 55, d. lgs. n. 165 del 2001).

La natura perentoria di tali termini evidenzia la centralità del segnalato problema della puntuale individuazione del *dies a quo* e del *dies ad quem* degli stessi²⁵.

I restanti termini che temporizzano le fasi endoprocedimentali dell'*iter* punitivo, definiti tecnicamente dal CCNL 2002-2005 fasi intermedie, hanno invece natura ordinatoria. Essi, schematicamente sono: a) il termine di 10 giorni per la segnalazione dell'illecito all'ufficio procedimenti disciplinari da parte del capo struttura ex art. 24, comma 4, CCNL 1994-1997 Ministeri, non modificato dal CCNL 2002-2005; b) il termine di 5 giorni entro cui il responsabile della struttura, che si avveda nel corso del procedimento che la sanzione da applicare non sia di propria competenza, deve trasmettere gli atti all'ufficio competente, ove il procedimento prosegue senza soluzione di continuità e, dunque, senza necessità di una nuova contestazione²⁶ (art. 24,

²³ Natura perentoria avrà anche il termine di 120 giorni dal passaggio in giudicato della sentenza penale, transitoriamente previsto dal discutibile art. 10, comma 3, L. n. 97 del 2001, che ancora il *dies a quo* non già alla conoscenza del giudicato, ma alla conclusione del procedimento penale, ovvero ad una circostanza di regola non nota all'Amministrazione, in assenza di un obbligo di legge per le cancellerie giudiziarie di notificare la P.A. dell'intervenuto giudicato penale nei confronti di pubblici dipendenti.

²⁴ Tale approdo interpretativo sulla perentorietà del termine di 120 giorni era univoco a livello dottrinale e giurisprudenziale anche prima della novella contrattuale 2002-2005: cfr. la giurisprudenza e la dottrina citata da Tenore, *I termini cit.*, 77.

²⁵ Per un'analitica prospettazione degli indirizzi giurisprudenziali sul punto v., oltre ai rilievi sviluppati nel precedente paragrafo 2, Noviello-Tenore, *op. cit.*, 224 ss.

²⁶ La non necessità di una nuova contestazione da parte del competente UPD è testualmente confermata dall'art. 23 del CCNL Regioni e Autonomie Locali 2002-2005. Essa sarà necessaria però se la sanzione inizialmente ipotizzata dal capo struttura fosse stata il rimprovero verbale, notoriamente privo di contestazione degli addebiti (ex art. 55, comma 5, d. lgs. n. 165 del 2001 e ex art. 24, comma 2, CCNL 1994-1997 non modificato dal CCNL 2002-2005). In tal caso, la decorrenza dei 120 giorni per la chiusura del procedimento decorrerà fatalmente dalla contestazione degli addebiti che dovrà necessariamente effettuare l'UPD a seguito della trasmissione degli atti da parte del capo struttura dichiaratosi incompetente.

comma 4 *bis*, CCNL 1994-1997, introdotto dall'art. 12, CCNL 2002-2005); c) i 5 giorni lavorativi dalla contestazione del fatto per la convocazione scritta a difesa ex art. 24, comma 3, CCNL 1994-1997 non modificato dal CCNL 2002-2005 (termine dilatorio).

Ultronea, e dunque inutile, appare la puntualizzazione contrattuale che richiede, per detti termini interni ordinatori, il rispetto “dei principi di tempestività ed immediatezza, che consentano la certezza delle situazioni giuridiche”. A prescindere dalla precisazione negoziale, difatti, essendo il procedimento disciplinare doverosamente tarato sul termine finale, perentorio e non certo di notevole lunghezza, di 120 giorni, i termini infraprocedimentali sono ontologicamente ispirati, anche in assenza di tale sottolineatura contrattuale, al doveroso rispetto della tempestività per evitare sforamenti del termine finale (e analoghi rilievi valgono per l'osservanza del termine iniziale di 20 giorni).

4. Stante la natura perentoria del “termine iniziale e quello finale del procedimento disciplinare” (art. 24, comma 1, lett. d del CCNL Ministeri 1994-1997, novellato dall'art. 12, CCNL 2002-2005) occorre vagliare il relevantissimo problema relativo alla esistenza o meno di cause che interrompano o sospendano il decorso dei termini del procedimento disciplinare.

Tali evenienze potrebbero configurarsi, quando, ad esempio (non raro e non fantasioso), il lavoratore dichiara e comprovi di essere affetto da una prolungata patologia medica che non gli consenta di essere ascoltato in sede di audizione disciplinare, o quando il dipendente divenga di fatto irraggiungibile e non si riesca a convocarlo per la doverosa audizione.

Orbene, non sembrano ipotizzabili ipotesi derogatorie al termine finale di 120 giorni di cui all'art. 24, comma 6, CCNL Ministeri 1994-1997 non modificato dal CCNL 2002-2005, né al termine di 30 giorni (15+15) previsto dall'art. 24, comma 3, CCNL cit., in considerazione della natura perentoria dei suddetti termini e della testuale assenza di cause di interruzione o sospensione dello stesso (ad eccezione della sospensione correlata a procedimento penale, v. art. 25, comma 6 e 7, CCNL Ministeri 1994-1997 non toccato dal CCNL 2002-2005).

Pertanto, nelle evenienze di fatto sopradescritte, l'ufficio procedimenti disciplinari, una volta accertato che il dipendente abbia ricevuto l'avviso di convocazione (che in casi estremi può essere notificato allo sfuggente dipendente a mezzo ufficiale giudiziario nella residenza formalmente comunicata dal lavoratore all'Amministrazione datrice), può legittimamente procedere nella contumacia del dipendente assente. Tale conclusione ha ad oggi avuto





l'avallo di qualche pronuncia di merito²⁷. Né appare configurabile, seguendo tale *iter* formale, una violazione del principio del contraddittorio, in quanto il lavoratore, pur non potendo fisicamente presenziare all'audizione (se malato), può sempre presentare memorie scritte o farsi rappresentare da un procuratore (v. art. 24, comma 2, CCNL Ministeri 1994-1997, non modificato dal CCNL 2002-2005). Tale ultimo rilievo preclude alla P.A. la possibilità di invocare, in dette situazioni, la rimessione in termini (mutuandola, come principio generale, dagli art. 184 *bis* e 294 c.p.c.).

Un solo caso limite potrebbe mettere in dubbio tale conclusione: intendiamo riferirci al caso in cui la patologia medica di cui risulti affetto il lavoratore sia assolutamente ostativa sia alla fisica presenza in sede disciplinare, sia alla possibilità di presentare memorie scritte (es. soggetto in coma vittima di un grave incidente stradale). In tale evenienza ci sembra logicamente doveroso ammettere una causa di sospensione dei termini del procedimento disciplinare per fatto non imputabile ad alcuno dei contraenti del rapporto.

La conclusione cui siamo pervenuti ha ricevuto l'autorevole avallo del Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario su sanzione disciplinare inflitta ad un militare assente per (asserita) malattia nel corso del procedimento punitivo: in tale parere, il massimo organo consultivo ha chiarito che la patologia medica del dipendente sottoposto a procedimento disciplinare è ostativa alla prosecuzione dell'*iter* punitivo solo ove l'interessato produca una certificazione medica che, non limitandosi ad attestare l'infermità, chiarisca in modo chiaro ed espreso che l'infermità renda impossibile la partecipazione alla seduta istruttoria²⁸.

Sul tema non mancano decisioni della Magistratura ordinaria afferenti rapporti di lavoro con datori privati che sembrano confortare tale approdo interpretativo²⁹.

²⁷ Per l'irrelevanza sul decorso dei termini di condotte ostruzionistiche del lavoratore, v. Trib. S. Maria Capua Vetere, 13 luglio 2001 n. 4716/ord., in *www.giust.it.*, n. 9/2001 e in *Giust. amm.*, 2001, n. 10, 1089. Incidentalmente, per la irrilevanza di malattie in considerazione della possibile partecipazione alle udienze istruttorie di un procuratore, v. Trib. Reggio Emilia, 25 maggio 2000, in *www.lavoropubblico.formez.it/contentzioso*.

Sulla possibilità di garantire il diritto alla difesa attraverso scritti difensivi v. Consiglio di Stato, sez. VI, 18 aprile 2001 n. 2339, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Sulla irrilevanza della malattia del lavoratore v. anche il parere 4 dicembre 2000 reso dall'ARAN su quesito posto dal comparto Regioni Autonomie Locali (in *www.aranagenzia.it*).

²⁸ Consiglio di Stato, sez. III, 24 aprile 2001 n. 598/2001, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

²⁹ Sulla impossibilità che il datore commini la sanzione disciplinare nei confronti di dipendente assente per malattia ove quest'ultimo dimostri la propria fisica e psichica incapacità di essere presente all'audizione richiesta, con conseguente fissazione di nuova audizione, v. Trib. Napoli, 22 agosto 1995 e Pret. Pozzuoli 26 maggio 1996, in *Il nuovo dir.*, 1997, n. 2-3, II, 177, con nota di Sordi, *La malattia del lavoratore sottoposto a procedimento disciplinare*.

Proporzionalità e adeguatezza della sanzione

di Massimo Salvatorelli*



119

1. Proporzionalità ed adeguatezza della sanzione disciplinare costituiscono, fin dal codice civile del 1942, principi fondamentali dell'ordinamento giuslavoristico italiano, evidentemente dettati da imprescindibili considerazioni di civiltà giuridica, proprie di ogni moderno sistema sanzionatorio (*in primis*, naturalmente, di quello penale).

La sanzione deve, dunque, essere proporzionale, cioè ragguagliata alla gravità dei fatti commessi dall'incolpato (così, non potrebbe seguire un provvedimento espulsivo ad una violazione colposa e di modesta entità degli obblighi gravanti sul lavoratore); e deve essere adeguata, cioè rispondente, sotto i profili oggettivo e soggettivo, alla situazione che si è verificata sul luogo di lavoro – nei rapporti tanto tra il datore e il prestatore d'opera, quanto più in generale, con riferimento all'ambiente –, e tale da essere utile ad eliminare o ridurre le conseguenze negative innescate dal comportamento sanzionato.

Tali principi – frutto in realtà di lunga elaborazione dottrinarie e giurisprudenziale – sono testualmente, se pur sinteticamente, esplicitati nell'art. 2106 del codice civile, il quale dispone che l'inosservanza dei propri doveri da parte del dipendente “può dar luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari, secondo la gravità dell'infrazione e in conformità delle norme corporative”.

Questo, dunque, il disposto normativo regolante il rapporto di lavoro di diritto privato. Sul concreto contenuto che l'evoluzione giurisprudenziale ha inteso dare a quella icastica statuizione (nata, è d'uopo rammentarlo, in un sistema corporativo, e quindi profondamente diverso da quello odierno) ci si intratterrà in prosieguo. Ma giova subito indagare sulla situazione del soggetto legato da rapporto di dipendenza con un'Amministrazione Pubblica: situazione, si vedrà subito, decisamente diversa e peculiare, almeno dal punto di vista del diritto positivo.

* Avvocato dello Stato.



2. Per trovare un regime di carattere generale nell'ambito dell'impiego pubblico occorre far riferimento alle norme poste dal Testo Unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato (D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3). E, invero, le regole ivi formalizzate, in difetto di specifica previsione, ove siano ritenute espressione di principi generali dell'ordinamento possono trovare applicazione generalizzata anche per soggetti datoriali diversi dallo Stato¹.

2.1. In quell'ampio ed organico *corpus* il legislatore ebbe a regolamentare scrupolosamente la materia disciplinare (Titolo VII), enumerando infrazioni (per vero, con estrema genericità) e sanzioni, e precisando le modalità di svolgimento del procedimento. Orbene, nessuna disposizione prevede espressamente che la sanzione debba essere in qualche modo rapportata al comportamento posto in essere dal dipendente pubblico. Né alcuna previsione in tal senso può reperirsi nell'art. 22 ("Principi in tema di responsabilità, procedure e sanzioni disciplinari") della L. 29 marzo 1983, n. 93.

Successivamente nel tempo, in più fonti normative – ma mai con carattere di generalità –, la proporzionalità tra sanzione e violazione si trovò affermata, quanto meno quale corollario logico implicito, discendente tendenzialmente dai principi costituzionali e dalla stessa previsione di una graduazione delle sanzioni. È infatti intuitivo che la diversità delle stesse, via via più gravi, non può che discendere dalla diversa lesività (e maggior gravità) dei comportamenti imputati al dipendente.

Ma, da affermazioni di principio di tal genere (pressoché pacifiche) ad una concreta tutela in sede giurisdizionale, il passo non è affatto breve.

2.2. Nel rapporto di pubblico impiego come all'epoca concepito, retto fin dal suo sorgere da atti autoritativi posti in essere dall'Amministrazione, vi era spazio, d'altronde, solo in misura estremamente limitata per diritti soggettivi perfetti, trovandosi per lo più il dipendente a vantare posizioni di interesse legittimo. Né va dimenticato che gli stessi doveri del dipendente, letti tutti in una chiave di conformità ai fini pubblici perseguiti dall'ente di appartenenza, erano indicati in maniera estremamente generica, tali da dover essere di volta in volta rivestiti di concreto contenuto. In cosa consistesse l'infrazione era pertanto assai spesso rimesso, in ultima analisi, alla libera valutazione dell'Amministrazione-datore di lavoro.

¹ Cfr. Consiglio di Stato, VI, 15 dicembre 1999, n. 2088.

In quest'ottica, mentre il procedimento disciplinare, minutamente regolato dalla legge, è certamente censurabile per i suoi vizi formali, costituisce invece puro merito dell'azione amministrativa quel sillogismo logico compiuto dall'organo che irroga la sanzione, laddove accerta la coerenza tra l'azione dell'incolpato e la sanzione prevista dalla legge; ritiene, cioè, che a quell'agire corrisponda quella certa sanzione. Giudizio di mera opportunità, dunque, il cui sindacato è precluso al Giudice Amministrativo, titolare, fino alle recenti riforme, della giurisdizione in materia di pubblico impiego, e che non può sostituire le proprie alle valutazioni di esclusiva spettanza dell'Amministrazione.



2.3. Ma la giurisprudenza non si acquietò a questa soluzione, trovando nel vizio di eccesso di potere la chiave per assicurare anche nel rapporto di pubblico impiego quegli elementari principi di giustizia che si andavano affermando sulla base del testuale disposto della già richiamata norma del codice civile.

Come noto, infatti, il Giudice Amministrativo ben può valutare se l'Amministrazione non abbia correttamente perseguito l'interesse pubblico, ravvisando un elemento sintomatico di tale cattivo esercizio del potere, ad esempio, nell'esistenza di una motivazione illogica, contraddittoria, insufficiente, o addirittura del tutto mancante.

Così, nella materia disciplinare, facendo concreta applicazione di principi costituzionali quali il buon andamento e l'efficienza della pubblica Amministrazione, e del generale principio di ragionevolezza², accanto a pronunzie più restrittive³, si diffuse progressivamente un orientamento che, pur dopo aver ribadito in linea di principio che "il Giudice Amministrativo non può sostituire la propria valutazione a quella della competente autorità amministrativa che abbia esercitato il potere disciplinare"⁴, dichiarò l'illegittimità dell'"atto irrogativo di una sanzione disciplinare quando manca qualsiasi indicazione, in punto di motivazione, sulla necessaria correlazione tra l'entità dei fatti e la sanzione irrogata, in quanto l'amministrazione, in tal caso, si limita all'indimostrata affermazione della sussistenza di tale adeguatezza"⁵, fino a chiarire che "in sede di provvedimento disciplinare deve sempre sussistere una proporzione tra il fatto contestato ed accertato e la misura della

² Un preciso richiamo in TAR Puglia, I, 28 maggio 1999, n. 480.

³ Ad es., di recente, in sede consultiva, Consiglio di Stato, II, 12 gennaio 1994, n. 213/93, e, in sede giurisdizionale, Consiglio di Stato, VI, 21 marzo 2000, n. 1554.

⁴ Consiglio di Stato, V, 3 marzo 1994, n. 195.

⁵ Consiglio di Stato, IV, 23 marzo 2000, n. 1566.



sanzione disciplinare inflitta, sicché l'Amministrazione, nella scelta della sanzione da applicare, deve tener conto del principio per cui ogni sanzione va commisurata alla gravità del fatto contestato al suo autore"⁶ e, *tout court*, che "le sanzioni disciplinari irrogabili ai pubblici dipendenti devono essere sempre proporzionate col fatto contestato e punito"⁷.

Lo stato ormai consolidato della giurisprudenza amministrativa – tuttora attuale, si badi, per quei settori del pubblico impiego che non sono stati privatizzati – pare ben riassunto dalla perspicua, recente pronuncia 28.1.2002, n. 49 della IV sezione del Consiglio di Stato. Il supremo organo di giustizia amministrativa ha puntualizzato che "la determinazione relativa all'entità della sanzione disciplinare è espressione di una tipica valutazione discrezionale della P.A. datrice di lavoro, insindacabile di per sé dal Giudice Amministrativo – tranne nei casi in cui essa appaia manifestamente anomala o sproporzionata o particolarmente severa in quanto determinata nel massimo consentito – principio questo più volte affermato dalla giurisprudenza; quest'ultima, a proposito della congruità della motivazione di siffatto provvedimento, ha chiarito che il giudice, pur non potendo sostituire la propria valutazione a quella della P.A. che esercita il potere disciplinare, può verificare che l'atto sia sorretto da motivazione adeguata e basata su fatti manifestamente gravi e tali da indurla a considerare i fatti commessi incompatibili con la prosecuzione del rapporto di pubblico impiego; che il provvedimento punitivo è illegittimo se manca una sufficiente connessione logico-giuridica tra le responsabilità effettivamente accertate, la motivazione dell'atto e la sanzione adottata; che, quando le mancanze disciplinari possono dar luogo all'irrogazione di diverse sanzioni, la P.A. datrice di lavoro deve specificare adeguatamente le ragioni in virtù delle quali ritiene d'irrogarne una, piuttosto che l'altra, previo esame di tutti gli elementi; che, quindi, l'ordinamento impone che vi sia adeguatezza tra illecito e irroganda sanzione, per cui costituisce eccesso di potere la mancata valutazione relativa alla compatibilità o meno dei fatti commessi rispetto alla prosecuzione del rapporto d'impiego pubblico, se è irrogata una sanzione espulsiva".

2.4. Seguendo questa impostazione, parallelamente alla evoluzione della contrattazione collettiva, il sindacato del Giudice Amministrativo veniva, dunque, ad estendersi significativamente, fin quasi ad una tendenziale assi-

⁶ Consiglio di Stato, IV, 3 febbraio 1998, n. 166.

⁷ Consiglio di Stato, IV, 22 giugno 2000, n. 3541.

milazione alla situazione propria dell'impiego privato. Ma alcune fondamentali differenze residuavano (e tuttora residuano per taluni settori dell'impiego pubblico):

- a) siamo in presenza di interessi legittimi e non di diritti soggettivi: da ciò significative conseguenze, ad esempio, quanto all'applicabilità di decadenze, al riparto dell'onere della prova, alla risarcibilità del danno – anche dopo i più recenti interventi normativi e giurisprudenziali –, e così via;
- b) il sindacato è ristretto all'accertamento della esistenza, correttezza, congruità della motivazione, senza che sia consentito sindacarne l'intima essenza (la sanzione è "giusta" o "ingiusta"): una motivazione ampia e formalmente corretta, che faccia esaustivo riferimento ai fatti, non sarà presumibilmente attaccabile nella sostanza, nel senso che non si potrà contestare, ad esempio, che il comportamento posto in essere abbia effettivamente cagionato una seria disfunzione dell'ufficio;
- c) l'eventuale declaratoria di illegittimità del provvedimento importerà, in linea di principio, non la soddisfazione diretta del "bene della vita" richiesto (la definitiva rimozione della sanzione), ma il solo obbligo per l'Amministrazione di adottare un nuovo provvedimento, correttamente motivato.

2.5. In tale situazione è intervenuta la c.d. privatizzazione del pubblico impiego. In punto di sanzioni amministrative, l'evoluzione, a partire dal d. lgs. n. 29/93, è stata tutt'altro che lineare, ed ha conservato per qualche tempo caratteristiche di incertezza derivanti dalla natura ibrida di un regime che manteneva comunque un fondamentale rispetto per la natura pubblicistica delle finalità perseguite dall'Amministrazione, sì da mescolare un sistema in qualche modo caratterizzato da connotazioni di autoritatività accanto alla vocazione alla equiparazione al privato.

Conclusivamente, tuttavia, almeno ai fini che qui interessano, la rivoluzione non avrebbe potuto essere più radicale: basterà leggere il disposto dell'odierno art. 55 ("Sanzioni disciplinari e responsabilità") del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle Amministrazioni pubbliche", che lapidariamente sancisce, al comma 2: "Ai dipendenti di cui all'art. 2 comma 2 si applicano l'articolo 2106 del codice civile e l'articolo 7, comma primo, quinto e ottavo, della legge 20 maggio 1970, n. 300".

Equiparazione totale, dunque, per la maggior parte dei dipendenti pubblici, alla posizione del dipendente privato (equiparazione ribadita dalla contrattazione collettiva: si veda, a titolo meramente esemplificativo, l'art. 27,





comma 1, dell'Accordo del 21 febbraio 2002, "Contratto collettivo nazionale di lavoro relativo al personale del comparto delle Istituzioni e degli Enti di Ricerca e Sperimentazione": "Le violazioni, da parte dei lavoratori, dei doveri disciplinati nell'articolo 20 del presente contratto danno luogo, secondo la gravità dell'infrazione, previo procedimento disciplinare, all'applicazione delle seguenti sanzioni disciplinari ...").

È dunque sull'analisi delle disposizioni da ultimo richiamate che dobbiamo ora spostare l'attenzione.

3. Un primo problema interpretativo si pone alla semplice lettura dell'art. 2106 c.c., norma che riveste tuttora un ruolo fondamentale nel sistema.

Come si accennava, è il riferimento alla "gravità dell'infrazione" l'appiglio testuale sul quale si basa tutta la costruzione della necessaria proporzionalità/adequatezza della sanzione. Su questo ci si intratterà tra breve. Ma la disposizione codicistica sopra riprodotta dice qualcos'altro, facendo anche espresso riferimento alle norme corporative.

Si accennava anche al fatto che tale riferimento, coerente con il regime delle fonti vigente all'epoca dell'adozione del codice (art. 1 prel. c.c.), va ora letto in modo completamente diverso, alla luce del mutato ordine costituzionale. Tuttavia, un'affrettata risposta al problema sarebbe foriera di errore.

E, invero, accade di frequente – come da precise disposizioni normative – che i richiami al precedente ordinamento siano ritenuti *tamquam non essent*: secondo questa linea interpretativa (e, occorre dire, parecchie raccolte codicistiche recano tra parentesi quelle ultime parole, "e in conformità delle norme corporative"), anche nell'art. 2106 si dovrebbe ritenere l'ultima parte come non scritta.

Nel caso in esame, la dottrina e la giurisprudenza non sono state però di questo avviso, leggendo la disposizione in modo da mantenere alla sua ultima parte un valore ed un significato ancor oggi pregnante.

Infatti, come ritenuto dal Supremo Collegio, "l'abolizione del sistema corporativo, attuata con il d. lgs. lgt. 23 novembre 1944 n. 369, con la conseguente espunzione delle relative norme dal novero delle fonti del diritto in cui le collocava l'art. 5 prel. c.c., non ha inciso, per quanto concerne i contratti collettivi di formazione successiva, sul rinvio ad essi fatto dall'art. 2106 (come da altre norme) del c.c., ove si consideri che la *ratio* del rinvio stesso deve essere identificata nella volontà del legislatore di riservare al potere negoziale delle categorie interessate la determinazione specifica, entro il quadro fissato, della disciplina della materia considerata; ciò in ragione, da un canto, della maggiore aderenza, in tal modo conseguibile, alle concrete

esigenze delle parti e, dall'altro, della funzione socioeconomica che l'ordinamento vigente (artt. 2067 e segg. c.c.) assegna, al di fuori della abrogata regolamentazione corporativa e di quella, inattuata, prevista dall'art. 39 Cost., ai contratti collettivi di diritto comune nei limiti di efficacia loro propri⁸. Nello stesso senso ha concluso anche la miglior dottrina⁹. Un'interpretazione quale quella suggerita appare d'altro canto perfettamente coerente con una lettura costituzionalmente orientata del regime del rapporto di lavoro, che è rapporto contrattuale, nel quale la previsione di una prevalenza della parte datoriale quale quella conferita dal potere disciplinare, è riconoscimento di un diritto potestativo, di una supremazia dell'un contraente sull'altro, che ha facoltà di incidere unilateralmente sul rapporto; supremazia che è ragionevole limitare e ricondurre in un ambito giustiziabile. Le norme collettive concorrono appunto a circoscrivere in precisi limiti ed a consentire il controllo del potere discrezionale attribuito al datore di lavoro¹⁰.

In forza del richiamo codicistico come interpretato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, i contratti collettivi di diritto comune sono divenuti dunque vera e propria integrazione della norma, fornendo sostegno ed effettivo contenuto ad un potere disciplinare genericamente conferito dall'art. 2106 in relazione alla infrazione, alla violazione perpetrata (si noti la profonda differenza tra la presente situazione e quella esistente nel vigore del T.U. del 1957 per il pubblico impiego), in maniera in qualche modo analoga a quanto accade, nel sistema sanzionatorio penale, in base al fondamentale canone *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Ciò appare tanto significativo, che non sono mancate pronunzie che hanno posto l'accento sulla circostanza che, solo per i comportamenti vietati dalla coscienza sociale quale *minimum* etico, non è necessario un inserimento nel codice disciplinare, che è invece richiesto per le sanzioni conservative, poiché il potere per la loro irrogazione è solo genericamente previsto dalla legge (art. 2106 c.c.) ed esige necessariamente, per il suo concreto esercizio, la predisposizione di una normativa secondaria, in relazione alla quale sussiste l'onere della pubblicità di cui all'art. 7 Statuto dei Lavoratori. In difetto, il datore di lavoro dovrebbe ritenersi addirittura carente di potere disciplinare¹¹.

⁸ Cass., 3 luglio 1981, n. 4331.

⁹ Si veda, per tutti, Vardaro, Gaeta, *Sanzioni disciplinari (rapporto di lavoro privato)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Vol. XXVIII, Roma, 1991).

¹⁰ Come bene ha chiarito l'insegnamento del Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1987.

¹¹ Cass., 21 marzo 1996, n. 2453.





4. È dunque oggi prevalentemente negato che il datore di lavoro goda, per sua natura, di una posizione generalizzata ed assoluta di supremazia sul lavoratore. Egli può vantare in tal senso solamente una posizione strumentale, giustificata dalla subordinazione e dalla necessità di garantire il corretto andamento del rapporto di lavoro; una posizione che trova fondamento costituzionale nel bilanciamento tra due diritti egualmente garantiti: da una parte quello al lavoro (artt. 4, 35, 36 e 37 Cost.), dall'altra quello all'iniziativa economica privata (art. 41)¹².

Se, dunque, il procedimento sanzionatorio è una specifica forma di autotutela (giudizialmente sindacabile in via eventuale e differita), finalizzata sempre e comunque a reprimere inadempimenti contrattuali (espressamente considerati dalla contrattazione collettiva) e non scaturente – come poteva accadere in un passato non necessariamente remoto – da una sorta di diritto generale a controllare e vigilare l'agire del dipendente in ogni suo aspetto, non appare estraneo alla presente trattazione porsi *in limine* il problema di quali siano i comportamenti censurabili, quali siano, cioè, le infrazioni di cui parla il codice civile.

La questione è, infatti, sorta per quei comportamenti che esulano dagli obblighi strettamente sorgenti dal rapporto di lavoro: è disciplinarmente sanzionabile il dipendente che tenga un livello di vita non consono o non decoroso, che maltratti i propri familiari, che abbia frequentazioni disdicevoli, senza con ciò violare precise disposizioni pattizie (gli obblighi di diligenza e di fedeltà di cui alla generalissima previsione degli artt. 2104 e 2105 c.c., come poi specificati dalla contrattazione collettiva)?

La risposta, che in anni trascorsi o con riferimento al pubblico dipendente incardinato nel rapporto di lavoro pubblicistico (si vedano le generiche e ridondanti enunciazioni dei doveri dell'impiegato statale, in particolare l'art. 13 del T.U. n. 3/57 cit.; cfr. anche Consiglio di Stato, V, 13 gennaio 1999, n. 24) doveva essere probabilmente positiva, oggi appare decisamente più incerta. Può parlarsi di infrazione grave, di proporzionalità fra offesa e sanzione, se l'offesa non è in alcun modo legata ai doveri discendenti dal rapporto?

Con qualche oscillazione, la giurisprudenza ha ritenuto – e, sembra, in modo equilibrato – che la risposta possa e debba essere, in limitate e gravi fattispecie, tuttora positiva. Ciò avviene (solo) laddove il rapporto fiduciario sia particolarmente stretto, ed il comportamento censurato leda in maniera sostanziale la fiducia nel dipendente, lasciando ragionevolmente ritenere

¹² Cfr. Cass., 4 dicembre 2002, n. 17208.

che quelle manifestazioni della personalità – pur esplicate nell’ambito della sfera privata – siano sintomatiche di una inadeguatezza professionale ed incidano sulla idoneità alla prosecuzione del rapporto, il quale richieda particolare serietà di comportamento¹³.

5. Riassumendo, la sanzione viene dunque di norma irrogata per la violazione di obblighi scaturenti dal contratto di lavoro. Essi sono quelli previsti dagli artt. 2104 e 2105 c.c., richiamati dal successivo art. 2106, diligenza e fedeltà, integrati dalla previsione della contrattazione collettiva.

La giurisprudenza dominante non richiede, peraltro, che la contrattazione contenga una precisa e sistematica enumerazione dei singoli comportamenti¹⁴ – è ben noto come ogni elencazione pretesamente esaustiva finisca con l’essere inevitabilmente lacunosa –, essendo sufficiente che gli stessi siano agevolmente sussumibili nella previsione normativa e pattizia.

Siamo in presenza, dunque, di un inadempimento in senso tecnico, il cui onere della prova grava sul datore di lavoro (formalmente convenuto nel giudizio di impugnazione della sanzione, ma sostanzialmente attore laddove si contesti la legittimità della sanzione comminata). Un inadempimento pur sempre peculiare, in ragione della natura del rapporto e della posizione delle parti, rispetto alla generale previsione del codice civile. Nella valutazione dello stesso, infatti, la “non scarsa importanza” dell’art. 1455 c.c. diventa un inadempimento notevole, e – nell’ipotesi di sanzione espulsiva – tale da non consentire la prosecuzione nemmeno temporanea del rapporto e da non poter veder applicata – in quanto adeguata nel senso all’inizio chiarito – alcuna altra sanzione conservativa¹⁵.

In questo peculiare contesto, l’elemento rilevante non è dunque (o, meglio, non è soltanto) la consistenza economica del danno cagionato – che può certamente essere valutato insieme ad altri fattori, ma non è di per sé decisivo –, ma il riflesso del comportamento sulla realtà aziendale e sul rapporto fiduciario¹⁶. Può esserci danno modestissimo o nullo, ma lesione irreparabile del rapporto¹⁷, fondamentale stravolgimento della realtà aziendale, dei rapporti con altri dipendenti, o dei dipendenti con il datore di lavoro, e così via.



¹³ V., tra le tante, Cass. 23 maggio 1992, n. 6180; 3 novembre 1995, n. 11437, ipotesi nella quale un funzionario di istituto di credito aveva emesso assegni a vuoto.

¹⁴ Cass., 24 luglio 2000, n. 9709; 17 agosto 2001, n. 11153.

¹⁵ Cass., 10 gennaio 2003, n. 237.

¹⁶ Cass., 14 gennaio 2003, n. 444.

¹⁷ Cass., 11 maggio 2002, n. 6790; 23 aprile 2002, n. 5943.



128

In quest'ottica ben si comprende come anche per il fatto costituente reato sia necessaria una diversa ed autonoma valutazione per quanto attiene alla sua incidenza sul rapporto di lavoro, di tal che un reato, anche grave dal punto di vista della sanzione penale concretamente irrogata, può non essere comportamento grave nell'ambito del rapporto di lavoro, e viceversa. Ma sembra ineludibile una espressa motivazione sul punto.

6. La sanzione deve essere, come già chiarito, proporzionale ed adeguata al comportamento posto in essere dal dipendente. Sempre sul datore di lavoro grava l'onere della prova della sussistenza della proporzionalità¹⁸.

La casistica giurisprudenziale, sul punto, è amplissima.

Il Giudice dovrà stimare – con valutazione di merito, insindacabile in sede di legittimità ove sorretta da adeguata e coerente motivazione¹⁹ – la gravità del comportamento, considerandone in concreto ogni aspetto, tanto soggettivo quanto oggettivo.

Si darà rilevanza, così, per un verso, alla esistenza di cause di giustificazione (legittima difesa) o di attenuanti (l'aver agito in stato d'ira, in seguito a grave provocazione), all'intensità dell'elemento psicologico (che certamente può ingenerare grave sfiducia nei confronti dell'autore del fatto), alla personalità del dipendente, ai motivi che l'hanno indotto all'azione. Per altro verso, dovranno essere prese in considerazione le circostanze in cui il fatto è avvenuto, il danno concretamente cagionato – che, peraltro, come detto, potrà anche essere lieve²⁰ –, l'utilità conseguita dall'autore dell'illecito, la natura e qualità del vincolo contrattuale, la natura delle mansioni e della professionalità richiesta al dipendente: è intuitivo che ciò che può costituire grave infrazione per un funzionario può non essere obiettivamente tale per un lavoratore di qualifica inferiore.

A questo punto dovrà finalmente indagarsi sulla proporzionalità ed adeguatezza tra la sanzione irrogata e il comportamento²¹; proporzionalità che, come visto, non potrà prescindere, nel caso di misura espulsiva, dalla indagine sulla definitiva frattura del rapporto fiduciario, non sanabile con altro rimedio. La sanzione deve essere proporzionale anche con riferimento alle sue conseguenze nella sfera del lavoratore: così, in ipotesi di sanzione espulsiva, non potrà trascurarsi un bilanciamento tra il provvedimento che privi

¹⁸ Cass., 17 agosto 2001, n. 11153.

¹⁹ Da ultimo cfr. Cass., 18 giugno 2003, n. 9783; 23 gennaio 2002, n. 736.

²⁰ Cass., 23 aprile 2002, n. 5943.

²¹ Tra le più recenti v., per tutte, Cass. 15 febbraio 2003, n. 2336.

il lavoratore e la sua famiglia dei mezzi di sostentamento ed un tenue danno patrimoniale cagionato dal fatto, pur illecito²².

La sanzione non adeguata costituisce violazione di norma inderogabile che porta alla nullità della stessa²³.

7. Resta a questo punto da indagare sul potere in capo al Giudice di incidere direttamente sulla sanzione, riconoscendo, ad esempio, la legittimità di una sanzione di minor afflittività rispetto a quella concretamente irrogata: si pensi all'ipotesi in cui la contrattazione preveda una misura non espulsiva a fronte di un comportamento sanzionato invece con il licenziamento.

Parte della dottrina ha ritenuto che in queste ipotesi il Giudice possa sostituire la sanzione adottata²⁴. La giurisprudenza di legittimità si è sempre espressa in senso contrario²⁵. Più variegata la posizione dei Giudici di merito, che hanno riconosciuto talora il potere di modifica²⁶, specie nei casi in cui la pattuizione collettiva gradui la sanzione tra un minimo ed un massimo²⁷.

8. Come visto, la normativa pattizia prevede – anche se non necessariamente in maniera puntuale, a mezzo di elencazioni esaustive – i comportamenti che costituiscono *vulnus* del rapporto. Accade, sempre più di frequente, che essa si spinga oltre; che indichi, cioè, espressamente determinati comportamenti come gravi, e preveda anche la corrispondente sanzione: compia, insomma, una preventiva ed astratta valutazione sulla proporzionalità. Ciò non appare, in linea di principio, in contrasto con lo stesso rinvio codicistico alla contrattazione collettiva, e con l'auspicio (di cui sopra si è parlato) che in quella sede le parti regolamentino il fenomeno sanzionatorio.

La giurisprudenza non ha tuttavia assunto posizioni uniformi. Dopo il prevalere di un orientamento restrittivo, secondo il quale, laddove l'autonomia collettiva ha già compiuto una graduazione, resta preclusa qualunque indagine da parte del Giudice del merito in ordine alla adeguatezza della sanzione²⁸, sembra ora – più ragionevolmente, attesa la finalità garantista di questa



²² Cass., 23 giugno 1997, n. 5601.

²³ Cass., 13 dicembre 1991, n. 13455.

²⁴ Così, a vario titolo, Carinci, Treu, De Luca Tamajo.

²⁵ Cfr. Cass., n. 13455/91 cit.; v. anche Trib. Bergamo, 10 novembre 2001.

²⁶ Pret. Milano, 15 luglio 1991 in *Orient. Giur. Lav.*, 1991, 691; Pret. Cassino, 23 giugno 1986, in *Giust. civ.*, 1986, I, 2959.

²⁷ Così Pret. Roma, 19 aprile 1989, in *Dir. Lav.*, 1990, II, 340.

²⁸ Cass., 15 dicembre 1989, n. 5645.



lettura – prendere il sopravvento l’opposta interpretazione, secondo la quale, anche in presenza di una astratta previsione della norma pattizia che preveda il comportamento come fattispecie tipica da sanzionare, permane tuttavia la necessità di valutare in concreto l’agire del lavoratore, secondo i canoni sopra rapidamente richiamati, sotto il profilo della gravità oggettiva e soggettiva, e della conseguente proporzionalità della sanzione²⁹: ciò a maggior ragione quando la disposizione pattizia preveda sanzioni alternative, tra le quali occorre scegliere, o quando “manchi una precisa corrispondenza tra i fatti addebitati e le ipotesi specifiche elencate nel contratto collettivo”³⁰.

Per contro, il principio della proporzionalità è anche norma inderogabile posta a tutela del contraente debole (il lavoratore): di tal che è stata di recente affermata la nullità per contrasto con norma imperativa della clausola pattizia che “preveda l’applicazione automatica di una sanzione disciplinare conservativa o espulsiva che prescindendo dalla valutazione della sua proporzionalità rispetto alla infrazione commessa dal lavoratore”³¹.

Secondo altro orientamento, invece, la previsione pattizia può giovare al lavoratore laddove preveda una specifica sanzione per determinati comportamenti. Ciò vale, infatti, ad escludere che possa essere irrogata una sanzione più grave all’esito della (pur sempre necessaria) valutazione sulla adeguatezza³². È tuttavia sempre possibile per il datore di lavoro irrogare una sanzione meno grave, essendo la predeterminazione delle sanzioni un limite posto al potere del datore di lavoro, che non può essere superato, ma ben può essere contenuto nel caso concreto in limiti inferiori³³.

9. Conclusivamente, è giunto il momento di richiamare brevemente, in via esemplificativa, i più recenti sviluppi giurisprudenziali nei quali hanno trovato applicazione, con riferimento al rapporto di impiego pubblico privatizzato, i principi giurisprudenziali sui quali ci si è fin qui intrattenuti.

Rilevano, tra le altre, due decisioni dei Giudici di merito rese nei confronti di Amministrazioni statali.

Con la prima³⁴, in un giudizio in cui era parte il Ministero della Pubblica Istruzione, è stato ribadito che “è illegittima la sanzione disciplinare che

²⁹ Cass., 25 novembre 1996, n. 10441; 14 giugno 2000, n. 8139.

³⁰ Cass., 24 ottobre 2000, n. 13983.

³¹ Cass., 27 settembre 2002, n. 14041.

³² Cass., 8 aprile 1991, n. 3681; Trib. Milano, 14 agosto 2002; Trib. Milano, 8 ottobre 2002.

³³ Cass., 13 agosto 1991, n. 8828.

³⁴ Trib. Cosenza, 15 marzo 2000, in *Giust. civ.*, 2001, I, 259.

non si informi al principio di gradualità e proporzionalità rispetto alla violazione commessa dal dipendente pubblico”, e che “grava sul datore di lavoro l’onere di provare la sussistenza dei fatti posti a base della contestazione disciplinare, ove tali fatti siano negati dal dipendente”. Nella perspicua pronuncia è evidente la novità dell’approccio alla fattispecie, come è chiarissima la diversità delle conseguenze rispetto a quelle cui si sarebbe potuto pervenire dinanzi al Giudice Amministrativo.

La seconda decisione³⁵, resa nei confronti del Ministero della Giustizia, affronta il delicato problema dei rapporti tra giudicato penale e sanzione disciplinare, nonché quelli tra previsione pattizia e sanzione. L’art. 25 del CCNL, applicabile alla fattispecie, prevede la sanzione disciplinare del licenziamento senza preavviso in caso di compimento di “gravi illeciti di rilevanza penale per i quali sia fatto obbligo di denuncia” e di “fatti o atti dolosi di gravità tale da non consentire la prosecuzione neppure provvisoria del rapporto di lavoro”. Ad avviso del Tribunale, in questo caso (si trattava di una ipotesi di concussione) è “automaticamente applicabile la sanzione del licenziamento”. Infatti, mentre “quando il fatto non costituisca reato, ne va apprezzata la gravità per valutare se questa consenta o meno la prosecuzione del rapporto, se invece si tratta di reato con obbligo di denuncia, il fatto è già stimato come “grave” in sé dalle parti contrattuali e, come tale, giustifica automaticamente il licenziamento”. Il Tribunale si sofferma poi, esattamente, sulla peculiarità del rapporto ai fini della valutazione della gravità del comportamento posto in essere. “Gli episodi di concussione accertati nelle sentenze penali comunque impediscono del tutto il protrarsi di un sereno rapporto di lavoro con l’Amministrazione della Giustizia. Tali fatti, invero, commessi mediante l’abuso della posizione rivestita per ragioni di servizio, ledono il fondamentale bene giuridico del buon funzionamento dell’Amministrazione della Giustizia, il principio costituzionale di imparzialità della P.A. e sono idonei a minare in modo irreversibile la fiducia degli utenti verso i pubblici servizi affidati, per ragioni di ufficio, al dipendente”.

Appare evidente, da queste prime pronunzie, anche fortemente problematiche e talora in contrasto con gli orientamenti prevalenti della giurisprudenza di legittimità, come si apra per il pubblico impiego un periodo completamente nuovo e di grande incertezza, nel quale la giurisprudenza di merito avrà modo di applicare e rinnovare i precedenti orientamenti. Come ben ha ritenuto il Tribunale di Roma, nel far ciò dovrà necessariamente aversi ri-



³⁵ Trib. Roma, 21 ottobre 2002, pubblicata nella sezione *Giurisprudenza* di questo volume.



guardo (e sarà compito della difesa pubblica porre questo profilo in doverosa evidenza) alla persistente, peculiare natura ed ai fini perseguiti dal datore di lavoro pubblico, che non potranno non essere considerati nella valutazione della gravità delle violazioni e nel bilanciamento delle sanzioni.

La capillare diffusione sul territorio degli uffici del Giudice Ordinario (altra profonda novità, per il contenzioso del pubblico impiego, rispetto al complesso giurisdizionale TAR-Consiglio di Stato) renderà poi fondamentale l'intervento della Corte di Cassazione, che nell'espletamento della sua funzione nomofilattica saprà fornire definitivi indirizzi interpretativi.

La recidiva di Gianpiero Profeta*



133

1. Con il termine recidiva, mutuato dal diritto penale, è indicata la possibilità di aggravamento della sanzione rispetto alla effettiva entità dell'infrazione commessa, in presenza di precedenti sanzioni irrogate al lavoratore.

La possibilità di ricorso alla recidiva è legittimato dall'art. 7 della legge 300/1970 che all'ultimo comma precisa: "non può tenersi conto ad alcun effetto delle sanzioni disciplinari decorsi due anni dalla loro applicazione".

La norma quindi riconosce, sia pure per un periodo limitato di tempo, una efficacia ulteriore alle sanzioni disciplinari anche dopo la loro applicazione, sia pure nell'intento di limitare la possibilità di ricorso alla recidiva prevista dai singoli contratti collettivi.

Nella sostanza il datore di lavoro può ricorrere all'istituto della recidiva solo per le sanzioni rientranti nei limiti di tempo previsti dalla legge che, quindi, evoca una sorta di sanatoria per le sanzioni disciplinari anteriori ai due anni.

Nella pratica applicazione della recidiva si sono presentati numerosi problemi affrontati da giurisprudenza e dottrina.

Affronteremo, in questo breve scritto, solo le questioni principali che si sono presentate e che possono riassumersi nelle seguenti, evidenziando la soluzione che dottrina e giurisprudenza prevalenti hanno individuato:

- 1) La nozione di applicazione della sanzione disciplinare al fine di determinare il momento da cui calcolare il biennio;
- 2) La necessità di specifica contestazione della recidiva quando questa rappresenta elemento costitutivo della mancanza addebitata;
- 3) La sottoposizione della sanzione assistita da recidiva al principio di proporzionalità.

* Avvocato esperto in materia di diritto del lavoro.



2. Il primo aspetto in approfondimento è quello della decorrenza del biennio in cui si rilevano i precedenti disciplinari.

Al riguardo la Corte di Cassazione (sez. lav., 15 febbraio 1996, n. 1185) ha affermato: “Ai fini della disposizione dell’ultimo comma dell’art. 7 St. lav., per la quale non può tersi conto ad alcun effetto delle sanzioni disciplinari decorsi due anni dalla loro applicazione, la nozione di applicazione della sanzione disciplinare va riferita non al momento dell’esecuzione della misura sanzionatoria, ma a quello della sua irrogazione, che corrisponde, più specificatamente, al momento in cui la sanzione viene formalmente comunicata al ricorrente”.

Secondo la Corte, pertanto, non hanno rilievo né il *tempus commisi delicti*, né il momento in cui la sanzione è concretamente applicata, rilevando esclusivamente il momento della formale comunicazione del provvedimento disciplinare. Per esplicitare il concetto si può affermare, ad esempio, che, comunicata al lavoratore la sanzione della multa, il termine biennale decorrerà da tale momento e non da quanto la multa sarà applicata materialmente.

Questa interpretazione condivisa sin dai primi commenti all’art. 7 e da giurisprudenza meno recente (Cass. 21 giugno 1988, n. 4240; Cass 30 gennaio 1984, n. 721), incide anche circa la soluzione del problema dei rapporti tra il termine biennale e l’instaurazione del giudizio arbitrale.

Secondo la dottrina maggioritaria, infatti, la richiesta di arbitrato secondo la previsione dell’art. 7, comma 6, della legge 300/1970, sospende l’eseguibilità della sanzione che rimane comunque irrogata. Pertanto, non interferisce con l’inizio del decorso del termine biennale che, comunque, coincide con la comunicazione delle sanzione.

Altra interessante questione è stata posta circa la possibilità di tener conto della sanzione sospesa ai fini della recidiva.

Un primo orientamento della giurisprudenza (Cass. 14 aprile 1982, n. 2246) escludeva che si potesse tener conto della sanzione sospesa a seguito di ricorso al collegio arbitrale. L’orientamento che oggi prevale è, invece, quello di opinione contraria secondo il quale l’effetto sospensivo connesso al ricorso all’arbitrato riguarda la sola eseguibilità della sanzione e non anche l’impossibilità di considerare la sanzione impugnata come precedente rispetto a successive mancanze addebitate al dipendente.

La richiamata giurisprudenza ha affermato: “... la sospensione di cui all’art. 7 citato esplicitamente riguarda soltanto la temporanea inesequibilità della sanzione irrogata, per la parte in cui non sia stata ancora di fatto applicata e sofferta dal lavoratore. Ne consegue che, qualora come nel caso in esame, si affermi che non si può tener conto della c.d. recidiva, quando

per le sanzioni inerenti a mancanze, che tale recidiva dovrebbero integrare, sia intervenuta la sospensione, s'invoca un effetto della sospensione ulteriore e diverso rispetto a quello espressamente stabilito" (Cass., sez. lav., 20 agosto 1991, n. 8973).

È opportuno precisare che l'effetto sospensivo del ricorso all'arbitrato è previsto anche dal CCNQ in materia di procedure di conciliazione ed arbitrato nell'impiego pubblico, precisamente dal comma 3 dell'art. 6.



3. Nel procedimento disciplinare la recidiva può venire in rilievo sotto due diversi aspetti.

Può costituire elemento di giudizio per l'entità della sanzione da erogare o essere elemento costitutivo della mancanza addebitata.

In altre parole il datore di lavoro può, nel processo di individuazione della sanzione da irrogare rispetto ad un addebito, tener conto della recidiva per stabilire l'entità della sanzione prevista dal contratto, ad esempio se deve irrogare una multa, in considerazione della recidiva, l'irrognerà nella misura massima prevista; ovvero in altri casi, previsti dalle norme disciplinari del contratto, potrà considerare la recidiva come evento da sanzionare, come elemento costitutivo della mancanza.

L'individuazione di questa seconda ipotesi è rilevante ai fini della regolarità del procedimento disciplinare.

Si ritiene, infatti, che quando la recidiva assurge ad essere considerata dal CCNL elemento costitutivo della mancanza non è sufficiente la contestazione del mero fatto addebitato, ma è necessaria la contestazione della recidiva stessa.

Al riguardo ha affermato la Cassazione: "la preventiva contestazione specifica dell'addebito, che ai sensi dell'art. 7 L. n. 300/70 è necessaria quale condizione di legittimità del recesso in ogni caso di licenziamento disciplinare, deve riguardare anche la recidiva, o comunque i precedenti disciplinari che la integrano, ove questa rappresenti elemento costitutivo della mancanza addebitata e non già mero criterio di determinazione della sanzione ad essa proporzionata" (Cass., sez. lav., 23 dicembre 2002, n. 18294, conf. a Cass., sez. lav., 15 settembre 1997, n. 9173).

Nella maggior parte dei CCNL è disciplinata la recidiva con la previsione dell'effetto da collegare ai precedenti disciplinari rispetto a determinate mancanze del lavoratore. La previsione consiste, di norma, nel contemplare una sanzione più grave rispetto a quella che sarebbe prevista per la mancanza considerata come evento a se stante, con l'effetto pratico di connettere alla presenza di recidiva una vera e propria sanzione.



I principali contratti di comparto del settore pubblico affrontano il problema della recidiva ed è interessante, per verificare quanto sin ora affermato, riportare alcune di tali disposizioni.

Il CCNL comparto Scuola all'art. 92 dispone: "La rediva, in mancanze già sanzionate nel biennio di riferimento, comporta una sanzione di maggiore gravità tra quelle previste nell'ambito della medesima fattispecie".

Il CCNL comparto Regioni ed Autonomie Locali dispone all'art. 25: "La recidiva, nelle mancanze previste ai commi 4, 5 e 6, già sanzionate nel biennio di riferimento, comporta una sanzione di maggiore gravità tra quelle previste nell'ambito dei medesimi commi".

Il CCNL comparto Ministeri all'art. 13 dispone: "al lavoratore che abbia commesso mancanze della stessa natura già sanzionate nel biennio di riferimento, è irrogata, a seconda della gravità del caso e delle circostanze, una sanzione di maggiore entità prevista nell'ambito del medesimo comma".

In tutti gli esempi riportati, applicando i principi affermati in giurisprudenza sopra richiamati, nella ipotesi in cui l'Amministrazione riterrà di considerare la recidiva nell'individuazione della sanzione prevista dal CCNL, non può revocarsi in dubbio che dovrà contestare anche la recidiva quale elemento costitutivo della mancanza, o quanto meno, richiamare i singoli precedenti disciplinari che la integrano.

4. Nelle ipotesi in cui il datore di lavoro nell'individuazione della sanzione si avvale della recidiva, in forza di una previsione del contratto, applicando una sanzione di maggiore entità rispetto a quella prevista dal CCNL per la mancanza in sé considerata, dovrà comunque operare una valutazione in termini di proporzionalità indipendentemente dalla previsione negoziale.

In questo senso si è espressa la Corte di Cassazione affermando: "Gli artt. 3 della legge 15 luglio 1966, n. 604, 2119 c.c. e 7 della legge 20 maggio 1970, n. 300, che costituiscono norme inderogabili in favore del lavoratore come contraente più debole, prevedono per il lavoratore, nei cui confronti debba essere applicata una sanzione disciplinare (e, tra queste, il licenziamento) il principio della proporzionalità della sanzione all'infrazione commessa e quello della difesa. Ne consegue che sono nulle, per contrasto con norme imperative di legge, le clausole della contrattazione collettiva che prevedano l'applicazione automatica di una sanzione disciplinare conservativa o espulsiva che prescindano dalla valutazione della sua proporzionalità rispetto alla infrazione commessa dal lavoratore, sia sotto il profilo soggettivo, sia sotto quello oggettivo. La previsione da parte della contrattazione collettiva della

recidiva in relazione a precedenti mancanze come ipotesi di licenziamento non esclude quindi il potere-dovere del giudice di valutare la gravità dell'addebito ai fini della proporzionalità della sanzione espulsiva¹.

5. La sentenza riportata opera una importante precisazione che si condivide, inserendosi in quel filone di decisioni, generalmente occasionate da questioni relative alla irrogazione di sanzioni espulsive, secondo le quali ai fini dell'applicazione espulsiva va valutata la personalità del lavoratore nel suo complesso, prescindendo da una applicazione automatica ed asettica delle previsioni del CCNL.

Applicando la recidiva, pertanto, non si può prescindere dal principio generale della proporzionalità della sanzione alla gravità del fatto addebitato al lavoratore ed accertato a suo carico, tenendo nel debito conto l'intensità dell'elemento intenzionale e le circostanze in cui la mancanza è stata commessa, in ossequio al principio enunciato dall'art. 2106 c.c. ed all'osservanza dei principi della diligenza e della buona fede nell'esecuzione del contratto.



¹ In applicazione di tale principio, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che, con motivazione adeguata circa la sussistenza dell'elemento oggettivo e di quello soggettivo della condotta contestata, aveva escluso la legittimità di un licenziamento intimato dal datore di lavoro ad un dipendente sulla base di una disposizione del contratto collettivo che prevedeva l'automaticità del licenziamento in relazione a pregresse sospensioni irrogate al lavoratore nei precedenti due mesi (Cass., sez. lav., 27 settembre 2002, n. 14041).

Incidenza della tornata
contrattuale 2002-2005
sulla sospensione cautelare
del pubblico dipendente¹
di Vito Tenore*



1. La regolamentazione della sospensione cautelare dal servizio² per i pubblici dipendenti privatizzati, un tempo contenuta negli art. 91-99, D.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3 (T.U. impiegati civili dello Stato, che trova ancora applicazione per il personale non depubblicizzato di cui all'art. 3, d. lgs. 30 marzo 2001 n. 165³), va oggi rinvenuta nei diversi contratti collettivi nazionali

* Magistrato della Corte dei Conti.

¹ Nel corso dello studio, per esigenze di chiarezza espositiva, si assumerà come normativa di riferimento la contrattazione collettiva del comparto Ministeri dei quadrienni normativi 1994-1997 e 2002-2005. I restanti comparti presentano regolamentazioni sostanzialmente identiche, salvo qualche distinguo che sarà evidenziato nel corso del testo.

² Sulla sospensione cautelare ci sia consentito il richiamo al nostro Noviello-Tenore, *La responsabilità e il procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, Milano, 2002, 357 ss. ed alla bibliografia ivi citata a cui va aggiunta il recente saggio di Nobile, *La sospensione cautelare dal servizio del pubblico dipendente. Note minime sull'istituto e spunti per una riflessione in margine alla sentenza della Corte Costituzionale 2 maggio 2002 n. 145*, in *www.giust.it*, n. 5, 2003.

Sulla sospensione cautelare nell'impiego privato v. Mammone, *Sospensione cautelare del lavoratore sottoposto a processo penale e diritto alla retribuzione* (nota a Cass., sez. lav., 26 marzo 1998 n. 3209), in *Riv.it.dir.lav.*, 1999, n. 1, II, 130; Papaleoni, *Il procedimento disciplinare nei confronti del lavoratore*, Napoli, 1996, 245; Papaleoni, *Ratio della sospensione cautelare*, in *Giust.civ.*, 1987, I, 2030; Montuschi, *Commento all'art. 7, in Statuto dei diritti dei lavoratori* (a cura di Ghezzi, Mancini, Montuschi, Romagnoli), II ed., Bologna-Roma, 1979, 57 ss.

Sulla sospensione cautelare nel pubblico impiego non privatizzato (militari), cfr. Poli-Tenore, *I procedimenti amministrativi tipici e il diritto di accesso nelle forze armate (nella giurisprudenza delle magistrature superiori)*, Milano, 2002, 326.

³ L'inapplicabilità della previgente disciplina del T.U. n. 3 del 1957 al personale depubblicizzato discende dall'art. 72, comma 2, d. lgs. 3 febbraio 1993 n. 29 (poi abrogato dall'art. 43, d. lgs. n. 80 del 1998), e, oggi, dall'art. 71, comma 1, d. lgs. 30 marzo 2001 n. 165, che ha ancorato la cessazione della vigenza delle norme degli art. 91-99 del D.P.R. n. 3 cit. (quelle, appunto, sulla sospensione cautelare) alla data di sottoscrizione di una diversa disciplina contrattuale ad opera dei CCNL del quadriennio 1994-1997. La previsione del d. lgs. n. 29 (oggi del d. lgs. n. 165) risulta testualmente confermata dalle disposizioni contrattuali (v., ad esempio, l'art. 43, CCNL Ministeri 1994-1997).



di comparto e, in particolare (allo stato), in parte nei primi contratti collettivi (anni 1994-1997), in parte nella recente terza tornata relativa al quadriennio normativo 2002-2005 (i secondi CCNL, anni 1998-2001, non hanno invece apportato alcuna innovazione alla materia).

All'attuale disciplina negoziale si affiancano alcune specifiche e previgenti (ma non abrogate, né disapplicate) previsioni di fonte legislativa, completate e arricchite da successivi interventi di rango primario: il riferimento è all'art. 15, L. 19 marzo 1990 n. 55 (espressamente richiamato dalla contrattazione collettiva), all'art. 289 c.p.p., all'art. 94, d. lgs. 18 agosto 2000 n. 267 e, da ultimo, all'art. 4, L. 27 marzo 2001 n. 97. Tali norme rappresentano il complesso normativo di riferimento della materia cautelare, al quale la recente contrattazione collettiva del quadriennio 2002-2005 ha cercato di dare, come detto, veste organica in un unitario complesso normativo.

Difatti, la sospensione cautelare ha ricevuto, al pari della materia disciplinare, una opportuna valorizzazione ad opera della tornata contrattuale relativa al quadriennio normativo 2002-2005, tradottasi, all'art. 15 del CCNL Ministeri (ma analoga formulazione è reperibile nei successivi contratti di comparto), sia nell'aggiornamento della previgente regolamentazione contrattuale (del quadriennio 1994-1997) alla luce di alcune sopravvenienze normative intervenute (es. L. 27 marzo 2001 n. 97), sia nella (parziale) risoluzione di alcuni annosi problemi interpretativi all'origine di frequenti contenziosi (*restitutio in integrum* retributiva).

Tutte queste previsioni saranno di seguito puntualmente vagliate nell'ambito del quadro normativo (contrattuale e legale) che ripropone ancora oggi le note e risalenti distinzioni (già rinvenibili nel T.U. impiegati civili dello Stato) tra sospensione facoltativa ed obbligatoria e tra sospensione correlata a procedimenti disciplinari e sospensione correlata a procedimenti penali.

È pacifico, sul piano sistematico e a livello giurisprudenziale e scientifico, che la sospensione cautelare non rientra giuridicamente tra le sanzioni disciplinari⁴, né può parlarsi, come sostenuto da un minoritario indirizzo, di sanzione disciplinare atipica (o di misura afflittiva *a parte subiecti*, sanzionatoria *quoad effectum*), in considerazione delle diverse finalità, di seguito esplicate, assolute dai due strumenti gestionali del rapporto di impiego: ne consegue l'i-

⁴ Sulla responsabilità disciplinare dopo la privatizzazione del rapporto di pubblico impiego cfr. la vasta bibliografia citata nei due recenti studi sistematici di Noviello-Tenore, *La responsabilità e il procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, Milano, 2002 e di Mainardi, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Art. 2106*, in Busnelli (diretto da), *Il codice civile, Commentario*, Milano, 2002.

napplicabilità delle regole procedurali (es. art. 7 St. lav.) previste per la materia disciplinare alla misura cautelare *de qua*, nemmeno in via analogica⁵.

Tale autonomia strutturale e funzionale tra le due misure gestionali, si fonda sia su argomenti testuali, che su profili ontologici: difatti il potere disciplinare e quello cautelare hanno nelle attuali fonti legislative e contrattuali (e, già in precedenza, nel previgente T.U. impiegati civili dello Stato) una diversa e distinta regolamentazione normativa, ma, soprattutto, rispondono a diverse finalità, in quanto, mentre la sanzione disciplinare ha uno scopo esclusivamente sanzionatorio, la sospensione dal servizio ha una finalità preminentemente cautelare, anche se talvolta, nell'anticipare gli effetti del provvedimento disciplinare, assume di fatto una coloritura parasanzionatoria.

Quest'ultima affermazione richiede qualche puntualizzazione.

La finalità cautelare (tutela immediata dell'ordinato svolgimento dell'attività dell'Amministrazione attraverso l'allontanamento del dipendente pericoloso) è sicuramente immanente in tutte le ipotesi di sospensione dal servizio, facoltative ed obbligatorie, anche se la valutazione circa la sussistenza di tale requisito è talvolta demandato alla discrezionalità dell'Amministrazione (v. le ipotesi di sospensione facoltativa), mentre in altre vi è una prevalutazione legislativa in ordine alla esistenza di una pericolosità del dipendente (v. le ipotesi di sospensione obbligatoria). Tale finalità cautelare impedisce l'adozione di sospensioni con efficacia retroattiva e ne consente la revoca qualora vengano meno i presupposti che ne hanno consigliato l'adozione⁶.



⁵ Sulla natura non disciplinare della sospensione cautelare, Noviello-Tenore, *La responsabilità e il procedimento disciplinare* cit., 365; Mainardi, *Sanzioni disciplinari e responsabilità*, in *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *Cons.St.*, 1999 dal d. lgs. n. 29/93 al d. lgs. 387/98 (a cura di Carinci e D'Antona), Milano, 2000, II, 1698; Pellacani, *Prolungamento della sospensione cautelare in pendenza di procedimento penale: presupposti e condizioni* (nota a TAR Veneto, 18 giugno 1998 n. 1665), in *Il lavoro nelle P.A.*, 1999, n. 2, 422. Per una conferma della distinzione in giurisprudenza è sufficiente il richiamo a Corte Cost., 3 giugno 1999 n. 206, in *Foro it.*, 1999, I, 2149; id., 16 maggio 1994 n. 184, in *Cons.St.*, 1994, II, 796 e *ivi*, 1994, VIII, 1445 ss., con nota di Viola, *Ancora sul pubblico impiego cit.*; Cons. St., sez. IV, 3 settembre 2001 n. 4631, in *www.giust.it*, 2001, n. 7/8; id., sez. IV, 10 novembre 1999 n. 1683, I, 1825; id., comm.spec., 17 maggio 1999 n. 443, *ivi*, 2000, I, 1119.

Per la non condivisibile tesi della sospensione cautelare come sanzione disciplinare atipica (categoria che ricomprenderebbe anche la dispensa per infermità e per scarso rendimento, ed il trasferimento per incompatibilità ambientale) v. Esposito, *Il potere disciplinare*, in Rusciano-Zoppoli (a cura di), *Il lavoro pubblico*, 1993, 562; Bortolotti, voce *Sanzioni disciplinari (impiego pubblico)*, in *Enc.giur.Treccani*, XXVIII, Roma, 1992, 7.

⁶ Sulla efficacia non retroattiva della misura v. Cons. St., sez. VI, 26 aprile 1972 n. 166, inedita; TAR Piemonte, sez. II, 12 febbraio 1988 n. 42, inedita. Ovviamente, in caso di sospensione obbligatoria, la determinazione cautelare, ancorché adottata con ritardo, avrà effetti *ex tunc*, dalla data di adozione del provvedimento restrittivo del giudice penale di cui non si sia avuta tempestiva conoscenza (tra le tante v. TAR Lombardia, Milano, sez. III, 14 maggio 1986 n. 205, in *TAR*, 1986, I, 2242).



Tuttavia, nelle ipotesi di sospensione obbligatoria dal servizio è agevolmente riscontrabile un'ulteriore e prioritaria *ratio* sottesa al doveroso potere cautelare della P.A.: l'impossibilità di rendere la prestazione lavorativa alla controparte datoriale ad opera del dipendente colpito da misure restrittive della libertà. Questa incontestabile circostanza assume notevole peso ai fini della risoluzione del rilevante problema della *restitutio in integrum* dopo la cessazione del provvedimento cautelare (v. il successivo paragrafo n. 7).

Per la peculiare sospensione obbligatoria prevista dall'art. 289 c.p.p. si rinviene inoltre un diverso e peculiare fondamento, correlato alla intangibilità ed integrità degli accertamenti istruttori effettuati nel procedimento penale nei confronti del dipendente inquisito.

Né va infine trascurata la immanente funzione di tutela del prestigio, dell'imparzialità e della immagine interna ed esterna della Pubblica Amministrazione, particolarmente valorizzati nelle ipotesi di sospensione obbligatoria ex art. 15, L. n. 55 del 1990, che verrebbero compromessi ove si consentisse la permanenza in servizio di un soggetto, presumibile autore di gravi condotte di valenza disciplinare ed eventualmente penale. Quest'ultima *ratio* evidenzia come anche lo strumento della sospensione cautelare concorra alla crescente considerazione nel nostro ordinamento della tutela dell'immagine della P.A., riscontrabile sia sul piano normativo che giurisprudenziale.

È dunque chiara, anche sotto il profilo teleologico, la diversità tra il procedimento disciplinare e quello volto alla sospensione cautelare del pubblico dipendente.

2. L'attuale disciplina contrattuale della sospensione cautelare, sebbene si ispiri ad una maggiore tassatività rispetto al previgente sistema, ed attenui così la criticata discrezionalità della P.A. del vecchio regime del T.U. n. 3 del 1957, ripropone alcuni antichi problemi, che saranno nel seguito evidenziati, ponendo, nel contempo, alcune nuove questioni strettamente correlate alla attuale natura del potere di sospensione cautelare.

La questione refluisce nella nota tematica della natura degli atti (gestionali) datoriali nel rapporto di pubblico impiego privatizzato. Sul punto, va ricordato che la qualificazione della sospensione dal servizio come atto amministrativo o come determinazione gestionale-privatistica ha evidenti riflessi:

- a) sull'applicabilità delle regole fissate dalla legge 7 agosto 1990 n. 241, quali la motivazione dell'atto che dispone la sospensione cautelare, il contraddittorio, la comunicazione di avvio di procedimento, l'accesso agli atti;
- b) sulla esperibilità dei ricorsi amministrativi;

- c) sull'esercitabilità dell'autotutela da parte del datore pubblico;
- d) sulla tipologia di censure prospettabili in giudizio;

Sul generale problema della natura degli atti (gestionali) datoriali nel rapporto di pubblico impiego privatizzato, è assolutamente prevalente a livello dottrinale⁷ e giurisprudenziale, sulla scorta dell'inequivoca formulazione dell'art. 4, comma 2, d. lgs. n. 29 cit., oggi art. 5, comma 2, d. lgs. n. 165 del 2001 e dell'art. 89, comma 6, d. lgs. 18 agosto 2000 n. 267 (per gli Enti Locali), la tesi che si tratti di "determinazioni per l'organizzazione degli uffici ... e la gestione dei rapporti di lavoro ... assunte dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro".

Da tale condivisibile inquadramento si possono trarre le premesse per una corretta soluzione dei quattro problemi posti. Poiché il tema risulta adeguatamente sviluppato in altro scritto di questo volume, è sufficiente rinviare a tale studio anche con riferimento alla materia cautelare in esame.

2.1. Dall'inquadramento della sospensione cautelare come determinazione gestionale di natura privatistica, discende l'attribuzione della competenza ad adottare la stessa in capo alla dirigenza generale ex art. 5, comma 2 e art. 16, comma 1, lett. h), d. lgs. 30 marzo 2001 n. 161.

Tale conclusione, estensibile sulla base del d. lgs. n. 165, a tutto il restante pubblico impiego privatizzato (per gli Enti Locali v. art. 94, comma 1 e art. 107, comma 3, lett. e), d. lgs. 18 agosto 2000 n. 267), trova conferma in un univoco indirizzo giurisprudenziale (di recente messo in discussione, limitatamente al personale di Enti Locali, da qualche criticabile intervento del Consiglio di Stato)⁸, che ha sistematicamente escluso la permanenza del po-



⁷ Per la tesi secondo cui i poteri di gestione del rapporto di lavoro presso la P.A. avrebbero, dopo la novella del 1993 e la contrattualizzazione, sempre natura di poteri datoriali di diritto privato e non già di atti amministrativi, cfr., oltre al saggio di Noviello, *La natura privatistica o pubblicistica degli atti del procedimento disciplinare*, inserito nel presente volume, la vasta bibliografia citata da Apicella, *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Enc.dir., Aggiornamento*, vol. VI, Milano, 2002, 602 ss.; per una conferma di tale indirizzo, con riferimento specificamente alla sospensione cautelare, oltre alle sentenze di seguito citate, v. Trib. lav. Roma, 2 luglio 1999, in *Giust.civ.*, 1999, I, 3166; Trib. Caltanissetta, 6 maggio 2000, *ivi*, 2001, I, 259; Trib. lav. Latina 17 ottobre 2000, Est. Gatani, F. c. Ministero della Pubblica Istruzione, inedita. *Contra*, Pret. Genova, 2 marzo 1999, in *Riv.it.dir.lav.*, con nota critica di M.T. Carinci.

⁸ Sulla competenza del dirigente di uffici dirigenziali generali (c.d. di prima fascia) per l'adozione di provvedimenti di sospensione cautelare v. Cons. St., sez. IV, 10 novembre 1998 n. 1474, in *Foro amm.*, 1998, 3010 (la sentenza chiarisce che nei confronti dei dirigenti generali il provvedimento compete al Ministro); id., sez. IV, 19 marzo 1998 n. 484, in *Cons. St.*, 1998, 361; Cons. reg. sic., 8 maggio 1997 n. 88, *ivi*, 1997, I, 887; id., parere 17 gennaio 1996 n. 878/95, *ivi*, 1996, I, 1496; id., sez. V, 8 settembre 1995 n. 660, in *Foro amm.*, 1995, 1835.



tere cautelare in capo all'organo politico, ormai estraneo ad ogni intervento microgestionale. Una residua competenza del vertice politico va riconosciuta solo qualora la misura in esame debba essere assunta nei confronti di un dirigente di ufficio dirigenziale generale (sul punto v. *infra* paragrafo n. 8), nonché qualora si ricada nell'ipotesi, concernente gli Enti Locali con popolazione inferiore ai cinquemila abitanti, prevista dall'art. 53, comma 23, L. 23 dicembre 2000 n. 388 (come modificato dall'art. 30, comma 4, lett. a), della L. 28 dicembre 2001 n. 448), che attribuisce ai componenti dell'organo esecutivo, per esigenze di contenimento di spesa, il potere di adottare atti anche di natura tecnica gestionale.

Ne consegue che l'adozione assunta da organo non competente risulta contraria a legge ed è invalida. Nulla esclude tuttavia che lo strumento cautelare venga adottato, su delega del dirigente di ufficio dirigenziale generale, da

(segue nota 8)

Ne consegue l'illegittimità per violazione di legge della sanzione disciplinare comminata dal Ministro incompetente (tale logica conclusione non è stata recepita dal giudicante, ma per mera questione processuale, in uno dei rari casi in cui il vizio è stato prospettato in giudizio: v. TAR Veneto, 18 giugno 1998 n. 1665, in *Il lav.nelle P.A.*, 1999, 421).

Alle stesse conclusioni perviene la magistratura ordinaria: Trib. Roma, sez. lav., 31 agosto 2001 n. 51995/01, Pres. Floris, Est. Mastroberardino, G. c. Min. Giustizia, inedito; Trib. Napoli, sez. lav., Giud. Anzillotti, 30 aprile 2003 ord., X c. Comune di Napoli, inedita; Trib. Napoli, sez. lav., Giud. Lazzara, 19 maggio 2003 n. 319663/ord., inedito (le ultime due ordinanze dichiarano illegittima la sospensione cautelare disposta dal Sindaco in luogo del dirigente del personale).

Si segnala tuttavia che il Consiglio di Stato, con la recente sentenza sez. V, 23 giugno 2003 n. 3717 (in *www.giustizia-amministrativa.it*), ha affermato che l'art. 51, comma 3, della legge n. 142 del 1990, nel testo modificato dall'art. 6 della legge n. 127 del 1997 ed integrato dall'art. 2 della legge 16 giugno 1998 n. 191, nel prevedere che i poteri in esso elencati sono attribuiti ai dirigenti degli enti locali "secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente", non è vincolante ma di carattere programmatico; lo spostamento delle competenze da essa previsto deve pertanto ritenersi non automatico, ma subordinato alla previa approvazione delle modifiche statutarie e regolamentari atte a determinare le modalità per l'espletamento delle funzioni demandate ai dirigenti (nella specie è stata ritenuta legittima una ordinanza del Sindaco di Napoli che aveva disposto la sospensione dei lavori e la demolizione di alcune opere abusive, atteso che la competenza in materia non era stata trasferita, con apposita norma regolamentare o statutaria, ai dirigenti). Tale tesi si pone in contrasto con precedenti specifici del medesimo organo: v. Cons. St., sez. V, 15 novembre 2001 n. 5833; id., sez. V, 27 agosto 1999 n. 1004.

L'isolata tesi del Consiglio di Stato, in contrasto con propri specifici precedenti favorevoli al trasferimento della competenza gestionale alla dirigenza senza la previa mediazione statutaria (v. Cons. St., sez. V, 15 novembre 2001 n. 5833, in *www.giust.it*, 2001, n. 11 e id., sez. V, 12 aprile 2001 n. 2293, in *Giur. it.* 2001, 1721 ed in *Foro amm.* 2001, 871), è stata criticata dai primi commentatori (v. Saffioti, *Competenze dei dirigenti: la norma è immediatamente precettiva*, in *www.lexitalia.it*, 2003, n. 7/8; Scarascia, *La sentenza n. 3717/2003 del Consiglio di Stato e la sua giustificazione razione temporis*, *ivi*, 2003, n.7/8) e con la giurisprudenza dell'A.G.O. sopra richiamata.

parte di un dirigente di seconda fascia (es. il dirigente, non generale, preposto all'ufficio procedimento disciplinari). Tale scelta organizzativa ha degli interessanti riflessi, come segnalato nel precedente paragrafo, sulla esperibilità del ricorso gerarchico.

La delega in esame potrebbe intervenire anche a favore di dipendenti con qualifica non dirigenziale "che ricoprono le funzioni più elevate" in base all'art. 17, comma 1 *bis*, d. lgs. n. 165 del 2001 dall'art. 2, L. 15 luglio 2002 n. 145. Né va dimenticato che in base all'art. 6, comma 3, L. 15 maggio 1997 n. 127 (oggi art. 109, comma 2, d. lgs. 18 agosto 2000 n. 267) nei Comuni privi di personale con qualifica dirigenziale, le funzioni ad essi attribuite dalla legge sono svolte, sulla base di motivato provvedimento del Sindaco, dai responsabili degli uffici o dei servizi.

Si segnala che nell'impiego privato, soprattutto presso grandi imprese (es. FIAT), la competenza ad adottare provvedimenti cautelari e disciplinari non compete al legale rappresentante, ma al responsabile di ogni unità organizzativa in base ad apposita delega, resa nota tramite apposite comunicazioni organizzative. Il sistema risponde al principio "secondo cui chi ricopre un ruolo manageriale, e quindi risponde di un risultato di gestione interno al sistema aziendale, è direttamente investito di una responsabilità legale relativamente a quegli atti della sua gestione che assumono rilevanza verso i dipendenti, i terzi, l'Amministrazione Pubblica"⁹.

Va da ultimo evidenziata la peculiare regolamentazione della competenza in materia per il personale del comparto scuola, per il quale il CCNL nazionale anni 1994-1997 prevede per il personale amministrativo, tecnico e ausiliario (ATA) un riparto di competenze tra vertice dell'istituto scolastico (oggi dirigente scolastico) e provveditore (oggi direttore generale degli uffici scolastici regionali), riservando una distinta disciplina, procedurale e di competenze, per il personale docente (cui continua ad applicarsi il previgente regime del d. lgs. 16 aprile 1994 n. 297, in virtù dell'art. 56 CCNL cit. e dell'art. 55, comma 10, d. lgs. n. 165 del 2001)¹⁰.

2.2. Prima di analizzare in dettaglio la disciplina delle diverse ipotesi di sospensione dal servizio presenti nel nostro ordinamento, occorre chiedersi se l'Amministrazione possa disporre di strumenti alternativi che risponda-



⁹ Le parole virgolettate sono di Giva, *Il rapporto disciplinare in Fiat auto*, in AA.VV. (a cura di Sorace), *Le responsabilità pubbliche*, Padova, 1998, 369.

¹⁰ Sul tema, Tenore (a cura di), *La dirigenza scolastica*, Milano, 2002.



no, con minori (o maggiori, v. *infra*) costi per il buon andamento della P.A., alle medesime finalità cui tende lo strumento cautelare in esame.

Anteriormente all'entrata in vigore della L. 27 marzo 2001 n. 97, parte della dottrina ha risposto affermativamente al quesito, ritenendo che sulla base dei principi codificati nell'art. 6 (criterio della flessibilità nell'organizzazione degli uffici e nella gestione delle risorse umane) e negli art. 32 e ss. (principio della mobilità) del d. lgs. n. 29 del 1993 (oggi art. 6 e 30 e ss., d. lgs. n. 165 del 2001), possa disporsi una mera "sospensione dalla mansione esercitata" dal dipendente, trattenendolo in servizio, ma adibendolo ad altre mansioni.

Tuttavia tale trasferimento non è applicabile alle ipotesi di sospensione obbligatoria codificate nei contratti collettivi (e nell'art. 15 della legge 19 marzo 1990 n. 15 e nell'art. 4, L. 27 marzo 2001 n. 97), in quanto in tali evenienze l'Amministrazione non gode di poteri discrezionali di scelta, ma deve necessariamente adottare il solo provvedimento di allontanamento dall'ufficio conseguenziale a determinati presupposti penali.

In secondo luogo, per le ipotesi di sospensione facoltativa, l'utilizzo del trasferimento o della mobilità per fini sostanzialmente coincidenti con quelli della sospensione cautelare potrebbe tradursi in un uso distorto dell'art. 2103 c.c. o in un abuso di diritto. Di tali rilievi, sia la giurisprudenza amministrativa che quella ordinaria (in controversie con datore privato), hanno fatto spesso applicazione a fronte dell'utilizzo con finalità indirettamente disciplinari di atti di trasferimento o di revoca di autorizzazioni, illegittimamente assunti in luogo delle tipiche e tassative sanzioni disciplinari e senza le garanzie del relativo procedimento¹¹.

¹¹ La Magistratura amministrativa ha più volte ribadito che, stante il principio di tassatività delle sanzioni disciplinari e del contraddittorio procedimentale che caratterizza il relativo *iter*, è illegittimo il trasferimento del dipendente che, non assolvendo alla tipica finalità di utilizzazione del personale per esigenze dell'Amministrazione, miri surrettiziamente a sanzionare o prevenire possibili irregolarità amministrative da vagliare in sede disciplinare: v. TAR Lazio, Roma, sez. II *ter*, 18 febbraio 1999 n. 586, in *Foro amm.*, 1999, in *Giur.merito*, 1999, III, 1079; Cons. St., sez. VI, 27 gennaio 1997 n. 117, in *Cons.St.*, 1997, I, 120; id., sez. IV, 30 ottobre 1982 n. 707, inedita.

La prevalente tesi della Magistratura amministrativa è condivisa dalla Magistratura ordinaria (in controversie con datore privato), che, anche alla luce dell'art. 7, comma 4, L. 20 maggio 1970 n. 300, qualifica espressamente come nullo il trasferimento disciplinare non contemplato da alcuna disposizione collettiva, o fittiziamente assunto in base ad (insussistenti) esigenze tecniche, organizzative e produttive di cui all'art. 2103 c.c.: sul punto cfr. Papaleoni, *Il procedimento disciplinare nei confronti del lavoratore*, Napoli, 1996, 46, con ampi richiami giurisprudenziali e dottrinali. La giurisprudenza ordinaria è univoca sul punto, pur affermandosi la possibilità di un trasferimento per i medesimi fatti che assumano anche valenza disciplinare qualora sussistano e si comprovino i presupposti dell'art. 2103 c.c. (es. liti con colleghi di lavoro incidenti negativamente sulla produttività dei singoli e dell'impresa): ex

Secondo un indirizzo ormai recepito dal Giudice Ordinario del lavoro, anche nell'impiego pubblico il trasferimento del dipendente deve avvenire non più sulla scorta di valutazioni ampiamente discrezionali, ma in base ad idonea motivazione che evidenzi come la permanenza in un certo ufficio del dipendente trasferito produca effetti di disorganizzazione, disfunzione e conflitto organizzativo interno all'unità produttiva tali da rilevare sotto quei profili tecnici, organizzativi e produttivi di cui all'art. 2103 c.c., norma applicabile al pubblico impiego in virtù del richiamo al codice civile operato dall'art. 2, comma 2, d. lgs. n. 29 del 1993 (oggi art. 2, comma 2, d. lgs. n. 165 del 2001).

La riconduzione alle ragioni dell'art. 2103 c.c. di un atto di trasferimento per finalità coincidenti con quelle della sospensione cautelare ci sembra alquanto problematica, anche se va segnalato, in considerazioni della intervenuta devoluzione delle controversie in materia all'A.G.O., l'indirizzo della Suprema Corte che, nell'applicazione della norma codicistica all'impiego privato, segue una interpretazione estensiva delle ragioni che legittimano l'allontanamento del dipendente dalla propria unità operativa. Queste ragioni non sono solo quelle oggettive testualmente previste dall'art. 2103 c.c., ma anche quelle soggettive (ivi comprese quelle configuranti una c.d. incompatibilità ambientale) purchè oggettivamente valutabili sotto il profilo tecnico, organizzativo e produttivo, quali causa di reali disfunzioni e disorganizzazioni nell'impresa¹².



(segue nota 11)

pluribus Cass., sez. lav., 26 marzo 1998 n. 3207, in *Not.giur.lav.*, 1998, 377; id., 21 ottobre 1997 n. 10333, in *Riv.giur.lav.*, 1998, II, 284 con nota di Fodale; id., 28 settembre 1995 n. 10252, in *Giur.it.*, 1995, I, 1, 730, con nota di Marazza; id., 16 aprile 1992 n. 4655, in *Riv.it.dir.lav.*, 1993, II, 571, con nota di Proia; id., SS.UU., 24 luglio 1986 n. 4747, in; Pret. Milano, 17 ottobre 1998; Pret. Roma, 27 giugno 1996 (tutte le citate sentenze sono richiamate in *Guida al lavoro*, 1999, n. 13, 41 seg.). Sul punto v. anche la giurisprudenza citata da Incantalupo, *Le sanzioni disciplinari*, Milano, 1999, 24.

¹² Sulla interpretazione estensiva dell'art. 2103 c.c. nell'impiego privato al fine di sussumere nella sua portata applicativa il trasferimento per incompatibilità ambientale v. Cass., sez. lav., 15 dicembre 1987 n. 9276, in *Foro it.*, Rep. 1987, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1120; id., 9 settembre 1989 n. 3889, in *Mass.giur.lav.*, 1987, 477; id., 21 novembre 1990 n. 11233, in *Giust.civ.*, 1991, I, 583 con nota di Papaleoni; id., 16 aprile 1992 n. 4655, in *Not.giur.lav.*; id., 28 settembre 1995 n. 10252, in *Giur.it.*, 1996, I, 1, 730; id., 27 giugno 1998 n. 6383, in *MCV*, 1998, 1412. Sull'utilizzo illegittimo del trasferimento del lavoratore (anche per incompatibilità ambientale) in luogo della sanzione disciplinare, sia nell'impiego pubblico che privato, si rinvia a Noviello-Tenore, *La responsabilità e il procedimento disciplinare*, cit., 109. L'indirizzo estensivo sulla previsione codicistica è particolarmente rilevante dopo l'intervenuta abrogazione del trasferimento per incompatibilità ambientale ex art. 32, D.P.R. 10 gennaio 1957 n. 3 ad opera dell'art. 43, comma 5, d. lgs. 31 marzo 1980 n. 80.



Se comunque il datore di lavoro (pubblico o privato) dimostri che il comportamento del lavoratore possa configurare al tempo stesso i presupposti di cui all'art. 2103 c.c. e quelli per una sospensione cautelare (o un provvedimento disciplinare), ben può legittimamente disporre il trasferimento, che non configura, dunque, una sospensione o una sanzione atipica¹³.

L'art. 3, L. 27 marzo 2001 n. 97 (Norme sul rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare ed effetti del giudicato penale nei confronti dei dipendenti delle Amministrazioni Pubbliche), oggi recepito nell'art. 15, CCNL 2002-2005 Ministeri, ha profondamente inciso sulle considerazioni sin qui sviluppate, almeno con riferimento ad alcune specifiche e tassative evenienze¹⁴.

(segue nota 12)

Il Pretore di Roma (decisione 1 marzo 1999, Est. Corsetti, P. c. Ministero Grazia e Giustizia) ha affermato che, essendo stato abrogato il predetto art. 32, D.P.R. n. 3 sul trasferimento del pubblico dipendente per incompatibilità ambientale, è possibile trasferire quest'ultimo non più sulla scorta di valutazioni ampiamente discrezionali, ma purché si evidenzino, con idonea motivazione, come tale incompatibilità ambientale produca effetti di disorganizzazione, disfunzione e conflitto organizzativo interno all'unità produttiva tali da rilevare sotto quei profili tecnici, organizzativi e produttivi di cui all'art. 2103 c.c., norma applicabile al pubblico impiego in virtù del richiamo al codice civile operato dall'art. 2, comma 2, d. lgs. n. 29.

¹³ Sulla legittimità di trasferimenti in luogo di sanzioni disciplinari, sussistendo i presupposti dell'art. 2103 c.c. v. Cass., sez. lav., 26 marzo 1998 n. 3207, in *CED Cassazione* RV 514000; id., sez. lav., 27 giugno 1998 n. 6383, in *Riv. dir. lav.*, 1999, II, 356, con nota di Pilati. Tale conclusione favorevole alla trasferibilità del dipendente sottoposto a procedimento disciplinare, è stata di recente condivisa, sebbene con diverse argomentazioni di matrice pubblicistica, dalla decisione 8 marzo 2001 n. 1360 del Consiglio di Stato, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁴ Per un commento alla L. 27 marzo 2001 n. 97 e al relativo art. 3, v. Noviello-Tenore, *La responsabilità e il procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, Milano, 2002, 296 ss., 380 ss.; Poli, *Contenuti ed ambito applicativo della L. 27 marzo 2001 n. 97, con particolare riferimento al personale delle forze armate*, in *Dir. milit.*, 2001, n. 2, 23; Squeglia, *Il trasferimento ad altro ufficio del pubblico dipendente rinviato a giudizio (brevi note a margine all'art. 3 della legge 27 marzo 2001 n. 97)*, in *Giust.amm.*, 2001, 445; Papaleoni, *Considerazioni sul rapporto tra procedimento penale e procedimento disciplinare nei confronti dei dipendenti pubblici*, in *Il lav.nelle P.A.*, 2001, n. 3-4, 550; Fontanella, *La nuova disciplina della sospensione cautelare dal servizio prevista dall'art. 4 della legge 27 marzo 2001 n. 97* (osservazioni a TAR Campania, Napoli, sez. I, 2 luglio 2001 n. 212), in www.giust.it, n. 7/8, 2001; Falcone, *Trasferimento e sospensione, le soluzioni prima della condanna*, in *Guida agli enti locali*, 2001, n. 16; Bosco, *Prime riflessioni sulla nuova disciplina legislativa del procedimento disciplinare a carico del pubblico dipendente indagato o condannato in sede penale*, in www.giust.it, n. 9, 2001; Pagano, *La pregiudiziale penale al procedimento disciplinare nella legge 97/2001 alla stregua dell'esame degli atti parlamentari*, in www.giust.it, n. 12, 2001; Briguori, *I rapporti tra il procedimento disciplinare ed il procedimento penale: nuove soluzioni nella legge 27 marzo 2001 n. 97* (nota a Trib. Reggio Emilia 25 maggio 2000 n. 412), in www.formez.it, sub *contenzioso del lavoro*.

La norma, ispirata dalla ragionevole esigenza di fornire alla Pubblica Amministrazione (e ai soggetti a prevalente partecipazione pubblica) uno strumento ulteriore e meno oneroso per le casse erariali rispetto alla sospensione cautelare, opera un difficile bilanciamento tra l'esigenza di allontanare il lavoratore pericoloso e la necessità di utilizzarne in altra sede la forza-lavoro per non sopportare i costi, quanto meno alimentari, connessi alla sospensione cautelare.

La previsione, rispondente ad esigenze di tutela del buon andamento della P.A. e di prevenzione e repressione di fenomeni di malcostume amministrativo, gode di una tutela rinforzata: in base all'art. 8, L. n. 97 cit., la stessa prevale su eventuali previgenti fonti contrattuali regolanti la materia e impone ai futuri contratti collettivi di rispettare gli inderogabili precetti introdotti, derogando alla regola generale (nella sola materia lavoristica pubblica) della prevalenza della fonte negoziale su quella legislativa (art. 2, comma 2, d. lgs. n. 165).

L'art. 3 cit. (oggi recepito nell'art. 15, comma 3, CCNL 2002-2005 Ministeri) prevede per i dipendenti pubblici (e per quelli di enti a prevalente partecipazione pubblica) rinviati a giudizio per alcuni tassativi reati contro la P.A. (art. 314 c.p., peculato; art. 317 c.p., concussione; art. 318 c.p., corruzione per un atto d'ufficio; 319 c.p., corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio; art. 319 *ter* c.p., corruzione in atti giudiziari; art. 320 c.p., corruzione di persona incaricata di pubblico servizio; art. 3, L. 9 dicembre 1941 n. 1383) il "trasferimento ad ufficio diverso da quello in cui prestava servizio al momento del fatto, con attribuzione di funzioni corrispondenti, per inquadramento, mansioni e prospettive di carriera, a quelle svolte in precedenza".

Tale trasferimento di ufficio, obbligatorio a nostro avviso nell'*an* (salvo che la P.A. opti per una sospensione cautelare, come previsto dallo stesso art. 3, comma 1), ma non per questo illegittimo costituzionalmente, consente sul *quomodo* alla P.A. di procedere, alternativamente, ad un trasferimento di sede o alla attribuzione di un incarico differente da quello già svolto (art. 3, comma 1). Se, tuttavia, per la qualifica rivestita o per obiettivi motivi organizzativi, non sia possibile attuare tale trasferimento d'ufficio, il dipendente può essere posto in aspettativa o in disponibilità, con diritto alla conservazione del trattamento economico (con esclusione di quello correlato alle presenze in servizio) (art. 3, comma 2).

Le tre misure (trasferimento di sede, attribuzione di altro incarico, collocamento in aspettativa o in disponibilità) hanno una durata massima quinquennale (decorrente dalla data di adozione e non già di comunicazione o





applicazione della determinazione dirigenziale), ma perdono efficacia, anche prima del quinquennio, se per il fatto è pronunciata sentenza di proscioglimento o di assoluzione anche non definitiva (art. 3, comma 3).

Sono tuttavia previste due deroghe a tale automatico rientro nell'originario ufficio: la prima, deriva dalla attribuzione al dipendente della facoltà (che non configura un diritto) di optare per la permanenza nel nuovo ufficio o per la prosecuzione delle nuove funzioni (art. 3, comma 3); la seconda discende dal riconoscimento a favore della parte datoriale di un potere di diniego del rientro, per la presenza di obiettive e motivate ragioni correlate al pregiudizio alla funzionalità dell'ufficio (art. 3, comma 4).

3. Nell'ambito del *genus* sospensione obbligatoria vanno oggi ricomprese ben quattro ipotesi normative fondamentali, che presentano sostanziali diversità in ordine alla *ratio* ispiratrice delle rispettive previsioni e ai presupposti applicativi. Si tratta delle fattispecie originariamente previste dalla contrattazione collettiva anni 1994-1997, delle ipotesi previste dall'art. 15, L. 19 marzo 1990 n. 55 e successive modifiche, dell'ipotesi prevista dall'art. 289 c.p.p. e dell'ipotesi prevista dall'art. 4, L. 27 marzo 2001 n. 97, unitariamente riproposte e recepite (ad eccezione della previsione codicistica) nell'art. 15 del CCNL Ministeri, anni 2002-2005, di recente entrato in vigore.

Per esigenze di chiarezza espositiva, le quattro previsioni verranno analizzate separatamente.

A) La contrattazione collettiva 1994-1997 (v., ad esempio, art. 27, comma 1, CCNL Ministeri; art. 62, CCNL Scuola) prevedeva che “il dipendente che sia colpito da misura restrittiva della libertà personale è sospeso d'ufficio dal servizio con privazione della retribuzione per la durata dello stato di detenzione o comunque dello stato restrittivo della libertà”. La formula viene integralmente ripresa nell'art. 15, comma 1 del CCNL Ministeri, anni 2002-2005, citato.

La norma contrattuale ripropone, con alcuni adattamenti, il previgente contenuto dell'art. 91, D.P.R. n. 3 del 1957, che subordinava l'immediata adozione del doveroso provvedimento (da parte del capo dell'ufficio) all'emissione di “mandato od ordine di cattura”.

L'attuale ampia formulazione contrattuale obbliga dunque l'Amministrazione ad adottare il provvedimento qualora il proprio dipendente sia destinatario di:

- arresto (art. 379 e ss., c.p.p.);
- fermo (art. 384, c.p.p.);

- ordine di custodia cautelare in carcere o in luogo di cura (art. 285, 286, c.p.p.);
- provvedimento che dispone gli arresti domiciliari (art. 284 c.p.p.);
- obbligo o divieto di dimora (art. 283, c.p.p.), salvo deroga autorizzata dal giudice ai sensi dell'art. 283, comma 5 cit.

L'affidamento in prova ai servizi sociali del lavoratore condannato penalmente non può invece comportare l'automatica applicazione della misura cautelare, dovendo dimostrare la P.A. l'impossibilità di utilizzare il dipendente per compiti di istituto.

Trattasi di misura meramente ricognitiva dei prescritti requisiti ed obbligatoria nell'*an*, nel *quomodo* e nel *quando*.

Va rimarcata, sul punto, la frequente inosservanza da parte degli uffici del pubblico ministero del disposto dell'art. 129, disp.att. c.p.p. e ribadito dall'art. 15, comma 4 *septies*, L. 19 marzo 1990 n. 55, che fa obbligo all'organo requirente di informare l'Amministrazione di appartenenza dei provvedimenti di arresto, fermo o custodia cautelare adottati nei confronti dei dipendenti pubblici. Tale omissione (o tardiva comunicazione) pone seri problemi gestionali per le varie Amministrazioni, che sono spesso costrette, una volta venute a conoscenza (per scienza propria) dell'adottato provvedimento, ad adottare, legittimamente atti di sospensione con effetti retroattivi, coincidenti con la data di emissione del provvedimento restrittivo penale.

La sospensione obbligatoria è cronologicamente correlata alla "durata dello stato di detenzione o comunque dello stato restrittivo della libertà" (v., ad es., art. 27, comma 1, CCNL Ministeri 1994-1997, oggi art. 15, comma 2, CCNL Ministeri 2002-2005). Tuttavia l'Amministrazione conserva la facoltà, cessato lo stato di restrizione della libertà personale, di prolungare (ieri motivando, oggi dandone giustificazione in giudizio in caso di contestazione) il periodo di sospensione cautelare del dipendente sino alla sentenza definitiva.

B) La seconda ipotesi di sospensione obbligatoria del dipendente pubblico è quella codificata nell'art. 15, comma 1 e 4 *septies*, L. 19 marzo 1990 n. 55, nel testo introdotto dall'art. 1, comma 1, L. 18 gennaio 1992 n. 16. La vigenza di tale norma anche dopo l'intervenuta contrattualizzazione della materia in esame, trova inequivoca conferma nella stessa fonte negoziale, che richiama espressamente la previsione suddetta (v., ad es., art. 27, comma 4, CCNL Ministeri 1994-1997, e, oggi, con alcune rilevanti modifiche, art. 15, comma 4, CCNL Ministeri 2002-2007) in ogni caso ritenuta applicabile a tutti i dipendenti pubblici anche prima dell'intervenuta privatizzazione. La previsione ha subito nel corso degli anni numerose e sofferte modifiche, di seguito





analizzate, che hanno contribuito ad una notevole incertezza applicativa della misura cautelare.

La norma nasce, storicamente, dall'esigenza di fornire, attraverso diversi strumenti approntati dalla L. n. 55 del 1990 (come integrati e rafforzati dalla L. n. 16 del 1992), una forte risposta dello Stato sul piano amministrativo, da affiancare allo strumento penale, per combattere il progressivo inquinamento della Pubblica Amministrazione a causa della presenza, al suo interno, di soggetti (amministratori e dipendenti pubblici) perseguiti o condannati per gravi reati di criminalità organizzata o autori di gravi reati contro la P.A.

Il regime delineato dall'originaria versione dell'art. 15, comma 1 e 4 *septies*, L. n. 55 cit., prima delle discutibili modifiche apportate dalla L. n. 475 del 1999, statuiva la doverosità della sospensione obbligatoria in 4 ipotesi:

- a) in caso di esercizio dell'azione penale per i gravi reati previsti dall'art. 15, comma 1, lett. a) ed e), L. n. 55 cit. (associazione mafiosa; associazione per il traffico illecito di stupefacenti; produzione o traffico di stupefacenti; fabbricazione, importazione, esportazione o vendita di armi o esplosivi; favoreggiamento commesso in relazione a taluno dei predetti reati);
- b) in caso di condanna anche non definitiva per i reati di cui al precedente punto a), o per alcuni reati contro la P.A. previsti dall'art. 15, comma 1, lett. b), L. n. 55 cit. (peculato, malversazione, concussione, corruzione, etc.). Tale previsione aveva originato, come è noto, un rilevante problema in ordine alla sua applicabilità in caso di sentenza resa a seguito di patteggiamento ex art. 444 c.p.p.¹⁵, questione che ha trovato soluzione solo di recente ad opera della L. n. 475 del 1999 (che, nell'aggiungere

¹⁵ Sulla natura della sentenza di patteggiamento (art. 444 c.p.p.) si rinvia a Noviello-Tenore, *La responsabilità e il procedimento disciplinare cit.*, 310 ss. In questa sede può essere ricordato il parere del Cons. St., comm.spec.p.i., 13 luglio 1998 n. 413 (in *Foro amm.*, 1999, 114, con osservazioni di Iannotta, in *Foro it.*, 1999, III, 498 e in *Cons.St.*, 1999, I, 155; il parere è stato poi confermato da Cons. St., comm.spec., 17 maggio 1999 n. 437, inedita) che, ribaltando l'orientamento sostenuto nel precedente parere, sez. I, 27 maggio 1992 n. 1467/1992 (in *Cons. St.*, 1993, I, 453), ha ritenuto che la sospensione obbligatoria prevista dall'art. 15, comma 1, lett. b) e 4 *septies*, L. n. 55 cit., non operi nelle ipotesi di applicazione della pena su richiesta ex art. 444 c.p.p., non avendo tale decisione natura di sentenza di condanna, alla quale è soltanto equiparata a determinati scopi. In *terminis* TAR Lombardia, Milano, sez. III, 20 novembre 1998 n. 2674, in *TAR*, 1999, I, 71; TAR Veneto, sez. I, 16 maggio 2000 n. 1020, in www.lavoropubblico.formez.it/contenzioso.

La soluzione opposta è stata propugnata dalla magistratura ordinaria: v. Pret. Napoli, 14 maggio 1999, in www.lavoropubblico.formez.it/contenzioso, nonché, in materia di ineleggibilità negli enti locali ex art. 1, comma 1, lett. c), L. n. 55 cit., dei soggetti condannati con sentenza patteggiata, v. la circolare 25 novembre 1998 n. 4/98 del Ministero dell'Interno

un comma 1 *bis* alla L. n. 55 del 1990, introduce l'equiparazione della sentenza patteggiata a quella di condanna) e in merito alla sua operatività anche in caso di condanna con pena sospesa o condonata;

- c) in caso di condanna definitiva o confermata in appello per i delitti di cui all'art. 15, comma 1, lett. c) e d), L. n. 55 cit. (delitto commesso con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti ad una pubblica funzione o a un pubblico servizio, ma diversi da quelli di cui all'art. 1, comma 1, lett. b), L. n. 55; delitti non colposi con condanna ad una pena non inferiore a due anni di reclusione);
- d) in caso di applicazione, anche con provvedimento non definitivo, di misure di prevenzione antimafia di cui all'art. 1, L. 31 maggio 1965 n. 575 (art. 15, comma 1, lett. f), L. n. 55).

Evidente appare, dunque, la già segnalata *ratio* pubblicistica della versione originaria di tale peculiare sospensione obbligatoria dal servizio, tesa a tutelare la credibilità esterna dell'Amministrazione nei confronti dei cittadini e, nel contempo, a garantire il rispetto del buon andamento della P.A. (art. 97 Cost.), l'adempimento con disciplina ed onore delle funzioni pubbliche affidate ai dipendenti dell'Amministrazione (art. 54, comma 2, Cost.), lo svolgimento delle funzioni pubbliche da parte dei dipendenti al servizio esclusivo della Nazione (art. 98, comma 1, Cost.).

Inopinatamente sulla materia è tuttavia sopravvenuta la L. 13 dicembre 1999 n. 475, che ha radicalmente modificato l'art. 15, L. n. 55 cit., attenuando sensibilmente sia il regime delle incandidabilità elettorali (e delle decadenze dalle cariche), sia il regime della sospensione obbligatoria dei pubblici dipendenti¹⁶.

(segue nota 15)

(in *G.U., s.gen.*, 7 dicembre 1998 n. 286). Tale ultima tesi, già propugnata dalla Corte di Cassazione (Cass., sez. I, 7 ottobre 2000 n. 13357, in *Foro it.*, 2000, I, 3455; id., sez. I, 7 ottobre 2000 n. 13356, *ivi Mass.*; id., sez. I, 10 marzo 1999 n. 2065, in *Foro it.*, Rep. 1999, voce *Elezioni*, n. 296 e in *Dir.reg.*, 1999, 717 con nota di Colaluca; id., 13 settembre 1997 n. 9068, in *Foro it.*, Rep. 1997, voce *cit.*, n. 44; id., 13 settembre 1996 n. 8270, *ivi*, Rep. 1996, voce *cit.*, n. 283; id., 12 aprile 1996 n. 3490, *ivi*, Rep. 1996, voce *Misure di prevenzione*, n. 44; id., 5 dicembre 1995 n. 12511, *ivi*, Rep. 1995, voce *Elezioni*, n. 278) è oggi recepita a livello legislativo dalla L. 13 dicembre 1999 n. 475, che ha aggiunto all'art. 15, L. n. 55 del 1990 un comma 1 *bis*, statuente l'equiparazione della sentenza patteggiata a quella di condanna "a tutti gli effetti disciplinati dal presente articolo". Tale conclusione è ulteriormente confermata dall'art. 2, L. 27 marzo 2001 n. 97, di seguito analizzato.

¹⁶ La devastante portata della L. 13 dicembre 1999 n. 475 sulla potestà cautelare della P.A. è passata, assai stranamente, sotto silenzio, sia a livello dottrinale che giornalistico, segno inequivoco di un diffuso disinteresse verso interventi normativi, di chiara matrice politica (nel senso deteriore del termine), incidenti sul buon funzionamento dell'Amministrazione e par tori in periodi "dicembrini" in cui l'opinione pubblica è spesso assorbita da altri interessi.





In particolare, la novella del 1999 ha eliminato tutte le ipotesi di sospensione obbligatoria del lavoratore correlate al mero rinvio a giudizio, o ad una sentenza non definitiva o a misure di prevenzione non definitive, richiedendo per l'adozione della misura cautelare esclusivamente una condanna definitiva (art. 15, comma 1, lett. a), b), c), d), novellato della L. n. 55 del 1990), o una misura di prevenzione definitiva (art. 15, comma 1, lett. f., L. cit.).

Inoltre, alla lettera a) è stata introdotta una soglia di punibilità per i delitti in materia di armi, richiedendosi la condanna ad una pena non inferiore ad un anno, e analoga soglia (oltre sei mesi di reclusione) è stata introdotta (lett. c) per i delitti commessi con abuso di poteri o con violazione dei doveri inerenti ad una pubblica funzione o un pubblico servizio.

Tale censurabile attenuazione della tutela cautelare del prestigio dell'Amministrazione (dopo un giudicato penale di condanna e dopo un pluriennale procedimento giudiziario le esigenze cautelari vengono meno, e l'Amministrazione deve agire in sede disciplinare) viene tuttavia in parte bilanciata, ad opera della L. n. 475 del 1999, dalla equiparazione della sentenza di patteggiamento ex art. 444 c.p.p. alla sentenza di condanna.

In estrema sintesi, dopo la censurabile L. n. 475 del 1999, la sospensione immediata dal servizio scatta solo dopo la sentenza di condanna passata in giudicato (a cui è equiparata quella di patteggiamento) o l'applicazione definitiva della misura di prevenzione. È evidente anche al profano che gli spazi operativi sono ormai assai limitati, con palese snaturamento della natura cautelare della sospensione in esame.

Il quadro ricostruttivo concernente la travagliata storia dell'art. 15, L. n. 55 del 1990 ha subito un ulteriore e problematico ritocco in tempi recenti ad opera dell'art. 274, comma 1, d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267 – testo unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti Locali – che, alle lettere p), v), ff) e rr), sembra aver previsto l'incondizionata ed onnicomprensiva abrogazione di tutte le disposizioni delle leggi n. 55 del 1990 e n. 475 del 1999 sino ad ora illustrate.

In particolare, risultano testualmente abrogati:

- alla lettera p): “articoli 15, salvo per quanto riguarda gli amministratori e i componenti degli organi comunque denominati delle aziende sanitarie

(segue nota 16)

Tra i rari contributi scientifici sul punto, oltre a Noviello-Tenore, *La responsabilità e il procedimento disciplinare*, cit. 394 ss, v. Virga, *Abolita la sospensione cautelare obbligatoria*, in sito www.giust.it, il quale ritiene che la sospensione cautelare facoltativa attenui i rischi per la P.A. della sopravvenuta normativa. A livello giornalistico, si sofferma sul tema Miraglia, *Grazie ad una leggina i lavoratori dello Stato e degli enti locali potranno restare in servizio anche con una sentenza sfavorevole*, in *Il Sole 24 ore*, 4 dicembre 1999, rubrica *Norme e tributi*.

locali e ospedaliera, i consiglieri regionali, 15 *bis*, e 16 della legge 19 marzo 1990, n. 55”;

- alla lettera v): “articoli 1 e 4 comma 2, della legge 18 gennaio 1992, n. 16”;
- alla lettera ff): “articoli 1, 2 e 4 della legge 12 gennaio 1994, n. 30”;
- alla lettera rr): “legge 13 dicembre 1999, n. 475, ad eccezione dell’articolo 1, comma 3, e fatte salve le disposizioni ivi previste per gli amministratori regionali”.

Nel contempo, per il personale degli Enti Locali, il decreto delegato n. 267 ha effettuato (art. 88) un generale rinvio alla legislazione vigente in materia di lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni (ieri d. lgs. n. 29 del 1993, oggi d. lgs. n. 165 del 2001), ed ha poi regolamentato la materia della sospensione cautelare in precedenza contenuta nella L. n. 55 del 1990, richiamando, all’art. 94 (rubricato in parte erroneamente come “responsabilità disciplinare” pur afferendo, al primo comma, al diverso istituto della “sospensione cautelare”), le norme dei precedenti art. 58 e 59.

Tale novella normativa porta alla implicita abrogazione (o ad una sua interpretazione evolutiva) dell’art. 27, comma 4, CCNL comparto Enti Locali anni 1994-1997, che, nel disciplinare la sospensione cautelare in caso di procedimento penale, richiama l’art. 15, L. n. 55 del 1990 (novellato dalla L. n. 16 del 1992).

Sulla scorta di una interpretazione meramente testuale del dato positivo (art. 274 del T.U. n. 267 cit.), dovrebbe concludersi che oggi, nei confronti di tutti i pubblici dipendenti, non sia possibile irrogare la misura cautelare della sospensione c.d. antimafia prevista dal citato art. 15, L. n. 55 del 1990 neppure nella forma edulcorata risultante dalle modifiche introdotte dalla L. n. 475 del 1999 cit., essendo state formalmente abrogate entrambe le norme con apparente portata onnicomprensiva (*ergo* per qualsiasi pubblico dipendente, e non solo per quelli degli Enti Locali).

Questa conclusione ermeneutica, incidentalmente recepita da qualche decisione recente della magistratura, ad un approfondimento di carattere sistematico operato da parte della dottrina non appare così scontata¹⁷: onde evitare una evidente, irrazionale disparità di trattamento fra dipendenti degli Enti Locali (che hanno ricevuto una nuova regolamentazione della abrogata sospensione nell’art. 94 del T.U. n. 267) ed il restante personale pubblico (che non ha avuto alcuna nuova regolamentazione ad opera del T.U. n. 267), nonché una palese violazione della delega (che non conteneva alcun richia-



¹⁷ Noviello-Tenore, *La responsabilità e il procedimento cit.*, 403 ss.



mo al personale pubblico) conferita dal Parlamento al Governo per la redazione del testo unico n. 267 – con conseguente rimessione delle questioni di costituzionalità al giudice delle leggi per contrasto con gli art. 3 e 76 Cost. – è doverosa una interpretazione ortopedica delle formule abrogative sancite dal menzionato art. 274 d. lgs. n. 267 cit., nel senso di riferire queste ultime esclusivamente agli amministratori ed al personale degli Enti Locali.

Il problema ha subito un sensibile ridimensionamento ad opera dell'art. 4, L. 27 marzo 2001 n. 97, che ha parzialmente reintrodotta, per tutti i pubblici dipendenti, la sospensione obbligatoria correlata alla condanna anche non definitiva per alcuni tassativi reati contro la P.A. (art. 314 c.p., peculato; art. 317 c.p., concussione; art. 318 c.p., corruzione per un atto d'ufficio; 319 c.p., corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio; art. 319 *ter* c.p., corruzione in atti giudiziari; art. 320 c.p., corruzione di persona incaricata di pubblico servizio; art. 3, L. 9 dicembre 1941 n. 1383).

In buona sostanza, con l'art. 4, L. n. 97 del 2001, il legislatore ha in parte attenuato il poco opportuno intervento limitativo disposto dalla L. n. 475 del 1999 sull'art. 15, L. n. 55 del 1990, reintroducendo alcune ipotesi (quelle dell'art. 15, comma 1, lett. b, ad eccezione degli artt. 316, 316 bis e 319 *ter* c.p.) di tutela cautelare avanzata previste nell'originaria formulazione dell'art. 15 cit.

Infine, ultima tappa della sofferta storia dell'art. 15, L. n. 55 in esame, è rappresentata dall'art. 15, comma 4 del recente CCNL Ministeri 2002-2005, che ha confermato la nostra interpretazione favorevole alla permanenza in vita dell'intero art. 15, comma 1 e 4 *septies*, L. n. 55 (come modificato dalla L. n. 16 del 1992) per il personale diverso da quello degli Enti Locali, ribadendo l'obbligatorietà della sospensione cautelare nelle suddette ipotesi legislative (quelle dell'art. 15, comma 1, lettere a, b ad eccezione dell'art. 316 c.p. regolamentato dall'art. 4 della L. n. 97 cit., c) ed e), ipotesi, quest'ultima, che tuttavia non esisteva più, in quanto abrogata dall'art. 1, L. n. 475 del 1999).

C) Terza ipotesi di sospensione obbligatoria dal servizio del pubblico dipendente è quella codificata nell'art. 289 c.p.p., nel testo oggi modificato (ma non nei profili cautelari in questa sede rilevanti) dalla L. 16 luglio 1997 n. 234¹⁸.

¹⁸ Sull'art. 289 c.p.p. cfr. Zappalà, in AA.VV., *Manuale di diritto processuale penale*, Milano, 1990, I, 479; Lucibello, *Il giudice penale e la pubblica amministrazione*, Rimini, 1994, 235; Viola, *La sospensione cit.*, 169; Tencati, *Provvedimenti cautelari interdittivi e diritti individuali*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1994, 615; Gaeta, *La sospensione dal pubblico ufficio nella novella della L. n. 234 del 1997*, in *Gazz. giur.*, 1998, n. 6, 2; Mercone, *Diritto processuale penale*, Napoli, 1999, 310.

Secondo tale previsione, il giudice penale può disporre la sospensione temporanea da un pubblico ufficio o servizio, relativamente ad alcune o a tutte le attività cui il dipendente è addetto per finalità, cautelari o probatorie, connesse al processo e alla prevenzione di nuovi reati. La misura è quindi assoggettata a condizioni connesse a tali scopi (art. 273 e 274 c.p.p.).

In tali ipotesi, l'Amministrazione dovrà limitarsi ad ottemperare al provvedimento giurisdizionale, non utilizzando il dipendente, o, in caso di parziale sospensione, utilizzandolo in mansioni non interdette dal giudice (pur sempre comunque nel rispetto degli art. 56 e 57, d. lgs. 3 febbraio 1993 n. 29, oggi art. 52, d. lgs. n. 165 del 2001).

È evidente che il provvedimento è correlato ad esigenze proprie del procedimento penale, ovvero di salvaguardia della intangibilità degli accertamenti istruttori e di prevenzione circa la prosecuzione della condotta illecita. Inoltre lo stesso è disposto dall'autorità giudiziaria e non dalla P.A.: ne consegue la notevole diversità sotto il profilo funzionale con le restanti ipotesi di sospensione cautelare.

Secondo alcuni autori, l'adozione del provvedimento da parte del giudice non preclude, sul piano teorico, l'adozione di una sospensione cautelare da parte della P.A. ove ne sussistano i presupposti contrattuali. La tesi non appare convincente sulla scorta di un semplice rilievo di fatto: come può procedersi (e per quale ragione) alla sospensione cautelare di un dipendente già sospeso?

L'esaminata ipotesi di sospensione cautelare giudiziale non va confusa con il diverso istituto della interdizione temporanea dai pubblici uffici, prevista dagli art. 19 e 20 c.p. che si traduce nella temporanea privazione di ogni pubblico ufficio o incarico di pubblico servizio non obbligatorio per legge e che costituisce una pena accessoria che consegue di diritto ad alcune condanne penali e che si traduce in una privazione di alcuni diritti e delle capacità di svolgere determinate attività di rilevanza pubblicistica.

D) Quarta e conclusiva ipotesi di sospensione cautelare obbligatoria è quella introdotta dal già citato art. 4, L. 27 marzo 2001 n. 97, oggi riproposto nell'art. 15, comma 5, CCNL Ministeri 2002-2005.

Essa, nell'attuale formulazione contrattuale, prevede l'obbligo di adottare la misura qualora il lavoratore abbia subito una condanna anche non definitiva (ancorché condizionalmente sospesa) per alcuni tassativi reati contro la P.A. (art. 314 c.p., peculato; art. 317 c.p., concussione; art. 318 c.p., corruzione per un atto d'ufficio; 319 c.p., corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio; art. 319 *ter* c.p., corruzione in atti giudiziari; art. 320 c.p., corruzione di persona incaricata di pubblico servizio; art. 3, L. 9 dicembre 1941 n. 1383).





Alquanto inspiegabilmente la norma dimentica figure delittuose ben più gravi, quali i fenomeni associativi di stampo mafioso o volti al traffico di stupefacenti, per i quali la soglia giurisdizionale idonea a dare ingresso alla misura cautelare rimane quella del giudicato di condanna ex art. 15, L. n. 55 del 1990 novellato (oggi recepito nell'art. 15, comma 4, CCNL Ministeri 2002-2005): evidente appare l'irragionevolezza costituzionale di quest'ultima norma.

Della legittimità costituzionale della norma, ma per altri profili, ha già vanamente dubitato qualche tribunale, sia per l'automatismo cautelare ivi previsto, sia per la eccessiva durata della misura. Su entrambe le censure di illegittimità si è pronunciata la Consulta, con decisione 3 maggio 2002 n. 145¹⁹, che, da un lato, ha ritenuto conforme alla Carta costituzionale, in sintonia con la propria precedente decisione n. 206 del 1999, l'automatismo cautelare dell'art. 4 cit., trattandosi di una ragionevole scelta discrezionale del legislatore a tutela del prestigio della P.A. e della gravità dei reati contestati, ma, nel contempo, ha ritenuto la norma costituzionalmente illegittima nella parte in cui prevede una durata massima della sospensione pari al termine prescrizione dei reati di cui alla L. n. 97 del 2001, ben superiore al quinquennio previsto dall'art. 9, L. 7 febbraio 1990 n. 19 (anche ultradecennale in alcuni casi, a causa degli effetti interruttivi sulla prescrizione di eventuali sentenze di condanna ex art. 160, ultimo comma, c.p.).

Tale durata è parsa irragionevolmente eccessiva alla Corte, alla stregua dell'art. 3 Cost., snaturando la ontologica funzione cautelare della sospensione e sbilanciando il sofferto equilibrio tra i contrapposti interessi in gioco (prestigio della P.A. e tutela del lavoratore). Il giudice delle leggi ha conclusivamente ritenuto, con statuizione additiva, che la norma, costituzionalmente illegittima nell'attuale formulazione, vada letta nel senso di qualificare come quinquennale il termine massimo di durata della misura, in sintonia con il generale principio codificato nell'art. 9, L. n. 19 del 1990 cit., lasciando nel contempo al legislatore la facoltà di fissare termini di durata massimi anche diversi da quelli dell'art. 9 cit., purchè ragionevolmente ancorati alla gravità dei singoli reati.

La previsione dell'art. 4, L. n. 97 è immediatamente applicabile ai procedimenti penali in corso alla data di entrata in vigore della L. n. 97 (6 aprile 2001) in base all'art. 10 della legge stessa e perde efficacia se per il fatto è successivamente pronunciata sentenza di proscioglimento o di assoluzione

¹⁹ Corte Cost., 3 maggio 2002 n. 145, in *www.giust.it*, n. 5 e in *Guida al diritto*, 2002, n. 19, 94, con nota di Forlenza.

anche non definitiva e, in ogni caso, decorso un periodo di tempo pari a quello di prescrizione del reato (*ergo*, talvolta pari anche a 15 anni): tuttavia la Consulta, con decisione 3 maggio 2002 n. 145 già analizzata, ha ricondotto tale termine massimo entro il tetto quinquennale.

La norma reintroduce in parte²⁰ la previgente formulazione dell'art. 15, comma 1, lett. b) della L. n. 55 del 1990 prima della modifica apportata dalla L. n. 475 del 1999 che aveva innalzato la soglia necessaria per l'adozione della sospensione cautelare, richiedendo la condanna definitiva per i reati ivi previsti.

È dunque doveroso operare una lettura coordinata dell'art. 15, L. n. 55 cit. (vivo e vitale *ex art.* 15, comma 4, CCNL Ministeri 2002-2005, e non abrogato per ad opera del d. lgs. n. 267 del 2001 per i dipendenti diversi dal comparto Enti Locali, v. *supra*) con l'art. 3, L. n. 97 cit. per individuare l'attuale disciplina della sospensione cautelare obbligatoria. Per i soli dipendenti degli Enti Locali, invece, il coordinamento dovrà riguardare il disposto dell'art. 94, d. lgs. n. 267 del 2001 e l'art. 3, L. n. 97 cit. Si è già segnalato che il diverso regime (forse inconsapevolmente) creato dal legislatore per i dipendenti degli Enti Locali e per per i restanti pubblici dipendenti si presta a censure di illegittimità costituzionale per irragionevole disparità di trattamento.

Il disposto dell'art. 4, L. 97 cit. trova a nostro avviso applicazione anche a fronte di sentenze di patteggiamento: la conclusione oltre a trarre conforto dall'art. 445 c.p.p., è oggi ulteriormente confermata dall'art. 15, comma 1 *bis*, L. n. 55 introdotto dalla L. n. 475 del 1999 e dall'art. 2 della stessa L. n. 97.

5. L'attuale disciplina positiva sulla sospensione facoltativa dal servizio del pubblico dipendente privatizzato è oggi rinvenibile nei contratti collettivi di comparto (v., ad esempio, l'art. 26 del CCNL Ministeri 1994-1997 e l'art. 27, comma 2 e 3, del medesimo CCNL oggi confluito nell'art. 15, comma 2 e 3, CCNL Ministeri 2002-2005), che ripropone la distinzione, già presente nei previgenti art. 91 e 92 del D.P.R. n. 3 del 1957, tra sospensione in pendenza di procedimento penale e sospensione in pendenza di procedimento disciplinare²¹.

²⁰ L'art. 15, comma 1, lett. b), L. n. 55 prevede tre reati ulteriori rispetto all'art. 4, L. n. 97 del 2001 (peculato per distrazione, peculato mediante approfittamento dell'errore altrui, malversazione a danno dello Stato), mentre non prevede il reato di collusione del finanziere previsto dal solo art. 4, L. n. 97 cit.

²¹ Per la dottrina in tema di sospensione cautelare facoltativa correlata al procedimento penale nel vecchio sistema del D.P.R. n. 3 del 1957 e nell'attuale regime contrattuale, si rinvia alla bibliografia citata in Noviello-Tenore, *La responsabilità e il procedimento*, cit., 357 in nota.





Rispetto alle previsioni del testo unico del 1957, la formulazione contenuta nell'attuale fonte contrattuale è caratterizzata da un maggior grado di tassatività, risultando attenuata la (criticata) genericità della preesistente fonte legislativa. In particolare, mentre l'art. 91, D.P.R. n. 3 del 1957 consentiva l'adozione del provvedimento cautelare qualora l'impiegato fosse "sottoposto a procedimento penale" per un reato "particolarmente grave", l'attuale fonte contrattuale (es., art. 27, comma 2, CCNL Ministeri 1994-1997, oggi art. 15, comma 3, CCNL Ministeri anni 2002-2005) legittima il provvedimento solo quando il dipendente "sia stato rinviato a giudizio per fatti direttamente attinenti al rapporto di lavoro o comunque tali da comportare, se accertati, l'applicazione della sanzione disciplinare del licenziamento".

Parimenti, mentre l'art. 92, D.P.R. n. 3 del 1957 consentiva l'adozione della sospensione prima o durante il procedimento disciplinare qualora sussistessero generici "gravi motivi" (da esternare in idonea motivazione), l'attuale disciplina contrattuale individua un più puntuale presupposto nella "necessità di espletare accertamenti su fatti addebitati al dipendente a titolo di infrazione disciplinare".

Come si è più volte ribadito, la *ratio* della sospensione facoltativa va rinvenuta nell'esigenza cautelare (tutela immediata dell'ordinato svolgimento dell'attività dell'Amministrazione attraverso l'allontanamento del dipendente pericoloso) e in quella di tutela del prestigio, dell'imparzialità e della immagine interna ed esterna della Pubblica Amministrazione.

Anche in tema di sospensione facoltativa, ci sembra opportuno, per chiarezza espositiva, articolare l'analisi, vagliando separatamente la sospensione in pendenza di procedimento penale e la sospensione in pendenza di procedimento disciplinare.

A) L'attuale disciplina contrattuale prevede due ipotesi di sospensione facoltativa in pendenza di procedimento penale (v., ad esempio, art. 27, comma 2 e 3, CCNL Ministeri 1994-1997, oggi art. 15, comma 2 e 3, CCNL Ministeri 2002-2005):

- a) la prima riguarda il caso del dipendente, non sottoposto a restrizioni della libertà personale, che "sia stato rinviato a giudizio per fatti direttamente attinenti al rapporto di lavoro o comunque tali da comportare, se accertati, l'applicazione della sanzione disciplinare del licenziamento";
- b) la seconda ipotesi riguarda il caso del dipendente già sottoposto a sospensione obbligatoria in quanto colpito da misure restrittive della libertà personale, che, una volta cessato da tale restrizione, sia destinatario di una sospensione facoltativa fino alla sentenza definitiva, purché concorrano le condizioni di cui al precedente punto a).

Le due previsioni originano alcuni problemi interpretativi che vanno doverosamente affrontati.

In primo luogo, la prima delle due suddette disposizioni (v. art. 27, comma 2, CCNL Ministeri 1994-1997, oggi art. 15, comma 3, CCNL Ministeri 2002-2005) condiziona l'adozione della sospensione a tre requisiti:

- il “rinvio a giudizio” del dipendente a cui sono equiparati la richiesta di pena *ex art.* 444 c.p.p., quella di giudizio immediato *ex art.* 453 c.p.p. o di decreto penale di condanna a pena pecuniaria *ex art.* 459 c.p.p., la citazione a giudizio nel giudizio pretorile *ex art.* 555 c.p.p. e la presentazione nel giudizio direttissimo *ex art.* 449 c.p.p. Viene così risolto in senso negativo un dibattuto problema, insorto sotto la vigenza dell'art. 91, D.P.R. n. 3 del 1957, relativo alla possibilità di sospendere il mero indagato;
- l'inerenza del rinvio a giudizio a “fatti direttamente attinenti al rapporto di lavoro”. Viene in tal modo valorizzata la ricaduta dell'illecita condotta sull'immagine ed il buon andamento della P.A. Qualche problema ermeneutico porrà l'interpretazione del concetto di attinenza al rapporto di lavoro, nozione probabilmente più restrittiva rispetto alla mera “occasionalità temporale” con l'attività di lavoro;
- l'inerenza del rinvio a giudizio a fatti “comunque tali da comportare, se accertati, l'applicazione della sanzione disciplinare del licenziamento”. Si valorizza così la strumentalità tra la misura cautelare e la sanzione disciplinare espulsiva.

Ferma dunque restando la necessità del rinvio a giudizio, la dottrina ha avanzato dubbi in ordine ai due restanti requisiti, chiedendosi se gli stessi debbano concorrere o se sia sufficiente la sussistenza di uno solo di essi.

La tesi favorevole alla adottabilità del provvedimento in presenza di uno solo dei due requisiti (ulteriori rispetto al rinvio a giudizio), ci sembra più corretta, in quanto fondata su un incontrovertibile argomento testuale, offerto dalla evidente natura disgiuntiva della particella “o” che, nella formulazione dei vari contratti collettivi, lega logicamente (e testualmente) i due suddetti requisiti.

Optando per tale tesi estensiva, resta ovviamente aperto il problema (implicito ed irrisolvibile) dell'eventuale *restitutio in integrum* retributiva del dipendente al quale, dopo una lunga sospensione cautelare facoltativa, venga inflitta una mera sanzione conservativa.

Un ulteriore, delicatissimo, problema ermeneutico viene invece posto dalla seconda ipotesi contrattuale, ovvero quella che nei contratti collettivi (v., ad esempio, l'art. 27 comma 3, CCNL Ministeri 1994-1997, oggi art. 15, com-





ma 2, CCNL Ministeri 2002-2005), consente il prolungamento facoltativo della sospensione obbligatoria dopo la cessazione dello stato di restrizione della libertà personale del dipendente, “alle medesime condizioni di cui al comma 2”, comma che regola la diversa ipotesi della sospensione facoltativa non preceduta da sospensione obbligatoria.

Il dubbio concerne, in particolare, l’interpretazione proprio di quest’ultimo inciso e può essere così riassunto: la previsione contrattuale (art. 27, comma 3 cit.), nel richiedere la sussistenza delle medesime condizioni di cui alla sospensione facoltativa non preceduta da sospensione obbligatoria, intende riferirsi, oltre che alla “diretta attinenza dei fatti al rapporto di lavoro” ed alla possibile applicazione, per il loro compimento, “della sanzione disciplinare del licenziamento”, anche all’intervenuto “rinvio a giudizio” del dipendente, oppure è sufficiente che quest’ultimo sia stato meramente “indagato” (sottoposto cioè ad indagini preliminari, ma non rinviato a giudizio)?

La dottrina e la giurisprudenza sono, allo stato, in sintonia, optando, a nostro avviso in modo corretto, per una lettura estensiva della previsione contrattuale, che consente l’applicazione della sospensione facoltativa, dopo la cessazione della sospensione obbligatoria, anche nei confronti del mero indagato, altrimenti la previsione risulterebbe essere un mero inutile doppione della statuizione contenuta nel precedente comma²².

²² La tesi della prolungabilità della sospensione obbligatoria del dipendente (non più sottoposto a misure restrittive della libertà), meramente indagato, qualora ricorrano i soli requisiti “sostanziali” della “diretta attinenza dei fatti al rapporto di lavoro” ed della possibile applicazione, per il loro compimento, “della sanzione disciplinare del licenziamento” è propugnata da Viola, *La sospensione cit.*, 176; D’Alfonso, *L’abuso d’ufficio cit.*, 69, e da Santucci, *I rapporti di lavoro nei ministeri dopo la “privatizzazione”*, Torino, 1996, 132; Viscomi, *La disciplina del rapporto individuale di lavoro*, in Zoppoli (a cura di), *Contratti collettivi a confronto: impiego pubblico, industria, servizi*, Milano, 1996, 103.

La tesi è recepita a livello giurisprudenziale da: Cons. St., sez. V, 18 febbraio 1997 n. 147/ord., in *Cons.St.*, 1997, I, 220 (commentata nel quotidiano *Il Sole 24 ore*, 30 giugno 1997 n. 178, 23); da TAR Campania, Napoli, sez. I, 15 settembre 1997 n. 2331, in *TAR*, 1997, I, 4076; id., 20 aprile 1998 n. 1184, *ivi*, 1998, I, 2681 (la sentenza si segnala per il particolare approfondimento argomentativo); TAR Veneto, 18 giugno 1998 n. 1665, in *Il lav. nelle P.A.*, 1999, 421, con nota di Pellacani; TAR Lombardia, 15 dicembre 1998 n. 2931, in *TAR*, 1999, I, 508; TAR Puglia, Bari, sez. II, 21 gennaio 1999 n. 13; TAR Veneto, 2000 n. 2211, in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Campania, Napoli, 2001 n. 5480. La tesi è condivisa dalle prime decisioni della magistratura ordinaria: Pret. Catania, 27 marzo 1999, in *Il lav.nelle P.A.*, 1999, 479, con nota di Salomone; Trib. Agrigento, g. Occhipinti, anno 2001, N. c. Inpdap, inedita; Trib. Bari, 31 ottobre 2001 n. 73, D.M. c. Inpdap, inedita.

Contra, per la necessità del rinvio a giudizio anche per l’ipotesi di cui al suddetto art. 27, comma 3, v. TAR Lombardia, Milano, sez. III, 15 dicembre 1998 n. 2931, in *TAR*, 1999, I, 508; TAR Sicilia, Catania, sez. III, 20 aprile 1998 n. 625, in *TAR*, 1998, I, 2854.

Circa i parametri logici a cui l'Amministrazione deve rifarsi per addivenire alla scelta di esercitare o meno il potere di sospensione facoltativa, potrebbero assumere rilevanza, a titolo esemplificativo: l'assenza di elementi a carico del dipendente in sede ispettiva; la minor gravità, sotto il profilo quantitativo e qualitativo, del reato imputato; l'avvenuto trasferimento in ufficio diverso; la buona condotta successiva al fatto imputato. Non ci sembrano invece valide ragioni per non adottare la misura: l'onerosità per l'Amministrazione della sospensione, che obbliga la stessa a versare l'indennità alimentare senza fruire di controprestazione, o la carenza di personale negli uffici interessati.



B) L'ultima ipotesi di sospensione facoltativa da vagliare è quella inerente alla adozione della misura in caso di procedimento disciplinare.

La disciplina contrattuale, abrogando la generica formulazione dell'art. 92, D.P.R. n. 3 del 1957 (che subordinava la misura alla sussistenza di meri "gravi motivi"), richiede, quale unico requisito, "la necessità di espletare accertamenti su fatti addebitati al dipendente a titolo di infrazione disciplinare punibili con la sanzione della sospensione dal servizio e dalla retribuzione" (es. art. 26, comma 1, CCNL Ministeri 1994-1997, non confluito nel più recente CCNL Ministeri 2002-2005 e, comunque, ancora vigente in quanto non disapplicato dall'art. 27 del successivo CCNL).

Evidente appare la *ratio* istruttoria e probatoria dello strumento, che si affianca alla intrinseca finalità cautelare di tutela dell'ordinato svolgimento dell'attività dell'Amministrazione attraverso l'allontanamento del dipendente "pericoloso" e di salvaguardia del prestigio, dell'imparzialità e della immagine interna ed esterna della Pubblica Amministrazione.

Non dovrebbe originare particolari problemi, ove si ritenenga necessario (pur non essendovi un obbligo, v. sopra) esternare nella motivazione le ragioni della scelta cautelare della P.A., l'esplicitazione delle ragioni che rendono necessario un accertamento dei fatti: sarà sufficiente un sintetico riferimento alla complessità dei fatti storici e/o al possibile inquinamento degli stessi da parte del dipendente. Né appare problematica la valutazione in ordine all'ulteriore requisito, afferente la valutazione prognostica circa l'avvenuta commissione di una infrazione disciplinare punibile (almeno) "con la sanzione della sospensione dal servizio e dalla retribuzione": trattasi di una valutazione *ex ante*, come tale fisiologicamente suscettibile di smentita all'esito del procedimento disciplinare.

La sospensione cautelare in esame non incide sull'anzianità di servizio (art. 26, comma 3, CCNL Ministeri 1994-1997).



6. La sospensione cautelare comporta un differenziato regime sul trattamento economico del dipendente pubblico a seconda delle diverse ipotesi in precedenza vagliate.

Occorre dunque operare una fondamentale distinzione tra i casi di sospensione in pendenza di procedimento disciplinare e quelli di sospensione (obbligatoria e facoltativa) correlata a procedimenti penali: nella prima situazione, il dipendente si vedrà liquidata l'intera retribuzione (v. art. 26, comma 1, CCNL Ministeri 1994-1997), nel secondo caso non percepirà alcuna retribuzione, ma solo una più modesta indennità pari al 50% della retribuzione indicata all'art. 25, comma 2, primo alinea, del CCNL del 16 maggio 2001 nonché gli assegni del nucleo familiare e la retribuzione individuale di anzianità, ove spettanti (art. 15, comma 7, CCNL Ministeri, 2002-2005, che modifica la previgente formulazione dell'art. 27, comma 6, CCNL Ministeri 1994-1997, che determinava l'assegno in misura pari al 50% della retribuzione fissa mensile e gli assegni del nucleo familiare, con esclusione di ogni compenso accessorio, comunque denominato, anche se pensionabile).

L'indennità in esame, oggetto di frequenti interventi della magistratura²³, al pari dell'assegno alimentare previsto dal T.U. n. 3 del 1957, conserva la natura assistenziale: ne consegue, secondo univoca giurisprudenza, la non recuperabilità dell'assegno erogato al dipendente in sospensione cautelare qualora la sanzione disciplinare espulsiva retroagisca al momento della comminatoria della misura cautelare.

Trattasi di credito di valuta, soggetto a periodici adeguamenti in correlazione con la crescita della retribuzione fissa mensile e non è sottoposto a ritenute previdenziali.

L'entità della decurtazione (50% della retribuzione base) è stata ritenuta adeguata e, come tale, idonea, di regola, ad escludere il *periculum in mora* in ricorsi ex art. 700 c.p.c. volti ad ottenere la reintegra in servizio del dipendente sospeso.

Nessun contratto collettivo disciplina l'ipotesi della morte del dipendente sottoposto a sospensione cautelare. Il solo art. 32, comma 7, CCNL Sanità 1994-1997 stabilisce, in tale evenienza, l'applicabilità dell'art. 2122 c.c.

Ciò chiarito in ordine ai profili retributivi, può passarsi all'esame delle cause di cessazione della sospensione cautelare.

²³ Sul tema v. la giurisprudenza citata in Noviello-Tenore, *La responsabilità e il procedimento disciplinare* cit.

Va in primo luogo evidenziato che, in tutte le ipotesi di sospensione facoltativa (correlata a procedimento penale o disciplinare) l'Amministrazione ha facoltà di revocare il provvedimento, qualora, anche prima della scadenza del termine massimo fissato (dalla stessa P.A. o dalla contrattazione collettiva, v. *infra*), non ritenga più sussistenti le originarie esigenze cautelari: si pensi al caso di sospensione facoltativa in corso di procedimento disciplinare disposta per trenta giorni e successivamente ridotta a soli 15 giorni in considerazione dell'ormai avvenuto "accertamento dei fatti addebitati".

A tale causa volontaria di cessazione della misura si affiancano due testuali ipotesi di revoca di diritto di fonte legislativa e contrattuale e tre ipotesi desumibili dal sistema:

a) la prima ipotesi riguarda la revoca a seguito del decorso dei cinque anni dall'adozione della misura della sospensione facoltativa o obbligatoria²⁴ in pendenza di giudizio penale (v., ad esempio, art. 5, comma 10, CCNL Ministeri 2002-2005, e, in precedenza, art. 27, comma 8, CCNL Ministeri 1994-1997). La disposizione trova applicazione, in assenza di limitazioni testuali e sulla scorta dell'autorevole avallo della Consulta²⁵, anche per le ipotesi di sospensione obbligatoria previste dall'art. 15, comma 10, L. n. 55 del 1990 (modificato dalla L. n. 16 del 1992), oggi espressamente recepite nella contrattazione collettiva (v. art. 15, comma 4, CCNL Ministeri 2002-2005, già art. 27, comma 4, CCNL Ministeri 1994-1997).

Va segnalato che al suddetto generale termine quinquennale di durata massima era stata di apportata dal legislatore un'eccezione, rappresentata dall'art. 4, L. 27 marzo 2001 n. 97, che per i soli casi di sospensione obbligatoria a seguito di condanna anche non definitiva per i tassativi reati ivi indi-



²⁴ In realtà, sia l'art. 9, comma 2, L. n. 19 del 1990 che l'art. 15, comma 10, CCNL Ministeri 2002-2005, fissano una durata massima quinquennale per la sola sospensione correlata a procedimento penale, *ergo* per la sola sospensione *ex art.* 15, comma 3 CCNL cit. Tuttavia in via interpretativa tale limite può trovare applicazione anche per l'ipotesi di cui al precedente art. 15, comma 2, che concerne un'ipotesi di prolungamento facoltativo della sospensione nei confronti anche del mero indagato (almeno secondo la prevalente giurisprudenza, v. *Cons. St.*, sez. V, 18 febbraio 1997 n. 147 cit.), nei cui confronti non è stato ancora attivato un procedimento penale con il rinvio a giudizio. Sul punto, D'Alfonso, *L'abuso cit.*, 71. *Contra Trib. lav. Salerno*, ord. 17 luglio 2003 n. 5253, D.C. c. Min. Giustizia, inedito che, in caso di sospensione facoltativa adottata dopo quella obbligatoria (per arresto del dipendente), ritiene applicabile il limite quinquennale alla sola sospensione cautelare facoltativa.

²⁵ Per la durata massima quinquennale della sospensione *ex art.* 15, L. n. 55 del 1990 v. Corte Cost., 16 maggio 1990 n. 184 cit.; id., 24 ottobre 1995 n. 447, in *Foro it.*, 1996, I, 15 e in *Guida al diritto*, 1995 n. 43, 87 ss. con nota di San Giorgio, *L'amministrazione può rinnovare la sospensione se permangono fatti di rilevanza disciplinare*; id., 3 maggio 2002 n. 145, in *www.giust.it*, n. 5 e in *Guida al diritto*, 2002, n. 19, 94, con nota di Forlenza.



cati, prevedeva che la misura cautelare perdesse efficacia se per il fatto fosse successivamente pronunciata sentenza di proscioglimento o di assoluzione anche non definitiva e, in ogni caso, decorso un periodo di tempo pari a quello di prescrizione del reato (che avrebbe potuto raggiungere tetti anche di 15 anni).

La Consulta si è prontamente pronunciata sul punto, con la già ricordata sentenza 3 maggio 2002 n. 145, statuendo l'illegittimità costituzionale della previsione e chiarendo nel contempo, con statuizione additiva, che tale termine debba essere dunque letto come quinquennale, in sintonia con il disposto, di generale applicazione, dell'art. 9, L. n. 19 del 1990.

b) La seconda ipotesi di cessazione della sospensione cautelare prevista dai contratti collettivi riguarda la sospensione facoltativa, che ha una inderogabile durata non superiore ai trenta giorni (art. 26, comma 1, CCNL Ministeri 1994-1997, non abrogata dal CCNL 2002-2005).

Alle due testuali ipotesi di cessazione della sospensione cautelare vanno poi aggiunte, come si è anticipato, altre tre previsioni, desumibili da una ragionevole interpretazione della disciplina contrattuale:

c) la sospensione cautelare cessa qualora il procedimento disciplinare giunga a conclusione (con una sanzione o con l'assoluzione del dipendente). Resta ovviamente salva, in tale evenienza, la possibilità di riadottare il provvedimento cautelare a fronte di diversi (e dunque nuovi) fatti di valenza disciplinare e/o penale ove ne ricorrano i presupposti.

d) La sospensione cautelare cessa, inoltre, qualora il procedimento disciplinare attivato e (doverosamente) sospeso in attesa delle risultanze penali (v., ad esempio, art. 14, comma 1 e 2, CCNL Ministeri 2002-2005, già art. 25, comma 6 e 7, CCNL Ministeri 1994-1997) non venga riattivato nel termine di 180 giorni (che divengono 90 per i reati della L. 27 marzo 2001 n. 97) dalla conoscenza da parte della P.A. della sentenza penale definitiva e concluso nei successivi 120 giorni (tale termine è stato elevato a 120 gg. dal recente art. 15, comma 3 e 4 del CCNL comparto Ministeri 2002-2005, che ha sostituito il previgente termine di 90 giorni ex art. 9, L. n. 19 del 1990 e quello, più lungo, di 180 gg. previsto dall'art. 5, comma 4, L. n. 97 del 2001).

Sul punto, la decisione 6 marzo 1997 n. 8 della Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, ha chiarito che tale procedimento disciplinare va doverosamente riattivato, nei termini perentori di cui all'art. 9, L. 7 febbraio 1990 n. 19 (e, dunque, oggi, del contratto collettivo: 180+120 giorni o della L. n. 97 del 2001: 90+120), anche nei confronti del dipendente cessato dal servizio, proprio al fine di regolare gli effetti economici della disposta sospensione cautelare, che è una misura di per sé provvisoria. La mancata tempestiva atti-

vazione del meccanismo sanzionatorio comporta, secondo il massimo giudice amministrativo, la cessazione *ex tunc* degli effetti della misura cautelare.

e) Infine, la permanenza in sospensione è preclusa, e cessa con effetti *ex tunc*, qualora il procedimento disciplinare non possa più essere attivato o proseguito a causa dell'intervenuta adozione, in sede penale, di una statuizione a ciò ostativa, ovvero di una assoluzione o proscioglimento con formula "il fatto non sussiste", "l'imputato non lo ha commesso" (art. 15, comma 10, CCNL Ministeri 2002-2005, già art. 27, comma 7, CCNL Ministeri 1994-1997).



7. Un problema assai complesso, nella prassi (amministrativa e giurisprudenziale) conosciuto come pretesa alla *restitutio in integrum* retributiva del dipendente sospeso cautelatamente, attiene alla ricostruzione retributiva, dopo la conclusione (o la mancata conclusione) del procedimento disciplinare, del lavoratore sospeso.

Sul punto, assai dibattuto a livello giurisprudenziale, è di recente intervenuta la contrattazione collettiva del quadriennio normativo 2002-2005 (v. art. 15, comma 8 e 9, CCNL Ministeri).

Trattasi di questione non solo squisitamente giuridica, ma dagli onerosi costi per le varie Amministrazioni²⁶, che sostengono annualmente spese notevolissime per ricostruire la posizione retributiva di propri dipendenti sospesi, liquidando la sorte capitale e gli accessori, ad eccezione degli assegni strettamente correlati allo svolgimento del servizio.

Il contenzioso in materia e la frequente soccombenza in giudizio dell'Amministrazione nascono dalla incertezza interpretativa che caratterizza i dati normativi di riferimento e dalle conseguenti oscillazioni giurisprudenziali.

Vanno dunque correttamente individuate le ipotesi in cui tale ricomputo può aver luogo o meno, partendo dalle ipotesi non problematiche.

a) In caso di sospensione cautelare, disposta in corso di procedimento disciplinare senza correlazione alcuna con un giudizio penale), non essendoci alcuna decurtazione stipendiale (v. art. 26, comma 1, CCNL Ministeri 1994-1997, non toccato dalla contrattazione del quadriennio 2002-2005), il dipendente non potrà vantare alcuna pretesa retributiva all'esito del giudizio disciplinare.

²⁶ La delibera Corte dei Conti, sez. contr. St., 25 giugno 1999 n. 60 cit., quantifica, per il solo personale del Ministero delle Finanze, in L. 6 miliardi e 414 milioni i costi sopportati dalla P.A. a titolo di *restitutio in integrum* nel triennio 1995-1997, e in L. 16 miliardi le spese riflesse. Sulle diverse cause all'origine di tali ricomputi retributivi e sul loro ammontare, si rinvia alle citate delibere 17 febbraio 1998 n. 23 e 25 giugno 1999 n. 60 della Corte dei Conti.



b) Qualora il procedimento disciplinare si concluda con una sanzione espulsiva (licenziamento oggi, destituzione ieri) il dipendente in sospensione cautelare (correlata a procedimento penale) non vanterà alcuna pretesa al suddetto ricomputo stipendiale, in quanto gli effetti della sanzione disciplinare retroagiscono al momento dell'adozione del provvedimento di sospensione cautelare²⁷, lasciando fermo quanto percepito a titolo di indennità contrattuale (ex assegno alimentare, oggi regolato dall'art. 15, comma 7, CCNL Ministeri 2002-2005 e in precedenza dall'art. 27, comma 6, CCNL Ministeri 1994-1997), trattandosi non già di retribuzione, ma di una sorta di assegno assistenziale²⁸. Quest'ultima conclusione non sembra recepita dalla magistratura ordinaria in materia di controversie con datore privato.

c) Non presenta, infine, complicazioni di sorta l'ipotesi in cui il procedimento disciplinare non venga attivato, essendo intervenuta una sentenza del

²⁷ *In terminis*, sull'univoco indirizzo secondo cui la sanzione disciplinare espulsiva (destituzione del sistema del D.P.R. n. 3 del 1957) retroagisce al momento dell'adozione del provvedimento di sospensione cautelare, v. Cons. St., sez. VI, 20 giugno 2001 n. 3271, in *Cons.St.*, 2001, I, 1379, in *Sett.giur.*, 2001, fasc. 25 e in www.giustizia amministrativa.it; id., sez. IV, 22 marzo 2001 n. 1695, in *Cons.St.*, 2001, I, 743; id., comm.spec.p.i., 5 febbraio 2001 n. 482/2000, inedito; id., sez. VI, 25 settembre 2000 n. 5029, in *Cons.St.*, 2000, I, 2038; id., sez. IV, 26 giugno 2000 n. 3605, *ivi*, 2000, I, 1506; id., sez. VI, 18 aprile 2000 n. 2313, in *CED Cassazione*, RV 001495; id., sez. IV, 28 maggio 1999 n. 888, in *Foro amm.*, 1999, 982; id., sez. VI, 29 settembre 1998 n. 1322, in *Cons.St.*, 1998, I, 1388; id., sez. IV, 20 dicembre 1996 n. 1308, in *Foro amm.*, 1996, 3232; id., sez. IV, 24 gennaio 1990 n. 37, in *Cons.St.*, 1990, I, 28; TAR Lombardia, Milano, sez. III, 14 maggio 1986 n. 205, in *TAR*, 1986, I.

Per una recente incidentale conferma anche ad opera della Magistratura ordinaria in controversie di lavoro privatizzato con la P.A., v. Trib. Reggio Emilia, 25 maggio 2000 n. 412, in www.lavoropubblico.formez.it/contentioso con nota di Briguori (che ritiene non applicabile l'effetto retroattivo nella peculiare evenienza in cui il dipendente sia stato riammesso in servizio dopo il quinquennio di durata massima della sospensione cautelare e sia stato poi licenziato all'esito del procedimento penale).

La tesi della portata retroattiva del licenziamento è recepita anche dalla giurisprudenza del Giudice Ordinario in materia di lavoro privato: tra le tante v. Cass., SS.UU., 26 marzo 1982 n. 1885, in *Giust.civ.*, 1982, I, 1486; id., 10 dicembre 1986 n. 7350, *ivi*, 1987, I, 2025 con nota di Papaleoni; id., sez. lav., 23 gennaio 1998 n. 624, in *Not.giur.lav.*, 1998, 168.

²⁸ Sulla non recuperabilità dell'assegno alimentare erogato al dipendente in sospensione cautelare qualora la sanzione disciplinare espulsiva retroagisca al momento della comminatoria della misura cautelare, trattandosi di assegno assistenziale, v. Cons. St., sez. IV, 12 febbraio 2001 n. 625, in *Cons.St.*, 2001, I, 239 e in *Sett.giur.*, 2001, fasc.7, I, 88; id., sez. IV, 27 aprile 1993 n. 485, in *Cons.St.*, 1993, I, 525, in *Foro it.*, 1994, III, 95 e in *Foro amm.*, 1993, 706; id., sez. IV, 23 novembre 1988 n. 890, in *Cons.St.*, 1988, I, 1384; id., sez. VI, 7 luglio 1982 n. 329, *ivi*, 1982, I, 1499; TAR Marche, 12 ottobre 2001 n. 1135, in *TAR*, 2001, I, 4118. *Contra* a favore della doverosa restituzione, in caso di licenziamento, dell'assegno alimentare percepito dal lavoratore privato, v. Cass., sez. lav., 26 luglio 1984 n. 4421 cit

Sulla natura assistenziale dell'assegno *de quo* vedasi anche Cons. St., sez. IV, 26 giugno 2000 n. 3605, in *Cons.St.*, 2000, I, 1506; id., sez. IV, 10 novembre 1999 n. 1683, *ivi*, 1999, I, 1825; id., sez. IV, 23 novembre 1988 n. 890, *ivi*, 1989, III, 473; TAR Toscana, sez. I, 30 maggio 1990 n. 504, in *Foro it.*, Rep.1990, voce *Impiegato dello Stato*, n. 1124.

giudice penale preclusiva della prosecuzione (o attivazione) del procedimento sanzionatorio interno: in tale situazione, le previsioni dei CCNL sanciscono (v., ad es. art. 15, comma 8, CCNL Ministeri 2002-2005, già art. 27, comma 7, CCNL Ministeri 1994-1997) che: “nel caso di sentenza definitiva di assoluzione o proscioglimento, ai sensi dell’art. 14, commi 6 e 7, quanto corrisposto nel periodo di sospensione cautelare a titolo di indennità verrà conguagliato con quanto dovuto al lavoratore se fosse rimasto in servizio, escluse le indennità o compensi per servizi speciali o per prestazioni di carattere straordinario. Ove il giudizio disciplinare riprenda, per altre infrazioni, ai sensi del medesimo art. 14 comma 6, secondo periodo, il conguaglio dovrà tener conto delle sanzioni eventualmente applicate”.

La previsione va dunque raccordata all’art. 653 c.p.p. nel testo novellato dall’art. 1, L. 27 marzo 2001 n. 97, che preclude l’azione disciplinare a fronte di assoluzione in sede penale, stabilendo che “la sentenza penale irrevocabile di assoluzione ha efficacia di giudicato nel giudizio per responsabilità disciplinare davanti alle pubbliche autorità quanto all’accertamento che il fatto non sussiste o non costituisce illecito penale ovvero che l’imputato non lo ha commesso”.

La preclusione in sede disciplinare all’attivazione del procedimento sanzionatorio interno scatta solo a fronte di due delle ipotesi dell’art. 653 c.p.p., ovvero quelle di assoluzione perché “il fatto non sussiste o l’imputato non lo ha commesso”, mentre l’assoluzione perché “il fatto non costituisce illecito penale” non impedisce l’attivazione (o riattivazione) del procedimento disciplinare.

Se dunque il procedimento sanzionatorio interno non può *ex lege* essere riattivato in tale ipotesi, il dipendente sospeso avrà diritto alla *restitutio in integrum*. È comunque incontestabile, in base alla formulazione contrattuale che parla di sentenza definitiva (v. art. 15, comma 8, CCNL Ministeri 2002-2005, già art. 27, comma 7, CCNL Ministeri 1994-1997), che la *restitutio in integrum* può essere invocata solo a seguito di sentenza penale assolutoria passata in giudicato.

Se nelle tre ipotesi indicate alle lettere a)-c) non insorgono questioni applicative, è invece ampiamente dibattuta, a livello giurisprudenziale, la spettanza di tale ricomputo retributivo in altre tre frequenti evenienze, ovvero:

d.1) quella della comminatoria allo stesso da parte dell’Ufficio procedimenti disciplinari (o anche a seguito di derubricazione della sanzione ad opera dei comprensivi collegi arbitrali di disciplina) di una sanzione conservativa, quale la censura o la sospensione dal lavoro e dalla retribuzione, di durata inferiore a quella della sospensione cautelare dal servizio;





d.2) quella della assoluzione in sede disciplinare del dipendente sospeso;
d.3) quella del dipendente sospeso cautelatamente, ma nei cui confronti non venga più attivato (o riattivato) il procedimento disciplinare.

Si tratta, ovviamente, di tre ipotesi in cui il giudizio penale si è concluso con assoluzione, ma non con formula piena (*rectius* con formula non preclusiva, ai sensi dell'art. 653 c.p.p., all'azione disciplinare), o con condanna (ancorché con pena sospesa) e dunque con statuizioni non ostative all'attivazione del procedimento disciplinare.

Su queste ultime occorre dunque soffermarsi.

In ordine alla prima ipotesi (d.1), il recente art. 15, comma 9 del CCNL Ministeri 2002-2005 ha opportunamente chiarito, nel tentativo di superare antichi contrasti interpretativi e giurisprudenziali, che: "In tutti gli altri casi di riattivazione del procedimento disciplinare a seguito di condanna penale, ove questo si concluda con una sanzione diversa dal licenziamento, al dipendente precedentemente sospeso verrà conguagliato quanto dovuto se fosse stato in servizio, escluse le indennità o compensi per servizi e funzioni speciali o per prestazioni di carattere straordinario nonché i periodi di sospensione del comma 1 e quelli eventualmente inflitti a seguito del giudizio disciplinare riattivato".

La previsione riconosce dunque, in sintonia con il prevalente indirizzo giurisprudenziale della magistratura amministrativa²⁹, vanamente avversato

²⁹ Secondo l'orientamento, allo stato maggioritario della magistratura amministrativa ribadito anche in tempi recenti dall'adunanza plenaria del Consiglio di Stato con riferimento al vigente regime del D.P.R. n. 3 del 1957 (art. 96 e 97), tenuto conto del rapporto di autonomia esistente tra il procedimento penale e quello disciplinare, se all'esito del procedimento disciplinare (attivato o riattivato a fronte di sentenze penali diverse dalla assoluzione con formula piena) venga inflitta all'impiegato la sanzione della sospensione dalla qualifica (oggi dal lavoro e dalla retribuzione) di durata inferiore al periodo trascorso in sospensione cautelare, o venga inflitta una sanzione di minore gravità (censura), o, ancora, il dipendente venga assolto in sede interna, devono trovare applicazione, in via di interpretazione estensiva, le disposizioni relative alla *restitutio in integrum* di cui agli art. 96 (ritenuto principio generale per ogni sospensione cautelare e non per la sola sospensione cautelare connessa a procedimento disciplinare non correlato a sentenza penale) e 97, comma 1, D.P.R. n. 3 del 1957. La tesi si fonda, sul piano testuale, sull'art. 96 cit. (oggi abrogato per il personale contrattualizzato), e, sul piano logico, sulla circostanza che la mancata erogazione della prestazione lavorativa da parte del dipendente sospeso non si ricollega ad una propria significativa manifestazione di volontà e quindi ad un proprio colpevole inadempimento (art. 1218 c.c.), ma ad una valutazione operata in via preventiva e cautelare dall'Amministrazione, la quale, a seguito di un più approfondito esame in sede disciplinare si rivela incongrua e sproporzionata in relazione alle effettive mancanze del dipendente (cfr. Cons. St., comm.spec.p.i., 5 febbraio 2001 n. 482/2000, inedito e da id., comm.spec.p.i., 13 luglio 1998 n. 402 (in *Cons.St.*, 1999, I, 342 e in *Giorn.dir.amm.*, 1999, n. 4, 356), confermativo del proprio precedente parere 14 marzo 1994 n. 317, in *Foro it.*, 1994, III, 430. I pareri n. 482 del 2001 e n. 402 del 1998 sono

dalla Corte dei Conti³⁰, che la *restituito in integrum* è dovuta qualora il procedimento disciplinare nei confronti del dipendente, in precedenza cautelatamente sospeso, si concluda con una sanzione non espulsiva. Tuttavia, dall'importo dovuto andranno decurtati: 1) le indennità o compensi per servizi e funzioni speciali o per prestazioni di carattere straordinario; 2) i periodi trascorsi in sospensione obbligatoria; 3) i periodi di sospensione eventualmente inflitti, quale sanzione disciplinare, a seguito del giudizio disciplinare riattivato.



(segue nota 29)

particolarmente significativi, in quanto espressamente confermano l'applicabilità del prevalente indirizzo della Magistratura amministrativa non solo alle fattispecie regolate dal previgente D.P.R. n. 3 del 1957, ma anche a quelle oggetto del sopravvenuto regime contrattuale). La tesi, confermata dalle decisioni 2 maggio 2002 n. 4 (in *www.giust.it*, n.5, 2002, con nota di Bacosi, *La plenaria tra apparenti salvezze e mezze "ricondanne" disciplinari del condannato penale*) e 16 giugno 1999 n. 15 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (in *Guida al diritto*, 1999 n. 30, 115, con nota di Giunta, *La posizione giuridica del dipendente va ricostruita senza il periodo di condanna* e in *Giorn.dir.amm.*, 2000, n. 2, 131 con nota di Esposito), risulta seguita dal prevalente indirizzo della magistratura amministrativa: Cons. St., sez. IV, 20 novembre 2000 n. 6181, in *Cons.St.*, 2000, I, 2496; Cons.reg.sic., 6 novembre 2000 n. 422, *ivi*, 2000, I, 2546; *id.*, sez. VI, 17 ottobre 2000 n. 5540, *ivi*, 2000, I, 2256; *id.*, sez. V, 10 luglio 2000 n. 3848, *ivi*, 2000, I, 1694; *id.*, 13 marzo 2000 n. 1308, in *www.giustizia-amministrativa.it*; *id.*, sez. V, 12 gennaio 2000 n. 169, *ivi*; Cons.reg.sic., 22 settembre 1999 n. 3 92, in *Cons.St.*, 1999, I, 1497; Cons. St., sez. VI, 24 luglio 1999 n. 1118, *ivi*, 1998, I, 1198; *id.*, sez. VI, 27 gennaio 1996 n. 137, in *Foro amm.*, 1996, 168; *id.*, 10 giugno 1996 n. 803, in *Cons.St.*, 1996, I, 1002; *id.*, sez. IV, 13 novembre 1995 n. 924, in *Foro amm.*, 1995, 2540; *id.*, sez. IV, 24 maggio 1995 n. 360, *ivi*, 1995, 880; *id.*, parere n. 1487 del 1990, inedito.

Le conclusioni cui addiviene tale indirizzo "filo-lavoratori" vengono altresì estese da Cons. St., ad. plen., 2 maggio 2002 n. 2 all'ipotesi in cui, dopo la sentenza penale, il giudizio disciplinare nei confronti del dipendente a suo tempo sospeso non venga attivato (e dunque si estingua) o venga archiviato: in tale evenienza gli effetti della sospensione verrebbero meno *ex tunc*, con conseguente diritto alla reintegra retributiva tranne che per il periodo trascorso in sospensione obbligatoria.

³⁰ Secondo un più restrittivo e rigoroso indirizzo, decisamente minoritario, propugnato soprattutto dalla Corte dei Conti, qualora il pubblico dipendente, sospeso cautelatamente ex art. 91 D.P.R. n. 3 del 1957 (oggi in base a fonte contrattuale) per la pendenza di giudizio penale, venga in quest'ultima sede condannato (anche con pena sospesa), e in sede disciplinare non venga destituito (oggi licenziato), ma gli venga comminata la sanzione della sospensione dal servizio e dalla retribuzione per un periodo inferiore a quello trascorso in sospensione cautelare (attesa la lunga durata del giudizio penale), lo stesso non ha diritto alla suddetta *restituito in integrum*, sia per l'assenza di una espressa previsione di legge (non potendosi applicare a fattispecie ivi non previste le tassative ipotesi di cui agli art. 96 e 97 D.P.R. n. 3 cit.), sia della mancata erogazione della propria prestazione lavorativa per comportamento illecito a sè imputabile. Né può parlarsi di permanenza in sospensione per volontà dell'Amministrazione, la quale è contrattualmente impossibilitata a concludere tempestivamente il giudizio disciplinare dalla pendenza del giudizio penale e, in ogni caso, per la sospensione cautelare obbligatoria la scelta per il datore è coartata.

Identiche conclusioni valgono, secondo tale indirizzo, in caso di estinzione o archiviazione del procedimento disciplinare dopo la sentenza penale non preclusiva del giudizio sanzio-



In ordine alle restanti ipotesi (d.2 assoluzione in sede disciplinare del dipendente sospeso cautelatamente; d.3 dipendente sospeso cautelatamente, ma nei cui confronti non venga più attivato, o riattivato, il procedimento disciplinare) sono prospettabili due possibili soluzioni:

– da un lato è sostenibile, sulla scorta del recente art. 15, comma 9 del CCNL Ministeri 2002-2005, che se la *restitutio* è dovuta in caso di comminatoria in sede disciplinare di sanzioni non espulsive, sarà a maggior ragione dovuta in caso di assoluzione in sede disciplinare o, addirittura, di mancata attivazione del procedimento disciplinare. Inoltre mancherebbe un titolo definitivo (sanzione espulsiva) idoneo a sorreggere e giustificare la temporanea misura cautelare.

– Secondo un diverso approccio, la *restitutio* non potrebbe operare sia in quanto la formulazione dell'art. 15, comma 9 del CCNL Ministeri 2002-2005 è tassativa e non riguarda ipotesi diverse da quelle ivi regolamentate, sia perché è incontrovertibile, sul piano fattuale e giuridico, che la sospensione cautelare (facoltativa o obbligatoria) comporta la mancata erogazione di una prestazione lavorativa da parte del dipendente in violazione del sinallagma contrattuale che lo lega alla P.A. Né può ipotizzarsi un inadempimento a sè

(segue nota 30)

natorio interno (cfr. Corte dei Conti, sez. contr. Stato, 3 marzo 1988 n. 1907 e id., 27 novembre 1992 n. 69, in *Cons.St.* 1993, II, 307 e in *Riv.giur.lav.*, 1994, II, 462, con nota di Viscomi; id., sez. III pens. civ., 1989 n. 63194, inedita; id., sez. giur. Sicilia, 3 febbraio 1992 n. 43/c, in *Riv.C.conti*, 1992, n. 2, I, 130; id., sez. giur. Sardegna, 16 aprile 1993 n. 154, *ivi*, 1993, n. 2, I, 124; id., sez. giur. Lombardia, 19 febbraio 1996 n. 433, *ivi*, 1996, n. 2, II, 174; id., sez. giur. Sicilia, 6 settembre 1999 n. 401, *ivi*, 1999, n. 1, II, 209 e in *CED Cassazione*; *contra*, in sintonia con la giurisprudenza prevalente del Giudice Amministrativo, Corte dei Conti, sez. giur. Puglia, 23 ottobre 1996 n. 172, *ivi*, 1996, n. 6, II, 228; id., sez. III centrale, 26 febbraio 1992 n. 68139, *ivi*, 1992, n. 6, I, 169; id., sez. III pens. civ., 9 dicembre 1987 n. 61509, inedita; id., 10 dicembre 1981 n. 46639, *ivi*, 1981, 989). Il prevalente indirizzo giuscontabile, avallato anche da Corte Cost., 27 giugno 1989 n. 356, *ivi*, 1989, II, 831, è stato più di recente ribadito nelle delibere Corte dei Conti, sez. contr. Stato, 26 marzo 1998 n. 23 (in *Riv.C.conti*, 1998, n. 3, I, 14) e id., 25 giugno 1999 n. 60, in *Giorn.dir.amm.*, 1999, 1214.

Sulla stessa rigorosa linea interpretativa della prevalente magistratura contabile si pongono anche alcune decisioni della Magistratura amministrativa: v. anche Cons. St., sez. II, 14 dicembre 1994 n. 1409, in *Cons. St.*, 1996, I, 526; id., sez. V, 11 aprile 1995 n. 585, *ivi*, 1995, I, 539 (in tema di dipendente sospeso dal servizio e poi collocato a riposo); id., sez. IV, 22 dicembre 1998 n. 1854, in *Cons. St.*, 1998, I, 1922; TAR Marche, 14 maggio 1999 n. 635, in *TAR*, 1999, I, 2664; TAR Campania, Napoli, sez. V, 5 gennaio 1999 n. 39, in *TAR*, 1999, I, 1055; id., sez. II, 21 maggio 1998 n. 1602, *ivi*, 1998, I, 2724; id., sez. II, 8 gennaio 1998 n. 1, *ivi*, 1998, I, 1036 (la sentenza esclude l'applicabilità in tale ipotesi dell'art. 96, D.P.R. n. 3 cit., statuente ulteriore ipotesi di *restitutio in integrum*, ma afferente la diversa ipotesi della sospensione in pendenza di procedimento disciplinare); id., 3 marzo 1997 n. 524, *ivi*, 1997, I, 1955; id., 29 maggio 1997 n. 1355, *ivi*, 1997, I, 2714.

non imputabile del lavoratore, in quanto la sospensione è correlata a condotte di astratta valenza penale (ancorché poi il dipendente venga assolto, ma non con formula piena, in sede penale) imputabili al lavoratore. Tale argomento di matrice contrattuale (si è obbligati a pagare le prestazioni lavorative reali e non quelle virtuali) trova conferma in alcuni indirizzi della magistratura ordinaria su fattispecie simili afferenti invocate ricostruzioni retributive a fronte di prestazioni lavorative non erogate.

Infine, va ricordato che per le ipotesi di sospensione obbligatoria, la scelta cautelare della P.A. è imposta e non volontaria (*factum principis*).

Va evidenziato, per concludere sul punto, che il contrasto interpretativo sopra sintetizzato trae molto spesso origine non già da sanzioni disciplinari conservative comminate dagli uffici procedimenti disciplinari al dipendente sospeso, ma dalla riduzione, a seguito di impugnativa, da parte dei collegi arbitrali di disciplina o del giudice, della originaria sanzione non conservativa (ieri destituzione, oggi licenziamento) comminata da tali uffici: il buonismo sanzionatorio che ispira le formalistiche e spesso scarsamente motivate o tautologiche decisioni dei due cennati organi giudicanti, da più parti stigmatizzato, è all'origine di ingentissime ricostruzioni stipendiali a favore di soggetti pluricondannati in sede penale per reati gravissimi.

In merito al concreto conteggio³¹ degli importi dovuti al lavoratore a titolo di *restitutio in integrum* la magistratura ha chiarito che:

- a) le Amministrazioni devono verificare, prima di disporre la liquidazione delle somme spettanti al lavoratore, se quest'ultimo risulta debitore della P.A. a seguito di sentenze del giudice contabile o del Giudice Ordinario (civile o penale) pronunciate su profili connessi a quelli oggetto del procedimento disciplinare, al fine di operare la dovuta compensazione;
- b) gli importi percepiti a tale titolo sono soggetti alla corresponsione di interessi e rivalutazione per i soli ratei maturati anteriormente all'entrata in vigore dell'art. 22, comma 36, L. 23 dicembre 1994 n. 724 e secondo i criteri individuati dalla magistratura, mentre per i ratei successivi andrà liquidata solo la maggior somma tra interessi legali e rivalutazione monetaria;
- c) dall'importo della somma da liquidare vanno detratti eventuali proventi di altre attività lavorative svolte dal dipendente in periodo di sospensione, oltre che l'assegno alimentare percepito durante la sospensione;



³¹ Sui criteri di conteggio per le somme dovute a titolo di *restitutio in integrum* si rinvia a Novello-Tenore, *La responsabilità e il procedimento disciplinare* cit., 452.



- d) sulle somme riliquidate dovranno essere regolarizzati anche i versamenti contributivi;
- e) nel ricomputo retributivo non vanno calcolate e liquidate indennità correlate alla presenza in servizio;
- f) dalle somme da rifondere vanno decurtati sia gli importi corrispondenti all'eventuale periodo trascorso in pena detentiva inflitta dal giudice penale, ancorché non scontata, sia gli importi relativi al periodo di sospensione dal servizio irrogata in sede disciplinare³².

La *restitutio* in esame ha infine riflessi sul trattamento pensionistico del dipendente. In materia l'indirizzo della Corte dei Conti, giudice del relativo contenzioso, non è univoco, come evidenziato nella precedente nota 29, nell'escludere il computo dei periodi trascorsi in sospensione cautelare dal dipendente condannato in sede penale (anche con sentenza patteggiata).

Ci sia consentito rimarcare l'importanza dello strumento compensativo di cui al precedente punto a) – allo stato scarsamente utilizzato dalle Amministrazioni – costituito dalla opposizione al lavoratore (che rivendichi la *restitutio* stipendiale) del credito vantato dalla P.A. per eventuali danni arrecati con la condotta vagliata (o non vagliata affatto, v. supra *sub* d.3) in sede disciplinare o ad essa connessa. Si pensi al caso, non fantasioso né infrequente, del lavoratore, autore di gravissimi illeciti penali e di danni erariali che, nonostante sia destinatario di condanne penali (spesso pateggiate), non venga licenziato (per inerzia della P.A.), o venga blandamente sanzionato

³² Cons. St., sez. VI, 13 novembre 2001 n. 5822, in *Cons.St.*, 2001, I, 2472; id., ad. plen., 16 giugno 1999 n. 15 cit.; id., 17 dicembre 1998 n. 1808, in *Foro amm.*, 1998, 3137; id., comm. spec. p. i., 13 luglio 1998 n. 402 cit. La dottrina (Giunta, *La posizione giuridica del dipendente va ricostruita senza il periodo di condanna*, nota a Cons. St., ad. plen., 16 giugno 1999 n. 15, in *Guida al diritto*, 1999 n. 30, 120) ha tuttavia evidenziato che l'affermata decurtazione nella ricostruzione stipendiale del periodo relativo alla sanzione penale non scontata non ha "alcun riscontro testuale nella legge" (né, attualmente, nel contratto collettivo).

Per lo scomputo degli importi corrispondenti all'eventuale periodo trascorso in pena detentiva inflitta dal giudice penale, ancorché non scontata, e degli importi relativi al periodo di sospensione dal servizio irrogata in sede disciplinare v. Cons. St., ad. plen., 2 maggio 2002 n. 4 cit.; id., sez. VI, 13 novembre 2001 n. 5822, in *Cons.St.*, 2001, I, 2472; id., sez. VI, 24 luglio 1998 n. 1118 cit.; id., ad. plen., 16 giugno 1999 n. 15 cit.; id., sez. V, 10 luglio 2000 n. 3848 cit.; id., comm.spec.p.i., 5 febbraio 2001 n.482/2000; TAR Lazio, Roma, sez. I bis, 28 novembre 2001 n. 10369, in *TAR*, 2001, I, 4017.

La *ratio* di tale indirizzo è evidente: la condanna penale definitiva pone fine alla temporanea sospensione cautelare ma conferma le ragioni di cautela che avevano indotto l'Amministrazione a sospendere il dipendente e, quindi, per il periodo suddetto non vi è interruzione del rapporto imputabile alla P.A.

Contra, per la computabilità anche del periodo trascorso in detenzione, Cons. St., sez. VI, 3 luglio 2001 n. 3659, in *www.giurisprudenza.it*.

(con sanzioni conservative) o, ancora, venga reintegrato, dopo il licenziamento, ad opera di pronunce dei collegi arbitrali di disciplina o della magistratura.

Orbene, in tali casi, ove la condotta del lavoratore abbia arrecato danni all'ente di appartenenza (si pensi al frequente danno a beni, o al danno da percezione di tangenti o, ancora, al danno all'immagine della P.A. connesso a fatti che abbiano avuto vasta eco nella collettività), l'Amministrazione dovrà inoltrare denuncia formale alla Procura Regionale della Corte dei Conti (o citare innanzi al giudice civile il lavoratore) e mettere in mora lo stesso con rituale diffida, opponendo così il credito risarcitorio all'invocata *restitutio in integrum* bloccando il pagamento della stessa anche attraverso il c.d. fermo amministrativo di cui all'art. 69, comma 6, R.D. 18 novembre 1923 n. 2440³³.

8. Anche per il personale pubblico privatizzato con qualifica dirigenziale³⁴ la materia della sospensione cautelare trova la sua regolamentazione non più nel D.P.R. n. 3 del 1957 (disapplicato dal d. lgs. n. 29 del 1993,



³³ L'istituto del fermo amministrativo di cui all'art. 69, comma 6, R.D. 18 novembre 1923 n. 2440, consente ad un'Amministrazione dello Stato che abbia, a qualsiasi titolo, ragioni di credito verso aventi diritto a somme dovute da essa o da altre Amministrazioni, di richiedere ed ottenere la sospensione, in via cautelare e provvisoria, del pagamento. Secondo la recente sentenza della Cassazione civile, SS.UU., 4 novembre 2002, n. 15382 (in *Giust. civ., Mass.*, 2002, 1899) il fermo è riferito esclusivamente ad Amministrazioni statali, e non può pertanto essere direttamente utilizzato da parte delle Province, in quanto la traslazione di tale strumento, suscettibile di importare un eccezionale affievolimento dei diritti di credito dei privati ad opera della stessa Amministrazione che è parte del rapporto, al di fuori dell'alveo legislativamente assegnatogli ed il suo inserimento nell'ordinamento contabile di enti diversi dallo Stato possono ammettersi solo in presenza di una espressa ed inequivoca disposizione normativa, non già in via di interpretazione estensiva od analogica. Ne consegue, per un verso, che i provvedimenti dispositivi di tale rimedio emessi dalla Provincia, risultando deliberati in totale carenza di potere, sono inidonei ad affievolire la posizione di diritto soggettivo del privato, e, per l'altro verso, che la controversia sulla sussistenza e sulla esigibilità del credito del privato appartiene alla giurisdizione del Giudice Ordinario.

Non va poi dimenticato che per l'adozione della misura cautelare del fermo amministrativo non è necessario che il credito vantato dall'Amministrazione sia liquido ed esigibile ma solo che vi siano fondate ragioni di credito nei confronti del privato (T.A.R. Lazio, sez. II, 26 aprile 2002, n. 3627, in *Foro amm. - TAR*, 2002, 1303).

³⁴ Si segnala che la Corte dei Conti, in alcune delibere assunte ai sensi dell'art. 3, comma 4, L. 14 gennaio 1994 n. 20, ha chiaramente evidenziato come nella Pubblica Amministrazione l'esercizio della misura cautelare avvenga in modo inversamente proporzionale alla gerarchia professionale interessata al fenomeno deliquenziale: i dirigenti, benché coinvolti in reati più pericolosi dal punto di vista istituzionale e sociale, sono più raramente destinatari della sospensione.

C. Conti, sez. contr. St., 10 gennaio 1996 n. 4 (in *Riv.C. Conti*, 1997, n. 1, I, 4 e *ivi*, 1996, n. 1, III, 263, nonché in *Cons. St.*, 1996, II, 480) e *id.*, 25 giugno 1999 n. 60 (in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 1214).



oggi d. lgs. n. 165 del 2001), ma nella contrattazione collettiva (in particolare nei primi contratti collettivi nazionali di comparto, quadriennio 1994-1997), che ricalca la disciplina negoziale prevista per il restante personale non apicale.

In particolare vengono regolate quattro ipotesi fondamentali:

- a) la sospensione facoltativa, per un periodo non superiore a trenta giorni, disposta nell'ambito del procedimento di recesso dell'Amministrazione, con conservazione della retribuzione e senza incidenza sull'anzianità di servizio (art. 27, comma 3, CCNL dirigenti Ministeri);
- b) la sospensione obbligatoria del dirigente colpito da misure restrittive della libertà personale (art. 29, comma 1, CCNL dirigenti Ministeri). La misura viene disposta salvo che l'Amministrazione non voglia procedere al recesso dal rapporto;
- c) la sospensione obbligatoria del dirigente destinatario dei provvedimenti previsti dall'art. 15, comma 1, 2, 3 e 4, L. n. 55 del 1990 (art. 29, comma 1, CCNL dirigenti Ministeri). La misura viene disposta salvo che l'Amministrazione non voglia procedere al recesso dal rapporto;
- d) la sospensione facoltativa, sino alla sentenza definitiva, del dirigente rinviato a giudizio (ma non soggetto a misure restrittive della libertà personale o cessato da detta restrizione) per fatti direttamente attinenti al rapporto di lavoro o estranei allo stesso, ma di gravità tale da essere ostativi alla prosecuzione, seppur provvisoria, del rapporto di lavoro (art. 29, comma 2, CCNL dirigenti Ministeri). Anche tale misura viene disposta salvo che l'Amministrazione non voglia procedere al recesso dal rapporto. Una volta venuta meno (*ipso iure* secondo la giurisprudenza) l'efficacia della sospensione obbligatoria a seguito della cessazione della misura restrittiva della libertà personale, l'Amministrazione può dunque adottare la suddetta sospensione facoltativa.

Su tali previsioni di fonte contrattuale e, in particolare su quella *sub c)* (sospensione obbligatoria del dirigente destinatario dei provvedimenti previsti dall'art. 15, comma 1, 2, 3 e 4, L. n. 55 del 1990: art. 29, comma 1, CCNL dirigenti Ministeri), hanno inciso, come per tutti i restanti pubblici dipendenti, le previsioni delle leggi 13 dicembre 1999 n. 475 (che ha modificato l'art. 15, L. n. 55 del 1999), del d. lgs. 18 agosto 2000 n. 267 (T.U. Enti Locali, che ha abrogato, per i dipendenti degli Enti Locali l'art. 15, L. n. 55 del 1990 e la L. n. 475 del 1999 ed ha ridisciplinato la misura cautelare all'art. 94, comma 1) e della L. 27 marzo 2001 n. 97 (art. 4).

Tali sopravvenienze legislative non pongono peculiari problemi per la loro applicazione al personale dirigenziale.

La competenza ad adottare il provvedimento cautelare in esame compete in ogni caso ex art. 16, lett. h), d. lgs. n. 165 del 2001 al dirigente dell'ufficio dirigenziale generale, mentre nei confronti di quest'ultimo, ove non si riscontrano la presenza di organi gestionali sovraordinati (capi dipartimento, Segretario Generale), il provvedimento spetta all'organo politico³⁵.

Mentre nell'ipotesi di sospensione facoltativa correlata alla procedura di recesso il dipendente conserva il diritto alla retribuzione (art. 27, comma 3, CCNL dirigenti Regioni-Autonomie locali), nelle ipotesi di sospensione, obbligatoria o facoltativa, correlate a procedimenti penali, al dirigente è corrisposta una mera indennità alimentare pari al 50% della retribuzione oltre agli assegni familiari.

Anche per il personale dirigenziale si ripropone il rilevante quesito circa l'ambito operativo della *restitutio in integrum* retributiva (differenza tra indennità alimentare percepita in sospensione e retribuzione base), a fronte di una previsione contrattuale che si limita a riconoscere tale diritto nella sola ipotesi di sentenza definitiva di assoluzione "perché il fatto non sussiste" o "l'imputato non lo ha commesso" (art. 29, comma 5, CCNL dirigenti Ministeri, art. 29, comma 5, CCNL Regioni-Autonomie locali).

Va poi ricordato che anche per i dirigenti pubblici opera la sospensione obbligatoria prevista dall'art. 289 c.p.p. in precedenza analizzata.



³⁵ Sulla competenza del dirigente di uffici dirigenziali generali (c.d. di prima fascia) per l'adozione di provvedimenti di sospensione cautelare v. Cons. St., sez. IV, 10 novembre 1998 n. 1474, in *Foro amm.*, 1998, 3010 (la sentenza chiarisce che nei confronti dei dirigenti generali il provvedimento compete al Ministro); id., sez. IV, 19 marzo 1998 n. 484, in *Cons. St.*, 1998, 361; Cons. reg. sic., 8 maggio 1997 n. 88, *ivi*, 1997, I, 887; id., parere 17 gennaio 1996 n. 878/95, *ivi*, 1996, I, 1496; id., sez. V, 8 settembre 1995 n. 660, in *Foro amm.*, 1995, 1835. Nel solo CCNL Scuola 1994-1997 si rinviene una previsione (art. 61, comma 2, CCNL Scuola) che attribuisce tale potere cautelare, in corso di procedimento disciplinare, al capo di istituto, salva ratifica, nei successivi 10 giorni, da parte del Provveditore agli studi. La norma appariva alquanto anomala, non rivestendo né il capo di istituto né il Provveditore qualifica di dirigenti di uffici dirigenziali generali. L'anomalia è stata sanata dalla sopravvenuta ristrutturazione dell'Amministrazione scolastica ad opera dell'art. 25 *bis*, d. lgs. 3 febbraio 1993 n. 29 (oggi art. 25, d. lgs. n. 165 del 2001) con cui si è attribuita ai capi d'istituto qualifica dirigenziale (dirigenti scolastici) e del d. lgs. 30 luglio 1999 n. 300 con cui si è attribuita agli ex Provveditori qualifica dirigenziale generale (dirigenti degli uffici scolastici regionali). Sul punto v. Tenore (a cura di), *La dirigenza scolastica*, Milano, 2002, 416 seg.

La predeterminazione e la pubblicazione del codice disciplinare di Maurizio Tatarelli*



179

Il primo comma dell'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori impone, in primo luogo, la predeterminazione della normativa disciplinare, cioè la preventiva individuazione delle norme che indicano le sanzioni, le infrazioni in relazione alle quali le stesse possono essere applicate, le procedure di contestazione; prescrive, in secondo luogo, la pubblicazione di detta normativa mediante affissione in luogo accessibile a tutti; aggiunge, infine, che le norme contenute nel codice disciplinare devono applicare quanto previsto in materia da accordi e contratti collettivi di lavoro, se esistenti. In sostanza, ancorché il potere disciplinare appartenga al datore di lavoro quale effetto del potere direttivo ed organizzativo, nondimeno questi è tenuto ad applicare quanto previsto da norme collettive all'uopo dettate.

La previsione si riferisce, innanzi tutto, alle sanzioni conservative del posto di lavoro, che, considerate solo genericamente dall'art. 2106 c.c., esigono necessariamente, per il concreto loro esercizio, la predisposizione di una normativa secondaria, soggetta all'onere della pubblicità. In tal caso, la preesistenza di un codice disciplinare e la sua pubblicazione costituiscono condizione di esercizio del potere disciplinare, altrimenti precluso (c.d. pubblicità costitutiva). La norma, infatti, esclude che il datore di lavoro possa determinare di volta in volta e con valutazione *ex post* le infrazioni alla disciplina aziendale ed il tipo di sanzione da infliggere, per cui il potere punitivo non può essere esercitato se il codice disciplinare non è stato predisposto e pubblicato¹.

Quanto, invece, alle sanzioni disciplinari espulsive, normalmente non è necessaria la predisposizione e pubblicazione del codice disciplinare, in

* Magistrato della Corte d'Appello di Roma, sezione lavoro.

¹ Cass. 13 febbraio 1990, n. 1040.



quanto il potere di recesso è previsto dalla legge, nella quale trova, quindi, la sua fonte (artt. 1 e 3 della legge 15 luglio 1966, n. 604 e artt. 2118 e 2119 c.c.). Da un lato non è ipotizzabile che tutti i comportamenti che possono integrare la giusta causa o il giustificato motivo soggettivo debbano formare oggetto di previsione nel codice disciplinare; dall'altro, il divieto di tenere il comportamento ascritto risiede non nelle fonti collettive o nelle determinazioni dell'imprenditore, ma nell'ordinamento giuridico. Qualche incertezza è sorta quando nella lettera di contestazione od, anche, di comunicazione della sanzione espulsiva sia richiamata una violazione prevista dal contratto collettivo, cioè il recesso sia intimato per specifiche ipotesi di giusta causa o di giustificato motivo soggettivo espressamente previste e sanzionate dalla normativa collettiva. In tal caso, trova applicazione la regola della preventiva pubblicità, ove il giudice del merito accerti che il datore abbia fatto valere non la nozione legale di giusta causa, cioè ragioni giustificatrici previste unicamente e direttamente dalla legge, ma specifiche ipotesi di risoluzione contenute nel codice².

Analoga questione si è posta con riferimento alle ipotesi in cui il fatto addebitato configuri un illecito penale o costituisca violazione dell'etica comune, cioè delle norme del vivere civile radicate nella collettività, o grave violazione dei doveri fondamentali del lavoratore. Anche in tal caso i principi della predeterminazione e pubblicazione non trovano applicazione, non sussistendo l'esigenza di porre il dipendente al riparo dal rischio di incorrere in sanzioni per fatti non preventivamente conosciuti come mancanze, ovvero perché la mancanza di affissione non esclude comunque la consapevole ribellione o trascuratezza del lavoratore nei confronti dell'ordinamento dell'impresa³.

Una questione a lungo controversa è stata quella della sostituibilità della formale affissione con forme di pubblicazione equipollenti, quali la distribuzione ai dipendenti del contratto collettivo o del regolamento aziendale contenente il codice disciplinare. Le Sezioni Unite della Suprema Corte, componendo il contrasto di giurisprudenza sorto al proprio interno, hanno ritenuto che l'affissione costituisce modo esclusivo di attuazione della pubblicazione del codice disciplinare⁴. Il principio si è definitivamente affermato ed è stato recepito dall'art. 13, comma 8, del contratto 16 giugno 2003, che

² Cass. 26 luglio 2002, n. 11108; Cass. 30 agosto 2000, n. 11430.

³ Cass. 28 settembre 2000, n. 12902; Cass. 28 ottobre 1992, n. 11700.

⁴ Cass., SS.UU., 5 febbraio 1988, n. 1208.

prevede come forma di pubblicità tassativa ed insostituibile l'affissione in ogni posto di lavoro e in luogo accessibile a tutti.

L'affissione è regolare sia se limitata alle sole pagine del contratto relative all'esercizio del potere disciplinare, avulse dal testo del contratto, sia se concerne l'intero contratto che contiene le norme⁵. La prescrizione di legge non può, invece, ritenersi rispettata ove venga esposto in bacheca un avviso che informi sulla possibilità di consultare il codice in un particolare ufficio⁶. L'affissione deve comprendere, oltre alle infrazioni ed alle sanzioni, le procedure di contestazione; tali sono esclusivamente quelle, eventualmente concordate in sede collettiva, dirette a stabilire le modalità di esercizio del potere di contestazione dell'addebito, con riferimento ai fatti ritenuti disciplinarmente rilevanti. Viceversa, la previsione non si estende al procedimento disciplinare nel suo complesso, ed, in particolare alle fasi attinenti al diritto di difesa ed all'irrogazione della sanzione⁷.

L'affissione deve essere continuativa ed ininterrotta, cioè in atto sia al momento in cui viene commesso il fatto disciplinarmente rilevante, sia in quelli della contestazione dell'addebito e dell'irrogazione della sanzione⁸. Deve, poi, avvenire nel luogo in cui lavora il dipendente, cioè in ciascuno degli uffici o delle sedi in cui si svolge l'attività lavorativa, ed in luogo accessibile a tutti, ove, cioè, sia possibile recarsi e sostare. La prescrizione di legge è stata ritenuta violata in un caso in cui il codice era affisso nel locale destinato ai guardiani, sebbene avesse la porta sempre aperta e l'accesso non fosse vietato⁹.

Si è posta la questione se l'affissione possa ritenersi rituale ove avvenuta in una bacheca altrui, cioè rimessa alla disponibilità di una R.S.A., ai sensi dell'art. 25 dello Statuto dei Lavoratori. Secondo un'opzione interpretativa, tale forma, non assicurando la percezione della provenienza della disciplina dal datore di lavoro, non è conforme alla previsione di legge¹⁰. La soluzione appare corretta: da un lato, l'affissione in spazio non in uso al datore di lavoro non assicura la conoscibilità del codice, non potendosi presumere che



⁵ Cass. 9 aprile 1990, n. 2940.

⁶ Cass. 8 marzo 1990, n. 1861.

⁷ Trib. Roma 10 maggio 2000, in *N.G.L.*, 2001, 97, con riferimento alla mancata pubblicazione della normativa collettiva che consentiva di attivare la costituzione di una commissione paritetica.

⁸ Cass. 18 luglio 1985, n. 4245; Cass. 1 giugno 1984, n. 3322.

⁹ Pret. Milano 23 febbraio 1988, in *Lav.* 80, 1989, 409.

¹⁰ Pret. Roma 9 dicembre 1992, in *Nuovo dir.*, 1993, 411.



il lavoratore sia solito ricercare atti aziendali in luoghi riservati alla disponibilità di terzi; dall'altro, l'affissione, ove pure nota, non consentirebbe di comprendere se sia riferibile al datore di lavoro, in quanto avvenuta su suo impulso e decisione, o, invece, se dovuta all'iniziativa del sindacato, inidonea a surrogare la mancanza di uno specifico ed univoco atto volitivo del primo.

Un problema particolare si è posto per il lavoratore distaccato, che rende la prestazione presso un terzo. In tal caso, l'affissione deve essere in atto presso l'effettiva sede di lavoro¹¹, potendo acquistare rilievo quella presso la sede di partenza solo se il distaccato continui a frequentarla per ragioni di servizio.

Qualche incertezza ha sollevato la determinazione del grado di specificità delle previsioni collettive sui comportamenti sanzionabili, richiesto al codice disciplinare affinché l'affissione consenta l'uso legittimo del potere punitivo. L'orientamento più datato applicava alla materia disciplinare il principio penalistico di legalità del *nullum crimen, nulla poena sine lege*, implicante la preventiva individuazione della condotta rilevante disciplinarmente. Da tempo si è affermato il principio secondo cui, ai fini della legittimità del codice disciplinare, non è necessaria la redazione analitica e specifica della casistica delle infrazioni, ma è sufficiente che il codice contenga un'elencazione schematica e non dettagliata delle possibili azioni del dipendente, cioè dei comportamenti sanzionabili, ed indichi in corrispondenza le sanzioni, sia pure in maniera ampia e suscettibile di adattamento in concreto alla maggiore o minore gravità della condotta. Il contratto 16 giugno 2003 presenta una elencazione dettagliata delle infrazioni, e contiene, all'art. 13, comma 7, una clausola di chiusura che consente la sanzionabilità di condotte non previste in sede contrattuale.

¹¹ Cass. 11 aprile 1978, n. 1717.

La responsabilità disciplinare del dirigente di Valentina Lostorto*



183

1. La legge di riordino della dirigenza statale (n. 145 del 2002), nel modificare l'art. 21 del T.U. n. 165/2001, ha posto l'accento sulla dibattuta questione attinente alla natura della responsabilità del dirigente pubblico e sulla ipotizzabilità di una responsabilità distinta rispetto a quella relativa ai risultati, ridisegnata dalla nuova formulazione degli artt. 21 e 22 T.U. cit., qualificabile come vera e propria responsabilità disciplinare.

All'esito della c.d. seconda privatizzazione introdotta con il d. lgs. n. 80/98, infatti, tutti i dirigenti, generali e non generali, sono stati assoggettati al medesimo regime privatistico, con il definitivo superamento dei problemi determinati dal doppio regime che risultava applicabile ai dirigenti generali (rimasti soggetti al regime pubblicistico, ex art. 2 comma 4 d. lgs. n. 29/93 nel testo previgente) ed ai dirigenti non generali (rientrati invece nell'area di contrattualizzazione).

La Corte Costituzionale, chiamata a verificare la legittimità costituzionale sia del precedente sistema di sdoppiamento della disciplina sulla dirigenza pubblica, sia, successivamente, del regime unitario introdotto con le modifiche di cui al d. lgs. n. 80/98, ha, in entrambi i casi, concluso per la conformità del sistema alla Costituzione, ritenendo comunque salvi i parametri di imparzialità e buon andamento dell'attività amministrativa. Nel primo caso, ritenendo il mantenimento dello *status* pubblicistico per i soli dirigenti generali pienamente compatibile con il ruolo di diretti elementi di raccordo con gli organi di indirizzo politico; nel secondo caso, ritenendo un sufficiente elemento di equilibrio la relativa stabilità del rapporto di lavoro dei dirigenti pubblici, a fronte della flessibilità della disciplina degli incarichi¹.

* Magistrato ordinario, docente stabile di diritto del lavoro e della previdenza e di diritto processuale del lavoro presso la Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze.

¹ Per un approfondimento delle due questioni di costituzionalità qui solo sommariamente affrontate, si rinvia alla sentenza della Corte Cost. n. 313 del 25 luglio 1996, pubblicata in *Foro*



Venendo ad affrontare la questione specifica della responsabilità dirigenziale², l'art. 21 del T.U. n. 165/2001, nel testo precedente la riforma del 2002, riconduceva espressamente la responsabilità del dirigente ad una tipica responsabilità di risultato, potendo i "risultati negativi dell'attività amministrativa e della gestione" o il "mancato raggiungimento degli obiettivi" (da valutarsi, sempre secondo il primo comma dell'art. 21 cit. vecchio testo, con i sistemi e le garanzie determinati con i meccanismi di cui all'art. 17 della legge 15 marzo 1997 n. 59) determinare la revoca dell'incarico. Il secondo comma, quindi, prevedeva che in caso di ripetute valutazioni negative, ovvero di grave inosservanza delle direttive impartite dall'organo competente, l'Amministrazione – previa contestazione e contraddittorio e con il parere conforme del comitato dei garanti (di cui al successivo art. 22) – potesse escludere il dirigente dal conferimento di ulteriori incarichi di livello dirigenziale, di livello corrispondente a quello revocato, per un periodo non inferiore a due anni, ovvero, nei casi di maggiore gravità, potesse recedere dal rapporto di lavoro, secondo le disposizioni del codice civile e dei contratti collettivi.

Veniva dunque delineata una forma del tutto peculiare di responsabilità del dirigente pubblico, causata non già da specifici inadempimenti contrattuali, dolosi o colposi, da parte del lavoratore (e cioè dai tipici elementi integranti, come si vedrà, la responsabilità disciplinare), ma da circostanze non direttamente collegabili ad un comportamento doloso e colposo del dirigen-

(segue nota 1)

It., 1997, I, 34 e all'ordinanza della Corte Cost. n. 11 del 30 gennaio 2002, pubblicata in *Il lavoro nelle P.A.*, 2002 n. 2, pagg. 293 e ss. In dottrina, con specifico riferimento alla privatizzazione della dirigenza pubblica, si veda, tra gli altri, A. Zoppoli, *Dirigenza, contratto di lavoro e organizzazione*, ESI, Napoli, 2000; Cassese, *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modificazione costituzionale*, in *Il giornale di diritto amministrativo*, 2002, p. 1341 ss.; Carinci, *Sisifo riformatore: la dirigenza*, in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2001, p.959 ss.; D'Alessio, *La riforma della dirigenza amministrativa nella prima elaborazione giurisprudenziale*, in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2001, p. 45 e ss.; Boscati, *Verifica dei risultati. Responsabilità dirigenziali in Il Lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, Milano, 1997, I, pagg. 854 e ss. Inoltre, per una panoramica completa delle tematiche suggerite dalla L. n. 145/2002, si veda *Dirigenza statale e dirigenze nella pubblica amministrazione*, numero monografico de *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2002, n. 6.

² Per una panoramica in ordine alla evoluzione della disciplina in materia, si veda G. Noviello - V. Tenore *La responsabilità e il procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, Giuffrè, 2002 – pagg. 138 e ss. Sulla portata profondamente innovativa del d. lgs. n. 80/98 e sul significato della contrattualizzazione della dirigenza generale si rinvia a Zoppoli, *Il contratto di lavoro del dirigente pubblico dopo il d. lgs. n. 80/1998*, in *Il Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2000, p. 1069 ss.

te e, comunque, riconducibili al risultato oggettivo prodotto dall'organizzazione cui il dirigente stesso è preposto³.

La norma, dunque, poneva l'interprete di fronte ad un primo fondamentale quesito: il datore di lavoro pubblico è titolare del potere disciplinare anche nei confronti del personale dipendente con qualifica dirigenziale, ovvero questo risponde delle proprie eventuali inadempienze contrattuali solo a titolo di responsabilità dirigenziale, valutabile esclusivamente con le procedure tracciate dagli artt. 21 e 22 T.U. cit.⁴

La risposta a tale quesito oggi non può prescindere dalla modifica all'art. 21 cit. introdotta dalla legge n. 145/2002, che nel ridisegnare la responsabilità dirigenziale di risultato ha, comunque, fatto espressamente salva "l'eventuale responsabilità disciplinare secondo la disciplina contenuta nel contratto collettivo".

In tal modo il legislatore ha sostanzialmente preso atto della diversità delle due forme di responsabilità del dirigente pubblico e della loro possibile coesistenza⁵, lasciando peraltro aperti i problemi in ordine ai limiti della regolamentazione pattizia e, soprattutto, ai rapporti tra le due forme di responsabilità.

2. L'indagine sulla sussistenza e la natura del potere disciplinare del datore di lavoro pubblico nei confronti del dipendente con qualifica dirigenziale non può prescindere da un raffronto con la dirigenza privata⁶.



³ Sulla peculiare natura della responsabilità dirigenziale come responsabilità di risultato si veda, tra gli altri, Mainardi, *L'estinzione del rapporto di lavoro*, in *I contratti collettivi per le aree dirigenziali* (Commentario diretto da Carinci-D'Orta), Milano, 1998; Torchia, *La responsabilità dirigenziale*, in *Giorn. Di Dir. Amm.*, 1995, pag. 946 e ss.; Boscati, *Incarichi, valutazione e mobilità dei dirigenti* (Commentario diretto da Carinci-D'Orta), Milano 1998, pagg. 366 e ss.; Noviello-Tenore, *La responsabilità e il procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, Giuffrè, 2002 – cit.

⁴ Per una panoramica del dibattito giurisprudenziale e dottrinale in materia, si veda, da ultimo, Mainardi, *La responsabilità dirigenziale*, su questa rivista, n. 3, *La nuova disciplina sulla dirigenza pubblica*, pagg. 41 e ss.

⁵ Sulla generale natura della responsabilità del dipendente pubblico e sulla coesistenza delle varie forme di responsabilità, penale, civile, disciplinare, amministrativo-contabile, si rinvia a Noviello-Tenore, *La responsabilità e il procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, Giuffrè, 2002 – cit., con specifico riferimento alla totale autonomia della responsabilità amministrativa in caso di danno erariale (che si aggiunge e non si sostituisce a quella dirigenziale, si veda Corte dei Conti, sez. III, 1 aprile 2003 n. 137; Corte dei Conti, sez. III, 16 aprile 2003, n. 175).

⁶ In dottrina, sul rapporto di lavoro del dirigente, Di Cerbo, *I rapporti speciali di lavoro*, Cedam, 2000; Amoroso, *Le sezioni unite mutano giurisprudenza in ordine al licenziamento disciplinare del dirigente d'azienda: incertezze interpretative e dubbi di costituzionalità*, in *Foro It.*, 1995, I, pagg. 1778 e ss.; Caracciolo, *L'esercizio del potere disciplinare nei confronti del dirigente dopo la pronuncia n. 6041/95 delle sezioni unite della Suprema Corte*, in *RCDL*, 1997, pagg. 19 e ss.



Una volta unificato il regime normativo per l'intera area dirigenziale pubblica, infatti, anche a tali rapporti di lavoro si applicano le fonti privatistiche richiamate espressamente dall'art. 2, comma 2, T.U. n. 165/2001, dall'art. 51 comma 2 T.U. cit. (con specifico riferimento allo Statuto dei Lavoratori) e dall'art. 55 comma 2 T.U. cit. (con specifico riferimento all'art. 2106 c.c. e all'art. 7, commi 1, 5 e 8 della L. n. 300/70).

È pacifico, in generale, che per i dirigenti di azienda nel settore privato vige il regime della c.d. libera recedibilità. L'art. 10, comma 1, L. n. 604/66 non richiama infatti la categoria dei dirigenti e l'art. 2, comma 4 della stessa legge richiama espressamente per l'applicabilità ai dirigenti esclusivamente il comma 1 del medesimo articolo, concernente la forma scritta del licenziamento, ma non gli altri due commi in ordine alla motivazione del licenziamento. La motivazione del recesso, dunque, rileva solo ai fini della giustificatezza del recesso e del riconoscimento, o meno, dell'indennità di preavviso⁷.

Peraltro, all'esito della sentenza della Corte Costituzionale 25 luglio 1989 n. 427 (dichiarativa dell'illegittimità costituzionale dell'art. 7 commi 2 e 3, L. n. 300/70 "nella parte in cui è esclusa la loro applicabilità al licenziamento per motivi disciplinari irrogato da imprenditore che abbia meno di sedici dipendenti") si era posto il problema se, comunque, in caso di licenziamento "ontologicamente" disciplinare⁸ le garanzie procedurali in materia disciplinare fossero applicabili anche all'area dirigenziale.

Le Sezioni Unite della Suprema Corte, investite della questione, con sentenza 29 maggio 1995 n. 6041 pervennero alla soluzione negativa, attribuendo il massimo rilievo ai caratteri di specificità del rapporto di lavoro dei dirigenti, in ragione della natura spiccatamente fiduciaria del rapporto stesso ed alla sua conseguente incompatibilità con la relazione potere disciplinare – responsabilità disciplinare e con lo svolgimento di un procedimento disciplinare.

⁷ In linea generale, in tema di licenziamento del dirigente, la nozione di licenziamento ingiustificato proposta dalle fonti autonome (nella specie, dall'art. 22 del CCNL dirigenti industriali, che prevede che "nel caso di risoluzione ad iniziativa dell'azienda, quest'ultima è tenuta a specificarne contestualmente la motivazione" - con la specificazione, contenuta nel secondo capoverso del medesimo articolo, che "il dirigente, ove non ritenga giustificata la motivazione addotta dall'azienda ovvero nel caso in cui detta motivazione non sia stata fornita contestualmente alla comunicazione del recesso, potrà ricorrere al Collegio arbitrale di cui all'art. 19") non coincide necessariamente con quella dell'art. 3 della L. n. 604/66. Occorre, pertanto, procedere ad una verifica della veridicità dei motivi indicati dal datore di lavoro e della loro idoneità a giustificare il recesso, in base ad una globale valutazione delle circostanze indicate che sia tale da escludere – o meno – l'arbitrarietà del recesso medesimo. Sul punto, si veda, tra le tante, Cass. n. 825 del 29 gennaio 1999 e, sempre in tal senso, Cass. nn. 2761/98, 12001/97 e 8934/96.

⁸ Principio sancito da Cass., SS. UU. 1 giugno 1987 n. 4823.

In particolare le Sezioni Unite, nell'escludere che per i dirigenti potesse configurarsi la stessa possibilità di esercizio di un potere disciplinare da parte del datore di lavoro, applicando loro la normativa di legge relativa, faceva leva su caratteristiche della categoria che sono proprie solo di una parte delle figure a essa normalmente ricondotte. Veniva adottata, quindi, una nozione di dirigenza molto ristretta, limitata alla figura dell'*alter ego* dell'imprenditore, come tale collocato nell'organizzazione aziendale in posizione verticistica. Pertanto, secondo tale orientamento, il licenziamento del dirigente per giusta causa o giustificato motivo, in assenza di specifiche norme contrattuali collettive in materia disciplinare, non poteva configurarsi come sanzione disciplinare espulsiva, con tutte le conseguenze in ordine alla procedura applicabile.

La successiva giurisprudenza di legittimità ha quindi espresso un prevalente orientamento⁹ che ha portato alle logiche conseguenze il discorso avviato dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 6041/95, chiarendo come il concetto di assoluta fiduciarità del rapporto di lavoro – che giustifica la sottrazione alla disciplina dell'art. 7 L. n. 300/70 – debba essere riferito unicamente alle figure veramente determinanti nella gestione aziendale, mentre ai dirigenti (cosiddetti) intermedi o minori deve essere, comunque, assicurata la piena applicabilità della disciplina legale limitativa del potere di licenziamento.

Peraltro, una più recente giurisprudenza ha posto in luce l'incertezza circa l'effettiva portata della demarcazione tra i dirigenti in senso proprio e i c.d. pseudo-dirigenti o dirigenti convenzionali, risentendo la delimitazione dell'area dirigenziale non solo delle specifiche previsioni della contrattazione collettiva dei vari settori produttivi, ma soprattutto delle diverse realtà aziendali, laddove ad organizzazioni complesse può corrispondere una pluralità di livelli di inquadramento del dirigente¹⁰.

La indubbia problematicità dell'esposto quadro giurisprudenziale ha indotto le Sezioni Unite della Cassazione a riaffrontare la questione con la sentenza 3 aprile 2003 n. 5213.

Con detta sentenza i giudici di legittimità hanno ripreso i principi da tempo affermati dalla Corte Costituzionale¹¹ circa la rilevanza "ontologicamente disciplinare" di un licenziamento motivato da un comportamento negligente e colpevole del lavoratore, indipendentemente dalle conseguenze che posso-



⁹ Cfr., *ex plurimis*, Cass., sez. lav., sentenze 12 novembre 1999 n. 12571, 27 novembre 1997 n. 12001, 11 febbraio 1998 n. 1434.

¹⁰ Cfr. Cass., sez. lav., sentenze 23 marzo 1998 n. 3056 e 12 novembre 1999 n. 12571.

¹¹ Cfr. sentenze n. 204 del 1982 e n. 427 del 1989.



no derivare dalla eventuale declaratoria di illegittimità del licenziamento, anche in relazione ai potenziali effetti dell'atto risolutivo che, qualora determinato da specifici addebiti al lavoratore, può comunque incidere sulla sfera morale e professionale del lavoratore e creargli addirittura ostacoli o impedimenti al reperimento di nuove occasioni di lavoro¹².

In sostanza, dunque, la Suprema Corte risolve e supera il problema della inapplicabilità delle garanzie di cui all'art. 7 Statuto dei Lavoratori per la presunta incompatibilità del potere disciplinare nei confronti del dirigente apicale (il cui rapporto è caratterizzato dall'estrema fiduciarità), aggirando l'ostacolo e incentrando l'attenzione esclusivamente sulla natura e gli effetti dell'atto espulsivo. Ritiene, infatti, la Suprema Corte, con argomentazioni senz'altro condivisibili, che l'applicabilità della garanzia del previo contraddittorio al licenziamento con addebiti sia, comunque, da ricollegare alla natura di tale atto e ai potenziali effetti lesivi dello stesso¹³.

In conclusione, pertanto, può oggi affermarsi che, ove il recesso datoriale sia determinato da addebiti di comportamenti negligenti o colposi al lavoratore (e cioè abbia natura intrinsecamente sanzionatoria), le garanzie procedurali della previa contestazione dell'addebito e della proporzione della sanzione debbano, comunque, applicarsi all'intera area dirigenziale privata in quanto principi di civiltà giuridica, prescindendo dalla specifica posizione del dirigente nell'ambito dell'organizzazione aziendale¹⁴. La violazione di dette garanzie comporta la non valutabilità degli addebiti irritualmente mossi al dirigente e, conseguentemente, la ingiustificatezza del licenziamento ai fini dell'erogazione dell'indennità sostitutiva del preavviso e all'indennità supplementare prevista dalla contrattazione collettiva.

3. Tracciati i fondamentali orientamenti giurisprudenziali in materia, va comunque premesso come sia pacifico che l'esperienza della giurisprudenza

¹² Tale precisazione è resa necessaria dalla pacifica, come si è prima visto, recedibilità *ad nutum* del rapporto di lavoro del dirigente, potendo la violazione delle regole procedurali determinare non la nullità del licenziamento, ma l'applicazione della disciplina di cui agli artt. 2118 e 2119 c.c. (con l'eventuale mero diritto del lavoratore all'indennità sostitutiva del preavviso).

¹³ Del resto, neanche le SS.UU., nella sentenza n. 6041/95 cit., come si è visto, erano giunte alla conclusione di escludere *a priori* la possibilità, e la conseguente legittimità, di una previsione contrattuale collettiva che regolasse l'esercizio del potere disciplinare datoriale anche nei confronti dei dirigenti.

¹⁴ Sulla generale necessità che ogni atto unilaterale datoriale che può ingenerare conseguenze in senso lato negative sulla sfera soggettiva del prestatore di lavoro in ragione del comportamento negligente o colpevole di quest'ultimo debba rispondere al principio di proporzione e alla regola del contraddittorio, vedi Corte Cost. 1 giugno 1995 n. 220.

del lavoro in materia di dirigenza privata, basata sulla piena fiduciarità dell'incarico e sulla totale insindacabilità delle scelte imprenditoriali del datore di lavoro privato, fondata sull'art. 41 della Cost., non possa essere applicata *tout court* alla dirigenza pubblica¹⁵.

Basti qui ricordare la peculiarità della stessa struttura del rapporto che, come è noto, non solo risente della ineliminabile componente pubblicistica rappresentata dal precetto costituzionale dell'art. 97 Cost. (legalità, imparzialità e buon andamento della Pubblica Amministrazione, che rendono sindacabili, sotto il profilo del necessario perseguimento di fini pubblicistici, le scelte imprenditoriali del datore di lavoro pubblico), ma anche della scelta del legislatore di conciliare le opposte esigenze di imparzialità da una parte e di efficienza e flessibilità dall'altra, attraverso la netta distinzione tra il rapporto c.d. organico del dirigente (che ordinariamente acquisisce la qualifica dirigenziale mediante concorso e con successiva stipulazione di un contratto a tempo indeterminato concernente la mera qualifica dirigenziale) e quello vero e proprio di servizio, che necessita sempre di un ulteriore e distinto atto di conferimento dell'incarico (anche secondo la L. n. 145/2002)¹⁶.

In particolare, quanto alla sostanziale stabilità del rapporto di lavoro del dirigente pubblico (a prescindere, ovviamente dal conferimento dell'incarico), occorre partire dalla generale applicabilità dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori a tutte le Amministrazioni Pubbliche, a prescindere dal numero dei dipendenti (limite che condiziona invece il settore privato), nonché dalla peculiarità della struttura del rapporto di lavoro del dirigente pubblico che, contrariamente a quello del dirigente privato (rimasto, ex art. 10 L. n. 604/66, nell'area della libera recidibilità *ad nutum*), gode di stabilità, essendo previsti per legge i casi tassativi di recesso (art. 21 T.U. n. 165/2001)¹⁷. Il legislatore, infatti, ha espressamente previsto la possibilità di un licenzia-



¹⁵ Si veda, ad esempio, tutto il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sorto in ordine alla questione della possibilità, o meno, della reintegra de dirigente e della esecuzione in forma specifica del provvedimento del Giudice Ordinario, già esaminato nel precedente numero di questa rivista, nell'articolo *Attuazione della riforma e tutela contenziosa del dirigente*, pagg. 87 e ss.

¹⁶ Per le conseguenze di un'eccessiva precarizzazione degli incarichi dirigenziali, si veda, in senso critico, Cassese, *Il nuovo regime dei dirigenti pubblici italiani: una modifica costituzionale*, cit.

¹⁷ Circa la stabilità del rapporto di impiego dei pubblici dirigenti, a fronte della flessibilità della disciplina degli incarichi, si veda Corte Cost., ord. n. 11 del 16 gennaio 2002, cit. In dottrina, cfr. Tosi, *Dirigenze pubbliche e private*, in *Arg. Dir. Lav.* 2001, p. 70 e ss.; Romano Tassone, *Sul contratto di lavoro del dirigente pubblico*, in *Giust. civ.*, 2000, II, p. 151 e ss. Per una panoramica completa degli orientamenti dottrinali in materia, si rinvia a Sordi, *Il licenziamento del dipendente pubblico: il quadro legale*, su *Il Lavoro nelle P.A.*, 2001, pagg. 292 e ss.



mento illegittimo del dirigente pubblico, circostanza che invece, senza dubbio, non è ravvisabile nel rapporto dirigenziale privatistico. In tale ambito, infatti, il dirigente licenziato trova tutela solo in forza della contrattazione collettiva vigente in materia, con la previsione di una indennità risarcitoria in caso di licenziamento immotivato o non giustificato.

Il necessario vincolo fiduciario che caratterizza il rapporto dirigenziale, dunque, nel rapporto di lavoro pubblico “privatizzato” si incentra essenzialmente sul piano del conferimento delle funzioni dirigenziali.

Ciò comporta il totale venir meno di ogni ostacolo di tipo concettuale in merito alla sussistenza di un potere disciplinare in capo al datore di lavoro pubblico che vada ad incidere non già sull’attività propria del dirigente (tipico oggetto della responsabilità dirigenziale), ma direttamente sul rapporto di lavoro.

Ed invero, nel rapporto di lavoro privato (secondo i principi enunciati dalle Sezioni Unite della Cassazione nella più volte citata sentenza n. 6041 del 1995) il potere disciplinare datoriale è stato ritenuto incompatibile con il rapporto dirigenziale di tipo apicale proprio in relazione allo spiccato carattere fiduciario della prestazione lavorativa. Tale ineliminabile componente fiduciaria, infatti, non può tollerare neanche la più piccola incrinatura e, ad ogni eventuale inadempimento del dirigente, può conseguire l’immediato recesso (con l’unico limite, in caso di licenziamento ontologicamente disciplinare, della necessaria osservanza della tutela procedimentale, estesa dall’ultima sentenza delle Sezioni Unite n. 5213/2003 sopra citata a tutti i dirigenti); al contrario, la sussistenza del rapporto di lavoro del dirigente pubblico viene ad essere svincolata da ogni diretto ed immediato collegamento con la fiduciarità dell’incarico.

In altre parole, il rapporto di lavoro del dirigente pubblico, una volta privatizzato e contrattualizzato nella peculiare forma della doppia componente di un rapporto di lavoro di base, assistito dalla stabilità reale, e di un distinto atto di conferimento dell’incarico – solo questo direttamente soggetto al vincolo fiduciario –, non può che essere inquadrato nell’ottica della subordinazione e quindi deve sottostare, nell’ambito della dialettica contrattuale, al c.d. potere punitivo, quale necessario strumento organizzativo del datore di lavoro¹⁸.

Occorre, infine, esaminare la posizione dei dirigenti c.d. a contratto. L’art. 19, comma 6, del T.U. n. 165/2001, introduce, infatti, la possibilità di attri-

¹⁸ Per una panoramica generale in materia del potere disciplinare del datore di lavoro pubblico e privato, si veda, da ultimo, Noviello-Tenore, *La responsabilità ...*, cit., pagg. 1 e ss.

buzione degli incarichi dirigenziali, nella misura e nelle forme ivi previste, a soggetti anche esterni all'Amministrazione e potenzialmente non titolari di un preesistente rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato con l'Amministrazione.

In tali ipotesi, in cui effettivamente, al pari che nel rapporto dirigenziale privato, l'elemento fiduciario incide direttamente sul rapporto di lavoro (legato unicamente al conferimento dell'incarico dirigenziale) sembra, a chi scrive, che possano pacificamente considerarsi trasponibili i summenzionati principi enunciati dalla giurisprudenza di legittimità in relazione alla dirigenza privata ed alla disciplina applicabile in caso di recesso dal contenuto intrinsecamente sanzionatorio. Nella specie, oltretutto, come si vedrà più avanti, la normativa collettiva (applicabile, per espressa previsione dell'art. 1 dei vari CCNL, anche ai dirigenti con rapporto di lavoro a tempo determinato) nel disciplinare il recesso per giusta causa del dirigente, introduce espressamente anche ipotesi chiaramente riconducibili a responsabilità di tipo disciplinare, ammettendo così licenziamenti ontologicamente disciplinari anche dei dirigenti con contratto a termine. In altri termini, ogni qual volta ai dirigenti incaricati con contratto a termine siano ascrivibili condotte dolose e colpose non direttamente ricollegabili alla responsabilità di risultato, il datore di lavoro pubblico potrà certamente recedere dal rapporto nelle forme previste dal CCNL, previa applicazione delle ineliminabili garanzie procedurali.

Del resto, diversamente opinando in merito all'incompatibilità dell'esercizio del potere disciplinare nei confronti del dirigente pubblico (in aggiunta alla responsabilità dirigenziale di risultato), si potrebbe giungere all'assurda conclusione della impossibilità di valutare comportamenti disciplinarmente rilevanti (come la commissione di gravi reati non collegati con l'attività lavorativa ma tali da screditare il datore di lavoro) nei confronti di un dirigente bravissimo nella sua attività e sempre puntuale nel raggiungimento degli obiettivi, e quindi non valutabile negativamente¹⁹.

Ogni dubbio circa la configurabilità della responsabilità disciplinare del dirigente pubblico, infine, è venuto meno a seguito dell'espressa menzione di tale responsabilità contenuta nel testo novellato dell'art. 21 T.U. n. 165/2001.



¹⁹ Circa la sussistenza del potere disciplinare del datore di lavoro nei confronti di un dirigente sanitario, cfr. Tribunale di Ancona, ordinanza 14 aprile 2000, anche se in tale sentenza il giudice, richiamando *tout court* la giurisprudenza della S.C. precedente le recenti Sezioni Unite del 2003, ha ritenuto valida la distinzione tra dirigenti apicali e media e bassa dirigenza. Sempre sul potere disciplinare datoriale nei confronti del dirigente pubblico, cfr. Tribunale di Napoli, sentenza 7 gennaio 2003.



4. Una volta accertata la sussistenza in capo al datore di lavoro pubblico del potere disciplinare anche nei confronti dei dipendenti con qualifica dirigenziale, occorre chiarire come tale potere si configuri e secondo quali modalità sia esercitabile.

Innanzitutto il quadro normativo di riferimento non può che essere quello delineato in generale in materia disciplinare dall'art. 55 T.U. n. 165/2001, che al comma 2 richiama espressamente il principio della necessaria proporzione tra infrazione e sanzione (art. 2106 c.c.) e le fondamentali garanzie procedurali enunciate dall'art. 7 della L. n. 300/70, sintetizzabili come segue: a) l'obbligo della pubblicità mediante affissione del codice disciplinare (art. 7 comma 1); b) il termine minimo di 5 giorni per l'applicazione delle sanzioni (art. 7 comma 5); c) il limite biennale di operatività della recidiva (art. 7 comma 8).

Quindi, l'art. 55, fatta salva la specifica disciplina legislativa dettata con riferimento alla responsabilità dirigenziale di risultato ed al regime delle incompatibilità (art. 21 e 53 stesso T.U.), demanda alla contrattazione collettiva la definizione delle tipologie delle infrazioni e delle relative sanzioni.

Peraltro, i contratti collettivi delle aree dirigenziali non hanno fino ad ora previsto specifiche ipotesi di responsabilità disciplinare del dirigente, limitandosi a richiamare la nozione del recesso con preavviso di cui all'art. 2118 c.c. e per giusta causa di cui all'art. 2119 c.c., introducendo altresì una procedura improntata al rispetto del principio del contraddittorio e del diritto di difesa dell'interessato, sulla falsa riga di quanto previsto dall'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori. In particolare, tutti i CCNL esaminati²⁰ ravvisano la giusta causa per il licenziamento senza preavviso in tutti quei "fatti o comportamenti, anche estranei alla prestazione lavorativa, di gravità tale da essere ostativi alla prosecuzione, sia pure provvisoria, del rapporto di lavoro".

In primo luogo, dunque, la disciplina collettiva unifica in una unica generica definizione sia il recesso datoriale a seguito dei casi più gravi di responsabilità dirigenziale (l'art. 21 T.U. n. 165/2001 rimanda espressamente al contratto collettivo la disciplina del recesso per tali ipotesi), sia il recesso

²⁰ Art. 27 CCNL comparto Ministeri, area dirigenza, parte normativa 1994/97, allo stato non modificata dai successivi rinnovi; art. 18 CCNL comparto Ricerca, area dirigenza, parte normativa 1994/97, allo stato non modificata dai successivi rinnovi; art. 36 CCNL comparto Sanità, area dirigenza medica e veterinaria, parte normativa 1994/97, allo stato non modificata dai successivi rinnovi; art. 27 CCNL Comparto Regioni ed Autonomie Locali, area dirigenza, parte normativa 1994/97, allo stato non modificata dai successivi rinnovi; art. 35 CCNL Comparto Sanità, area dirigenza amministrativa, parte normativa 1994/97, allo stato non modificata dai successivi rinnovi.

per motivi disciplinari, senz'altro rientrante nella previsione collettiva laddove, tra i fatti che possono integrare la giusta causa, si fanno rientrare anche quelli estranei alla prestazione lavorativa (fatti che esulano senza dubbio dalla tipica responsabilità di risultato).

Pertanto, pur ammettendo la possibilità di un recesso datoriale per motivi ontologicamente disciplinari (e cioè per gravi comportamenti dolosi o colposi del dirigente), la fonte contrattuale omette ogni tipizzazione di tali inadempienze.

Si pone allora il problema della concreta ravvisabilità degli illeciti disciplinari e della eventuale violazione del principio della necessaria pubblicità del codice disciplinare.

Rifacendosi ai principi generali elaborati dalla giurisprudenza del lavoro in materia di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo soggettivo, si osserva come, in ogni caso, a fronte di condotte manifestamente contrarie all'etica comune o comunque integranti gravi violazioni di doveri fondamentali del lavoratore, impostigli direttamente dalla legge (artt. 2104 e 2105 c.c.), l'orientamento assolutamente prevalente della giurisprudenza di legittimità ritiene superflua ogni specifica previsione da parte del codice disciplinare e, conseguentemente, la pubblicità dello stesso²¹. In particolare, va rilevato che, mentre per le sanzioni c.d. conservative, il concreto esercizio del potere disciplinare (in quanto non disciplinato direttamente dalla legge ma solo genericamente previsto dall'art. 2106 c.c.) presuppone necessariamente una precisa disciplina predeterminata e pubblicizzata, per le sanzioni c.d. espulsive tale potere è attribuito al datore di lavoro direttamente dalla legge al verificarsi di situazioni integranti giusta causa o giustificato motivo e, pertanto, secondo il costante orientamento della Suprema Corte, non necessiterebbe in ogni caso, per il suo esercizio, della predeterminazione in sede collettiva delle condotte punibili con il recesso²².

Del resto, la disciplina collettiva fino ad ora emanata in materia di dirigenza pubblica ha escluso l'applicabilità al dirigente delle sanzioni c.d. conservative. Tale esclusione, che nei casi non espressamente previsti dai contratti è deducibile dalla assoluta mancanza di specifiche previsioni (e cioè della prede-



²¹ Cfr., *ex plurimis*, Cass., sez. lav., n. 5822/2000, n. 7884/97 e, da ultimo, n. 13194/2003.

²² Cfr. Cass., sez. lav., n. 4593/98, n. 2453/96, n. 3915/96 e, da ultimo, n. 12735/2003, con riferimento alle sanzioni conservative ed all'estensione, da parte dell'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori, alla comunità d'impresa del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. In dottrina, Ottolina, *Il licenziamento del dirigente medico*, in *LPA*, 2001, 2, pagg. 443 e ss., nota a Tribunale Genova, ord. 16 giugno 2000.



terminazione del tipo di sanzione – rimprovero, multa o sospensione dal lavoro – e della tipologia delle infrazioni)²³ si giustifica con il particolare rapporto di fiducia che deve esistere tra datore di lavoro e dirigente di qualsiasi livello.

Pertanto, potendo il potere disciplinare datoriale manifestarsi esclusivamente nell'ambito del recesso per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, può concludersi che non si pone un problema di individuazione preventiva delle possibili infrazioni da parte di un codice disciplinare.

Non può comunque ignorarsi che l'art. 54 del T.U. n. 165/2001 (come modificato dal d. lgs. n. 80/98) prevede la definizione, da parte del Dipartimento della Funzione Pubblica, di un codice di comportamento dei dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni, codice che deve essere pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale e consegnato al dipendente al momento dell'assunzione (comma 2)²⁴. Tale codice contiene specificazioni esemplificative degli obblighi di diligenza, lealtà e imparzialità che devono conformare il rapporto del dipendente pubblico sia con l'Amministrazione, sia con l'utenza.

Trattasi di enunciazione di una serie di principi in materia di condotta etica del dipendente che costituisce, comunque, un quadro di riferimento per la necessaria valutazione della gravità dei fatti eventualmente addebitati al dirigente²⁵ e ciò indipendentemente dalla diretta rilevanza del detto codice sul piano della responsabilità disciplinare. Tale questione, sorta nella vigenza del precedente D.M. del 1994 in ordine alla natura (di vera e propria fonte normativa ovvero di mero atto amministrativo) del codice di comportamento, quale norma non di origine patrizia, ma predisposta unilateralmente dall'Amministrazione, può oggi essere risolta in base all'odierna formulazione del terzo comma dell'art. 54 T.U. n. 165/2001. Tale norma, infatti, prevedendo il recepimento (sotto forma di allegato) da parte dei contratti collettivi del codice deontologico e demandando espressamente alla fonte collettiva il mero coordinamento dei principi del codice con le previsioni contrattuali in materia disciplinare, porta a concludere per l'immediata portata precettiva del contenuto del predetto codice, da intendersi come specificazione di quei doveri cui il dipendente è onerato ai sensi degli artt. 2104 e 2105 c.c.²⁶.

²³ Tra i CCNL sopra citati, escludono espressamente il ricorso a sanzioni conservative il CCNL Sanità area non medica; CCNL Regioni e Autonomie locali; CCNL Sanità area medica; CCNL Enti di ricerca.

²⁴ Il codice attualmente in vigore è quello adottato dal Dipartimento della Funzione Pubblica con D.M. 28 novembre 2000, pubblicato sulla Gazz. Uff. 10 aprile 2001 n. 84, in sostituzione del precedente codice emanato con D.M. 31 marzo 1994.

²⁵ Si veda, in tal senso, Tribunale Ancona, od. 14 aprile 2000 cit.

²⁶ Per una ricostruzione completa della questione, si veda Noviello-Tenore, *La responsabilità...*, cit., pagg. 95 e ss.

5. Passando all'esame delle principali questioni che si pongono in materia di procedura di accertamento della responsabilità disciplinare del dirigente, è necessario incentrare l'attenzione su quelle che sono peculiari al rapporto di lavoro dirigenziale, non potendosi in questa sede, affrontare né le problematiche di ordine generale (quali ad esempio la necessaria proporzionalità tra sanzione e addebito, la tempestività della contestazione, la natura dei termini procedurali, gli strumenti cautelari del datore di lavoro) né le questioni che possono insorgere successivamente alla irrogazione della sanzione (quali l'individuazione del tipo di tutela accordabile al dirigente illegittimamente licenziato e l'esecuzione degli eventuali provvedimenti giudiziari²⁷).

Non può omettersi un breve accenno al problema, di assai rilevante impatto pratico e senz'altro comune alla materia della responsabilità disciplinare in generale, che attiene all'applicabilità, o meno, anche al procedimento disciplinare delle norme dettate in tema di procedimento amministrativo dalla legge n. 241/90. La soluzione di detto problema, infatti, condiziona direttamente non solo aspetti procedurali, quali l'esperibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ma anche la conformazione stessa dell'atto, con particolare riferimento alla necessità di motivazione dell'atto-sanzione.

Qualificando l'atto datoriale di esercizio del potere disciplinare quale tipico atto di gestione del rapporto di lavoro, come tale privatistico ai sensi dell'art. 5, comma 2 T.U. n. 165/2001²⁸, non può che discendere come logica conseguenza la totale inapplicabilità delle regole di cui alla L. n. 241/90²⁹. Del resto, il potere disciplinare del datore di lavoro ha una sua specifica regolamentazione normativa (art. 2106 c.c. e art. 7 L. n. 300/70) e collettiva che pone precetti specifici in materia di diritto di difesa, contraddittorio, termini, e motivazione dell'atto³⁰, tali da garantire comunque la trasparenza dell'azione amministrativa che è alla base della disciplina in materia di pro-



²⁷ Sul dibattito dottrinale e giurisprudenziale sorto in ordine alla questione della possibilità, o meno, della reintegra del dirigente e della esecuzione in forma specifica del provvedimento del Giudice Ordinario, si rimando a quanto già affermato nel precedente numero di questa rivista, nell'articolo *Attuazione della riforma e tutela contenziosa del dirigente*, pagg. 87 e ss.

²⁸ Cfr., *ex plurimis*, Cass. n. 3373/1999.

²⁹ Si veda da ultimo, in tal senso, Cass., sez. lav., sentenza 28 luglio 2003 n. 11589.

³⁰ In particolare, tutti i CCNL sopra citati in materia di recesso del dirigente pubblico impongono all'Amministrazione l'obbligo della motivazione contestuale dell'atto, venendosi dunque a superare il problema – in astratto sussistente in caso di licenziamento potenzialmente ingiurioso – se l'esplicitazione della motivazione, ove non espressamente richiesta, potesse violare il diritto del lavoratore alla riservatezza.



cedimento amministrativo³¹. In particolare, con riferimento al contenuto della motivazione del recesso datoriale per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, occorre rifarsi alla elaborazione della giurisprudenza del lavoro in materia di dirigenza privata che, seppure con riferimento alla più ampia nozione (pattizia e non legale) di “giustificatezza” del licenziamento, ritiene sufficiente anche una scarna indicazione dei fatti, purché sia possibile l’individuazione dell’addebito ai fini del rispetto della regola dell’immutabilità della contestazione e della possibilità del successivo controllo giudiziale³².

Peculiare all’area della dirigenza pubblica è invece l’ulteriore questione se, anche in caso di recesso per addebiti disciplinari, l’atto presupponga, o meno, l’acquisizione del parere del comitato dei garanti di cui all’art. 22 T.U. n. 165/2001.

Prima delle modifiche apportate con la L. n. 145/2002, infatti, l’art. 22 imponeva il previo parere del comitato dei garanti per l’adozione di tutti i provvedimenti di cui all’art. 21, comma 2 che, dopo aver disciplinato i casi di responsabilità dirigenziale, prevedeva un’unica forma di recesso “nei casi di maggiore gravità”, comprensiva, quindi, anche delle ipotesi non strettamente riconducibili a valutazioni negative. Ciò ha portato alcuni interpreti a ritenere il carattere generale del preventivo parere del comitato dei garanti, quale strumento di controllo ponderato nell’adozione di atti comunque gravemente lesivi della posizione soggettiva dei dirigenti³³.

Tale tesi, del resto già in pratica disattesa dalla giurisprudenza del lavoro (che, nelle ipotesi – peraltro rare – in cui si è occupata di licenziamenti disciplinari di dirigenti pubblici, non ha mai rilevato la necessità di siffatto preventivo parere³⁴), risulta oggi superata dalla più netta distinzione tra responsabilità dirigenziale per risultati e responsabilità disciplinare operata nella nuova formulazione dell’art. 21 che, introducendo l’inciso “ferma restando l’eventuale responsabilità disciplinare secondo la disciplina conte-

³¹ Si veda, sull’applicabilità degli artt. 7 e 8 della L. n. 241/90 in casi di esito sfavorevole del periodo di prova di un pubblico dipendente, Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 1 agosto 2001 n. 4189. Una completa disamina della questione, con tutti i principali riferimenti dottrinali e giurisprudenziali anche con specifico riferimento alla questione dell’accesso, è contenuta in Noviello-Tenore, *La responsabilità...* cit., pagg. 20 e ss.

³² Da ultimo, sulla nozione di “giustificatezza” del licenziamento del dirigente privato, Cass., sez. lav., n. 4729/2002.

³³ In dottrina, Pasqua-Talamo, *Recesso per giusta causa dell’amministrazione dal rapporto di lavoro con il dirigente e ruolo del comitato dei garanti* in *Il Lavoro nelle P.A.*, 2001, n. 6, pagg. 1093/1100.

³⁴ Si vedano Tribunale di Ancona e Tribunale di Napoli sopra citate.

nuta ne contratto collettivo”, ha estrapolato espressamente dalla responsabilità per mancato raggiungimento degli obiettivi o per inosservanza delle direttive tutte quelle condotte del dirigente aventi rilievo esclusivamente disciplinare.

La conseguenza logica di quanto sin qui detto è la minore complessità della procedura per l'accertamento della responsabilità disciplinare, non occorrendo il parere conforme dell'organo consultivo di cui all'art. 22, invece sempre necessario in caso di valutazione negativa dei risultati.

In particolare, per il rituale svolgimento del procedimento disciplinare, i contratti collettivi prevedono la necessità della contestazione scritta degli addebiti e del decorso di un termine di almeno cinque giorni tra la ricezione da parte del dirigente della contestazione e la sua convocazione; il dirigente convocato può, inoltre, farsi assistere da un rappresentante sindacale o da un legale di sua fiducia.

Nel silenzio dei contratti collettivi dell'area dirigenziale in ordine alla durata complessiva del procedimento disciplinare, non potrà, inoltre, che farsi diretta applicazione della disciplina legale di cui all'art. 55, comma 5, T.U. n. 165/2001, laddove si prevede che la sanzione (nella specie, il licenziamento) deve essere applicata nei quindici giorni successivi “trascorsi inutilmente quindici giorni dalla convocazione per la difesa del dipendente”³⁵.

Più problematica si presenta la vicenda procedurale qualora il dirigente si presenti in sede di audizione (ipotesi non espressamente prevista dall'art. 55 cit.) e offra elementi che, necessitando di approfondimenti istruttori (quali l'escussione di testi, la produzione di documenti, accessi, ecc.), potrebbero determinare la necessità, per una esauriente valutazione da parte datoriale, di un tempo più lungo dei quindici giorni di cui all'art. 55 cit. Tale lacuna normativa e pazzia potrebbe, peraltro, essere colmata attribuendo valore preminente all'ultima parte del comma 5 della norma in esame, laddove recita testualmente “la sanzione viene applicata nei successivi quindici giorni”.

Non potendosi ipotizzare – pena l'incostituzionalità della norma – che il legislatore abbia voluto introdurre un termine finale per l'adozione del prov-



³⁵ In generale, per una esauriente ricognizione dei termini in materia disciplinare e della natura, ordinatoria o perentoria, degli stessi, si rimanda a Noviello-Tenore, *La responsabilità...*, cit., pagg. 223 e ss. Con riferimento al previgente sistema di pubblico impiego, si rimanda a Consiglio di Stato, ad. plen. 25 gennaio 2000 n. 4 e, da ultimo, a Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 20 ottobre 2003 n. 6421. In particolare, sulla natura perentoria del termine che fissa il limite massimo di durata del procedimento (in fattispecie relativa al CCNL comparto Ministeri, area non dirigenziale), cfr. Consiglio di Stato, sent. 17 febbraio 2000 n. 901.



vedimento disciplinare solo nel caso di mancata audizione del dirigente incolpato, sembra allora coerente e ragionevole dedurre che l'intenzione del legislatore fosse quella di fissare in quindici giorni lo *spatium deliberandi* massimo consentito al datore di lavoro una volta in possesso di tutti gli elementi necessari per una completa valutazione della fattispecie oggetto dell'accertamento e quindi, in caso di necessità di ulteriori indagini all'esito dell'audizione, una volta esperiti detti approfondimenti.

Inoltre, non può ignorarsi l'ulteriore termine massimo di 30 giorni (questo sì) previsto dai CCNL, area dirigenza, esaminati³⁶ in relazione al possibile periodo di sospensione dal lavoro del dirigente sottoposto a procedimento disciplinare. Tale termine, unito all'esigenza di buon andamento della P.A. sancito dall'art. 97 Cost., non può che funzionare da limite esterno al potere disciplinare datoriale nei casi più gravi di fatti che giustificerebbero il licenziamento senza preavviso per giusta causa, imponendo comunque all'Amministrazione di concludere con solerzia il procedimento disciplinare, pena il rischio di dover in ogni caso riammettere in servizio il dirigente anche se incolpato di gravissime negligenze o, peggio, di atti dolosi e lesivi dell'interesse pubblico.

Ovviamente quanto sino ad ora argomentato ha rilievo solo nelle ipotesi in cui i fatti addebitati al dirigente non integrino una delle fattispecie di reato contro la P.A. indicate dall'art. 3, comma 1, L. n. 97/2001³⁷. In questo caso, infatti, è la stessa legge (art. 5 comma 4) a prevedere il termine (di novanta giorni dalla comunicazione della sentenza all'Amministrazione) per l'instaurazione o la prosecuzione, ove sospeso, del procedimento disciplinare, nonché il termine massimo di durata del procedimento stesso, fissato in complessivi centottantagioni, salvi diversi termini previsti dai contratti collettivi nazionali di lavoro, decorrenti dal termine di inizio o di proseguimento.

Un'ultima rilevante peculiarità del procedimento disciplinare nei confronti del dirigente pubblico attiene all'individuazione dell'ufficio competente.

L'art. 55 comma 4 T.U. n. 165/2001, infatti, attribuisce le competenze disciplinari – tranne i casi delle sanzioni conservative meno gravi del rimprovero verbale e della censura – ad un apposito e specializzato ufficio (così detto UPD) da individuarsi a cura di ciascuna Amministrazione, secondo il proprio ordinamento. Tale ufficio, in quanto preventivamente composto e

³⁶ Si rinvia alla nota n. 19.

³⁷ E cioè i delitti previsti dagli articoli 314, primo comma, 317, 318, 319, 319 *ter* e 320 del codice penale e dall'articolo 3 della legge 9 dicembre 1941 n. 1383.

determinato, è caratterizzato dalla posizione di terzietà rispetto alle parti (dipendente e superiore gerarchico) di norma coinvolte nella vicenda disciplinare. L'eventuale svolgimento del procedimento disciplinare da parte di organo incompetente ai sensi del citato art. 55, in quanto non preventivamente individuato ovvero non ritualmente costituito, costituisce, quindi, una palese inosservanza delle garanzie procedurali fissate dalla legge e comporta l'illegittimità della sanzione e la sua conseguente annullabilità³⁸.

Peraltro, con riferimento all'area dirigenziale, la collocazione verticistica del dipendente eventualmente sottoposto a procedimento disciplinare, nel totale silenzio della disciplina collettiva, può creare problemi in ordine all'individuazione del soggetto competente ad adottare la sanzione espulsiva, laddove l'esercizio del potere disciplinare ha come indefettibile presupposto la titolarità del potere gerarchico³⁹.

Posto che è pacifico come la potestà disciplinare rientri nell'ambito dell'attività negoziale di organizzazione del personale e di gestione dei rapporti di lavoro⁴⁰, la relativa competenza non può che spettare ai dirigenti di uffici dirigenziali generali, ai sensi dell'art. 16, lettera h), T.U. n. 165/2001 ovvero, in caso di delega ai sensi del successivo art. 17 lettera c), ai dirigenti non generali⁴¹. *Nulla quaestio*, pertanto, se ad essere inquisito sia un dirigente non generale e l'UPD sia diretto da un dirigente generale. Se invece l'addebito fosse mosso ad un dirigente generale di prima fascia, occorrerà fare riferimento all'organizzazione dell'Amministrazione interessata, individuando il dirigente al vertice che abbia le funzioni di coordinamento rispetto agli altri dirigenti apicali⁴², con tutte le possibili conseguenze in ordine alla mancata



³⁸ Con riferimento all'inosservanza delle garanzie di cui all'art. 7 L. n. 300/70, si vedano *ex plurimis*, le SS.UU. della S.C. nn. 4844 e 4846 del 1994. Con riferimento a procedimenti disciplinari avverso dirigenti pubblici, Tribunale Genova, ord. 16 giugno 2000 e Tribunale Benevento ord. 4 luglio 2001.

³⁹ Circa l'illegittimità della sanzione disciplinare qualora l'incarico di istruttore nel relativo procedimento sia stato affidato a soggetto rivestente una qualifica inferiore a quella dell'inquisito, si veda Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 30 ottobre 2003 n. 6752.

⁴⁰ Da ultimo, sulla natura paritetica dell'atto del datore di lavoro pubblico che incide sulla prestazione lavorativa, Cass., sez. lav., n. 11589/2003.

⁴¹ Per la diversa tesi della natura originaria dell'attribuzione di poteri sanzionatori al dirigente, anche se non generale, ovvero al titolare dell'ufficio per i procedimenti disciplinari, in quanto prevista *ex lege* dall'art. 55, comma 4, T.U. n. 165/2001, si rimanda a Mainardi, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico*, art. 2106, in Busnelli (diretto da), *Il codice civile, Commentario*, Milano, 2002, pagg. 458 e ss.

⁴² Ci si riferisce alle figure del segretario generale, capo dipartimento e altri dirigenti con funzioni di coordinamento di uffici dirigenziali di livello generale menzionati nell'art. 16, comma 5, T.U. n. 165/2001.



individuazione preventiva dell'organo competente all'irrogazione della sanzione disciplinare ed alla legittimità della stessa.

Trattasi, senza dubbio, di una lacuna legislativa e contrattuale⁴³ che, di fatto, può creare notevoli difficoltà all'esercizio del potere disciplinare nei confronti dei dirigenti apicali e che non può essere colmata applicando *tout court* la disciplina enucleata dalla giurisprudenza amministrativa con riferimento alla competenza in materia di misure cautelari⁴⁴. L'istituto della sospensione cautelare (obbligatoria o facoltativa) esula, infatti, dall'esercizio del potere disciplinare, essendo diretto non a sanzionare il dipendente ma a tutelare il datore di lavoro, nella legittima espressione del suo potere organizzativo, nel caso in cui ritenga dannoso anche il temporaneo permanere del dipendente sul posto di lavoro. Tant'è vero che tale misura è pacificamente sottratta all'area di applicabilità delle garanzie procedurali di cui alla L. n. 241/90 e all'art. 7 L. n. 300/70⁴⁵.

Peraltro, stante la chiara volontà del legislatore di distinguere nettamente, relativamente alle sanzioni più gravi, il titolare del potere disciplinare dal superiore gerarchico (o, utilizzando la terminologia dell'art. 55 cit., il "capo della struttura in cui il dipendente lavora") dell'inquisito, può sostenersi l'inapplicabilità di tale regola tutte le volte in cui l'inquisito si collochi in posizione di vertice dell'intera struttura (si pensi, ad esempio, alla posizione del segretario generale) e non abbia quindi un diretto sovraordinato in senso tecnico per cui possa valere la regola della necessaria estraneità al procedimento disciplinare. In tali casi, dunque, la competenza disciplinare non potrà che spettare al dirigente apicale con funzioni di coordinamento o, in estrema ipotesi, all'organo politico, fermo restando, ovviamente, il necessario rispetto delle altre garanzie procedurali (contraddittorio e termini a difesa) in tutti i casi di licenziamento ontologicamente disciplinare⁴⁶.

6. In conclusione, tutte le volte in cui al dirigente siano ascrivibili comportamenti, anche estranei all'attività lavorativa, di tipo colposo o doloso, direttamente incidenti sul vincolo fiduciario inerente al rapporto di lavoro

⁴³ Per la attribuzione del potere disciplinare in tali ipotesi limite di dirigenti al vertice dell'Amministrazione direttamente all'organo politico, Noviello-Tenore, *La responsabilità...*, cit. pagg. 146/147.

⁴⁴ Cfr., *ex plurimis*, Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 10 novembre 1998 n. 1474.

⁴⁵ Per un *excursus* sulla natura della sospensione nel rapporto di lavoro privato, cfr. Cass. n. 12631/99; per l'inapplicabilità della L. n. 241/90, fr. TAR Campania n. 2984/99.

⁴⁶ Come affermato da ultimo, con riferimento ai dirigenti apicali nel settore privato, da Cass., SS.UU., n. 5213/2003 cit.

subordinato, sia esso a tempo indeterminato che determinato, l'Amministrazione può esercitare il potere disciplinare e procedere nelle forme sin qui esaminate.

Ben distinta, come si è accennato all'inizio, è invece la responsabilità dirigenziale in senso proprio, che non presuppone la colpa del dirigente, ricollegandosi esclusivamente ai risultati complessivi prodotti dall'organizzazione cui il dirigente è preposto e che implica, in caso di giudizio negativo, la sua inidoneità alla funzione.

Pertanto, non potendosi escludere a priori la rilevanza disciplinare dell'inosservanza delle direttive o del mancato raggiungimento degli obiettivi, quali comportamenti costituenti anch'essi inadempimenti⁴⁷, va ribadito come di vera e propria responsabilità disciplinare possa parlarsi solo a fronte di condotte colpose o dolose del dirigente, essendo l'elemento soggettivo presupposto indefettibile della giusta causa di recesso e del giustificato motivo soggettivo. Diretta conseguenza di ciò è che spetterà all'Amministrazione dare puntuale prova del suddetto elemento soggettivo in caso di sindacato giudiziale, pena la nullità del recesso e l'impossibilità per l'Amministrazione di procedere successivamente, per i medesimi fatti, nelle forme della responsabilità dirigenziale ex art. 21 T.U. n. 165/2001.

In sostanza, sia l'Amministrazione, al fine del corretto esercizio del proprio potere organizzativo e di controllo, che il dirigente, al fine della massima resa nello svolgimento della prestazione lavorativa, devono avere chiare le forme di responsabilità attivabili e le relative procedure di accertamento. Solo, infatti, un sistema di responsabilità nettamente delineato e non equivoco garantisce l'effettività della responsabilità e, quindi, il corretto svolgimento dell'azione amministrativa a favore della collettività.

Infine, non può ignorarsi il fatto che l'Amministrazione, nell'ipotesi di mancanze commesse da dirigenti con incarichi di breve durata o comunque prossimi alla scadenza, potrebbe essere tentata ad effettuare una scelta di mera attesa della scadenza dell'incarico, piuttosto che determinarsi ad attivare i complessi meccanismi della responsabilità dirigenziale o disciplinare. Appare evidente che tale scelta non potrà che incidere negativamente sul buon andamento dell'azione amministrativa, dal momento che, il dirigente "rimosso" per scadenza è pienamente legittimato ad aspirare immediatamente ad un altro incarico di pari livello professionale, contrariamente al di-



⁴⁷ Sulla possibile sovrapposizione delle due forme di responsabilità, Mainardi, *La responsabilità dirigenziale*, cit.; NovIELLO-Tenore, *La responsabilità...*, cit., pag. 148.



rigente sottoposto a valutazione negativa o, a maggior ragione, licenziato per giusta causa⁴⁸. Tale grave inconveniente, d'altro canto, è certamente evitabile proprio attraverso il puntuale e corretto esercizio dei meccanismi di controllo da parte degli organi di vertice, posto che, anche la condotta di chi ometta l'attivazione delle procedure di responsabilità sarebbe perseguibile con le forme della responsabilità disciplinare (se trattasi di omissione dolosa o gravemente colposa), ovvero dirigenziale, non potendo la permanenza in servizio del dirigente incapace o, peggio, disciplinarmente colpevole che incidere sulla valutazione dei risultati⁴⁹.

⁴⁸ Circa gli effetti dell'eccessiva "precarizzazione" della dirigenza all'esito delle nuove regole in tema di cessazione automatica degli incarichi introdotte dalla L. n. 145/2002, si veda Cerbo, *Responsabilità politica e responsabilità dirigenziale dopo la legge n. 145 del 2002*, in *Diritto Pubblico*, 2003, 2, pagg. 639 e ss.

⁴⁹ Peraltro, sull'assenza di ogni effettiva capacità di reazione da parte della Pubblica Amministrazione e sul lassismo e permissivismo dei sistemi di gestione del personale, con particolare riferimento ai meccanismi di selezione e progressione interna, si veda Cassese, *Il circolo vizioso degli statali*, su *Il Corriere della Sera* del 18 febbraio 2004.

Arbitrato in materia disciplinare di Paolo Matteini*



203

Il contratto collettivo nazionale quadro in materia di procedure di conciliazione e arbitrato nelle controversie di lavoro stipulato il 23 gennaio 2001 e poi rinnovato il 24 luglio 2003 ha ovviamente regolamentato anche le procedure stragiudiziali relative alle sanzioni disciplinari. Si può dire che la maggiore novità del CCNQ sia l'introduzione della possibilità di arbitrato per le controversie sul rapporto di lavoro (inquadramenti, trasferimenti, mansioni superiori, aspetti retributivi, ecc.) mentre per le sanzioni disciplinari, l'istituto non rappresenta una innovazione né per il privato né per il pubblico.

La norma di base per entrambi i settori, rimane l'art. 7 della legge 300/1970 con la differenza che, nel settore pubblico, in forza dell'art. 55 comma 2 del d. lgs. n. 165/2001, si applicano solo i commi primo quinto e ottavo del citato art. 7 L. n. 300/1970. Ovviamente, nelle Pubbliche Amministrazioni, la contrattazione collettiva può applicare gli altri commi non direttamente previsti: infatti, in una prima fase, per quanto concerne le sanzioni disciplinari, sono stati applicati i medesimi limiti sanzionatori – comma 4 art. 7 – mentre adesso, dopo il contratto dei Ministeri è stata introdotta la sanzione della sospensione sino a 6 mesi sconosciuta nel settore privato.

Sulla base di una risalente disciplina, già sotto l'egida del D.P.R. n. 3 del 1957 esistevano le commissioni di disciplina, una sorta di seconda istanza disciplinare con una caratteristica però di organo interno all'Amministrazione e non terzo rispetto alle parti. Con il d. lgs. n. 29/93 all'art. 59 comma 7 (ora v. l'art. 55 del d. lgs. n. 165/2001) venivano istituiti i collegi arbitrali di disciplina (CAD).

La loro esistenza è stata controversa, ma mai quanto la loro estinzione. Una struttura pletorica (vedi il comma 8 dell'art. 55 del d. lgs. n. 165/2001)

* Dirigente dell'Ufficio Affari Giuridici dell'ARAN.



adatta semmai alle grandi Amministrazioni, ma difficile da costituire, se non in forma aggregata, per le piccole, spesso accusata, da molte Amministrazioni, di essere più attenta alle irregolarità formali del procedimento che al merito, ecc.

Il d. lgs. n. 80/98 introducendo da un lato l'istituto della conciliazione obbligatoria e, dall'altro, la possibilità di procedure arbitrali e conciliative regolate da contratti collettivi ha decretato la fine di quest'esperienza a partire dalla entrata in vigore del primo contratto collettivo successivo al decreto. In particolare, con l'art. 28 del d. lgs. n. 80/98, si prevedeva che al posto dei CAD, ove non fossero intervenute clausole specifiche o contratti collettivi nazionali sulle procedure conciliative e arbitrali, in via provvisoria sino alla definizione per via contrattuale, per le sanzioni disciplinari si sarebbero potuti utilizzare i collegi di conciliazione previsti dall'art. 69 *bis* del d. lgs. n. 29/93 (ora art. 66 d. lgs. n. 165/2001), ma con i poteri dell'art. 7 dello Statuto (quindi non solo conciliativi ma anche arbitrali). Una sostanziale unificazione con il privato.

Ma, a questo punto, il carico di lavoro che si paventava si sarebbe riversato sui collegi di conciliazione presso le Direzioni Provinciali del Lavoro (sia sul disciplinare sia sul resto delle controversie di lavoro) ha spinto il Dipartimento della Funzione Pubblica a redigere delle circolari di salvataggio dei CAD. In particolare, la tesi avanzata era che il decadere dei CAD fosse legato non al momento storico della stipula dei contratti, ma alla fine della sessione contrattuale. Per meglio dire, dato che tutti i CCNL avevano previsto termini ulteriori per una specifica coda contrattuale sulla definizione di procedure di conciliazione e arbitrato, la decadenza dei CAD doveva essere legata agli accordi scaturenti da queste code oppure allo spirare del termine indicato nei CCNL.

Questo rinvio ha fatto sì che, in alcuni comparti (Ministeri, Enti pubblici non economici ma anche fra le Università, in molte ASL e qualche grande comune), molti collegi arbitrali di disciplina si siano presentati al momento delle trattative per il CCNQ sull'arbitrato ancora esistenti se pur non molto vitali.

Questo ha evidentemente pesato sul tavolo contrattuale: soprattutto sul terreno disciplinare, i sindacati di categoria hanno preferito un atterraggio morbido, evitando una netta e definitiva soppressione dei CAD a favore dell'arbitro unico e hanno influito anche sulla posizione delle proprie confederazioni sindacali (le uniche presenti nella contrattazione quadro). I CAD sono quindi rimasti in vita anche dopo il contratto, ma su questo punto sono nate molte interpretazioni e dubbi.

Prima di tutto osserviamo cosa prevede l'art. 6 del CCNQ. Secondo questo articolo:

- 1) Le sanzioni disciplinari possono essere impugnate mediante richiesta di conciliazione e arbitrato ai sensi dell'art. 2 e seguenti. Durante la vigenza del presente accordo e con le medesime regole ivi previste, le sanzioni disciplinari possono essere impugnate davanti ai soggetti di cui all'art. 59, commi 8 e 9 del d. lgs. 29/93. Nel caso in cui il lavoratore si rivolga ai predetti soggetti non può, successivamente, ricorrere all'arbitro unico del presente accordo.
- 2) In via sperimentale e fino alla scadenza del presente accordo, la richiesta di ricorso all'arbitro unico è vincolante per la P.A., salvo che l'impugnazione abbia per oggetto una sanzione risolutiva del rapporto, e soltanto il ricorrente, in caso di mancato accordo sulla designazione dell'arbitro, ha facoltà di rinunciare all'espletamento della procedura.
- 3) Le sanzioni disciplinari restano sospese fino alla definizione della controversia, salvo il caso di rinuncia di cui al comma precedente.

Da questa formulazione due cose sembrano chiare: *in primis*, che la procedura è unica (anche i CAD utilizzano "le medesime regole ivi previste", ossia le regole dell'art. 2 del CCNQ); *in secundis*, che i soggetti, alternativamente utilizzabili, sono due: arbitro unico e "i soggetti di cui all'art. 59, commi 8 e 9 del d. lgs. 29/93", ora art. 55 commi 8 e 9 del d. lgs. 165/2001.

Da queste premesse dovrebbe discendere che le uniche differenze procedurali siano quelle relative alla costituzione dell'organo giudicante: per sorteggio o per scelta comune delle parti, l'arbitro unico, collegio predeterminato e pre-formato quello del collegio arbitrale di disciplina. Successivamente la procedura dovrebbe essere unica sia sulla tempistica (per quanto già relativamente simile), sia sul resto, in particolare sulla necessità di un previo tentativo di conciliazione ma anche sul fatto che il lodo emesso dal CAD sia impugnabile in unico grado di fronte al Giudice Ordinario ai sensi dell'art. 412 *quater* c.p.c.

Da un monitoraggio effettuato dall'ARAN per la cabina di regia, le cose non sembrano affatto così: i CAD spesso procedono come se nulla sia avvenuto, sulla base della normativa del d. lgs. n. 29/93 e non del contratto quadro.

In realtà si deve ricordare che l'art. 72 comma 5 del decreto legislativo 165/2001 "Abrogazione di norme", stabilisce che: "a far data dall'entrata in vigore dei contratti collettivi del quadriennio 1998/2001, per ciascun ambito





di riferimento, cessano di produrre effetti i commi 7, 8 e 9 dell'art. 55 del presente decreto”.

Con questa nuova formulazione, molto più *tranchant* rispetto a quella del d. lgs. 80/98, non vi possono più essere dubbi: i CAD continuano ad esistere solo perché espressamente salvati dal contratto e solo nei ristretti limiti in esso previsti (che, peraltro, significativamente, nomina solo i commi 8 e 9 sulla composizione dei collegi e non il 7, relativo alle procedure) mentre la loro unica differenza è nella composizione, nella natura di organo collegiale rispetto ad un organo monocratico quale l'arbitro unico, nulla di più. A questo proposito giova anche ricordare che l'articolo 412 *ter* c.p.c. riserva esclusivamente alla contrattazione collettiva la facoltà di istituire collegi arbitrali.

Altro elemento controverso ma, qui, dettato anche da una formulazione non chiarissima del contratto quadro, è il seguente: le Amministrazioni sono obbligate al mantenimento e alla costituzione dei CAD?

Il problema è rilevante e ha comportato molte difficoltà per più motivi. Da un lato la pressione sindacale in alcuni comparti (che è intervenuta, come già rilevato, anche in sede di trattativa-quadro nei confronti delle confederazioni) si accentua in sede periferica per il mantenimento, ma anche per la rinascita dei CAD, considerati più consoni al normale agire sindacale (anche perché è previsto un preciso ruolo dei sindacati e la nomina di rappresentanti dei lavoratori). Dall'altro non va sottaciuto il fatto che, alcune volte, da parte delle Amministrazioni, si preferisce continuare con strutture vecchie ma più conosciute piuttosto che intraprendere nuove opzioni.

Su questo e su altri problemi è intervenuta la cabina di regia con alcune note di chiarimenti. In particolare sulla questione dell'obbligo o meno di ricostituzione, la nota¹ prevede che: “Il CCNQ in materia di procedure di conciliazione e arbitrato sottoscritto il 23 gennaio 2001, ha previsto, all'art. 6 del medesimo contratto, la possibilità, alternativa, di ricorso all'arbitro unico o ai collegi arbitrali citati, in caso di impugnazione di sanzioni disciplinari e per il periodo di vigenza del predetto CCNQ. La possibilità di ricorso ai collegi arbitrali è pienamente operativa per quanto concerne quei collegi esistenti ed operanti presso le Amministrazioni anche se in regime di *prorogatio* dei componenti mentre, per quanto concerne le Amministrazioni dove tali collegi non sono più esistenti, l'eventuale nuova istituzione è questione demandata alle relazioni sindacali in sede locale senza obblighi derivanti dal citato CCNQ”.

¹ V. il sito dell'ARAN, www.aranagenzia.it, pagina Attività varie, Arbitrato e conciliazione, il link Cabina di regia, Chiarimenti.

La nota di chiarimenti ha evidentemente un notevole valore in quanto costituisce l'orientamento di tutti i firmatari del CCNQ. La cabina di regia è, di fatto, una struttura bilaterale di gestione e di supporto all'applicazione delle procedure di conciliazione e arbitrato con il compito di cercare di risolvere i problemi applicativi (e quindi anche quelli interpretativi). Formalmente, però, non si tratta di una interpretazione autentica ex artt. 49 e 64 d. lgs. 165/2001. Certo, ove un giudice sollevasse questione pregiudiziale ai sensi dell'art. 64 citato, il successivo accordo non potrebbe che ricalcare l'orientamento già espresso dalla cabina di regia. Si deve peraltro considerare che, comunque, le camere arbitrali stabili previste dal CCNQ del 23 gennaio 2001 sono operative dovunque (salvo qualche Regione o Provincia a statuto speciale che già dispone di proprie strutture: v. Bolzano), quindi la possibilità di poter adire strutture di conciliazione e arbitrato in campo disciplinare è pienamente rispettata anche senza i CAD che, si ricordi, funzionano come un doppione degli arbitri unici.

Se in sede di modifica del CCNQ, si arrivasse alla loro definitiva soppressione, l'agire delle Pubbliche Amministrazioni nella gestione del contenzioso del lavoro non potrebbe che ricavarne giovamento.

Un altro tema controverso è quello della obbligatorietà, per le Amministrazioni Pubbliche, di ricorrere all'arbitro unico (la formulazione dell'art. 6, comma 2, del CCNQ sembrerebbe escludere analoga obbligatorietà per il ricorso ai CAD) in caso di sanzioni disciplinari conservative.

Il contratto quadro prevede tale obbligatorietà "in via sperimentale e fino alla scadenza del presente accordo" anche come elemento di incentivazione al ricorso all'arbitrato. Sono stati avanzati dubbi in dottrina² di compatibilità con l'art. 24 Cost. anche se altri³ hanno rilevato come la natura dell'ARAN, quale rappresentante contrattuale *ex lege*, consentirebbe tale previsione quale consenso preventivo, di fatto e di diritto, al compromesso arbitrale, effettuato dall'ARAN per conto di tutte le Amministrazioni Pubbliche.

Deve essere rilevato, comunque, il fatto che tale obbligatorietà è parziale e che, di fatto, nella previgente disciplina, molte Amministrazioni ritenevano, errando, sostanzialmente vincolante il ricorso ai CAD.



² Mainardi, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Art. 2106 c.c.*, in *Il Commentario al Codice Civile*, Giuffrè, 2002; Noviello, *L'arbitrato disciplinare nell'impiego pubblico privatizzato*, in *LPA*, 2001, 1000

³ Esposito, *Arbitrato e sanzioni disciplinari nel pubblico impiego: logiche e modelli fra "passato" e "futuri" possibili*, in *LPA*, 2001, 326.



Quindi non molto di nuovo sotto il sole ma, certamente, è auspicabile che forme di incentivazione alla procedura arbitrale siano effettuate in altri modi: per esempio, con modalità analoghe a quanto previsto dall'art. 7 dello Statuto. Secondo il comma 7 di questo articolo, infatti, se il datore di lavoro non provvede entro 10 giorni dall'invito rivoltagli dall'ufficio provinciale a nominare il proprio rappresentante in seno al collegio di conciliazione e arbitrato, la sanzione disciplinare non ha effetto. Se poi il datore adisce l'autorità giudiziaria, la sanzione disciplinare resta sospesa fino alla definizione del giudizio. Forse, in una Amministrazione Pubblica tradizionalmente restia ad intraprendere per prima la via giudiziale, tale previsione potrebbe avere un effetto indiretto di promozione della procedura arbitrale.

Il codice di condotta dei dipendenti pubblici tra dimensione etica e sfera giuridica di Paola Torretta*



1. Le regole del diritto si differenziano dalle regole morali in quanto non limitate alla sfera interiore dell'individuo, ma destinate ad avere un riflesso anche esterno, essendo dettate dalla necessità di oggettivare comportamenti ritenuti necessari in ordine al conseguimento degli scopi primari di un gruppo sociale¹.

Ma la linea di demarcazione non è così netta e facilmente individuabile: alcune condotte, particolarmente quelle aventi una rilevanza pubblica, non possono essere lasciate all'autogoverno, alla determinazione della sola coscienza del singolo e, dunque, a mere regole morali; ma nemmeno possono essere disciplinate esclusivamente da norme giuridiche. In simili circostanze, accanto ad un'etica privata, si impone altresì un'etica pubblica², ed occorre perciò ricondurre siffatti comportamenti anche a valutazioni di corret-

* Assegnista di ricerca presso l'Università degli Studi di Parma.

¹ Sulla distinzione tra norma morale e giuridica, v. A. Ross, *On Law and Justice*, London, Steven & Son Ltd, 1958, trad. it., *Diritto e giustizia*, Torino, Einaudi, 1990, p. 59 ss., secondo cui "se la parola «moralità» viene usata per designare norme di condotta che sono approvate dall'individuo nella propria coscienza, non è possibile parlare di «moralità» come fenomeno oggettivo, nello stesso modo in cui si può invece parlare di «diritto». Anche per ciò che concerne gli "effetti sulla vita sociale", l'A. ritiene che "diritto e morale differiscono largamente. Poiché il diritto è un fenomeno sociale [...] è sempre un ordinamento per la creazione di una comunità, per il mantenimento della pace. In un certo senso si può dire che lo «scopo» del diritto è la pace [...]. La morale, d'altra parte, è un fenomeno individuale e proprio per ciò può unire, sì, gli uomini, ma può metterli anche in conflitto tra loro. Ideali morali in conflitto, infatti, possono essere fonte di contese: una delle fonti più profonde, pericolose e della specie più insolubile". Sul punto, v. anche M. Mazziotti di Celso, *Lezioni di diritto costituzionale*, Parte I, II ed., Milano, Giuffrè, 1993, p. 3 ss., e, da ultimo, B.G. Mattarella, *L'etica pubblica e i codici di condotta. (Riflessioni sul codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni)*, in *Lav. dir.*, 4, 1994, p. 525.

² Le espressioni richiamate sono di B.G. Mattarella, *L'etica pubblica e i codici di condotta. (Riflessioni sul codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni)*, op. cit., pp. 528 e 539.



tezza, le quali, pur non potendo scaturire dalle regole del diritto in senso stretto, risultano capaci di produrre, indirettamente, ma inevitabilmente, norme giuridiche.

Molto stretto diviene dunque il legame tra norma deontologica e norma giuridica³, poiché spesso quest'ultima si dimostra insufficiente a disciplinare una fattispecie in cui la componente etica prevale sul piano più propriamente giuridico, rivelando la sua inadeguatezza a darne una qualificazione senza il supporto – e magari il concorso – di una regola deontologica, capace di fornire le necessarie indicazioni per definire il tipo di condotta, ai fini della sua distinta previsione normativa.

Tutto ciò denota come, in linea più generale, in alcuni casi la norma eteronoma abbia bisogno di indirizzi che provengano dal basso, dallo stesso gruppo sociale che il diritto si propone di regolare, e che si esprimono in interventi di natura deontologica. La norma etica, dunque, altro non è che l'espressione di un potere di autonormazione, di autodisciplina, ovvero la manifestazione di regole condivise perché affidate alla autonomia e disponibilità dello stesso gruppo sociale, nonché dettate dall'esperienza concreta dei soggetti destinatari della norma medesima.

Significativo si rivela allora il ruolo svolto dalle regole di condotta, strumentali rispetto all'esigenza di formulare giudizi tesi alla valutazione oggettiva di comportamenti in virtù non di criteri forniti dalla norma giuridica, bensì del parametro della correttezza; la funzione delle norme etiche consiste appunto nel contribuire a dar forma e contenuto a categorie di comportamenti giudicati opportuni, meritevoli di tutela, o addirittura indispensabili sulla base di un giudizio di correttezza.

La norma deontologica serve allora a fornire un *quid pluris*, un elemento ulteriore, in ordine a particolari situazioni per le quali un giudizio esclusivamente fondato tanto sulla morale individuale⁴, quanto sulla sua mera qualificazione giuridica, non potrebbe che rivelarsi insufficiente, poiché non in grado di garantire la corrispondenza del comportamento umano ad un modello tipizzato in cui si mescolano elementi e valori sia etici sia giuridici.

³ Di questo avviso A. Patroni Griffi, *Diritti della persona e dimensione normativa nel codice di deontologia medica*, in L. Chieffi (a cura di), *Bioetica e diritti dell'uomo*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 248-249, il quale sottolinea come la norma etica possa costituire in alcuni casi anche un'"anticipazione di soluzioni poi positivizzate a livello legislativo", indicando alla norma giuridica "la strada da percorrere".

⁴ In tal senso B.G. Mattarella, *L'etica pubblica e i codici di condotta. (Riflessioni sul codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni)*, op. cit., p. 527.

La norma deontologica si pone, cioè, in uno spazio intermedio tra la regola morale – appartenente alla sfera personale – e quella giuridica, incapace da sola di fornire una soluzione normativa comprensiva di ogni aspetto del comportamento regolato. Essa, quindi, pur non avendo l'efficacia propria della norma positiva, riesce a trasferire su un piano giuridico-oggettivo quelle espressioni della condotta umana che servono ad integrare e precisare – in quanto rilevanti, perché trascendenti la sfera individuale – una fattispecie contemplata dal diritto.

La rilevanza di siffatte norme è palese nella constatazione che la loro assenza non può che tradursi, nei confronti dell'individuo, nella carenza di una guida circa i principi, di ordine non giuridico ma etico, che devono ispirarne la condotta e, al pari, nella indeterminatezza delle disposizioni normative chiamate a delineare eventuali violazioni poste in essere, alle quali il diritto collega l'irrogazione di una sanzione disciplinare.

La ricerca di una dimensione etica si estende ad ogni campo di esplicazione della personalità umana, ma l'esigenza di un suo approfondimento si manifesta in modo ancora più evidente nell'ambito di quelle particolari attività del singolo, quali lo svolgimento di una funzione sociale o di un'attività lavorativa. Attività che la Costituzione ritiene essenzialmente rivolte, oltre che alla promozione e allo sviluppo della persona, al progresso materiale e spirituale della comunità (art. 4, comma 2), e che sono di conseguenza sottoposte a (e orientate da) precise regole – non solo giuridiche – dettate al fine di disciplinarne l'esercizio.

E ciò in misura ancora maggiore quando la prestazione lavorativa trova collocazione in un settore, quello pubblico, al quale è sottesa la finalità primaria della cura del bene comune.

L'impiego alle dipendenze della Pubblica Amministrazione – nonostante il percorso di progressivo avvicinamento al modello privatistico avviato dal d. lgs. 29/1993⁵ – non può infatti non assumere quella peculiare connotazione che deriva dall'essere la prestazione lavorativa inserita in una complessa azione (pubblica) orientata al perseguimento dell'interesse della collettività e dunque suscettibile di essere valutata anche in relazione a questa sua particolare destinazione.

È evidente, dunque, l'apporto che un codice etico può fornire in questo delicato contesto, dove le esigenze di autonomia nell'organizzazione del la-



⁵ In tema, v., per tutti, P. Virga, *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, IV ed., Milano, Giuffrè, 2002, passim e part. p. 11 ss.



voro si intersecano e si misurano con le finalità istituzionali alle quali l'attività dell'apparato burocratico è preordinata.

La cornice di valori disegnata dalle norme deontologiche si dimostra idonea a fissare i contorni di una condotta che sia non solo conforme alle esigenze di organizzazione della attività professionale proprie del datore di lavoro privato – quale nuova veste della Pubblica Amministrazione –, ma altresì rispondente ai principi di imparzialità, legalità e trasparenza che ispirano l'azione del potere pubblico. Il passaggio più delicato consiste proprio nella sintesi di tutti questi valori, che rischierebbero di rimanere delle formule vuote se non intervenissero a darvi sostanza i canoni di diligenza, obbedienza e integrità che guidano il dipendente nell'espletamento delle mansioni affidategli, e che si propongono di migliorarne il rendimento in servizio, non solo sotto il profilo quantitativo, ma anche della qualità della prestazione svolta.

Il lavoro del funzionario pubblico deve, infatti, presentare i caratteri di un attento e scrupoloso servizio, reso esclusivamente a favore della Nazione (art. 98, comma 1, Cost.), essendo la manifestazione immediata dell'obbligo di fedeltà che lega il medesimo alla Amministrazione di appartenenza.

2. L'opportunità di un complesso di regole sull'esercizio di pubbliche funzioni nell'ambito del rapporto di impiego con le Amministrazioni si è manifestato, già all'inizio del processo di parificazione normativa tra lavoro pubblico e privato, ma le modalità con cui si è provveduto alla elaborazione di un codice di condotta dei pubblici dipendenti hanno sollevato non poche questioni, rendendone controversa la natura giuridica nonché l'efficacia.

Da subito, infatti, la previsione contenuta nell'art. 58 *bis* del d. lgs. n. 29/1993 (ora art. 54 d. lgs. n. 165/2001)⁶ di un codice predisposto dal Dipartimento della Funzione Pubblica⁷, e recepito, in allegato, dai contratti collettivi secondo le direttive impartite dal Presidente del Consiglio dei Ministri all'ARAN è apparsa, in via generale, di difficile coordinamento con il disegno normativo improntato alla contrattualizzazione dell'impiego alle dipendenze della Pubblica Amministrazione⁸.

⁶ Recante "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche", (T.U. sul pubblico impiego), in *Gazzetta Ufficiale* 9 maggio 2001, n. 106 – supplemento ordinario n. 112.

⁷ Sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative sul piano nazionale.

⁸ In tal senso, S. Mainardi, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Commento all'art. 2106*, in *Commentario al Codice civile fondato e già diretto da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 296.

In modo specifico, una simile disposizione normativa, che affidava al codice di condotta il compito di evidenziare i doveri del dipendente pubblico, si mostrava non molto in linea con il successivo art. 59 (ora art. 55 d. lgs. 165/2001), che invece demandava alla contrattazione collettiva la facoltà di definire le infrazioni disciplinari e le relative sanzioni.

La difficoltà di scindere il momento dell'enunciazione dei criteri di un corretto svolgimento degli incarichi lavorativi – ai quali sono riconducibili gli obblighi di diligenza, lealtà e imparzialità che appunto ne integrano l'esatto adempimento – dalla fase della concreta previsione delle condotte censurabili⁹, produce, infatti, la sensazione di uno sdoppiamento dello *status* e del potere disciplinare, in parte rimessi ad un soggetto (pubblico) estraneo alle logiche della negoziazione (per l'individuazione dei principi che devono guidare la condotta del lavoratore), e in parte invece devoluti al sistema privatistico (per la elaborazione puntuale dei comportamenti suscettibili di valutazione disciplinare). Sul punto, cioè, il quadro normativo viene a subire una forte complicazione, per l'insistenza sulla materia della responsabilità disciplinare di due fonti, con il conseguente rischio di pericolose sovrapposizioni¹⁰.

Nondimeno, è da chiedersi, al riguardo, se la tendenza attuale ad una graduale espansione della regolamentazione negoziata, fino ad occupare ogni spazio relativo al rapporto e alle condizioni di lavoro, sia in grado di cancellare ciascuna delle connotazioni peculiari presenti nel campo del pubblico impiego o, più realisticamente, possa solo attenuare, senza tuttavia eliminare, quelle irriducibili specialità del lavoro alle dipendenze della Pubblica Amministrazione. Esso, infatti, per alcuni aspetti (e la materia disciplinare è uno di questi) non può prescindere da una disciplina minutamente articolata, che preveda anche l'apporto di norme esterne alle clausole contrattuali, le quali, in questa specifica ipotesi, si sostanziano in regole etiche, espressione di una regolazione settoriale integrativa delle norme pattizie.



⁹ Ritiene che “la materia oggetto del codice non appartiene *tout court* alla materia disciplinare, e tuttavia con quest'ultima è correlata” C. Cester, *Brevi osservazioni sul c.d. codice di comportamento dei dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni*, in *Riv. giur. lav.*, 1994, p. 377.

¹⁰ In tal senso, A. Riccardi, *Il codice di condotta nel sistema del lavoro pubblico contrattualizzato*, in *Il lav. Pubbl. Amm.*, 1, 2002, p. 98. Sul tema della responsabilità disciplinare, v. P. Virga, *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, op. cit., p. 89 ss.; E. Mele, *La responsabilità dei dipendenti e degli amministratori pubblici*, V ed., Milano, Giuffrè, 2000, passim e part. p. 2 ss.; G. Noviello, V. Tenore, *La responsabilità e il procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 50 ss.; P. Lucibello, *La responsabilità disciplinare nel pubblico impiego: nodi e questioni*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 443 ss.



Del resto, anche il Giudice costituzionale rileva, nella sentenza n. 309 del 1997, come l'attrazione del pubblico impiego "nell'orbita della disciplina civilistica" si verifichi "per tutti quei profili che non sono connessi al momento esclusivamente pubblico dell'azione amministrativa". Il nucleo essenziale dell'organizzazione, dunque, non può che rimanere affidato "alla massima sintesi politica espressa dalla legge nonché alla potestà amministrativa nell'ambito delle regole che la stessa Pubblica Amministrazione previamente pone"¹¹.

La concreta emanazione del codice di comportamento dei dipendenti pubblici approvato dal Governo nel 1994¹², ha accentuato le già radicate perplessità circa una "contaminazione pubblicistica"¹³ nella disciplina del rapporto di lavoro e nell'autonomia contrattuale. Con il richiamo agli obblighi di diligenza, imparzialità e lealtà nell'adempimento delle funzioni, l'art. 1 non poteva in effetti non rappresentare una interferenza nella delineazione del contenuto essenziale della prestazione lavorativa¹⁴. A rafforzare una simile impressione contribuiva, poi, il seguito di tale disposizione, che sanciva l'impegno di ciascun dipendente ad osservare le statuizioni del codice di condotta all'atto dell'assunzione in servizio. È evidente come una simile previsione a fatica si conciliasse con il compito di specificare gli obblighi del lavoratore proprio dell'autonomia contrattuale¹⁵.

Anche la successiva prassi legislativa "integrativo-correttiva" non ha del tutto dissipato i dubbi interpretativi sollevati dal codice etico, non riuscendo di fatto ad eliminare le ambiguità proprie del modello di raccordo tra norma etica e norma deontologica; Il d. lgs. 80/1998, emanato in virtù della legge delega 59/1997 al fine di completare l'avviato percorso di privatizzazione della Pubblica Amministrazione¹⁶, è di nuovo intervenuto sulla mate-

¹¹ Cfr. Corte Cost. 16 ottobre 1997, n. 309, in *Giur. cost.*, 1997, p. 2907 ss., in part. v. *Considerato in Diritto*, punto 2.1.2, p. 2913.

¹² D.M. 31 marzo 1994, in *Gazzetta Ufficiale* 28 giugno 1994, n. 149.

¹³ L'espressione è di D. Vigezzi, *Il potere disciplinare*, in AA. Vv., *Le sanzioni disciplinari. Infrazioni, molestie, procedimento, garanzie e sanzioni. Guida operativa*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 7.

¹⁴ In questo senso, C. Cester, *Brevi osservazioni sul c.d. codice di comportamento dei dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni*, op. cit., p. 378.

¹⁵ Di tale avviso, M. Grandi, *Il "codice" di condotta dei dipendenti pubblici: alcune riflessioni a margine*, in *Riv. giur. lav.*, 1994, pp. 367-368, il quale rimarca come, attraverso tale disposizione, il codice sembra ambire "ad avere efficacia cogente e diretta nei confronti di tutti i dipendenti delle Amministrazioni Pubbliche".

¹⁶ Con tale atto il legislatore ha riaperto i termini ormai scaduti della originaria delega conferita al Governo con L. n. 421/1992.

ria disciplinare. Da un lato ha introdotto, al comma 3 dell'art. 58 *bis* del d. lgs. 29/1993¹⁷, la norma secondo cui le Amministrazioni (e non più il Presidente del Consiglio dei Ministri) formulano all'ARAN i necessari indirizzi affinché i principi del codice "vengano coordinati con le previsioni contrattuali in materia di responsabilità disciplinare", dall'altro, ha ribadito – peraltro con una formula molto più incisiva rispetto al dettato della previgente disposizione legislativa¹⁸ – la riserva di competenza in capo alle parti contrattuali in materia di infrazioni disciplinari, mantenendo tuttavia la funzione del codice di condotta di definire i doveri del dipendente.

A fronte di un dato normativo alquanto incerto e contraddittorio, non superato nemmeno dal più recente codice deontologico dei pubblici dipendenti emanato dal Governo nel 2000¹⁹ e dal successivo d. lgs. 165/2001²⁰, la dottrina prevalente è riuscita a risolvere l'apparente antinomia tra le due fonti riconoscendo alla contrattazione collettiva un ruolo essenziale nel determinare, in via definitiva, il rapporto tra norma deontologica e norma disciplinare, nonché la misura del contributo della prima nella regolamentazione del rapporto di lavoro.

Muovendo dalla premessa secondo cui il codice etico non può invadere la sfera disciplinare²¹, l'unica via, affinché le norme di condotta siano dotate di efficacia vincolante, è rappresentata dal recepimento nel contratto collettivo, operazione che consente alla norma disciplinare contrattuale di filtrare²² la regola etica proveniente da fonte unilaterale e allo stesso tempo di veicolare gli effetti all'interno del rapporto privato di lavoro.



¹⁷ Cfr., art. 27 d. lgs. 80/1998.

¹⁸ Mentre il testo originario dell'art. 59 affermava la possibilità in sede di contrattazione collettiva di determinare le infrazioni disciplinari, il nuovo dettato normativo sancisce che "La tipologia e l'entità delle infrazioni e delle relative sanzioni è definita" dalla autonomia contrattuale. Al riguardo, considera tale variazione testuale "una piccola rivoluzione e un notevole contributo di chiarezza, definendo in maniera inequivocabile la natura privatistica del potere disciplinare" T. Miele, *Commento all'art. 54*, in AA. Vv., *L'impiego pubblico. Commento al d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (mod. con L. 15 luglio 2002, n. 145)*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 865.

¹⁹ D.P.C.M. 28 novembre 2000, in *Gazzetta Ufficiale* 10 aprile 2001, n. 84.

²⁰ Una conferma di quanto affermato si evince dall'art. 54, comma 6, che dispone sull'applicazione delle norme del codice la "vigilanza dei dirigenti responsabili di ciascuna struttura", quasi a voler attribuire alle medesime un'autonoma rilevanza.

²¹ Così, C. Alessi, *Il potere disciplinare nel pubblico impiego riformato*, in *Riv. giur. lav.*, 1994, p. 497.

²² Le espressione è di S. Mainardi, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Commento all'art. 2106*, op. cit., p. 305.



Dunque, pur continuando a rimanere estremamente labile e indefinito il confine tra valenza etica e obbligatorietà giuridica di una previsione, rimane ferma la necessaria mediazione della clausola contrattuale affinché la norma di comportamento possa varcare la soglia della dimensione deontologica ed avere implicazioni anche sul piano giuridico²³.

In definitiva, solo il recepimento delle norme del codice nei contratti collettivi consente alla norma di condotta di esplicare diretta efficacia vincolante nel rapporto di lavoro²⁴.

Se c'è chi intravede dunque nel codice deontologico la convivenza di un'anima etica e di un'anima disciplinare²⁵, sollevando il problema della natura giuridica del documento, occorre, tuttavia, sottolineare che la seconda è destinata a rimanere sullo sfondo se non richiamata espressamente da una apposita norma (disciplinare appunto), la cui forza vincolante deriva dall'essere prodotta da una fonte collettiva e negoziata.

Non è ravvisabile, in altre parole, nel codice, uno strumento di ingerenza nella gestione, secondo norme privatistiche, del rapporto di lavoro con l'Amministrazione; lo scopo di tale documento consiste nel fornire alla determinazione privata l'opportunità di cogliere nelle proprie norme quei valori che appaiono funzionali alla positivizzazione degli obblighi del lavoratore e dei conseguenti comportamenti illeciti e che, pertanto, saranno trasfusi in clausole contrattuali²⁶.

Mancando nell'attuale quadro normativo complessivo del lavoro pubblico un legittimo spazio per una vincolatività giuridica delle norme etiche, il co-

²³ Rimarca l'indispensabile funzione di mediazione della contrattazione collettiva A. Riccardi, *Il codice di condotta nel sistema del lavoro pubblico contrattualizzato*, op. cit., p. 106, sostenendo che le norme del codice "non giocano *ex se* alcun ruolo nella conformazione dell'area del debito del pubblico dipendente, designata esclusivamente (come avviene nel settore privato) dal contratto di lavoro ed in funzione di esso". In tal senso, anche P. Virga, *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, op. cit., p. 81, il quale, peraltro, sulla base di tale assunto, ritiene che "il codice di comportamento non può qualificarsi come testo «etico» ovvero come un testo «deontologico», derivando la sua "obbligatorietà «giuridica» [...] dal recepimento nel contratto collettivo nazionale ovvero nel contratto individuale del lavoro"; T. Miele, *Commento all'art. 54*, op. cit., p. 863.

²⁴ Così anche S. Mainardi, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Commento all'art. 2106*, op. cit., p. 304.

²⁵ In tal senso, A. Riccardi, *Il Codice di condotta nel sistema del lavoro pubblico contrattualizzato*, op. cit., p. 92; M. Grandi, *Il "codice" di condotta dei dipendenti pubblici: alcune riflessioni a margine*, op. cit., p. 366; G. OLIVIERO, *La fonte di emanazione del codice di condotta dei dipendenti pubblici*, in *Lav. inf.*, 1994, p. 6 e G. Noviello, V. Tenore, *La responsabilità e il procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, op. cit., pp. 99-100.

²⁶ G. Ruggieri, *I doveri dei dipendenti degli Enti Locali*, in A.A. VV., *Le sanzioni disciplinari. Infrazioni, molestie, procedimento, garanzie e sanzioni. Guida operativa*, op. cit., p. 13.

dice deontologico può svolgere molteplici funzioni, anche di assoluta rilevanza, ma tutte caratterizzate dall'essere integrative, complementari e strumentali rispetto alla predisposizione e applicazione di altre norme, queste si assolutamente cogenti.

Nondimeno, tutto ciò non vuol dire che la norma etica sia totalmente priva di implicazioni nell'area disciplinare, e più in generale nella sfera giuridica del lavoratore²⁷.

Trattandosi di un documento giuridico non vincolante, ma chiamato a delineare un quadro di principi nell'ambito del quale sono individuabili quei comportamenti funzionali ai valori della imparzialità, legalità ed efficienza che fondano l'azione e la dimensione ontologica della Pubblica Amministrazione (art. 1), il codice rappresenta, in primo luogo, un orientamento per il lavoratore, un modello di condotta esemplificativo del corretto svolgimento di funzioni pubbliche²⁸.

Le regole etiche che esso racchiude non sono che una raccomandazione all'impiegato di porre la propria capacità lavorativa a (completa) disposizione della Pubblica Amministrazione, dedicando agli incarichi quotidianamente espletati ogni attitudine materiale e intellettuale²⁹, come richiesto dalle nor-



²⁷ In un'ottica più ampia, è, ad esempio, riconosciuto dalla Suprema Corte di Cassazione un rilievo ai codici deontologici emanati dagli ordini professionali. Alcune recenti pronunce contengono infatti un espresso richiamo alle norme etiche da essi enunciate con valenza rafforzativa delle argomentazioni addotte. Cfr., Cass. civile, sez. III, 4 gennaio 2000, n. 19, in *Giust. Civ.*, 2001, I, p. 519 ss., relativa al Codice deontologico dei notai; Cass. civile, sez. III, 24 gennaio 2003, n. 1113, in *Giust. Civ. Mass.*, 2003, p. 176 ss., riguardante il Codice etico dei medici chirurghi. Molto significativa è poi la decisione n. 8225 del 2002, in cui si afferma non solo che "le norme del Codice deontologico approvato dal Consiglio nazionale forense il 14 aprile 1997 si qualificano come norme giuridiche vincolanti nell'ambito dell'ordinamento di categoria", ma altresì che tali disposizioni "hanno valenza normativa al pari di quelle di cui all'art. 38 del r.d.l. n. 1578 del 1933 del quale costituiscono un'integrazione". Cfr., Cass. civile, SS.UU., 6 giugno 2002, n. 8225, consultabile nella sezione *Giurisprudenza* di questa Rivista. Non mancano, inoltre, nella giurisprudenza della Corte di Cassazione anche espliciti riferimenti al codice di condotta dei pubblici impiegati del 1994, con la precisa funzione di fornire al giudice ulteriori elementi e indicazioni ai fini della interpretazione e applicazione di norme giuridiche. Cfr. Cass. penale, sez. VI, 23 ottobre 2000, n. 3879, in *Giur. it.*, 2002, p. 1258 ss.; Cass. penale, sez. VI, 9 aprile 2001, n. 24006, in *Cass. pen.*, 2002, p. 2343 ss.; Cass. penale, sez. VI, 13 settembre 2002, n. 13751 consultabile nella sezione *Giurisprudenza* di questa Rivista e Cass. penale, sez. VI, 17 febbraio 2003, n. 7772, consultabile nella sezione *Giurisprudenza* di questa Rivista.

²⁸ In tal senso, M. Esposito, *La difficile convivenza tra i codici disciplinare e di comportamento*, in *Lav. inf.*, 17, 1994, p. 8; C. Gregoratti, R. Nunin, *Il codice di comportamento dei dipendenti pubblici tra deontologia e esigenze disciplinari*, in F. Carinci, M. D'Antona (a cura di), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, Tomo II, Milano, Giuffrè, II ed, 2000, p. 1645.

²⁹ Per questo significato del dovere di fedeltà del pubblico impiegato, v. G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, vol. III, *L'organizzazione amministrativa*, V ed, Milano, Giuffrè, 1955, p. 293.



me costituzionali che raffigurano il funzionario come colui che, con disciplina e onore (art. 54, comma 2), si pone al servizio esclusivo della Nazione (art. 98, comma 1).

Sotto questo profilo, inoltre, la portata del codice si rivela ancora più ampia di quanto possa in apparenza sembrare, ed il suo compito più significativo, dal momento che con la consegna del codice al lavoratore l'Amministrazione³⁰ non solo assolve un dovere di pubblicità delle norme in esso sancite, ma adempie altresì ad un dovere essenziale del datore di lavoro, al quale corrisponde il diritto del lavoratore ad una adeguata informazione sulle modalità di svolgimento della professione.

Il ruolo orientativo non è però limitato al solo prestatore di lavoro, ma è diretto anche alle parti contrattuali, alle quali il legislatore richiede il compito di positivizzare, attraverso norme puntuali e dettagliate, gli imperativi comportamentali indispensabili allo svolgimento della prestazione professionale, nonché le condotte suscettibili di integrare illeciti disciplinari. E in questa sede, peraltro, le norme del codice di condotta contribuiscono anche a rafforzare le statuizioni contenute nelle disposizioni aventi carattere disciplinare, ricoprendo la disciplina giuridica del pubblico impiego di un significato etico, che la rende idonea a recuperare anche una dimensione deontologica del lavoro.

Infine, da non trascurare l'ausilio che le norme deontologiche forniscono all'autorità giudiziaria in sede di interpretazione e applicazione delle previsioni contrattuali, qualora si riscontrino lacune o si manifesti un'eccessiva indeterminatezza nella formulazione delle clausole medesime. Viene in evidenza, infatti, in tali circostanze, il carattere suppletivo e integrativo che il codice riveste ai fini della ricostruzione delle condotte censurabili sotto il profilo disciplinare³¹.

È in questi termini che si può parlare di un rilievo giuridico delle regole del codice di condotta, e dalla breve illustrazione delle potenzialità del documento si deduce che il legame così stretto, quasi inscindibile, tra norma etica e norma disciplinare ha lo scopo di consentire alla norma deontologica

³⁰ Così prevede l'art. 54, comma 2, d. lgs. n. 165/2001.

³¹ In tal senso, le già menzionate decisioni della Corte di Cassazione. Cfr., Cass. penale, sez. VI, 23 ottobre 2000, n. 3879, cit., p. 1258 ss.; Cass. penale, sez., VI, 9 aprile 2001, n. 24006, cit., p. 2343 ss. e Cass. penale, sez. VI, 13 settembre 2002, n. 13751, cit., e Cass. penale, sez. VI, 17 febbraio 2003, n. 7772, cit. In dottrina, C. Alessi, *Il potere disciplinare nel pubblico impiego riformato*, op. cit., p. 498; B.G. Mattarella, *I codici di comportamento*, in *Riv. giur. lav.*, 1996, p. 254; P. Lucibello, *La responsabilità disciplinare nel pubblico impiego: nodi e questioni*, op. cit., p. 466.

di subentrare, in funzione di surrogazione interpretativa, in ambiti non ancora occupati da regole giuridiche, ovvero con un ruolo rafforzativo laddove invece già sussistono regole di diritto positivo.

3. Per anni, i principi costituzionali dell'imparzialità e del buon andamento enunciati dall'art. 97 Cost. hanno rappresentato un argomento forte per attribuire una posizione di supremazia speciale alla Pubblica Amministrazione. Ciò si ripercuoteva anche sul rapporto di lavoro alle proprie dipendenze, che si esprimeva soprattutto attraverso l'esercizio di un potere disciplinare di carattere autoritativo³². In seguito alla profonda riforma introdotta dal d. lgs. 29/1993, quegli stessi valori sono stati ripensati non più come fondamento di una posizione di soggezione del dipendente, bensì quali criteri di organizzazione della prestazione di lavoro, perfettamente conciliabili con il nuovo sistema di regolazione negoziata dell'impiego pubblico, al punto da divenire parametri di riferimento idonei ad indirizzare la stessa contrattazione collettiva.

E la conformità a Costituzione dei mutamenti intervenuti nella natura giuridica del rapporto di pubblico impiego è ribadita anche dalla Corte Costituzionale nelle decisioni n. 313 del 1996 e n. 309 del 1997³³. Nella più recente, in particolare, si osserva come, attraverso la via della privatizzazione, il legislatore abbia inteso garantire, tra i contenuti dell'art. 97 Cost., "anche il valore dell'efficienza", avvalendosi di "strumenti gestionali" che permettono un utilizzo "più flessibile" della prestazione lavorativa e maggiormente idoneo "al perseguimento della finalità del buon andamento della Pubblica Amministrazione".

Più specificamente, i principi dell'economicità e dell'efficienza hanno sancito la trasformazione della Pubblica Amministrazione nel senso di funzionalizzarne l'operato al raggiungimento di un obiettivo e, in quest'ottica, l'azione amministrativa, oggi, prima ancora di estrinsecarsi come organizza-



³² Di questa opinione E. Gustapane, *Etica pubblica e conflitto di interessi*, in C. Cassese, B.G. Mattarella (a cura di), *Democrazia e cariche pubbliche. Ineleggibilità, incompatibilità, conflitto di interessi: un problema di etica pubblica*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 44, il quale rileva come in passato "le violazioni degli obblighi di servizio da parte dell'impiegato erano represses dalla stessa Amministrazione con l'applicazione delle sanzioni disciplinari e soprattutto per mezzo di un rigido ordinamento gerarchico sulla base del quale spettava al superiore vegliare sulla condotta del dipendente in tutte le manifestazioni della vita sociale".

³³ Cfr. Corte Cost., 25 luglio 1996, n. 313, in *Giur. cost.*, 1996, p. 2584 ss., con nota di C. Pinelli, *Imparzialità, buon andamento e disciplina differenziata del rapporto di lavoro dirigenziale*, e Corte Cost. 16 ottobre 1997, n. 309, cit., p. 2907 ss.



zione dell'attività di governo, si pone in luce come organizzazione sociale e del lavoro, dal momento che il grado di efficacia dell'agire amministrativo ne diviene fondamento di legittimità.

Tuttavia, il progressivo allontanamento da uno schema integralmente pubblicistico del rapporto di pubblico impiego è avvenuto senza sacrificare il canone dell'imparzialità³⁴, ovvero senza trascurare quel valore con il quale il principio del buon andamento fa sistema, delineando il nucleo costituzionale intangibile che ispira l'organizzazione e l'azione amministrativa³⁵.

Anche in un contesto di passaggio verso un'Amministrazione di risultato, retta da esigenze di funzionalità, non può, quindi, non assumere un rilievo centrale la natura di finalità pubblica propria dell'obiettivo perseguito nell'esercizio di compiti amministrativi, dietro il quale sono individuabili in modo più netto e prevalente aspettative, interessi e diritti del cittadino.

Ne consegue che i valori dell'efficienza e del buon andamento, se intesi come adeguatezza delle funzioni pubbliche rispetto alla cura dell'interesse della collettività, e se misurati in base alla rispondenza dei servizi assicurati alle esigenze della comunità sociale, non possono essere valutati alla stregua di meri indici di produttività. Essi impongono un giudizio più complesso, comprensivo altresì della qualità delle prestazioni erogate, e nel quale giocano un ruolo essenziale anche valori quali la trasparenza, la legalità e l'indipendenza dell'azione amministrativa, nonché la partecipazione e l'accesso alle informazioni. Principi questi che rientrano – costituendone una diretta esplicazione – nei canoni costituzionali richiamati dall'art. 97 Cost., e in ordine ai quali rivestono assoluta importanza le modalità di svolgimento della prestazione lavorativa, tanto da far avvertire l'esigenza di rinnovate regole di condotta del dipendente pubblico³⁶.

³⁴ In tal senso, Corte Cost. 16 ottobre 1997, n. 309, cit., p. 2913 e 4 gennaio 1999, n. 1, in *Giur. cost.*, 1999, p. 9.

³⁵ Sull'argomento, v. U. Allegretti, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VII, Torino, Utet, 1993, p. 131 ss.; Id., *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Padova, Cedam, 1996, p. 79 ss.; E. Casetta, *Pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XII, Torino, Utet, 1997, p. 8; R. Guastini, *Legalità (principio di)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. IX, Torino, Utet, 1994, p. 84 ss.

³⁶ Di questo avviso, anche A. Tampieri, *Contrattazione collettiva e potere disciplinare nel lavoro pubblico*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 102, per il quale "la specialità del rapporto (di lavoro pubblico) non esclude, quindi, che per conseguire il fine pubblico a cui è indirizzata – mediatamente o immediatamente – la prestazione di lavoro del dipendente pubblico, sia necessaria anche la repressione di comportamenti riprovevoli sul piano etico-morale, e cioè che offendano il decoro e l'onore dell'Amministrazione".

Entrano in scena, in particolare, la serietà, l'impegno ed il rigore impiegati nell'adempimento dei doveri d'ufficio, anch'essi suscettibili di influire – almeno indirettamente – sulla qualità dei servizi erogati, e riconducibili ai principi di disciplina e di onore che la Costituzione impone. Ed è sempre la Costituzione a richiedere al dipendente di prestare la massima diligenza e tutte le proprie energie all'adempimento degli incarichi d'ufficio (art. 54, comma 2)³⁷, configurando così, come già sottolineato, in termini di esclusività il servizio che il funzionario rende alla Pubblica Amministrazione e, in via più generale, alla Nazione (art. 98, comma 1).

Si tratta di valori che, peraltro, contribuiscono anche a delineare la nozione di prestigio della Pubblica Amministrazione, il cui significato è destinato a rimanere assolutamente vago senza una norma (etica appunto) che lo obiettivizzi, attraverso la specificazione delle condotte suscettibili di darvi concretezza. Esso, infatti, non è certamente ricavabile dalla disciplina contrattuale del lavoro pubblico, rivolta com'è a coglierne i profili più concreti e immediatamente legati alla esecuzione della prestazione. Si evince, invece, dal complesso delle norme del codice deontologico, ciascuna delle quali, affondando le proprie radici nel più articolato concetto di fedeltà dell'impiegato verso la propria Amministrazione³⁸, contempla anche quegli aspetti dell'adempimento dei compiti d'ufficio propri del peculiare rapporto che si instaura tra Pubblica Amministrazione e funzionario, in virtù del quale quest'ultimo si impegna ad agire costantemente nell'interesse della prima ed a salvaguardarne il decoro³⁹.

Tra i principali atteggiamenti indicati dal codice di comportamento come contrari al dovere di fedeltà, la richiesta o l'accettazione di regali o altre utilità, salvo quelli di modico valore (art. 3); la violazione dell'obbligo di astenersi dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri del dipendente (art. 6); il non garantire la parità



³⁷ È E. Gustapane, *Etica pubblica e conflitto di interessi*, op. cit., pp. 50-51 ad evidenziare come sia il tramonto della "preesistente concezione etica del servizio pubblico" a rendere necessario fondare il rapporto alle dipendenze dell'Amministrazione anche sulle norme dei codici deontologici, quali "nuovi mezzi per salvaguardare il corretto esercizio delle funzioni pubbliche".

³⁸ Sul tema, A. Cerri, *Fedeltà (dovere di)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIV, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1989, p. 4; M. Colacito, *Impiego statale*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 314 ss.; G.B. Verbari, *Giuramento (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 136; L. Ventura, *Sub art. 54*, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, Bologna-Roma, Zanichelli, 1994, p. 95; A. Mantero, *Pubblico impiego*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVI, 1989, p. 7.

³⁹ In tal senso, ancora G.B. Verbari, *Giuramento (dir. amm.)*, op. cit., p. 134.



di trattamento ai cittadini che entrano in rapporto con l'Amministrazione (art. 8); ma anche l'utilizzo della posizione ricoperta all'interno dell'apparato amministrativo al fine di ricavare vantaggi personali (art. 9), o l'usufruire di beni e servizi dell'Amministrazione a fini personali (art. 10), nonché l'avvalersi di mediazioni od altra opera di terzi nella stipulazione di contratti per conto dell'Amministrazione (art. 12)⁴⁰.

È sufficiente questa breve elencazione per comprendere che le norme del codice etico, lungi dal proporsi come una determinazione autoritativa dell'Amministrazione, si presentano come un tentativo di realizzare un'equilibrata sintesi tra le ragioni di gestione della prestazione di lavoro e la concezione dell'impiego pubblico al servizio esclusivo dell'interesse collettivo. L'intento, cioè, è quello di sviluppare una sinergia tra la disciplina riguardante l'agire fisico del dipendente e il fine organizzatorio dell'attività amministrativa, passaggio che si rivela imprescindibile alla luce della stretta interdipendenza tra i due momenti rispetto all'obiettivo di un'imparziale, equa ed affidabile, oltre che efficace, gestione della cosa pubblica⁴¹.

Le regole di condotta da un lato rispondono ai canoni di indipendenza ed efficacia nella tutela del bene comune, dall'altro – nel favorire l'instaurarsi di un rapporto di collaborazione tra pubblico impiegato e utenza – sono invece tese a consentire al cittadino una partecipazione informata al procedimento, e dunque di qualità, aspetto quest'ultimo che rientra tra i molteplici contenuti in cui si esplicita la dimensione sostanziale del valore dell'eguaglianza (art. 3, comma 2, Cost)⁴².

I principi costituzionali – imparzialità ed efficienza da un lato, qualità dei servizi e diritti di partecipazione dall'altro – sembrano quindi essere le chiavi di lettura del codice di comportamento, nonché i criteri per vagliarne l'efficacia.

Del resto, se la Carta Fondamentale indirizza l'attività della Pubblica Amministrazione nel suo complesso sulla base dei suddetti principi (art. 97),

⁴⁰ Per un commento alle regole del codice, v. T. Miele, *Commento all'art. 54*, op. cit., p. 872 ss.

⁴¹ Un legame tra i principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa e l'attività del funzionario è riconosciuto anche da L. Ventura, *Sub art. 54*, op. cit., pp. 91-92, il quale, tuttavia, si domanda "quale realistica possibilità abbia il dipendente [...] di spingere l'organizzazione amministrativa" verso i citati valori [...] "Ciò perché risulta anche evidente che l'efficienza e l'imparzialità non sono, o non sono soltanto, la somma dell'efficienza e dell'imparzialità dei dipendenti, ma connotati strutturali dell'amministrazione imposti dalla Costituzione, la cui realizzazione è affidata a scelte di indirizzo politico precise".

⁴² Su questo argomento, v. A. D'Aloia, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, Cedam, 2002, passim.

preoccupandosi altresì di fornire anche principi idonei a configurare un “regime costituzionale del pubblico impiego” (desumibile dal combinato disposto degli artt. 54, comma 2 e 98, comma 1), il codice deontologico non può che rappresentare una proiezione dei medesimi sul piano (soggettivo) del comportamento del dipendente⁴³, mediante la tipizzazione di modelli ad essi conformi e funzionali.

Modelli che, qualora vengano recepiti dalla autonomia contrattuale, si uniscono a quelli propri dell'organizzazione del lavoro, in modo da creare tra gli stessi un proficuo confronto che troverà precisazione e concretezza nell'ambito della norma disciplinare, l'unica legittimata a definire la condotta che il funzionario dovrà osservare⁴⁴.

Una conferma di quanto sostenuto è rintracciabile nell'art. 2 dello stesso codice di condotta, che, nell'aprire le porte alle norme-principio volte ad indirizzare il dipendente nell'espletamento dei propri doveri d'ufficio e operazioni quotidiane, racchiude, al primo comma, tutti i valori costituzionali appena citati affermando, che: “Il dipendente conforma la sua condotta al dovere di servire esclusivamente la Nazione con disciplina e onore e di rispettare i principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione. Nell'espletamento dei propri compiti, il dipendente assicura il rispetto della legge e persegue esclusivamente l'interesse pubblico; ispira le proprie decisioni ed i propri compiti alla cura dell'interesse pubblico che gli è affidato”⁴⁵.

Da qui, il carattere meramente esemplificativo del codice di condotta nei confronti dell'autonomia negoziale.

In ultima analisi, è evidente nel codice deontologico dei pubblici dipendenti la continua ricerca di integrazione tra imparzialità ed efficienza e,



⁴³ La stretta correlazione intercorrente tra gli artt. 97 e 98 della Costituzione è peraltro affermata anche dal Giudice delle Leggi (Corte Cost., 15 ottobre 1990, n. 453, in *Giur. cost.*, 1990, p. 2710, con osservazioni di G. Azzariti, *Brevi note su tecnici, amministrazione e politica*, e di C. Pinelli, *Politica e amministrazione: una distinzione per l'ordine convenzionale*, e 23 luglio 1993, n. 333, in *Giur. cost.*, 1993, p. 2648). Nella sentenza 7 aprile 1981, n. 52, in *Giur. cost.*, 1981, p. 321 ss., inoltre, la Consulta sostiene che i principi costituzionali che fondano l'operato della Pubblica Amministrazione influiscono necessariamente anche sul rapporto di lavoro, o meglio sulle modalità di svolgimento della prestazione, qualora esse si rivelino strumentali al raggiungimento di detti valori. Sul punto, v. A. Mazzitella, *Il principio del buon andamento come misura della contrattualizzazione del rapporto di impiego*, in *Giur. cost.*, 1996, p. 2711.

⁴⁴ Parla, a questo proposito, di un “diretto interscambio tra i contenuti del codice disciplinare e quelli del codice di comportamento” S. Mainardi, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e pubblico. Commento all'art. 2106*, cit., p. 304.

⁴⁵ Sul punto, v. G. Ruggeri, *I doveri dei dipendenti degli Enti Locali*, op. cit., p. 14.



quindi, di compensazione, attraverso il bilanciamento di valori costituzionali, tra i due volti, di apparato pubblico e di datore di lavoro, che vengono ad assumere le Amministrazioni.

Ed è soprattutto da questa visuale che non dovrebbe ravvisarsi una situazione di contrasto tra regola etica e norma disciplinare dettata dalla regolamentazione privata del lavoro, ma semmai un rapporto di interdipendenza, nonché di mutua influenza, qualora vi sia consonanza di contenuti ed esigenze. Tutt'al più di separazione e/o indifferenza allorché, invece, manchi una sovrapposizione tra sfera deontologica e dimensione disciplinare, rivestendo in questo caso la norma di condotta la funzione di una mera indicazione, raccomandazione rivolta al dipendente con finalità educative, propria della norma etica.

Senza mai dimenticare che spetta comunque in prima battuta alla Pubblica Amministrazione-datore di lavoro (in seguito tale compito è affidato al giudice) valutare e decidere, in via definitiva, la compatibilità della norma deontologica con le esigenze proprie della disciplina contrattuale del rapporto di lavoro.

Alla stregua delle considerazioni appena svolte, non si condividono i dubbi circa l'effettiva utilità del codice di condotta del pubblico dipendente in ragione della eccessiva genericità dei suoi contenuti⁴⁶. Anzi, proprio tale elasticità si rivela essere, il vero punto di forza del documento.

È, invero, il requisito della flessibilità, connaturato alla sua indole di manuale di comportamento, senza alcuna pretesa di efficacia vincolante, a consentire al codice di condotta la richiamata funzione di trasposizione di norme-principio nell'operazione di ricostruzione di modelli di condotta, nel tentativo di conciliare la nuova veste assunta ormai da un decennio dal pubblico impiego con il carattere strumentale che esso, comunque, continua a mantenere rispetto al perseguimento di finalità di carattere generale.

⁴⁶ La critica è sollevata da A. Riccardi, *Il codice di condotta nel sistema del lavoro pubblico contrattualizzato*, op. cit., p. 116.



225

CAPITOLO 2

GIURISPRUDENZA



Corte di Cassazione, sezione lavoro, 23 aprile 2002, n. 5943

(Pres. Mercurio; Rel. Coleti)

.....

Riferimenti normativi: artt. 2106 e 2119 c.c.; Legge del 15/7/1966 n. 604 art. 1

Lavoro subordinato – estinzione del rapporto – licenziamento individuale – per giusta causa – accertamento relativo alla proporzionalità della sanzione e alla sussistenza della giusta causa – criteri – danno patrimoniale arrecato al datore di lavoro – assenza o tenuità – irrilevanza – condizioni – fattispecie.

Per stabilire se sussiste la giusta causa di licenziamento e se è stata rispettata la regola codicistica della proporzionalità della sanzione occorre accertare in concreto se – in relazione alla qualità del singolo rapporto intercorso tra le parti, alla posizione che in esso abbia avuto il prestatore d'opera e, quindi, alla qualità e al grado del particolare vincolo di fiducia che quel rapporto comportava – la specifica mancanza commessa dal dipendente, considerata e valutata non solo nel suo contenuto obiettivo, ma anche nella sua portata soggettiva, specie con riferimento alle particolari circostanze e condizioni in cui è posta in essere, ai suoi modi, ai suoi effetti e all'intensità' dell'elemento psicologico dell'agente, risulti obiettivamente e subjetivamente idonea a ledere in modo grave, così da farla venir meno, la fiducia che il datore di lavoro ripone nel proprio dipendente e tale, quindi, da esigere la sanzione non minore di quella massima, definitivamente espulsiva, senza che in tal caso possa rilevare l'assenza o la modesta entità di un danno patrimoniale a carico del datore di lavoro (Nella specie, la sentenza di merito, confermata dalla S. C., aveva ritenuto legittimo il licenziamento intimato ad un dipendente dell'Enel che, nello svolgimento delle mansioni di



addetto all'incasso delle somme indicate dalle fatture per fornitura di energia elettrica, si era appropriato di notevoli importi di denaro e, in alcuni casi, aveva quietanzato fatture senza registrarne in contabilità l'avvenuto pagamento, non attribuendo alcun rilievo alla circostanza che il lavoratore, dopo le rimostranze degli utenti, avesse restituito tutti gli ammanchi).

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Il Tribunale di Brindisi, con sentenza del 19 aprile 1999, ha dichiarato la legittimità del licenziamento per giusta causa intimato dall'Enel al dipendente A.A. ai sensi dell'art. 35 lett. g dell'allora vigente contratto collettivo, osservando che la condotta del lavoratore – il quale, nello svolgimento di addetto all'incasso delle somme portate dalle fatture per fornitura di energia elettrica, si era appropriato di notevoli importi e aveva, in altri casi, quietanzato fatture, senza registrarne in contabilità l'avvenuto pagamento – integrava una gravissima violazione dei doveri di fedeltà e correttezza ed era tale da escludere qualsiasi possibilità di una rinnovata fiducia da parte del datore di lavoro, così da far apparire pienamente giustificata la misura espulsiva adottata ai sensi del CCNL.

L'A. chiede la cassazione di questa sentenza formulando un solo motivo di censura. L'Enel resiste con controricorso.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il ricorrente, deducendo, con l'unico motivo, violazione degli artt. 2106 cod. civ. e 35 CCNL oltre a vizi di motivazione, censura la sentenza impugnata per non aver ammesso la prova testimoniale richiesta fin dal giudizio di primo grado e per aver omesso di accertare se e in quale misura dal comportamento del lavoratore fosse derivato al datore di lavoro un danno. Siffatta omissione si riflette, viziandolo, sul giudizio di proporzionalità, che risulta espresso soltanto in base alla considerazione che il rapporto di fiducia tra le parti era venuto meno, ossia in base a un elemento di per sé solo insufficiente a far ritenere legittimo il licenziamento, una volta che il datore di lavoro non aveva formulato alcuna richiesta di danno né aveva fornito prove al riguardo.

Il ricorso non è fondato.

Quanto al primo profilo, osserva la Corte, richiamando la propria consolidata giurisprudenza, che il ricorrente, il quale denunci la mancata ammissione di una prova testimoniale, ha l'onere – nella specie non assolto – di

indicare specificatamente, trascrivendo il contenuto dei capitoli formulati in sede di merito, le circostanze sulle quali i testimoni erano chiamati a deporre, al fine di consentire al giudice di legittimità il controllo della decisività dei fatti da provare e, quindi, della prova stessa; controllo che, per il principio di autosufficienza del ricorso per Cassazione, deve poter essere compiuto sulla sola base delle deduzioni contenute nell'atto, alle cui lacune non è consentito sopperire con indagini integrative (cfr. tra tante, Cass. 21 marzo 1995 n. 3233, 12 maggio 1999 n. 4684, 4 dicembre 1999 n. 13566, 9 maggio 2000 n. 5876, 10 ottobre 2000 n. 13483, 1 agosto 2001 n. 10493).

Né maggior consistenza ha la censura con cui si contesta al Tribunale di non aver tenuto nel debito conto il fatto che nessun danno era stato prodotto all'ente dalla condotta del lavoratore, che anzi aveva provveduto a restituire tutte le somme che risultavano non versate nelle casse dell'Enel.

La sentenza impugnata, ricostruiti i fatti di causa con accertamento non sindacabile in questa sede, ha dato piena ragione, con motivazione esaustiva ed esente da vizi logici, del perché le condotte delle quali l'A. si era reso responsabile integrassero una gravissima violazione dei doveri di fedeltà e correttezza che devono caratterizzare il rapporto di lavoro subordinato (il lavoratore si era appropriato di importi elevati e aveva omesso di registrare come quietanzate un gran numero di fatture) e dovessero considerarsi, per le modalità con le quali erano state poste in essere e per la loro reiterazione nel tempo, indicative di un certo modo di intendere la gestione del servizio di particolare fiducia che gli era stato affidato e suscettibili di porre in dubbio la futura correttezza dell'adempimento (significativamente, il lavoratore aveva restituito tutti gli ammanchi, ma, per la gran parte di essi, soltanto dopo che alcuni utenti avevano effettuato delle rimostranze e, quindi, dopo che era stato in pratica "scoperto"), il che, oltre ad aver procurato all'Enel un danno notevole soprattutto dal punto di vista dell'immagine e della trasparenza dei rapporti con l'utenza, portava ad escludere qualsiasi possibilità di una rinnovata fiducia del datore di lavoro, giustificando per ciò stesso la misura espulsiva adottata.

È agevole constatare, sulla scorta di tali argomentazioni, che nel caso di specie è stata fatta corretta applicazione del principio – che va qui ribadito – secondo cui la gravità degli addebiti va scrutinata, al fine di verificare il rispetto delle regole contenute negli artt. 2106 c.c. (quanto alla proporzionalità della sanzione) e 2119 c.c. (quanto alla giusta causa di licenziamento) tenendo conto di una serie di elementi che non possono certo esaurirsi nelle conseguenze meramente economiche prodotte alla controparte dalla condotta contestata (nel caso in esame, tra l'altro, sicuramente esistenti, quantome-





no in via potenziale, non essendo certo, come giustamente sottolinea il Tribunale, che l'A. avrebbe restituito le somme indebitamente trattenute se non fosse stato scoperto) ma possono riguardare sia il grado di responsabilità richiesto al lavoratore, in relazione alle mansioni affidategli, sia le modalità della condotta, specie se rivelatrice di una particolare propensione alla trasgressione, sia l'attitudine della condotta medesima a reiterarsi in prosieguo di tempo, sia l'incidenza dei fatti contestati sulla permanenza del vincolo fiduciario che caratterizza il particolare rapporto di lavoro (arg. da Cass. 25 novembre 1997 n. 11806, 18 giugno 1998 n. 6100, 27 dicembre 1999 n. 14567, 11 febbraio 2000 n. 1558, 23 giugno 2000 n. 8568 tra le altre).

Per gli esposti motivi il ricorso deve essere respinto.

Le spese del presente giudizio vanno poste a carico del ricorrente nella misura di cui al dispositivo.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso. Condanna il ricorrente alle spese del presente giudizio pari a € 16,00 oltre a € 2.000,00 (duemila) per onorari di avvocato.

Corte di Cassazione, sezione lavoro, 24 ottobre 2000, n. 13983

(Pres. Ianniruberto; Rel. Vigolo)

.....

Riferimenti normativi: art. 2119 c.c.; Legge del 15/7/1966 n. 604 art. 3

Lavoro subordinato – estinzione del rapporto – licenziamento individuale – disciplinare – clausole collettive prevedenti comportamenti sanzionabili con il licenziamento – valutazione in concreto della gravità oggettiva e soggettiva del fatto – necessità – addebiti basati sul valore esemplificativo delle ipotesi contrattuali – inclusione – fattispecie relativa a diverbio tra due dipendenti e il capo del personale a seguito della dolosa foratura degli pneumatici dell'autovettura dei primi all'interno dell'azienda.

In materia di licenziamento per ragioni disciplinari, il principio per cui il giudice di merito deve accertare in concreto, in relazione a clausole della contrattazione collettiva che prevedano per specifiche inadempienze del lavoratore la sanzione del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, la reale entità e gravità delle infrazioni addebitate al dipendente nonché il rapporto di proporzionalità tra sanzione e infrazione, è a maggior ragione applicabile nel caso in cui manchi una precisa corrispondenza tra i fatti addebitati e le ipotesi specifiche elencate dal contratto collettivo, di cui il datore di lavoro faccia valere il valore meramente esemplificativo (Fattispecie relativa a diverbio, senza ricorso a vie di fatto o ad espressioni ingiuriose, tra due dipendenti e il capo del personale, a seguito del ritrovamento da parte dei primi, al termine dell'orario di lavoro, degli pneumatici dell'autovettura, parcheggiata nel piazzale interno dell'azienda, dolosamente lacerati, con rifiuto del responsabile aziendale di cooperare alla soluzione del problema e dei lavoratori di portare immediatamente l'auto fuori dall'azienda al fine di consentire la chiusura serale del cancello; la S. C. ha confermato la sentenza impugnata che, con adeguata motivazione, aveva ritenuto l'episodio al di sotto del livello di gravità sanzionabile con il licenziamento, anche secondo la disciplina contrattuale).

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza in data 1 giugno-4 settembre 1998, il Tribunale – Sezione lavoro di Velletri, quale giudice di rinvio da Cass. 6 giugno 1997, n. 5057, rigettava l'appello principale proposto dalla W. s.r.l. nei confronti dei pro-





pri dipendenti, sig.ri L. B. e C. B., avverso la sentenza del Pretore di Roma in data 30 novembre 1988/27 gennaio 1989 – che aveva dichiarato la nullità dei licenziamenti intimati ai lavoratori dei quali aveva ordinato la reintegrazione nel posto di lavoro, con risarcimento del danno nella misura di dieci mensilità di retribuzione – e, in accoglimento dell'appello incidentale dei lavoratori, dichiarava il diritto degli stessi al pagamento delle retribuzioni dalla data del licenziamento a quello della disposta e già attuata reintegrazione nel posto di lavoro, confermava la condanna della datrice di lavoro nelle spese dei giudizi di merito, compensava quelle del giudizio di legittimità e condannava la stessa società nelle spese del giudizio di rinvio.

Il licenziamento era stato intimato con lettera del 23 novembre 1987 per avere i fratelli B. attribuito all'azienda il danneggiamento della autovettura di C. B., parcheggiata nel piazzale dello stabilimento, e per avere impedito al capo del personale di procedere alla chiusura degli uffici con comportamenti minacciosi ed offensivi, talché si dovettero far intervenire i Carabinieri.

I lavoratori avevano impugnato il licenziamento avanti al Pretore di Roma che aveva accolto la domanda volta alla declaratoria di illegittimità del recesso, sia perché intimato con inosservanza del termine dilatorio di cinque giorni dalla contestazione degli addebiti, sia perché i fatti contestati non erano previsti dalla contrattazione collettiva quale causa di licenziamento.

Il Tribunale di Roma, con sentenza in data 9 aprile 1994, n. 5370, aveva esso pure ritenuto la illegittimità del licenziamento in quanto intimato prima della scadenza del quinto giorno libero (prorogato al successivo giorno non festivo) dalla contestazione degli addebiti ed aveva inoltre ritenuto non provata la possibilità dei lavoratori di procurarsi altro impiego con l'ordinaria diligenza.

Questa Corte, adita con ricorso principale dalla W. e con ricorso incidentale condizionato dai lavoratori, ha disatteso il motivo della società secondo cui il Tribunale aveva ommesso di esaminare se il recesso potesse essere qualificato come licenziamento in tronco per giusta causa, non soggetto come tale alle disposizioni di cui all'art. 7 dello Statuto dei lavoratori, rilevando che comunque il licenziamento intimato per inadempimento da parte del lavoratore dei propri obblighi, integrante giusta causa o giustificato motivo di risoluzione del rapporto, ha natura disciplinare ed è assoggettato alla relativa normativa.

Per contro, la Corte ha accolto il motivo della società secondo cui, una volta che i lavoratori avevano presentato le loro difese in ordine agli addebiti, senza riserve di ulteriori deduzioni o produzioni, la datrice di lavoro non

aveva obbligo di attendere la scadenza dei termine di cinque giorni previsto dall'art. 7 dello Statuto lav. prima di intimare il licenziamento.

Il giudice di rinvio, investito delle questioni relative alle sussistenze delle violazioni disciplinari e comunque della legittimità del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo (questioni rimaste assorbite dalla decisione di appello), ha così ricostruito i fatti di causa, alla luce delle prove acquisite nel giudizio di primo grado, delle quali non ha ritenuto di dover provvedere alla rinnovazione:

- all'uscita dal lavoro i fratelli B. si accorsero che le gomme della loro autovettura, parcheggiata nel piazzale erano state dolosamente tagliate ed erano sgonfie;
- convinti di non avere nemici tra i lavoratori, e che il dispetto fosse da imputare all'azienda (quale entità pluripersonale percepita come comprendente i suoi responsabili, e contrapposta ai lavoratori), i due dipendenti se la presero col capo del personale (tale P.), pur non attribuendogli alcunché sul piano personale e senza insultarlo, ma pretendendo che si attivasse perché fossero riportati a casa;
- il P. rispose che non aveva mezzi disponibili allo scopo e, ormai irritato (del che si dispiacque nel deporre come teste), non aderì alla richiesta del B. di accedere agli uffici per telefonare;
- la richiesta era ragionevole in quanto il posto telefonico pubblico più vicino si trovava a circa 6-700 metri;
- il P. intimò anche ai due dipendenti di lasciare il piazzale essendo sopraggiunta l'ora di chiusura e ciò esasperò ulteriormente costoro che urlavano e non volevano andare via senza peraltro proferire insulti, minacce o attuare altre forme di aggressione;
- l'episodio ebbe termine a seguito degli inviti bonari e dell'opera di pacificazione dei Carabinieri, intervenuti su richiesta del P., e di certo M. che con auto aziendale accompagnò i due lavoratori da un gommista.

Il Tribunale escludeva quindi che fossero da ravvisare in questi fatti, secondo la previsione del contratto collettivo, diverbio litigioso seguito da vie di fatto in servizio anche tra dipendenti, che comporti nocumento o turbativa al normale esercizio dell'attività aziendale. I litiganti, come quasi tutti i presenti, non erano in servizio in quanto si era al termine dell'orario di lavoro, non vi fu turbativa o nocumento per l'attività aziendale: tale non essendo la chiusura del cancello esterno dell'impresa che è semmai fatto proprietario. La pretesa aziendale di chiudere il cancello all'ora fissata nonostante la presenza all'interno della macchina danneggiata di un lavoratore, non solo non tutelava un serio interesse aziendale, ma era pretestuosa, irragionevol-





mente ritorsiva e comunque al di sotto del minimo di gravità tutelato dalla norma disciplinare del contratto collettivo. Non vi erano stati fatti di insubordinazione verso i superiori accompagnata da comportamento oltraggioso. A tal fine avrebbe dovuto esservi un ordine del datore di lavoro o di preposti gerarchicamente sovraordinati, funzionale ad interessi dell'impresa in quanto tali ed inerenti al rapporto di lavoro (tale non poteva ritenersi l'ordine di rimuovere l'auto al termine dell'orario lavorativo, che avrebbe potuto essere egualmente diretto a chiunque avesse parcheggiato senza titolo).

Il comportamento non era stato oltraggioso verso il P., non insultato e non direttamente e personalmente accusato di avere forato le gomme.

Conclusivamente, non solo l'elencazione delle violazioni disciplinari di cui alla contrattazione collettiva era meramente esemplificativa, ma la condotta dei lavoratori era stata al di sotto della soglia rappresentata da tali esemplificazioni e ad essa aveva corrisposto, con gli inevitabili riflessi sull'elemento psicologico, la pretesa del P., pur apparentemente rispondente all'esercizio di un diritto, ma nella sostanza, non rispondente ad un concreto interesse aziendale, pretestuosa, abusiva, provocatoria e ritorsiva, di chiudere immediatamente i cancelli, al termine dell'orario di lavoro, malgrado la presenza dell'auto danneggiata (che si pretendeva fosse spinta a mano fuori del piazzale), anziché attendere per il breve termine necessario a far intervenire un gommista.

Per la Cassazione di questa sentenza ricorre la W. s.r.l. con due motivi e memoria.

Resistono i lavoratori con controricorso ed eccepiscono anche l'inammissibilità del ricorso per invalidità della procura *ad litem* conferita da soggetto (procuratore speciale) che non era provato fosse stato legittimamente investito della rappresentanza processuale della società ricorrente.

MOTIVI DELLA DECISIONE

L'eccezione di inammissibilità del ricorso è infondata.

All'odierna udienza, infatti, il Difensore della W. ha depositato procura speciale in data 10 luglio 1989 Notaio B., conferita dall'amministratore delegato della società al sig. V. V., con poteri, tra l'altro, di rappresentare la società mandante all'atto dell'assunzione o del licenziamento dei dipendenti ... di rappresentare la società in giudizio nelle cause di lavoro inerenti a tali rapporti. Non v'è dubbio, quindi che al V. erano stati conferiti oltre a poteri di rappresentanza processuale anche poteri di carattere sostanziale, proprio nella specifica materia dei rapporti di lavoro, sulla quale verte la presente controversia.

Non risulta così violato il principio di diritto enunciato da questa Corte (v. per tutte SS.UU. 8 maggio 1998, n. 4666) secondo cui il potere di rappresentanza processuale, con relativa facoltà di nomina dei difensori, può essere conferito soltanto a colui che sia investito anche di un potere rappresentativo di natura sostanziale in ordine al rapporto dedotto in giudizio.

Col primo motivo di annullamento, deducendo violazione e/o falsa applicazione ex art. 360, n. 3 degli artt. 394 e 437 cp.c., la W. si duole che il giudice di rinvio non abbia provveduto ad assumere le prove attinenti al merito della causa (decisa dal Tribunale di Roma solo sulla questione preliminare della necessità, assoluta o relativa, di osservare l'intero decorso del termine previsto dall'art. 7, comma quarto, Statuto lav.) ed abbia ritenuto sufficiente il solo esame delle prove già acquisite, peraltro facendone una lettura del tutto parziale, per non avere considerato le accuse, mosse dal B. all'azienda, di avere essa provocato il danno onde la loro pretesa che essa provvedesse a farli riaccompagnare a casa, e l'atteggiamento minaccioso dagli stessi B. tenuto nei riguardi del P. (testi F. e P.) e per avere, infine, sostanzialmente mostrato maggiore comprensione per i licenziati anziché per quei dipendenti verso i quali i primi muovevano arbitrarie accuse di danneggiamento.

Il motivo è infondato.

Esso si articola anzitutto in una prima censura secondo cui il giudice del rinvio avrebbe dovuto provvedere a rinnovare le prove già raccolte nei precedenti gradi di merito. Si tratta di obbligo assolutamente non previsto dalla legge nell'ambito di un medesimo processo quale indubbiamente è quello che prosegue in sede di rinvio a seguito della Cassazione della sentenza di appello. Infatti, solo in caso di estinzione del processo, l'art. 310 c.p.c., dispone che il giudice possa trarre argomenti di prova dalle prove raccolte nel corso del processo estinto le quali subiscono così una attenuazione della loro efficacia, talché la parte interessata può avere interesse a chiederne la assunzione ad opera del giudice del nuovo processo.

La circostanza, poi, che, in astratto (al di fuori, cioè della presente fattispecie sostanziale e processuale), la sentenza rescindente della Corte di Cassazione possa imporre al giudice di rinvio, in relazione al sopravvenire di un nuovo *thema decidendum*, indagini non svolte nelle precedenti fasi di merito, conferma che, qualora tali indagini siano state svolte in quelle fasi del processo (e non siano state censurate in ordine alla loro correttezza dalla stessa sentenza dalla Corte regolatrice), non debbono essere necessariamente rinnovate (e tanto meno svolte *ex novo*, stante il carattere di giudizio chiuso proprio del processo di rinvio: Cass. 22 aprile 1996, n. 3816) dal giudice di rinvio che non ravvisi in concreto ragioni (esempio: richiesta di chiarimenti





236

ai testi) per provvedere in tal senso (altro è, ovviamente, il dovere del giudice di rinvio di prendere direttamente in esame le prove già raccolte, influenti ai fini della propria decisione), ragioni nemmeno prospettate, del resto, dalla stessa ricorrente.

Sotto altro profilo, con lo stesso motivo la sentenza del giudice di rinvio viene criticata per non avere quest'ultimo adeguatamente valutato le prove già assunte (testi F. e P.).

In realtà, per quanto già esposto nella parte che precede, il Tribunale ha preso in considerazione tutti i punti ora sottolineati dalla società ricorrente: rifiuto dei fratelli B. di lasciare l'azienda, asserito fare minaccioso di C. B., attribuzione da parte dei due all'azienda della responsabilità della foratura delle gomme; solo che il giudice di merito li ha valutati in modo difforme da quello preteso dai ricorrenti, ma siffatta censura non è proponibile in sede di legittimità se la sentenza non risulti affetta da vizi di motivazione o da errori di diritto in quanto la valutazione delle risultanze della prova testimoniale ed il giudizio sull'attendibilità dei testi, sulla credibilità delle loro affermazioni e sulla rilevanza delle singole deposizioni a confronto ed a preferenza di altre, risolvendosi in apprezzamenti di fatto, sfuggono al sindacato di legittimità della Corte di Cassazione (Cass. 28 gennaio 1966, n. 327; SS. UU. 27 dicembre 1997, n. 13045).

Col secondo motivo, i ricorrenti denunciano violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2119 c.c. in relazione all'art. 360, n. 3 c.p.c. e sostengono che il Tribunale, avrebbe dovuto considerare il valore meramente esemplificativo dell'elencazione degli addebiti contenuta nel contratto collettivo, ed avrebbe dovuto ritenere la ricorrenza della giusta causa di licenziamento, e cioè la negazione dell'elemento fiduciario, essenziale nel rapporto di lavoro, nel rifiuto reiterato e provocatorio a lasciare i locali al termine dell'orario di lavoro, come intimato dal P. ai due dipendenti (che avevano anche formulato l'accusa di danneggiamento).

Erano inoltre ravvisabili l'insubordinazione verso i superiori ed il comportamento oltraggioso dei B. Legittima e rispondente ad apprezzabile interesse datoriale era la pretesa di parte aziendale di chiudere i cancelli secondo le disposizioni interne al termine del lavoro. Erroneo era considerare provocatorio l'atteggiamento aziendale suscitato dal comportamento non corretto dei due lavoratori.

Il motivo è infondato.

Costituisce principio ripetutamente enunciato da questa Corte che le clausole della contrattazione collettiva che prevedono per specifiche inadempienze del lavoratore la sanzione del licenziamento per giusta causa o giusti-

ficato motivo soggettivo non esimono il giudice dall'obbligo di accertare in concreto la reale entità e gravità delle infrazioni addebitate al dipendente nonché il rapporto di proporzionalità tra sanzione e infrazione, tenendo conto delle circostanze del caso concreto e della portata soggettiva della condotta (tra le altre, cfr. Cass. 16 febbraio 1998, n. 1604; 7 novembre 1997, n. 10959).

Se tale è la regola in caso di illeciti disciplinari tipizzati dalla contrattazione collettiva, a maggior ragione essa deve trovare applicazione quando, come si sostiene da parte della ricorrente, la contrattazione collettiva abbia una funzione meramente esemplificativa.

Nel caso in esame, il Tribunale, che ha considerato le ipotesi proprie della disciplina collettiva, ha ritenuto che il comportamento dei lavoratori, sia stato al di sotto della soglia sanzionabile con il licenziamento secondo quella disciplina, soprattutto se valutato sotto il profilo soggettivo dell'entità del fatto e del comportamento (non privo di contenuto provocatorio o ritorsivo) tenuto dal capo del personale (P.) nel corso dell'episodio.

Sotto il profilo oggettivo, inoltre, il Tribunale ha escluso che nel corso del diverbio vi fosse stato passaggio alle vie di fatto, presupposto, secondo il contratto collettivo, per il licenziamento in caso di diverbio litigioso che avesse comportato nocumento o turbativa al normale esercizio dell'attività aziendale. Pertanto non sono censurabili sul piano logico le considerazioni del giudice di merito per escludere la pretesa turbativa che sarebbe derivata dall'impedimento alla chiusura al termine dell'orario serale dei cancelli dell'azienda, anche perché, quand'anche vi fosse stata, non si sarebbe comunque attuata nel corso di un diverbio litigioso seguito da vie di fatto e dunque non avrebbe giustificato il licenziamento, essendo stata, come si è espresso il giudice di rinvio al di sotto del minimo di gravità tutelato dalla norma disciplinare. La stessa valutazione il Tribunale ha sostanzialmente operato quanto alla accusa genericamente rivolta all'azienda e non ad un identificato suo componente di essere in qualche modo responsabile del dispetto.

Il Tribunale non si è contraddetto quando, a fronte di un comportamento formalmente legittimo del P., ha posto in rilievo connotazioni di eccesso nell'esercizio delle proprie prerogative, nel particolare momento di agitazione nel quale i B. versavano in ragione di un fatto indubbiamente illecito avvenuto all'interno dell'azienda, eccesso che lungi dal contribuire a rasserenare gli animi dei due dipendenti, li avevano portati ad ulteriore esasperazione.

Conclusivamente, assorbito ogni altro profilo di censura, il ricorso deve essere rigettato.

Le spese seguono la soccombenza.



P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna la ricorrente a pagare a controparte le spese in L. 25.200, oltre L. 4.000.000 per onorari.



Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 6 giugno 2002, n. 8225

(Pres. Delli Priscoli; Rel. Luccioli)

.....

Riferimenti normativi: R.D.L. del 27/11/1933 n. 1578 artt. 12 e 38; Legge del 22/1/1934 n. 36



239

Professionisti – ordini professionali – potere di emanare norme interne di deontologia vincolanti per gli iscritti – sussistenza – ordine degli avvocati – fonte di tale potere – individuazione.

Gli ordini professionali, deputati dalla legge a valutare sotto il profilo disciplinare il comportamento degli iscritti, hanno il potere, nell'esercizio delle proprie attribuzioni di autoregolamentazione, di emanare norme di deontologia vincolanti per i singoli professionisti; esse, per quanto concerne gli avvocati, trovano fondamento negli artt. 12, primo comma, e 38, primo comma, del regio decreto – legge 27 novembre 1933, n. 1578. In questa prospettiva le norme del codice deontologico approvato dal Consiglio Nazionale Forense il 14 aprile 1997 si qualificano come norme giuridiche vincolanti nell'ambito dell'ordinamento di categoria.

In materia di responsabilità disciplinare degli avvocati, le norme del codice deontologico forense elencanti i comportamenti che il professionista deve tenere con i colleghi, con la parte assistita, con la controparte, con i magistrati ed i terzi, costituiscono mere esplicitazioni esemplificative dei principi generali, contenuti nella legge professionale forense e nello stesso codice deontologico, di dignità, di lealtà, di probità e di decoro professionale, e, in quanto prive di ogni efficacia limitativa della portata di detti principi, sono inidonee ad esaurire la tipologia delle violazioni disciplinarmente rilevanti.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con decisione del 9 giugno-3 ottobre 2001 il Consiglio Nazionale Forense, in parziale accoglimento del ricorso proposto dall'avvocato G.S. avverso la decisione in data 24 novembre 1999 del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Udine che gli aveva comminato la sanzione disciplinare della sospensione dall'esercizio professionale per sei mesi, lo proscioglieva dalle incolpazioni di cui ai capi 1), 2) e 3) e determinava la sanzione disciplinare della sospensione per due mesi dall'esercizio professionale per le incolpazioni di cui ai restanti capi 4) e 5). Detti addebiti erano formulati nei termini che seguono:



capo 4): “per aver leso i doveri di probità, dignità e decoro previsti dall’art. 5 del codice deontologico forense, nonché quelli di lealtà, correttezza e fedeltà previsti, rispettivamente, dagli artt. 6 e 7 c.d.f., nonché per essere venuto meno al rapporto di fiducia instaurato col cliente (art. 35 c.d.f.) ed all’obbligo di informazione previsto dall’art. 40 c.d.f., per avere volontariamente ommesso di informare il proprio cliente signor R. V. dell’esito del predetto procedimento, fatto di cui il medesimo veniva a conoscenza solamente il 27 settembre 1997, quando il difensore della costituita parte civile gli notificava la copia conforme all’originale della sentenza emessa con contestuale atto di precetto per il pagamento delle spese liquidate in sentenza dal Pretore, procurandogli così l’ulteriore danno del pagamento di maggiori importi pari alle spese di precetto: fatto commesso nel periodo intercorrente fra il 16 gennaio 1997 ed il 28 settembre 1997”;

capo 5): “per essere venuto meno agli obblighi di probità, dignità e decoro previsti dall’art. 5 del codice deontologico forense, nonché al dovere di informazione (art. 40 c.d.f.) ed all’obbligo di inviare al cliente la richiesta di pagamento del compenso per le prestazioni svolte (art. 43 c.d.f.), per non avere, nonostante quanto contestato nei precedenti capi di incolpazione, mai inviato al proprio cliente, signor R. V., alcuna richiesta di pagamento per le suddette prestazioni, richiedendo ed ottenendo invece direttamente, in data 2 marzo 1998, decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo dal giudice di pace di Udine, con susseguente danno economico per il cliente pari alle spese ed agli onorari per la procedura di ingiunzione e per l’atto di precetto: fatto commesso nel periodo fra il 16 gennaio 1997 ed il 1 aprile 1998”.

Osservava in motivazione il Consiglio Nazionale, in ordine all’addebito di cui al capo 4), che l’assunto del ricorrente – fondato sul tenore letterale dell’art. 40 del c.d.f. – secondo il quale l’avvocato, in mancanza di richiesta del soggetto assistito, è libero di informarlo o non informarlo sullo svolgimento del mandato a suo insindacabile giudizio, non solo era contrario allo spirito di tale disposizione, ancorata al principio generale di lealtà verso la parte assistita, ma nella specie appariva del tutto incompatibile con le vicende che avevano dato luogo al procedimento disciplinare, atteso che proprio in ragione dei pessimi rapporti con il R. il professionista aveva l’obbligo professionale e morale di riferirgli, indipendentemente da ogni richiesta, in ordine all’unico processo penale ancora affidato alle sue cure in virtù del mandato speciale non espressamente revocato.

Con riguardo alla condotta contestata al capo 5) osservava che il dovere di lealtà e correttezza che deve ispirare l’attività del legale nel rapporto con il proprio assistito imponeva di ritenere che la richiesta giudiziale di spese ed

onorari debba essere preceduta da una domanda formale al cliente, anche ai fini del contenimento delle spese a suo carico. Rilevava altresì al riguardo che il R. non poteva considerarsi moroso, come sostenuto dal ricorrente, appunto in difetto di una richiesta documentata a lui diretta prima della proposizione del ricorso per decreto ingiuntivo.

Riteneva in conclusione che entrambe le condotte esaminate costituissero offesa al decoro dell'avvocatura e dovessero pertanto essere oggetto di sanzione.

Avverso tale decisione ha proposto ricorso dinanzi a queste sezioni unite l'avvocato S. deducendo tre motivi illustrati con memoria e chiedendo preliminarmente la sospensione dell'esecuzione. Le parti intime non hanno svolto attività difensiva.

Con ordinanza del 13 dicembre 2001-14 febbraio 2002 queste Sezioni Unite hanno rigettato l'istanza di sospensione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con il primo motivo di ricorso, denunciando violazione degli artt. 38 del R.D.L. 27.11.1933 n. 1578, 40, 35, 5, 6, 7 c.d.f., 12 e 14 delle preleggi, difetto assoluto o in subordine mera apparenza, illogicità o perplessità della motivazione, si deduce, con riferimento al capo n. 4) dell'incolpazione, che l'art. 40 del codice deontologico forense – le cui disposizioni hanno valenza normativa al pari di quelle di cui all'art. 38 del R.D.L. n. 1578 del 1933, del quale costituiscono una integrazione – rimette in modo chiaro ed espresso alla insindacabile valutazione dell'avvocato l'opportunità di informare il proprio assistito sullo svolgimento del mandato, escludendo tale discrezionalità nell'unico caso di richiesta di notizie da parte del cliente, onde non è consentito in sede disciplinare enucleare dalla norma un inesistente obbligo di informativa, né attribuire al giudice il potere di valutare le modalità di esercizio di detto potere discrezionale. Si sostiene che la decisione impugnata ha totalmente ignorato il tenore letterale di tale disposizione, da un lato erroneamente ritenendo che l'interpretazione prospettata dal ricorrente fosse contraria allo spirito di essa, dall'altro lato ancorando la diversa interpretazione accolta non a coerenti criteri ermeneutici, ma alla specifica vicenda in esame.

Il motivo è infondato.

Ed invero il ricorrente, fondando il proprio assunto sul tenore letterale dell'art. 40 del codice deontologico forense ed invocando il principio di stretta interpretazione delle leggi penali, cui le norme deontologiche sareb-





bero assimilate, attribuisce alla disposizione richiamata una natura ed una funzione del tutto difformi da quelle sue proprie.

Come è noto, nelle materie attinenti agli illeciti disciplinari commessi da appartenenti a determinate professioni l'ampiezza delle formule generalmente adottate dal legislatore per indicare le azioni o le omissioni disciplinarmente rilevanti comporta per l'interprete la necessità di integrare le clausole generali con il ricorso a fonti normative diverse, anche di rango infralegislativo, come le norme di etica professionale: queste Sezioni Unite hanno già posto in rilievo la legittimità di tale integrazione, osservando che in relazione all'illecito disciplinare, che esula dal campo penale, non può ipotizzarsi un contrasto con il principio di legalità in senso stretto enunciato dall'art. 25 comma 2 della Costituzione e che d'altro canto il ricorso a dati normativi esterni, pur sempre caratterizzati da giuridicità, risponde all'esigenza di evitare un'elencazione tassativa dei singoli divieti o dei singoli doveri, che potrebbe lasciare esenti da sanzione comportamenti non previsti, ma considerati riprovevoli dalla coscienza collettiva (v. sul punto SS.UU. 1998 n. 11732; 1997 n. 10922; 1997 n. 5225).

In tale sistema trova ragione l'affidamento, agli organi deputati dalla legge a valutare sotto il profilo disciplinare i comportamenti dei singoli, del potere di adattare la previsione legale astratta ai casi concreti, facendo riferimento a regole già contenute in specifiche previsioni di legge o desunte da canoni di condotta condivisi dalla collettività o da principi deontologici dettati dai singoli ordinamenti professionali, prima ancora del potere di emanare le regole di deontologia vincolanti per i propri iscritti, quale espressione di autogoverno della professione e di autodisciplina dei comportamenti dei professionisti (v. Cass. SS.UU. 1995 n. 12723).

Per quanto attiene alla responsabilità disciplinare nella professione legale, tale affidamento si realizza attraverso l'attribuzione all'autonomia degli ordini professionali, enti esponenziali della categoria, sia del potere di applicare in via amministrativa (i Consigli dell'ordine locali) e giurisdizionale (il Consiglio Nazionale Forense) le sanzioni previste dalla legge, sia della funzione di produzione normativa all'interno della categoria, attraverso l'enunciazione delle regole di condotta che i singoli iscritti sono tenuti ad osservare nello svolgimento dell'attività professionale (v. sul punto, di recente, SS.UU. 2001 n. 762).

In questa prospettiva le norme del codice deontologico approvato dal Consiglio Nazionale Forense il 14 aprile 1997 si qualificano come norme giuridiche vincolanti nell'ambito dell'ordinamento di categoria, che trovano fondamento nei principi dettati dalla legge professionale forense di cui al R.D.L.

27 novembre 1933 n. 1578, ed in particolare nell'art. 12, comma 1, che impone agli avvocati di "adempiere al loro ministero con dignità e con decoro, come si conviene all'altezza della funzione che sono chiamati ad esercitare nell'amministrazione della giustizia", e nell'art. 38 comma 1, ai sensi del quale sono sottoposti a procedimento disciplinare gli avvocati "che si rendano colpevoli di abusi o mancanze nell'esercizio della loro professione o comunque di fatti non conformi alla dignità e al decoro professionale".

La formulazione per clausole generali di tali prescrizioni trova specificazione nelle norme del codice deontologico, il quale nel suo primo titolo enuncia, qualificandoli "principi generali", una serie di doveri diretti a segnare lo svolgimento della professione, mentre nei successivi titoli elenca alcuni canoni complementari volti a tipizzare, nella misura del possibile, comportamenti nei rapporti con i colleghi, con la parte assistita, con la controparte, i magistrati ed i terzi desunti dall'esperienza di settore e dalla stessa giurisprudenza disciplinare, costituenti a loro volta mere esplicitazioni delle regole generali, inidonei quindi ad esaurire la tipologia delle violazioni deontologiche e privi di ogni efficacia limitativa della portata di dette regole.

Tale relazione tra le norme in esame è chiaramente enunciata nella disposizione finale di cui all'art. 60, che nel chiarire che le previsioni specifiche del codice "costituiscono esemplificazioni dei comportamenti più ricorrenti e non limitano l'ambito di applicazione dei principi generali espressi" si pone come norma di chiusura ed integrativa dell'intero testo.

Correttamente pertanto la sentenza impugnata, superando il dato letterale fornito dall'art. 40 del codice deontologico ed assumendo tale disposizione nel suo effettivo valore esemplificativo, ha riportato il dovere di informazione in essa evocato nell'ambito dei principi generali dettati nello stesso codice e nella legge professionale, motivatamente ritenendo che l'aver omesso di dare notizia al cliente dell'esito del processo penale ancora affidato alle cure dell'avvocato S. costituisse condotta contraria ai doveri deontologici e tale da meritare la sanzione inflitta.

È peraltro da ricordare che, con riguardo alla concreta individuazione delle condotte costituenti illecito disciplinare, il controllo di legittimità non consente alla Corte di Cassazione di sostituirsi al Consiglio Nazionale Forense nell'enunciazione di ipotesi di illecito nell'ambito della regola generale di riferimento, se non nei limiti di una valutazione di ragionevolezza, atteso che l'apprezzamento della rilevanza dei fatti rispetto alle incolpazioni appartiene all'esclusiva competenza degli organi disciplinari forensi (v. tra le ultime Cass. SS.UU. 2001 n. 15601; 2001 n. 15600; 2001 n. 10014; 2001 n. 150; 2000 n. 1053; 1999 n. 597; 1999 n. 148).





Con il secondo motivo, denunciando violazione degli artt. 38 del R.D.L. 27 novembre 1933 n. 1578 e 40, 43 e 5 del c.d.f., degli artt. 12 e 14 delle preleggi, degli artt. 1219 e 1220 c.c., difetto assoluto o in subordine mera apparenza, illogicità o perplessità della motivazione, si deduce, con riferimento all'addebito di cui al capo 5), che nessuna norma di legge o deontologica impone all'avvocato di costituire in mora il cliente o anche solo di inviargli una parcella prima di proporre l'azione monitoria. Si sostiene che detto capo di incolpazione erroneamente richiama l'art. 43 del c.d.f., il quale non contiene alcun riferimento ad un obbligo siffatto, e che la remissione alla cognizione del giudice della definitiva liquidazione del credito vale a rendere non necessario l'invio al cliente di atti di costituzione in mora. Si aggiunge che la decisione impugnata si fonda sull'astratta affermazione della violazione di un generico dovere di lealtà e correttezza che non trova riscontro in alcuna norma positiva del c.d.f. e sulla individuazione di un pregiudizio economico subito dal cliente che appare smentito dal disposto dell'art. 1220 c.c. Si deduce ancora l'ultroneità delle argomentazioni svolte circa la non attribuibilità al R. della qualifica di "moroso", avendo il ricorrente usato l'espressione "cliente moroso" nella sua generica accezione di "cliente che non paga".

Le argomentazioni svolte nel ravvisare l'infondatezza del primo motivo di ricorso soccorrono anche ai fini del rigetto di tale censura. Ed invero la mancanza di una espressa previsione nell'art. 43 del codice deontologico di un obbligo di richiesta formale al cliente, prima di adire le vie giudiziarie, di pagamento del compenso per l'attività svolta in suo favore non è chiaramente di ostacolo alla configurazione di un comportamento disciplinarmente rilevante, ove nell'iniziativa giudiziaria immediatamente intrapresa sia ravvisabile – come nella specie la decisione impugnata ha con motivazione non suscettibile di censura ravvisato – una violazione dei doveri di probità, dignità e decoro previsti dall'art. 5 dello stesso codice e dalla legge professionale, nonché dello stesso principio generale di correttezza nei confronti del debitore dettato dall'art. 1175 c.c.

Con il terzo motivo, denunciando violazione dell'art. 38 del R.D.L. 27 novembre 1933 n. 1578 e dell'art. 3 del c.d.f., difetto di motivazione, si deduce, con riferimento ad entrambi i capi di incolpazione, che la decisione impugnata non ha in alcun luogo motivato in ordine alla volontarietà delle due presunte omissioni, limitandosi ad affermare che il deducente era incorso in dette omissioni.

Il motivo è inammissibile, in quanto diretto a prospettare per la prima volta in questa sede di legittimità una censura non formulata in sede di ricorso avverso la decisione del Consiglio dell'Ordine.

Il ricorso deve essere in conclusione rigettato.
Non vi è luogo a pronuncia sulle spese di questo procedimento, non avendo svolto il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Udine attività difensiva.

P.Q.M.

La Corte di Cassazione, a sezioni unite, rigetta il ricorso.



Corte di Cassazione, sesta sezione penale, 17 febbraio 2003, n. 7772

(Pres. Fulgenzi; Rel. Cortese)

.....



246

Riferimenti normativi: art. 314 c.p.; d. lgs. n. 29/93 art. 58 bis; D. M. del 31 marzo 1994 art. 10

Reati contro la P. A. – delitti dei Pubblici Ufficiali – peculato – uso del telefono della P.A. da parte del dipendente – peculato d’uso – configurabilità – condizioni – casi di esclusione.

L’indebita uso, da parte del pubblico ufficiale o dell’incaricato di pubblico servizio, dell’utenza telefonica intestata alla Pubblica Amministrazione, di cui egli abbia la disponibilità, costituisce peculato, comportando la suddetta condotta l’appropriazione delle energie, entrate nella sfera di disponibilità della Pubblica Amministrazione, occorrenti per le conversazioni telefoniche. Il reato, tuttavia, non sussiste quando le chiamate telefoniche per esigenze personali, per la loro sporadicità ed occasionalità, restano contenute nell’ambito dei “casi eccezionali”, nei quali esse sono consentite, ai sensi dell’art. 10, comma quinto, del codice di comportamento dei pubblici dipendenti approvato con decreto del Ministro per la Funzione Pubblica 31 marzo 1994. (Nella specie, in applicazione di tale principio, è stato ritenuto che, correttamente, fosse stata esclusa la sussistenza del reato, in un caso in cui risultavano effettuate undici chiamate per motivi personali in un arco di tempo di un mese e ventuno giorni).

FATTO

Con sentenza emessa il giorno 23 ottobre 2001 il GUP del Tribunale di Campobasso dichiarava non luogo a procedere perché il fatto non sussiste nei confronti di R.A. in ordine al reato di cui agli artt. 81, comma 2, e 314, comma 2, c.p., per essersi, in qualità di dipendente del Provveditorato alle Opere Pubbliche per il Molise di Campobasso, con più azioni esecutive del medesimo disegno criminoso, appropriata momentaneamente del telefono affidatole in ragione del suo ufficio, effettuando undici chiamate per motivi personali dal 6 aprile al 27 maggio 1998.

Rilevava il GUP che la sporadicità e l’importo esiguo delle telefonate escludevano il configurarsi di quel comportamento *uti dominus*, che deve caratterizzare anche la condotta “appropriativa” di cui alla nuova ipotesi del peculato d’uso prevista dal comma 2 dell’art. 314 c.p.

Propone ricorso il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Campobasso, deducendo che lo schema normativo del nuovo peculato d'uso non consente di escludere dal suo spazio applicativo, in ragione degli elementi di fatto indicati dal GUP, la condotta ascritta al prevenuto.

DIRITTO

Deve rilevarsi che a seguito della novella del '90 il delitto di peculato è previsto solo in relazione alla condotta di "appropriazione", consistente, come noto, nel comportarsi nei confronti della cosa altrui, di cui si abbia il possesso o la disponibilità per ragioni di ufficio o servizio, *uti dominus*, attuando un'inversione del titolo di possesso (cfr., fra le altre, Cass. 10 giugno 1993, PM c. F.).

L'introduzione, poi, della ipotesi del peculato d'uso, di cui al comma 2 del nuovo art. 314 c.p., ha identificato una condotta nella quale l'uso della cosa è affermativo di un agire *uti dominus* senza il carattere della definitività.

Tale figura delittuosa, che si applica, secondo la giurisprudenza prevalente, solo alle cose di specie, si risolve nell'uso provvisorio della cosa in difformità della destinazione datale nell'organizzazione pubblica.

In tale fattispecie viene inquadrato, nel capo di imputazione contestato alla R., l'utilizzo per chiamate private da apparecchi telefonici fissi in dotazione all'ufficio.

Tale inquadramento, però (pur avallato da Cass. 25 gennaio 1996, PM c. C.), non appare condivisibile.

La natura degli impulsi elettronici occorrenti per la trasmissione della voce consente, infatti, di ravvisare nell'ipotesi in discorso una vera (definitiva) appropriazione, posto che l'art. 624, comma 2, c.p. dispone che "agli effetti della legge penale si considera cosa mobile anche l'energia elettrica ed ogni altra energia che abbia valore economico".

Quando, invero, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio, disponendo, per ragione dell'ufficio o del servizio, dell'utenza telefonica intestata all'Amministrazione, la utilizza per effettuare chiamate di interesse personale, il fatto lesivo si sostanzia propriamente non nell'uso dell'apparecchio telefonico quale oggetto fisico, bensì nell'appropriazione, che attraverso tale uso si consegue, delle energie, entrate a far parte della sfera di disponibilità della P.A., occorrenti per le conversazioni telefoniche.

Tale ricostruzione conduce a inquadrare astrattamente l'ipotesi in esame del peculato ordinario, di cui al primo comma dell'art. 314 c.p., posto che non sono immediatamente restituibili, dopo l'uso, le energie utilizzate (e lo





stesso eventuale rimborso delle somme corrispondenti all'entità dell'utilizzo non potrebbe che valere come mero ristoro del danno arrecato).

Ciò chiarito in via generale, deve però osservarsi che, nel concreto assetto dell'organizzazione pubblica, è individuabile un ambito in cui l'utilizzo della linea telefonica dell'ufficio per l'effettuazione di chiamate personali non esula dai fini istituzionali e non realizza, quindi, l'evento appropriativo sud-descritto. Si tratta delle situazioni in cui il pubblico dipendente sia sollecitato, durante l'espletamento della sua prestazione, da impellenti esigenze di breve comunicazione privata, la cui soddisfazione tramite l'utenza dell'ufficio assicura, nell'interesse della stessa Amministrazione, una migliore correttezza del servizio e la salvaguardia della serenità dell'ambiente di lavoro.

Rileva in particolare al riguardo, in riferimento all'epoca dei fatti, il codice di comportamento dei dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni approvato con Decreto del Ministro per la Funzione Pubblica del 31 marzo 1994 (in G.U. 28 giugno 1994, n. 149), nel quale è espressamente previsto (prima parte comma quinto art. 10 cit. D.M.) che in "casi eccezionali" il dipendente può effettuare chiamate personali dalle linee telefoniche dell'ufficio, dandone informativa al dirigente dell'Ufficio (adempimento quest'ultimo di carattere formale, che, al di là delle conseguenze disciplinari che possono derivare dalla sua violazione, chiaramente non condiziona l'autonoma e sostanziale rilevanza "derogatoria", ai fini del discorso che qui interessa, del caso "eccezionale").

Applicando i principi illustrati al caso di specie, non può che escludersene la rilevanza penale, stante quanto ragionevolmente apprezzato in fatto (senza necessità di ulteriori accertamenti) dal giudice di merito in ordine all'evidente carattere sporadico ed occasionale (e perciò eccezionale) delle telefonate effettuate dalla prevenuta.

Il ricorso del P.M. deve, pertanto, essere rigettato.

P.Q.M.

Visti gli artt. 615 e 616 c.p.p., rigetta il ricorso.

Tribunale di Roma, 21 ottobre 2002

(Giudice Miccichè)

.....

Riferimenti normativi: art. 25 CCNL comparto Ministeri personale non dirigente – parte normativa 1994/1997 e parte economica 1994/1995, stipulato il 16 maggio 1995.



249

Rapporto di lavoro – potere disciplinare – licenziamento – giudicato penale – rilevanza ai fini dell'accertamento dei fatti costitutivi della fattispecie di reato – irrilevanza ai fini della valutazione sulla possibile continuazione del rapporto di lavoro ed ai fini dell'apprezzamento del giudice sulla rispondenza dell'illecito commesso alla sanzione irrogata – fattispecie relativa all'art. 25 del CCNL Ministeri.

La valutazione dei fatti compiuta dal giudice penale ai fini del riconoscimento delle circostanze attenuanti, utilizzate principalmente per la determinazione della pena detentiva applicabile, non può né vincolare né condizionare l'apprezzamento che deve compiere il giudice del lavoro per verificare la rispondenza dell'illecito commesso alla sanzione irrogata. Il giudicato penale, infatti, fa stato quanto all'accertamento dei fatti costitutivi della fattispecie di reato, ma non certo quanto all'apprezzamento degli stessi nel giudizio di applicazione della pena. L'apprezzamento all'interno di un giudizio penale, finalizzato alla graduazione della pena detentiva concretamente adeguata al caso concreto, è ben diverso dalla valutazione compiuta in relazione alla possibile continuazione di un rapporto di lavoro.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso depositato il 30 dicembre 2000, F. P. esponeva: 1) di aver prestato servizio presso il Tribunale di Prato in qualità di ufficiale giudiziario; 2) che in data 10 aprile 2000, a seguito di procedimento disciplinare, il Ministero di Grazia e Giustizia gli aveva inflitto la sanzione del licenziamento senza preavviso; 3) che tale decisione era stata impugnata dinanzi al Collegio Penale di Disciplina, che aveva respinto il ricorso in data 22 settembre 2000; 4) che il procedimento disciplinare era stato aperto a seguito della sentenza del Tribunale di Prato che lo aveva condannato a tre anni di reclusione per il reato di concussione; 5) che tale sentenza era stata riformata in appello quanto alla pena, ridotta ad un anno e tre mesi, poiché era stata rico-



nosciuta in suo favore l'attenuante del "fatto di speciale tenuità" di cui all'art. 323 bis c.p.p. nonché l'attenuante di cui all'art. 62 bis c.p.p.; 5) che la Cassazione, con sentenza 18 giugno 1999, aveva confermato la sentenza di appello. Deduceva quindi, in primo luogo, che la sanzione irrogata era sproporzionata alla concreta entità dei fatti commessi, riconosciuti dal giudice penale "di speciale tenuità" e, in secondo luogo, che la decisione del Collegio Penale di Disciplina doveva ritenersi nulla, poiché emanata da un organo abolito per effetto del d. lgs. n. 80/98, che aveva istituito, al posto del predetto Collegio di disciplina, il Collegio di Conciliazione di cui all'art. 69 bis. Chiedeva pertanto, in via principale, l'annullamento della sanzione disciplinare del licenziamento e, in via subordinata, l'annullamento della decisione del Collegio Penale di Disciplina.

Si costituiva il Ministero di Grazia e Giustizia, resistendo al ricorso e chiedendone il rigetto.

Il processo veniva quindi sospeso per il compimento del tentativo obbligatorio di conciliazione, quindi la causa veniva riassunta dal P. e decisa all'udienza del 4 ottobre 2002 mediante lettura del dispositivo.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Parte ricorrente ha chiesto in via principale l'annullamento della sanzione disciplinare del licenziamento per giusta causa senza preavviso irrogato dall'Amministrazione ai sensi dell'art. 25 CCNL.

A tal proposito, va preliminarmente rilevato che il ricorrente non ha neppure contestato le inconfutabili circostanze di fatto emerse dall'accertamento compiuto nel giudizio penale, conclusosi con la sua definitiva condanna per il reato di concussione continuato (cfr. sentenza della Corte di Cassazione in atti). Il ricorrente lamenta, invero, la sproporzione della estrema sanzione disciplinare irrogata ai fatti commessi, e fonda tale doglianza essenzialmente sul fatto che la Corte d'Appello di Firenze, pur confermando la condanna per il reati di cui all'art. 317 c.p.p., aveva diminuito la pena inflittagli da tre anni ad un anno e tre mesi, riconoscendo in suo favore l'attenuante di cui all'art. 323 bis e 62 n. 4 c.p. (fatto di particolare tenuità ed esiguità del danno patrimoniale, attesa la non rilevante entità delle somme incassate dal P. e in considerazione della crescita dell'illecito "da un ceppo di malcostume diffuso").

Rileva il giudicante che la valutazione dei fatti – si ribadisce, incontestati nella loro materialità – compiuti dal giudice penale ai fini del riconoscimento delle circostanze attenuanti, utilizzate principalmente per la determina-

zione della pena detentiva applicabile, non possono né vincolare, né condizionare l'apprezzamento che in questa sede deve compiere il giudice del lavoro ai fini di verificare la rispondenza dell'illecito commesso alla sanzione irrogata. Il giudicato penale, infatti, fa stato quanto all'accertamento dei fatti costitutivi della fattispecie di reato, ma non certo quanto all'apprezzamento degli stessi nel giudizio di applicazione della pena. È appena il caso di osservare, inoltre, che altro è l'apprezzamento all'interno di un giudizio penale finalizzato alla graduazione della pena detentiva concretamente adeguata al caso concreto, altra è la valutazione compiuta in relazione alla possibile continuazione di un rapporto di lavoro.

In conclusione, dunque, i fatti compiuti dal P., così come emersi nel giudicato penale, vanno esaminati in questa sede onde verificare se essi consentano o meno, ai sensi dell'art. 25 del CCNL applicato dall'Amministrazione al caso in esame, la prosecuzione del rapporto di lavoro. Orbene, va in primo luogo osservato che il predetto art. 25 giustifica la comminazione della sanzione disciplinare del licenziamento senza preavviso in relazione al compimento, da parte del dipendente, di "gravi illeciti di rilevanza penale per i quali sia fatto obbligo di denuncia" e di "fatti o atti dolosi di gravità tale da non consentire la prosecuzione neppure provvisoria del rapporto di lavoro".

Rileva il giudicante che l'aggettivo "gravi" riferito agli "illeciti di rilevanza penale" non esprime affatto una possibile graduazione tra più illeciti tutti di rilevanza penale, sì che il dipendente potrebbe anche subire sanzioni diverse da quella del licenziamento ove compia un illecito penale "non grave": l'aggettivo "grave", invero, è espressamente riferito al fatto in sé, ossia deve trattarsi di fatto talmente grave da rientrare in una fattispecie di reato commesso in servizio per il quale la legge preveda l'obbligo di denuncia. Ove, cioè, il fatto compiuto sia un reato penale, è automaticamente applicabile la sanzione del licenziamento. La norma contrattuale, invero, non lascia spazio ad altre interpretazioni, è ciò è confermato dalla successiva elencazione contenuta nel medesimo articolo, che fa riferimento, in alternativa, ad altri fatti o atti dolosi che, pur non costituendo reato, siano talmente gravi da non consentire la continuazione del rapporto di lavoro. Pertanto, quando il fatto non costituisca reato, ne va apprezzata la gravità per valutare se questa consenta o meno la prosecuzione del rapporto, se invece si tratta di reato con obbligo di denuncia, il fatto è già stimato come "grave" in sé dalle parti contrattuali e, come tale, giustifica automaticamente il licenziamento.

Se già tali considerazioni sarebbero sufficienti a fondare il rigetto del ricorso, va per completezza rilevato che gli episodi di concussione accertati nelle sentenze penali comunque impediscono del tutto il protrarsi di un sereno





rapporto di lavoro con l'Amministrazione della giustizia. Tali fatti, invero, commessi mediante l'abuso della posizione rivestita per ragioni di servizio, ledono il fondamentale bene giuridico del buon funzionamento dell'Amministrazione della Giustizia, il principio costituzionale di imparzialità della P.A. e sono idonei a minare in modo irreversibile la fiducia degli utenti verso i pubblici servizi affidati, per ragioni di ufficio, al dipendente. Non v'è chi non veda, dunque, che fatti del genere non potrebbero in nessun caso consentire in futuro la continuazione del rapporto di lavoro, basato, nel caso di specie, non soltanto sulla reciproca fiducia tra le parti, ma condizionato altresì dalle legittime aspettative degli utenti, che vanno in primo luogo salvaguardate. Ciò, in ogni caso, indipendentemente sia dall'entità dei compensi ricevuti, sia da ogni possibile apprezzamento circa l'eventuale inserimento degli episodi di concussione di cui si è reso responsabile il P. in un "malcostume diffuso", elemento che, ad avviso di questo giudicante, rende ancor più censurabile l'operato del dipendente, che di questo malcostume ha fatto parte. Venendo all'esame della domanda subordinata, tendente all'annullamento della decisione emessa dal Collegio arbitrale di disciplina, deve rilevarsi che non è ravvisabile, nel caso in esame, l'interesse ad agire. Invero, detta sanzione è meramente confermativa della sanzione disciplinare del licenziamento, pertanto l'eventuale annullamento di quest'ultima non rimoverebbe gli effetti del licenziamento, di cui si duole il ricorrente.

È appena il caso di segnalare, infine, che assolutamente infondato è il rilievo del ricorrente per cui "il Collegio Penale di disciplina, non avendo manifestato la propria incompetenza *ex art. 28 d. lgs. n. 80/98*, ha precluso al P. l'eventuale possibilità di adire il giudice amministrativo". Il ricorso al Collegio Penale di Disciplina è stato infatti presentato dal P. il 17 giugno 2000 a seguito dell'emanazione della sanzione del licenziamento in data 10 aprile 2000: orbene, ai sensi dell'art. 45 d. lgs. n. 80/98 sono devolute al giudice ordinario le controversie attinenti al rapporto di lavoro successive al 30 giugno 1998. È dunque evidente che il P. avrebbe comunque dovuto impugnare il licenziamento irrogato il 10 aprile 2000 davanti al giudice del lavoro, indipendentemente dalla scelta di ricorrere o meno al Collegio Arbitrale

Alla luce di quanto esposto, dunque, il ricorso va respinto.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione, tra le parti, delle spese di causa.

Tali i motivi della decisione in epigrafe.

Corte di Cassazione, sesta sezione penale, 13 settembre 2002, n. 13751

Riferimenti normativi: art. 314 c.p.; d. lgs. n. 29/93 art. 58 bis; D.M. del 31 marzo 1994 art. 10

Utilizzo di utenza telefonica intestata alla P.A. da parte di pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio – non sussistenza di casi eccezionali – configurabilità del reato di peculato di cui all'art. 314 c.p.

Qualora il pubblico ufficiale e l'incaricato di pubblico servizio, disponendo, per ragione dell'ufficio o del servizio, dell'utenza telefonica intestata alla Pubblica Amministrazione, la utilizzi per effettuare chiamate per interesse personale, il fatto lesivo si sostanzia non nell'uso dell'apparecchio telefonico quale oggetto fisico bensì nell'appropriazione, che attraverso tale uso si consegue, delle energie, entrate a far parte nella sfera di disponibilità della Pubblica Amministrazione occorrenti per le conversazioni telefoniche. Pertanto, in caso di uso del telefono dell'ufficio del pubblico dipendente a scopi personali (privo del requisito dell'eccezionalità), non si può escludere il reato di peculato ex art. 314 c.p.

FATTO

Con sentenza emessa il 16 gennaio 2001 il GUP del Tribunale di Campobasso dichiarava non luogo a procedere perché il fatto non sussiste nei confronti di C.R. in ordine al reato di cui agli artt. 81, comma secondo, e 314, comma secondo, c.p., per essersi, in qualità di dipendente del Provveditorato alle opere pubbliche per il Molise di Campobasso, con più azioni esecutive nel medesimo disegno criminoso, appropriato momentaneamente del telefono attivato gli in ragione del suo ufficio, effettuando 64 chiamate per motivi personali dal 31 marzo al 3 giugno 1998.

Rilevava il GUP che la sporadicità e l'importo esiguo delle telefonate escludevano il configurarsi di quel comportamento *uti dominus* che vede caratterizzate anche la condotta appropriativa di cui alla nuova ipotesi del peculato d'uso prevista dal comma 2 dell'art. 314 c.p.

Propone ricorso il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Campobasso, deducendo che il giudicante ha arbitrariamente introdotto una sorta di "soglia di punibilità" che, in alcun modo, risulta contemplata nel disposto contenuto nella fattispecie punitiva.





Peraltro, anche il rilievo secondo cui l'art. 323 *bis* c.p. contempla una specifica circostanza attenuante per i casi di "particolare tenuità" del reato attesa come il legislatore ha ritenuto meritevoli di sanzioni penali anche le condotte del pubblico ufficiale che risultano prive di peculiari connotazioni di gravità, antisocialità e riprovevolezza.

Peraltro, osserva ancora il P.M. ricorrente, nel caso in esame anche i dedotti "margini di tolleranza" sono stati ampiamente prevaricati: l'imputato, infatti, non si è avvalso del telefono in maniera episodica, effettuando, per così dire, una telefonata ogni tanto, ma lo ha usato, al contrario, in modo sistematico, effettuando ben 64 chiamate, anche non urbane, nell'arco di circa due mesi.

DIRITTO

Il ricorso merita accoglimento nei termini di seguito precisati: deve rilevarsi che a seguito della novella del '90 il delitto di peculato è previsto solo in relazione alla condotta di "appropriazione", consistente, come è noto, nel comportarsi nei confronti della cosa altrui, di cui si abbia il possesso o la disponibilità per ragioni di ufficio o servizio, *uti dominus*, attuando una inversione del titolo del possesso (cfr., tra le altre, Cassazione, 10 giugno 1993, P. M. contro F.).

L'introduzione, poi, della ipotesi del peculato d'uso, di cui al comma 2 del nuovo art. 314 c.p., ha identificato una condotta nella quale l'uso della cosa è affermativo di un agire *uti dominus* senza il carattere della definitività.

Tale figura delittuosa, che si applica, secondo la giurisprudenza prevalente, solo alle cose di specie, si risolve nell'uso provvisorio della cosa in difformità della destinazione datale nell'organizzazione pubblica.

In tale fattispecie viene inquadrato, nel capo di imputazione contestato al C., l'utilizzo per chiamate private dell'apparecchio telefonico fisso in dotazione all'ufficio.

Tale inquadramento, però, non appare condivisibile.

Posto che la condotta del C. è consistita nella ripetuta utilizzazione della utenza telefonica del Provveditorato alle opere pubbliche per il Molise va precisato che, in questo caso, si è verificata una vera e definitiva appropriazione degli impulsi elettronici attraverso i quali si trasmette la voce, atteso che l'art. 624, secondo comma, c.p. dispone che "agli effetti della legge penale, si considera cosa mobile anche l'energia elettrica ed ogni altra energia che abbia valore economico".

Se, quindi, il pubblico ufficiale e l'incaricato di pubblico servizio, disponendo, per ragione dell'ufficio o del servizio, dell'utenza telefonica intestata alla Pubblica Amministrazione, la utilizza per effettuare chiamate per interesse personale, il fatto lesivo si sostanzia non nell'uso dell'apparecchio telefonico quale oggetto fisico, come ritenuto in sede di merito, bensì nell'appropriazione, che attraverso tale uso si consegue, delle energie, entrate a far parte nella sfera di disponibilità della Pubblica Amministrazione occorrenti per le conversazioni telefoniche. Ad inquadrare l'ipotesi in esame nel peccato ordinario di cui al primo comma dell'articolo 314 c.p. considerato che non sono immediatamente restituibili, dopo l'uso, le energie utilizzate (cfr. Cassazione, sesta sezione penale, 14 novembre 2001, Chirico).

Ciò chiarito in via generale, deve osservarsi che, nel concreto assetto dell'organizzazione pubblica, viene in rilievo una sfera di utilizzo della linea telefonica dell'ufficio per l'effettuazione di chiamate personali che non può considerarsi esulante dai fini istituzionali, e nella quale, quindi, non si realizza l'evento appropriativo descritto.

Si tratta delle situazioni in cui il pubblico dipendente, sollecitato, durante l'espletamento del servizio, da impellenti esigenze di comunicazione private, finirebbe, ove non potesse farvi rapidamente fronte tramite l'utenza dell'ufficio, per creare maggior disagio all'Amministrazione sul piano della continuità e/o della qualità del servizio. In questi casi, verificandosi una convergenza fra il rispetto di importanti esigenze umane e il più proficuo perseguimento dei fini pubblici, la stessa Amministrazione ha interesse a consentire al dipendente l'utilizzo privato della linea d'ufficio.

Di tale realtà si rinviene un preciso riscontro formale nel decreto del Ministro per la Funzione Pubblica del 31 marzo 1994 (in Gazzetta ufficiale del 28 giugno 1994, numero 149) che, nel definire (in ossequio al disposto dell'articolo 58-bis del decreto legislativo 29/1993) il codice di comportamento dei dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni, ha specificatamente previsto che in "casi eccezionali" il dipendente può effettuare chiamate personali dalle linee telefoniche dell'ufficio. Recita, infatti, testualmente la prima parte del comma 5 dell'articolo 10 del citato decreto ministeriale: "salvo casi eccezionali dei quali informa il dirigente dell'ufficio, il dipendente non utilizza le linee telefoniche dell'ufficio per effettuare chiamate personali". Statuizione nella quale, chiaramente, l'informativa al dirigente dell'ufficio riveste natura di mero adempimento formale, che, al di là delle conseguenze disciplinari che possono derivare dalla sua violazione, non condiziona l'autonoma e sostanziale rilevanza "derogatoria" ai fini del discorso che qui interessa, del "caso eccezionale" (cfr. Cassazione, sezione sesta, 23 ottobre 2000, Di Maggio).





256

Applicando i principi illustrati al caso in esame non può escludersene la rilevanza penale, sia pure nell'ambito della fattispecie contestata ex art. 314, secondo comma, c.p., non essendo stato accertato in fatto dal giudice di merito se le telefonate (che per il loro numero, 64, in verità non sembrano rivestire né il carattere della episodicità né tantomeno quello della sporadicità), siano state fatte eccezionalmente dal prevenuto, in quanto effettivamente "compulsato da rilevanti e contingenti esigenze personali".

Per quanto sopra va disposto l'annullamento della sentenza impugnata con rinvio al Tribunale di Campobasso.

P.Q.M.

Annulla la sentenza impugnata con rinvio al Tribunale di Campobasso.



257

CAPITOLO 3

RASSEGNA

Gli orientamenti
della Corte di Cassazione
(1 ottobre-31 dicembre 2003)
a cura di Filippo Curcuruto*



1. Giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo nei rapporti stabilmente sottratti alla privatizzazione

1.1 Dipendenti della Banca d'Italia

Per la prima volta, a quanto consta, la Corte di Cassazione ha avuto modo di applicare l'articolo 3, comma 1 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nella parte in cui, attraverso il riferimento ai dipendenti degli enti che svolgono la loro attività nelle materie contemplate all'articolo 1 del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 17 luglio 1947, n. 691 (vigilanza nel settore creditizio e valutario), sottrae alla disciplina della privatizzazione il rapporto d'impiego dipendenti della Banca d'Italia (come pure di quelli dell'Ufficio Italiano Cambi). Detto articolo 3 determina conseguentemente, in relazione a quel che prevede il comma 4 dell'articolo 63 del medesimo decreto legislativo n. 165, il mantenimento, riguardo a tali rapporti, della regola della giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo. Secondo il giudice di legittimità il fondamento di tale sottrazione deve essere individuato sia nella peculiarità delle funzioni svolte dai suddetti dipendenti sia nell'esigenza di garantire alla Banca d'Italia (come agli altri enti deputati al controllo di legalità a tutela di interessi pubblici) una piena autonomia nell'esercizio dei suoi compiti (Cass. SS.UU. ord. 1 ottobre 2003, n. 14667).

1.2 Personale della carriera diplomatica

La Corte di Cassazione (SS.UU., ord. 15 ottobre 2003 n. 15470) si è anche occupata di un'altra delle aree sottratte alla privatizzazione del rapporto di lavoro, esaminando, sempre sotto il profilo della giurisdizione, la controver-

* Magistrato Consigliere della Corte di Cassazione, Sezione Lavoro.



sia insorta in relazione al provvedimento di assegnazione ad un funzionario della carriera diplomatica dell'incarico di capo di una rappresentanza consolare italiana, assegnazione contestata, con ricorso al TAR, da altro aspirante, appartenente alla dirigenza amministrativa del Ministero degli Esteri e in servizio quale capo di altra rappresentanza consolare.

Alla Corte si è quindi posto un problema di qualificazione dei provvedimenti di attribuzione delle funzioni consolari, previsti dall'art. 114 del D.P.R. 5 gennaio 1967, n. 18, modificato dalla legge 23 aprile 2003, n. 109, riguardo ai quali la sentenza in esame ha sottolineato che essi costituiscono esercizio da parte dell'Amministrazione degli Esteri dei poteri a questa attribuiti dall'ordinamento in relazione al rapporto del personale diplomatico. Non si tratta quindi di atti riconducibili a quelli di natura privatistica rientranti nella cognizione del Giudice Ordinario, in relazione alla disciplina dei rapporti dei funzionari della carriera amministrativa. La conclusione è stata, evidentemente, che si tratti di atti rientranti nella giurisdizione del Giudice Amministrativo.

L'interesse della pronunzia (peraltro assai succinta) sta nel fatto che la Corte è stata chiamata ad esaminare i riflessi sulla giurisdizione di un atto dotato, a prima vista, di rilievo sotto un duplice versante, poiché coinvolge allo stesso tempo contrapposti interessi di dipendenti appartenenti ad aree regolate in modo sostanzialmente diverso ed è idoneo ad incidere direttamente (in senso positivo o negativo secondo i casi) sulla disciplina del relativo rapporto di servizio.

Nell'argomentare la conclusione raggiunta, la Corte sembra assegnare prevalenza al profilo funzionale dell'atto piuttosto che a quello strutturale: il conferimento dell'incarico consolare, pur potendo riguardare dipendenti per i quali opera la privatizzazione e rappresentare una delle possibili vicende della loro attività lavorativa, non configura atto di gestione di un rapporto privatizzato. Ciò perché, come sembra di poter desumere dal rapido accenno alla regolazione pubblicista del rapporto del personale della carriera diplomatica (considerato, quindi, il rapporto di riferimento), esso implica valutazioni di natura pubblicistica e profili di tipo organizzatorio dell'ufficio, che travalicano il mero ambito della decisione adottata con i poteri e le capacità del privato datore di lavoro ex art. 5, comma 2 del menzionato decreto legislativo n. 165/01.

Vale notare che, una volta impostata la questione nei termini anzidetti, la sua soluzione, sotto l'aspetto della giurisdizione, dovrebbe restare indifferente alla qualità soggettiva dei diversi aspiranti e non dovrebbe mutare nemmeno se i contendenti dovessero appartenere tutti alla dirigenza ammi-

nistrativa del Ministero degli Esteri, ossia ad un'area di rapporti privatizzati, il che sarebbe coerente con la riconosciuta valenza pubblicistica dell'atto di conferimento dell'incarico di cui si tratta.

2. Giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo nelle controversie concernenti rapporti cessati anteriormente al 30 giugno 1998

Ottenuta nel 2000 una decisione del Consiglio di Stato, passata in giudicato, contenente accertamento del diritto all'inclusione dell'indennità di dirigenza di cui all'art. 38 del D.P.R. 3 agosto 1990, n. 333, nella base di computo del trattamento integrativo di quiescenza loro spettante ai sensi dell'art. 65 del Regolamento del Comune di Milano, taluni dirigenti di questo Comune, collocati a riposo anteriormente al 30 giugno 1998, avevano proposto nel 2001 ricorso per l'ottemperanza, lamentando l'elusione del giudicato da parte dell'ente, in relazione ai criteri di calcolo da questo adottati nella riliquidazione del trattamento.

Il ricorso veniva disatteso, sul duplice rilievo della sua inammissibilità, perché nulla era stato detto nella decisione *ottemperanda* in ordine al metodo di calcolo complessivo del trattamento di quiescenza, essendosi sancito solo il diritto all'incremento della base di computo e della sua infondatezza. La (sola) statuizione di infondatezza della loro pretesa di applicazione di criteri di riliquidazione più favorevoli di quelli cui si era attenuto il Comune, veniva impugnata dagli interessati, i quali ricorrendo alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione denunciavano il difetto di giurisdizione del giudice *a quo*, sottolineando da un lato che il provvedimento comunale adottato in base ai criteri contestati era successivo al 30 giugno 1998, sicché la controversia apparteneva alla cognizione Giudice Ordinario, e dall'altro che il giudice dell'ottemperanza nel rendere in sede di esecuzione una statuizione di natura cognitiva, dichiarando al tempo stesso, per fondare la parallela statuizione di inammissibilità, che sarebbe stato necessario un autonomo ricorso, aveva pronunciato una decisione lesiva dei precetti costituzionali sul diritto di difesa e sulla precostituzione del giudice naturale, perché inammissibilmente resa in un giudizio di cognizione in unico grado.

Le Sezioni Unite (sent. 20 novembre 2003, n. 17633) dichiarata l'inammissibilità del motivo di ricorso con cui, in sostanza, si era addebitato alla sentenza di aver pronunciato nel merito di una domanda non proposta, e si era quindi prospettato – come la Corte sottolinea – un vizio di legittimità nel procedimento seguito dal giudice *a quo*, ossia un vizio riguardante non i limiti esterni alla giurisdizione, gli unici a venire in rilievo nel sindacato del-





la Corte di Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato, ma quelli interni ad essa, affronta prima il problema dell'ammissibilità poi quello della fondatezza dell'altro motivo di ricorso, svolgendo considerazioni di specifico rilievo ai fini di questa rassegna.

Questi i passaggi essenziali nel serrato argomentare della pronunzia.

Il giudizio di ottemperanza si risolve nella verifica dell'effettivo adempimento da parte delle Amministrazioni Pubbliche dell'obbligo di conformarsi al comando del giudice della cognizione. Per stabilire se ciò sia avvenuto occorre accertare l'esatto contenuto del comando. Vi sono inoltre dei casi nei quali per accertare se vi sia stata esatta esecuzione occorre risolvere problemi di interpretazione, adottando quindi una statuizione analoga a quella di un nuovo giudizio di cognizione. Siffatte statuizioni possono essere tuttavia emesse dal giudice dell'ottemperanza solo quando la questione che deve essere risolta non risulti devoluta ad altro giudice: diversamente è solo quest'ultimo a poter provvedere. Nel caso di specie il Giudice Amministrativo ha statuito sulla legittimità dei criteri di calcolo adottati dal Comune, ed ha quindi reso una pronunzia che non costituisce accertamento dell'esatta portata della sentenza oggetto del giudizio di ottemperanza, ma rappresenta la soluzione del problema interpretativo insorto. Dedurre che, in tal modo, il Consiglio di Stato ha emesso una decisione senza essere investito del relativo potere giurisdizionale equivale a porre un problema di limiti esterni alla giurisdizione di quel giudice: da ciò l'ammissibilità del ricorso.

Quanto alla verifica della sua fondatezza, la Corte richiama anzitutto il principio giurisprudenziale per cui, trattandosi di una controversia relativa ad una prestazione dovuta al lavoratore nell'ambito di una forma di previdenza interna a carattere aziendale, rileva la stretta inerenza sostanziale al rapporto di impiego con conseguente devoluzione della relativa controversia alla cognizione del giudice dotato di giurisdizione sullo stesso rapporto. Osserva, quindi, che (in base all'articolo 68 del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e relative modificazioni, ed oggi in base all'articolo 63 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, coordinato con quanto dispone l'articolo 45, comma 17, del decreto legislativo 30 marzo 1998, n. 80, ed oggi l'articolo 69, comma 7, del decreto legislativo n. 165) la devoluzione delle controversie in materia di pubblico impiego alla giurisdizione ordinaria non opera in modo indiscriminato ed immediato. Essa è invece fondata su un discrimine temporale individuato dal testo legislativo attraverso il riferimento alle questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro successivo al 30 giugno 1998 ovvero anteriore a tale data, riferimento da intendersi fatto, secondo la giurisprudenza ormai consolidata della stessa Corte, al dato storico

costituito dall'avverarsi dei fatti materiali e delle circostanze – così come posti a base della pretesa avanzata – in relazione alla cui giuridica rilevanza sia insorta la controversia. Quindi – ed è questa una delle affermazioni di particolare rilievo ai nostri fini – ogni controversia avente ad oggetto obbligazioni nascenti da un rapporto di lavoro cessato prima del 30 giugno 1998 non può che essere esclusa dal novero di quelle conoscibili in sede di giurisdizione ordinaria, dal momento che, attraverso il requisito dell'attinenza fra il dato storico ed un determinato periodo del rapporto di lavoro, la norma esige, come necessario presupposto di ogni momento di collegamento della controversia con tale giurisdizione, la presenza di un segmento del rapporto stesso collocabile dopo la data anzidetta. Proprio per la mancanza di un tale segmento diventa irrilevante, secondo la Corte, che la materia litigiosa abbia avuto inizio successivamente al 30 giugno 1998, con la pubblicazione, avvenuta come detto nel 2000, della decisione del Giudice Amministrativo di riconoscimento del diritto alla inclusione della indennità di cui trattasi e con il correlato comportamento dell'ente nel conformarsi a tale decisione. Al riguardo, infatti la Corte mette in luce che le due vicende identificano rispettivamente la data in cui la questione è insorta ed il periodo del suo perpetuarsi, ossia elementi privi di rilievo, perché collocati in un periodo nel quale non sussisteva più il rapporto di lavoro.

In definitiva, il criterio di interpretazione del discrimine temporale, affermato dalle Sezioni Unite con la nota sentenza 20 novembre 1999, n. 808, e poi tante volte ribadito, viene precisato ancora una volta, e, se così può dirsi, ulteriormente affinato.

Prima di trarre le, ovvie, conseguenze di questo insieme complesso ed articolato di premesse, affermando la giurisdizione del Giudice Amministrativo, la Corte si incarica di verificare se, per effetto dell'introduzione del giudizio di cui si tratta nell'anno 2001, una tale conclusione non sia impedita dalla norma che, nelle controversie conservate alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo, ma non introdotte prima del 15 settembre 2000, pone una sanzione di decadenza. La Corte esclude che sussista un siffatto impedimento ricordando la propria consolidata giurisprudenza secondo cui la data appena indicata non è stata fissata quale limite temporale alla persistenza (relativamente alle questioni caratterizzate dai requisiti temporali che si sono visti) della giurisdizione suddetta, ma quale termine di decadenza per la proponibilità della domanda giudiziale. Ogni questione sul punto attinge quindi ai limiti interni della giurisdizione e le differenze tra la formula usata attualmente dall'articolo 69, comma 7, del citato decreto legislativo n. 165 del 2001, e quella precedente, contenuta nell'articolo 45 comma 17





del decreto legislativo n. 80 del 1998, non corrispondono ad una nuova e diversa *ratio* della disciplina successiva, ma sono giustificate, sul piano puramente semantico, solo dall'esser stata superata, al momento dell'emanazione del provvedimento normativo più recente, la data presa in considerazione da quello precedente.

L'ultima verifica della Corte attiene ai profili di legittimità costituzionale.

Il primo profilo riguarda le norme di cui si è detto proprio in quanto esse disciplinano direttamente il riparto di giurisdizione fra Giudice Amministrativo ed Ordinario, tale profilo essendo idoneo ad incidere sulla individuazione del giudice cui è devoluta la cognizione della controversia, con conseguente rilevanza della questione.

Qui tuttavia il quadro giurisprudenziale è ben noto e le Sezioni Unite non fanno che riferirsi a quanto da esse già rilevato circa la conformità delle scelte del legislatore delegato, in materia di trasferimento della giurisdizione, alle due leggi di delegazione, n. 421 del 1992 e 59 del 1997, come pure al principio, più volte ribadito nella giurisprudenza costituzionale, secondo cui quando viene in rilievo la variazione al tempo delle forme della tutela processuale, da un lato la successione delle leggi, purché risponda a criteri di ragionevolezza, non può mai porsi come fonte di illegittime discriminazioni, costituendo il fluire del tempo di per sé un fattore di disomogeneità delle situazioni posti a confronto, dall'altro la garanzia di azione in giudizio per ottenere protezione dei propri diritti o interessi non richiede necessariamente l'uniformità degli strumenti a tal fine apprestati dal legislatore.

Il secondo profilo concerne invece le stesse norme nella parte in cui esse attengono ai limiti interni della giurisdizione, e la Corte se ne libera con facilità mettendo in luce l'assenza di pregiudizialità della questione, non proposta dinanzi al giudice giurisdizionalmente competente.

3. Procedure concorsuali

3.1 La materia delle procedure concorsuali mantiene nella giurisprudenza di legittimità rilievo centrale. Nel periodo in esame in relazione ad essa sono da segnalare, da un lato alcune importanti pronunzie delle Sezioni Unite in tema di giurisdizione, dall'altro due sentenze della sezione lavoro su aspetti correlati all'assunzione mediante concorso di dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni.

3.1.1 Con ordinanza 15 ottobre 2003 n. 15472, le Sezioni Unite sono intervenute in un caso nel quale erano stati impugnati dinanzi al Giudice Amministrativo la graduatoria permanente per la classe di concorso, per soli titoli,

in materia di discipline economico-aziendali indetto in base a due precedenti decreti ministeriali, adottata da un Provveditore agli Studi, e gli ulteriori provvedimenti di ripartizione e destinazione dei posti per la stipulazione dei contratti di lavoro a tempo indeterminato per l'anno scolastico di riferimento. L'illegittimità dei provvedimenti era stata argomentata sul rilievo che il ricorrente, invalido civile inserito al primo posto nella *sub* graduatoria dei disabili, non figurava, come invece avrebbe dovuto, nella graduatoria dei vincitori per la classe di concorso anzidetta.

La questione, esaminata dalla Corte sotto il profilo della giurisdizione, consisteva dunque nello stabilire se la controversia attenesse alla violazione del diritto all'assunzione al lavoro del ricorrente, rispetto alla quale gli atti inerenti la graduatoria dovessero considerarsi quali atti presupposti, o, viceversa, avesse direttamente ad oggetto proprio questi ultimi.

La soluzione accolta è affidata ad una duplice premessa argomentativa.

Viene ricordato anzitutto il principio secondo cui al Giudice Ordinario, in base all'articolo 63 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, vanno attribuite le controversie inerenti ad ogni fase del rapporto, ivi compresa quella iniziale dell'assunzione al lavoro, mentre al Giudice Amministrativo, a norma del comma 4 del suddetto articolo, devono essere devolute quelle inerenti alle procedure concorsuali, che sono strumentali alla costituzione del rapporto e il cui momento finale è costituito dall'approvazione della graduatoria. La seconda premessa è che l'oggetto della domanda, in base al quale va determinata la giurisdizione, va individuato alla stregua del criterio cosiddetto del *petitum* sostanziale, risultante, in base all'allegazione dei fatti posti a fondamento della pretesa, dalla effettiva natura della controversia in relazione alle particolari caratteristiche del rapporto giuridico dedotto in giudizio.

Dai due principi deriva che in presenza di una controversia promossa dal privato nei confronti della Pubblica Amministrazione, in relazione ad un procedimento concorsuale, occorre stabilire se la domanda contenga la richiesta di annullamento di un atto amministrativo fino al momento finale dell'approvazione della graduatoria, o se la stessa si colleghi invece alla tutela di una posizione di diritto soggettivo direttamente correlata all'assunzione in servizio.

Le regole, così ricostruite, vengono poste a confronto con il dato costituito dal contenuto dell'iniziativa giudiziaria del ricorrente e la Corte osserva che questi ha direttamente impugnato la graduatoria permanente della classe di concorso ed ha dedotto la lesione della sua situazione giuridica soggettiva inerente non alla assunzione immediata in servizio, ma alla corretta riparti-





zione dei posti allo scopo della futura stipulazione dei contratti a tempo indeterminato lamentando che tale ripartizione non teneva conto della sua qualità di riservatario di posto in quanto appartenente a categoria protetta. Dunque, secondo la Corte, è proprio la asserita illegittimità dell'atto finale della procedura concorsuale, e non già il rapporto di lavoro da instaurare, a costituire oggetto della controversia, con la conseguente devoluzione della stessa al Giudice Amministrativo.

3.1.2 Sempre in ordine al discrimine tra fase concorsuale e fase successiva all'approvazione della graduatoria, le Sezioni Unite (ordinanza 25 novembre 2003 n. 18017), decidendo di un caso nel quale un Comune, inserita in un bando di concorso la previsione di validità ed efficacia per un triennio della graduatoria, per il caso di eventuali vacanze, dopo le dimissioni dell'unico vincitore, intervenute in tale periodo, invece di procedere all'assunzione del primo degli idonei in applicazione dello scorrimento delle graduatoria, aveva bandito per il medesimo posto un concorso pubblico, riservato ai propri dipendenti di ruolo. Nell'accogliere il ricorso per regolamento di giurisdizione proposto dall'interessato contro la decisione del giudice di merito, espressosi per la giurisdizione del Giudice Amministrativo, la Corte regolatrice ha dato continuità al principio, già affermato in precedenza – al riguardo viene citata l'ordinanza 26 giugno 2002, n. 9332, delle stesse Sezioni Unite – secondo cui sono attribuite alla giurisdizione del Giudice Ordinario tutte le controversie inerenti ad ogni fase del rapporto di lavoro, incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro. La riserva in via residuale alla giurisdizione amministrativa concerne esclusivamente le procedure concorsuali, strumentali alla costituzione del rapporto con la Pubblica Amministrazione, che si sviluppano fino all'approvazione della graduatoria dei vincitori e degli eventuali idonei ma non riguardano il successivo atto di nomina. Infatti, come spiega l'ordinanza in esame, successivamente all'approvazione della graduatoria il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione si è compiutamente esaurito e viene invece a configurarsi come diritto soggettivo la posizione del concorrente utilmente collocatosi in graduatoria. Ne deriva che, come in ogni rapporto di lavoro privatistico, l'assunzione o il diniego di questa da parte del datore di lavoro ha natura negoziale, e, in quanto tale, è sindacabile dal Giudice Ordinario sotto il profilo dell'osservanza delle regole di correttezza e buona fede nell'esercizio dei poteri privati, regole applicabili, con riguardo all'attività anche privatistica della Pubblica Amministrazione, alla stregua dei principi di imparzialità e di buon andamento di cui all'articolo 97 Cost.

3.1.3 In materia di procedimenti concorsuali, nel periodo in rassegna, il ruolo centrale è tuttavia occupato certamente dalla sentenza 15 ottobre 2003, n. 15403 e dalla, meno conosciuta, ma non meno importante, ordinanza 10 dicembre 2003, n. 18886.

La prima riguarda il caso di un partecipante a concorso interno per titoli e colloquio indetto nel 1993 dal Ministero delle Finanze per l'attribuzione di 999 posti nella qualifica, ormai superata, di primo dirigente, il quale si era rivolto al Giudice Ordinario lamentando l'attribuzione di un punteggio inferiore a quello spettantegli e la conseguente esclusione dalla graduatoria dei vincitori. Entrambi i giudici di merito avevano ritenuto sussistere la giurisdizione ordinaria interpretando la locuzione "procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti" contenuta, ora, nel comma 4 dell'articolo 63 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, come riferita alle procedure indette per l'ingresso in carriera dei dipendenti e non estensibile alle controversie inerenti i concorsi interni.

Le Sezioni Unite della Corte, modificando nettamente la rotta sinora seguita, hanno invece optato per la giurisdizione del Giudice Amministrativo, sulla base di un ragionamento complesso che può essere riassunto come segue.

La devoluzione al Giudice Ordinario delle controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni trova deroga nella attribuzione al Giudice Amministrativo delle controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle Amministrazioni Pubbliche, in sede – come precisa la sentenza – di giurisdizione generale di illegittimità, argomentando in tal senso dalla norma che qualifica come giurisdizione esclusiva quella sulle controversie di lavoro nei rapporti non privatizzati.

La regola secondo cui l'ingresso nella Pubblica Amministrazione deve avvenire tramite procedure selettive dirette ad accertare la professionalità richiesta e che garantiscano in misura adeguata l'accesso dall'esterno (articolo 35, comma 1 del decreto legislativo 165/01) è applicabile anche con riferimento all'attribuzione al dipendente di una qualifica superiore.

Questa conclusione è giustificata dalla Corte istituendo una relazione tra il riferimento, fatto dall'art. 52, comma 1, del decreto legislativo appena menzionato, all'acquisizione della qualifica superiore per effetto dello sviluppo professionale o di procedure concorsuali o selettive, e le previsioni degli accordi collettivi nel comparto del pubblico impiego, i quali disegnano un sistema di inquadramento del personale articolato in aree o fasce, al cui interno sono contemplati diversi profili professionali. Secondo la Corte ciò induce a ritenere che le procedure di passaggio da un'area inferiore a quella su-





periore integrino un vero e proprio concorso “tali essendo” – così testualmente la sentenza – “anche le procedure che vengono denominate «selettive»”. Si deve notare però che l’argomento sin qui riferito, per la verità di non agevole comprensione immediata, non sembrerebbe condurre, di per sé solo, alla conclusione accolta dal giudice di legittimità. E ciò dal momento che, riconoscere carattere concorsuale ai procedimenti di acquisizione della qualifica superiore, non comporta anche che si tratti di procedimenti assimilabili a quelli di ingresso nell’apparato del datore di lavoro, senza dire poi che anche un’eventuale assimilabilità non sarebbe di per sé decisiva, se, come in genere si ritiene, l’attribuzione di ogni controversia alla giurisdizione ordinaria costituisce la regola generale rispetto alla quale le esclusioni hanno carattere di eccezione.

Il fulcro dell’argomentazione della Corte sembra quindi risiedere non tanto in quel che si è appena detto, quanto nell’utilizzazione dei risultati della giurisprudenza costituzionale sull’argomento. Richiamate diverse precedenti decisioni del giudice delle leggi, le Sezioni Unite fanno particolare riferimento all’ordinanza della Corte Costituzionale del 4 gennaio 2001, n. 2, che ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell’articolo 68 del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, poi trasformato nell’articolo 63 del decreto legislativo n. 165/01. In tale pronuncia si trova affermato, infatti, che la procedura selettiva diretta all’accesso d’una qualifica superiore e riservata sia al personale interno dell’Amministrazione, sia a candidati esterni integra una vera e propria procedura concorsuale di assunzione nella qualifica indicata dal bando. In conclusione, l’accesso del personale dipendente ad un’area o fascia funzionale superiore deve avvenire, per dettato costituzionale, tramite una pubblica selezione comunque denominata ma costituente, in definitiva un pubblico concorso – al quale, di norma deve essere consentita anche la partecipazione di candidati esterni – e quindi si impone una interpretazione dell’articolo 63 comma 4 del decreto legislativo 165/01 alla luce dei suddetti principi costituzionali, ossia leggendolo nel senso che esso fa riferimento non solo alle procedure concorsuali strumentali alla costituzione, per la prima volta, del rapporto di lavoro, ma anche alle prove selettive dirette a permettere l’accesso del personale già assunto ad una fascia o area superiore. In questa prospettiva trova quindi agevole collocazione l’ulteriore affermazione della Corte secondo cui il termine “assunzione” deve esser correlato alla qualifica che il candidato tende a conseguire e non all’ingresso iniziale nella pianta organica del personale, dal momento che oltre tutto, l’accesso nell’area superiore di personale interno o esterno implica esso stesso un ampliamento della pianta organica.

A prescindere dalla sua condivisibilità, la pronunzia in argomento ha una rilevanza innegabile. Altrettanto certo è anche, però, che i riferimenti ai passaggi da una all'altra area di inquadramento, ovvero da una ad altra fascia funzionale, lasciano, o sembrano lasciare, impregiudicato il problema del trattamento dei passaggi dall'una all'altra posizione all'interno della stessa area.

Questo problema viene invece, sia pur sinteticamente affrontato dalla seconda delle decisioni in rassegna, la quale, pur senza porsi esplicitamente in contrasto con la sentenza di cui s'è appena detto, modifica indubbiamente, almeno ad avviso di chi scrive, la direzione assunta da quest'ultima.

Il caso deciso dall'ordinanza n. 18886 del 2003 riguarda un concorso interno per il posto di direttore responsabile del servizio delle tossicodipendenze ad alta utenza di una Azienda unità sanitaria locale, ai sensi dell'articolo 2 della legge 18 febbraio 1999, n. 45, concorso indetto e poi revocato. Sul ricorso per regolamento di giurisdizione del sanitario aspirante a tale posizione di lavoro, le Sezioni Unite hanno dichiarato la giurisdizione del Giudice Ordinario.

La soluzione è stata argomentata sulla base della riaffermazione esplicita di due regole fondamentali, alle quali la stessa Corte aveva più volte fatto riferimento in precedenti occasioni. Da un lato quella secondo cui, essendo attribuite al Giudice Ordinario, a norma dell'articolo 63 del più volte citato decreto legislativo 165/01, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni, incluse quelle concernenti l'assunzione al lavoro, e restando invece devolute al Giudice Amministrativo tutte le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione, ogni vicenda modificativa del rapporto di lavoro già in atto non può essere riportata nell'ambito delle procedure di assunzione, procedure alle quali il concorso interno resta estraneo proprio perché attinente ad una di tali vicende. D'altro lato quella che assegna il concorso riservato al personale interno proprio all'ambito degli atti di gestione del rapporto di lavoro, espressione – afferma esplicitamente la Corte, con il richiamo testuale dell'articolo 5 comma 2 del decreto legislativo n. 165 del 2001 – della “capacità ed esercizio di poteri del privato datore di lavoro”.

La giurisdizione del Giudice Ordinario sui concorsi interni, si determina quindi – potrebbe dirsi – per la concorrenza di una ragione negativa, non trattandosi di materia oggetto della riserva al Giudice Amministrativo, e di una ragione positiva, trattandosi di vicenda riconducibile alla gestione del rapporto di lavoro, come tale specificamente attribuita dunque al Giudice Ordinario.





La distanza rispetto alla decisione resa nell'ottobre precedente appare piuttosto netta, ancorché essa venga attenuata da un sintetico *distinguishing*, che è al tempo stesso, com'è ovvio, una sorta di interpretazione di quel precedente.

Secondo l'ordinanza in rassegna, infatti, dalla sentenza n. 15403/03 non potrebbe derivare una soluzione diversa da quella adottata, perché tale sentenza fa riferimento alle prove selettive dirette a permettere l'accesso del personale già assunto ad una fascia o area superiore, mentre nel caso di specie non si è di fronte ad un contratto collettivo che preveda la divisione del personale in aree o fasce ma, secondo quanto stabilito dall'articolo 2 della legge n. 45 del 1999, precedentemente menzionata, si tratta solo di un semplice passaggio di livello senza variazione di area o di categoria ossia senza novazione oggettiva del rapporto di lavoro.

Benché ciò sia vero, si deve tuttavia osservare che la portata dei principi che fondano le due decisioni è assai diversa ed è su tale portata che sembra corretto valutare le loro indubbie differenze.

Unico elemento concorde in entrambe peraltro è, a quanto pare, che la materia dei passaggi da una ad altra posizione all'interno delle aree contrattuali, anche a seguito di procedure selettive, resta con certezza attribuita alla giurisdizione ordinaria.

3.1.4 Collegate variamente al tema delle assunzioni per concorso, sono, come anticipato, anche due pronunzie della Sezione Lavoro: la n. 17794 del 22 novembre 2003 e la n. 19355 del 17 dicembre 2003.

La prima delle due sentenze ha esaminato il caso di un dipendente comunale che, risultato vincitore, in periodo anteriore al 30 giugno 1998, del concorso bandito dall'ente per un solo posto di operaio generico manutentore, riservato alle categorie protette, *ex lege* 482/1968, era stato licenziato in epoca successiva alla detta data, a seguito dell'annullamento da parte del Giudice Amministrativo della delibera di approvazione della graduatoria, in accoglimento di ricorso di altro aspirante. Decisione fondata sul rilievo che il dipendente dichiarato in un primo momento vincitore, benché invalido, all'epoca del bando, nella misura richiesta dalla legge per l'iscrizione nell'elenco degli invalidi civili, non avrebbe più avuto titolo a tale iscrizione secondo le norme, più rigorose, in vigore all'epoca della approvazione della graduatoria.

Affermata dalle Sezioni Unite (con sentenza anteriore al periodo in rassegna) la giurisdizione del Giudice Ordinario in relazione al momento in cui il recesso era stato intimato, la Sezione Lavoro ha accolto il ricorso limitatamente alle domande risarcitorie svolte dal dipendente, il quale si era lamen-

tato del danno provocatogli dall'ente comunale in conseguenza della lunga durata delle operazioni concorsuali, protrattesi per quattordici mesi in presenza di due soli aspiranti, durante lo svolgimento delle quali era stata introdotta la modifica normativa che aveva condotto all'annullamento della nomina. La Corte, cassando la sentenza impugnata per difetto di motivazione, ha affermato in proposito il principio per cui anche prima dell'entrata in vigore del regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle Pubbliche Amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle forme di assunzione nei pubblici impieghi di cui al D.P.R. 9 maggio 1994, n. 487, il quale contiene norme sui termini di durata dei pubblici concorsi, la Pubblica Amministrazione può essere ritenuta responsabile del pregiudizio subito a causa della durata delle operazioni concorsuali quando questa ecceda i limiti di ragionevolezza da valutare alla stregua di tutte le circostanze del caso e, segnatamente, del livello di professionalità da selezionare e del numero dei partecipanti in relazione a quello dei posti messi a concorso.

La seconda sentenza ha deciso di un caso nel quale, annullata dal Giudice Amministrativo la nomina di un direttore generale di una ASL, scelto a seguito di valutazione comparativa, e divenuto inoperante il contratto di lavoro ad essa connesso, il dipendente la cui nomina era stata travolta aveva chiesto al Giudice Ordinario la condanna dell'ente regionale per la lesione del proprio interesse legittimo correlato al procedimento di scelta. La Corte, con decisione anche nel merito ex art. 384 c.p.c., ha rigettato la domanda, accolta invece nei gradi precedenti, affermando che la lesione di un interesse legittimo può essere fonte di responsabilità aquiliana e dar luogo pertanto a risarcimento del danno ingiusto, a condizione che risulti danneggiato, per effetto dell'attività illegittima della Pubblica Amministrazione, l'interesse al bene della vita al quale il primo si correla e che detto interesse risulti meritevole di tutela alla stregua del diritto positivo. La Corte ha precisato tuttavia che, qualora venga in rilievo un interesse cosiddetto pretensivo – quale è quello di un aspirante alla nomina per la copertura di un posto di pubblico impiego all'esito di una procedura selettiva – che assicura solo che il bene, in vista del quale un siffatto interesse è accordato, sarà negato o concesso nel rispetto di determinate regole, e non garantisce invece il conseguimento del bene suddetto, una volta conclusosi il procedimento di scelta del candidato, deve ritenersi che un siffatto interesse abbia trovato integrale soddisfazione, che non vi sia più spazio per far valere posizioni giuridicamente garantite e che debba quindi escludersi l'esistenza di un pregiudizio risarcibile.





4. Attribuzione di mansioni superiori

4.1 La questione degli effetti dello svolgimento di mansioni superiori nel rapporto di lavoro privatizzato, è stata affrontata dalla Corte di legittimità con la sentenza 25 ottobre 2003, n. 16078, qui in rassegna, per la prima volta.

Il caso in esame riguardava un dipendente di un'Azienda sanitaria locale, inquadrato nel terzo livello, ed assegnato, dopo un periodo di svolgimento di mansioni superiori di autista, riconducibili al quinto livello, protrattosi oltre tre mesi, a mansioni di livello inferiore. Dopo aver chiesto al giudice di merito la reintegrazione nelle mansioni svolte in ultimo e le correlate differenze di distribuzione, vedendosi riconosciute solo queste ultime, il lavoratore aveva prospettato in sede di legittimità che, con il negargli il diritto alla qualifica superiore, la sentenza di merito avesse violato l'articolo 56 del decreto legislativo 29/93.

La Corte disattende agevolmente questa tesi ricordando che l'articolo 56 del decreto legislativo citato (ora articolo 52 del decreto legislativo 165/2001) nel testo originario aveva previsto la retribuità delle mansioni superiori, rinviando tuttavia l'applicazione della nuova regola in sede di attuazione della nuova disciplina degli ordinamenti professionali e con la decorrenza da questi stabilita, e così impedendo sino a tale data il sorgere del diritto a differenze retributive. La modifica apportata dall'articolo 15 del decreto legislativo 29 ottobre 1998, n. 387 (che, com'è noto, ha soppresso nel comma 6 dell'articolo 56 le parole "a differenze retributive o") ha reso, tuttavia, la norma, come osservato dalla Corte, anticipatamente operativa, rispetto alla prevista attuazione dei nuovi ordinamenti professionali ed alla decorrenza ivi stabilita. Tale anticipazione comporta quindi che, dall'entrata in vigore del citato articolo 15, il dipendente pubblico che ne abbia svolto le funzioni ha diritto al trattamento economico relativo alla qualifica immediatamente superiore, ma, come può desumersi dall'argomentare della sentenza in esame, proprio il carattere anticipatorio dell'operazione implica che il diritto al differenziale retributivo non sorga in relazione alle situazioni pregresse. In altri termini, sembra affermare la Corte, la decisione legislativa di anticipare una disciplina, di per sé non immediatamente applicabile, non può essere estesa ad un periodo anteriore a quello in cui una tale scelta è stata effettuata.

Con queste affermazioni la Corte sembra evidentemente voler porre dei punti fermi in materia, anche al di là delle necessità del caso specificamente deciso, dal momento che, la spettanza del trattamento economico corrispon-

dente all'esercizio delle mansioni superiori alla qualifica, era stata riconosciuta dai giudici di merito, senza che l'amministrazione sanitaria avesse impugnato la statuizione.

Vale quindi porre anche in rilievo come la Corte ritenga opportuno collegare, nella propria argomentazione, la retribuitività (nei limiti temporali che si sono visti) delle mansioni superiori al canone costituzionale della retribuzione proporzionata e sufficiente ex articolo 36 Costituzione, applicabile anche nei rapporti di pubblico impiego, sia pure senza rigidi automatismi, come precisato dalla giurisprudenza costituzionale.

La relazione così istituita, infatti, potrebbe determinare un diverso esito del problema dell'applicazione temporale della norma che ha eliminato il divieto di corrispondere differenze retributive per l'esercizio di mansioni superiori, potendosi osservare (come, a quanto risulta, hanno fatto taluni giudici di merito) che l'abrogazione del limite altro non è che l'armonizzazione della disciplina ordinaria alle regole costituzionali, con conseguente operatività anche per il passato della disciplina resa conforme ai principi della legge fondamentale.

Quanto al punto effettivamente controverso, riguardante il diritto all'attribuzione automatica della qualifica superiore, esso viene risolto agevolmente, in senso negativo per il lavoratore, sul rilievo che, pur nelle varie formulazioni susseguitesesi nel tempo, l'articolo 56 del decreto legislativo 29/93, ricollegandosi del resto ad una regola risalente e costante, caratteristica del pubblico impiego, ha sempre escluso che dallo svolgimento delle mansioni superiori possa in alcun caso conseguire l'automatica attribuzione alla qualifica superiore, ponendo una regola giustificata dalle perduranti peculiarità del rapporto di lavoro nel pubblico impiego privatizzato, benché destinata, come si è visto, ad un possibile superamento da parte della normativa contrattuale autorizzata a prevedere fattispecie di avanzamenti automatici.

4.2 Si collega indirettamente al tema delle mansioni superiori, anche se direttamente riguarda i limiti dei poteri giurisdizionale del Consiglio di Stato (per altro aspetto, come si è visto, già esaminati nella pronuncia di cui al n. 2) l'ordinanza delle Sezioni Unite 22 dicembre 2003 n. 19664.

La vicenda di cui la Corte si occupa nasce dalla impugnativa di un dipendente di ente pubblico non economico contro il provvedimento adottato nell'anno 1990 di rigetto della sua richiesta di attribuzione della qualifica a dirigente superiore per effetto dello svolgimento delle relative mansioni. Percorsi senza successo i due gradi della giurisdizione amministrativa l'interessato si è rivolto alle Sezioni Unite, impugnando la decisione del Consiglio di Stato per motivi attinenti alla giurisdizione, e lamentando nella pronuncia





impugnata difetto assoluto di giurisdizione per avere il Consiglio di Stato ritenuto acquisito il principio della irrilevanza giuridica ed economica, nell'ambito del pubblico impiego, dello svolgimento di mansioni superiori.

Ciò comporterebbe infatti, secondo la prospettazione del ricorso, l'affermazione di inapplicabilità dell'articolo 2103 c.c. al rapporto di pubblico impiego e, conseguentemente, la negazione al pubblico dipendente del diritto soggettivo al trattamento corrispondente all'attività svolta. La negazione di un diritto soggettivo, a sua volta, sempre secondo tale prospettazione, costituirebbe eccesso di potere giurisdizionale, invadendo la sfera di giurisdizione attribuita al Giudice Ordinario. Infine, il ricorso addebita al Giudice Amministrativo di aver compiuto un sindacato di merito, avendo reso una decisione largamente costruita su considerazioni di fatto miranti ad accertare esclusivamente l'effettivo svolgimento delle mansioni superiori, senza mai soffermarsi sui profili di legittimità che alla stregua dei limiti giurisdizionali del Consiglio di Stato, della decisione dovrebbero costituire invece gli unici fondamenti argomentativi.

Nel dichiarare inammissibile il ricorso, le Sezioni Unite facendo riferimento a numerosi propri precedenti, ricordano che con riguardo alla pronuncia del Consiglio di Stato l'eccesso di potere giurisdizionale, denunziabile ai sensi dell'articolo 111, ultimo comma, Costituzione, sotto il profilo dello sconfinamento nella sfera del merito, è configurabile solo quando l'indagine svolta non sia rimasta nei limiti del riscontro di legittimità del provvedimento impugnato, ma sia stata strumentale ad una diretta e concreta valutazione dell'opportunità e convenienza dell'atto. Ovvero quando la decisione finale, pur nel rispetto della formula dell'annullamento, esprime una volontà dell'organo giudicante che si sostituisce a quella dell'Amministrazione, nel senso che, procedendo un sindacato di merito, si estrinsechi in una pronuncia autoesecutiva, intendendosi per tale quella che abbia il contenuto sostanziale e l'esecutorietà stessa del provvedimento sostituito, senza salvezza degli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa. Posta tale premessa, le Sezioni Unite osservano che nella materia del pubblico impiego il Giudice Amministrativo conosce anche delle violazioni dei diritti soggettivi, sicché si è in presenza di un'ipotesi di giurisdizione esclusiva. Pertanto la ritenuta non configurabilità del diritto vantato dal ricorrente non comportava nessuna invasione della giurisdizione del Giudice Ordinario, rientrando invece un esito siffatto nei poteri del giudice adito, mentre d'altra parte l'accertamento dell'effettivo svolgimento delle mansioni superiori costituiva proprio la necessaria indagine sul presupposto di fatto della domanda. Tali premesse conducono quindi la Corte regolatrice ad escludere che si

sia verificato alcuno sconfinamento nella sfera del merito ed a giudicare le censure estranee alla violazione dei limiti esterni delle attribuzioni giurisdizionali del Giudice Amministrativo ed inammissibilmente attinenti al modo con cui questi ha esercitato la propria giurisdizione.

5. Ripetizione di somme indebitamente corrisposte al dipendente

Dopo aver dichiarato decaduto dal servizio, nel 1992, con decorrenza dal 31 dicembre 1989, un proprio dipendente per assenze arbitrarie, un ente locale ha chiesto al Giudice Ordinario la condanna del dipendente alla restituzione delle somme da questi indebitamente percepite a titolo di retribuzione nel periodo in cui non vi era stata invece prestazione lavorativa. La domanda, riguardo alla quale il Giudice Ordinario si era ritenuto privo di giurisdizione considerandola riconducibile all'ambito del rapporto di pubblico impiego, era stata riproposta dall'Amministrazione dinanzi a Giudice Amministrativo, che a sua volta, con una decisione resa nel 2001 declinava la propria giurisdizione osservando che nei confronti di un soggetto privato, quale rimane il dipendente della Pubblica Amministrazione, non si sarebbe potuto proporre in via principale un ricorso giurisdizionale amministrativo, senza che una diversa conclusione fosse giustificata dalla ascrivibilità del rapporto controverso ad un ambito certamente appartenente alla giurisdizione del Giudice Amministrativo, quale – rispetto all'epoca dei fatti – la materia del pubblico impiego.

La Corte di Cassazione (SS.UU. 1 ottobre 2003, n. 14627) non è stata tuttavia del medesimo avviso ed ha dichiarato invece la giurisdizione esclusiva di detto giudice.

Nel pervenire a questa conclusione la Corte ha preso le mosse dalla propria costante giurisprudenza – vengono menzionate al riguardo, fra le molte, Cass. SS.UU. 15 marzo 1993, n. 3059 e 7 maggio 1990, n. 3752 – secondo cui la domanda proposta da lavoratori nei confronti di enti pubblici e diretta alla restituzione di contributi versati a fondi di previdenza interna nei predetti enti è devoluta alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo, la quale non viene meno per il fatto che la domanda sia rivolta alla ripetizione di un indebito oggettivo perché l'oggetto della controversia è caratterizzato da una stretta ineranza sostanziale al rapporto di pubblico impiego nel quale trova la sua fonte immediata e diretta.

La Corte ricorda anche, nello stesso ordine concettuale, il più recente orientamento che nega la qualifica di azione di indebito arricchimento a quella spiegata da un ente pubblico contro il proprio dipendente al fine di





conseguire la ripetizione di somme per interessi su miglioramenti economici già giudizialmente riconosciuti (negazione fondata sul rilievo che il vantaggio del dipendente trae origine da una obbligazione la cui fonte è il contratto o rapporto di impiego: a tal proposito le Sezioni Unite menzionano le proprie sentenze 3 ottobre 2002, n. 14215 e 4 novembre 1996, n. 9531).

Il principio che la Corte ritiene di desumerne è, quindi, che tutte le controversie, le quali trovino il loro titolo immediato e diretto nel rapporto di pubblico impiego, rientrano nella giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo. In particolare poi per quanto riguarda la domanda di ripetizione di indebito da parte della Pubblica Amministrazione, la giurisdizione amministrativa trova, secondo la Corte, ulteriore fondamento nelle esigenze di ordine pubblicistico, che hanno fatto ritenere che l'azione di ripetizione di indebito da parte della Pubblica Amministrazione dipenda da una scelta discrezionale di quest'ultima e si configuri non soltanto come mero recupero di un credito, ma anche qualche esercizio di una attività amministrativa, implicando essa un annullamento del provvedimento in base al quale il pagamento ingiustificato è stato effettuato. In definitiva, secondo la Corte, la richiesta dell'Amministrazione, trovando la sua causa diretta nel provvedimento di decadenza dal servizio e nella percezione indebita della retribuzione, determina l'insorgere di una controversia che coinvolge diritti soggettivi strettamente ed inscindibilmente connessi con il rapporto di pubblico impiego.

In piena adesione al principio ormai consolidato nella propria giurisprudenza, la Corte ritiene infine irrilevante nel caso di specie il nuovo assetto della giurisdizione derivante dalla privatizzazione del pubblico impiego, dal momento che per individuare le controversie relative a questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro successivo al 30 giugno 1998, attribuite al Giudice Ordinario ex articolo 45, comma 17, del decreto legislativo n. 80 del 1988 ed ora ex art. 69, comma 7, del decreto legislativo 165 del 2001, si deve aver riguardo al dato storico costituito dall'avverarsi dei fatti materiali e delle circostanze in relazione alla cui giuridica rilevanza sia insorta la controversia, anteriori in questo caso alla soglia temporale sopraindicata (principio per il quale, v. più ampiamente, quanto detto nel precedente n. 2).

6. Effetti dell'annullamento della nomina di direttore generale di una ASL sul diritto alla retribuzione

Con la sentenza 18 novembre 2003, n. 17464 la sezione lavoro della Corte di Cassazione ha affermato il principio secondo cui l'annullamento, da parte del Giudice Amministrativo, dell'atto di nomina del direttore generale di

un'Azienda unità sanitaria locale, facendo venire meno la possibilità di esercitare le funzioni e i poteri propri dell'organo, rende totalmente impossibile la prestazione d'opera che costituisce l'obbligazione fondamentale del contraente privato nel relativo contratto di prestazione d'opera intellettuale stipulato tra il soggetto preventivamente nominato direttore generale (con delibera successivamente annullata) e l'ASL. La Corte ne ha quindi dedotto che per il combinato disposto degli artt. 1256 e 1463 c.c., l'obbligazione del soggetto la cui prestazione è divenuta (per causa a lui non imputabile) impossibile, si estingue e che egli non può chiedere la relativa controprestazione (Cass. 18 novembre 2003, n. 17464).



Gli orientamenti
del Consiglio di Stato
(1 settembre-31 dicembre 2003)
a cura di Valentina Lostorto



Comando e distacco

V Sezione, sentenza 29 settembre 2003 n. 5542 – C.A. c. Regione Puglia (conferma TAR Lecce II sez. 6 luglio 1996 n. 428) – comando – effetti – permanenza rapporto organico e modifica rapporto di servizio – presupposti – differenze rispetto al trasferimento – differenze rispetto alla missione.

La posizione di comando di un pubblico dipendente, pur non comportando alcuna alterazione del rapporto di impiego, implica una rilevante modificazione in senso oggettivo, dato che, fermo restando il c.d. rapporto organico, (che continua a decorrere tra il dipendente e l'ente di appartenenza) si modifica il c.d. rapporto di servizio, essendo il dipendente inserito, sia sotto il profilo organizzativo e funzionale, sia sotto quello gerarchico e disciplinare, nella nuova Amministrazione di destinazione, a favore della quale egli presta esclusivamente la sua opera. La posizione di comando è caratterizzata dalla temporaneità della destinazione e, dunque, dalla sua reversibilità (con conseguente non soppressione del posto in organico presso l'Amministrazione di provenienza), mentre il diverso istituto del trasferimento postula la definitiva assegnazione del dipendente ad un determinato ufficio. L'invio in missione consiste invece nella chiamata del dipendente a svolgere, sempre in favore della sua Amministrazione di appartenenza, la ordinaria prestazione lavorativa per un brevissimo arco di tempo in una sede diversa da quella abituale di servizio (appartenente sempre alla stessa Amministrazione; tale peculiarità giustifica l'erogazione della c.d. indennità di missione volta a compensare la maggiore onerosità della prestazione dovuta allo stesso datore di lavoro, indennità non dovuta in caso di comando.

IV Sezione, sentenza 6 ottobre 2003 n. 5832 – E.C. ed altri c. Ministero Tesoro (annulla TAR Napoli II sez. 29 giugno 1995 n. 387) – indennità di co-



mando – indennità ex art. 8 comma 1 d.lgs.lgt. n. 320/1945 – periodi di assenza giustificata – spettanza per intero – natura retributiva e non risarcitoria. L'indennità di comando prevista dall'art. 8 comma 1, d.l.lgt. n. 320/1945, a favore dei dipendenti delle Amministrazioni centrali dello Stato destinati a sedi periferiche deve essere corrisposta per intero, anche per i periodi di assenza giustificata (ferie, malattia, ecc.), trattandosi di un emolumento di natura retributiva, connesso al disagio inerente allo stabile spostamento dalla sede originaria alla nuova. Totalmente diversa è la funzione dell'indennità di missione – richiamata solo ai fini della quantificazione dell'emolumento –, che è destinata a compensare il maggior disagio costituito dallo spostamento temporaneo del luogo di esecuzione della prestazione lavorativa ed ha natura risarcitoria.

Competenza e giurisdizione

VI Sezione, sentenza 11 settembre 2003 n. 5106 – D.B.M. c. Gestione governativa Circumvesuviana (annulla TAR Napoli III sez. 11 giugno 1998 n. 1924) – attività lavorativa prestata nei giorni destinati al riposo settimanale – azione di risarcimento del danno morale e del danno biologico – natura extracontrattuale dell'azione – fatti antecedenti l'entrata in vigore del d. lgs. n. 80 del 1998 – giurisdizione – criteri di riparto. Nel regime anteriore all'entrata in vigore del d. lgs. n. 80 del 1998, ai fini del riparto di giurisdizione tra Giudice Ordinario e Giudice Amministrativo in materia di pubblico impiego, la domanda del dipendente di condanna dell'Amministrazione al risarcimento del danno morale e del danno biologico derivante dalla lesione del diritto all'integrità fisica va qualificata come azione di natura extracontrattuale, proposta ai sensi dell'art. 2043 c.c. (appartenente, quindi, alla giurisdizione del Giudice Ordinario). Deve essere invece qualificata come azione contrattuale (di spettanza della giurisdizione amministrativa) l'azione del dipendente che, avendo subito danni personali nello svolgimento delle sue mansioni, faccia valere la violazione da parte del datore di lavoro dell'obbligo di tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro, ex art. 2087 c.c.

V Sezione, sentenza 3 ottobre 2003 n. 5746 – M.G. c. Regione Calabria (annulla TAR Catanzaro 5 settembre 1997 n. 547) – direttore generale USL – mancata conferma – controversia – giurisdizione amministrativa. La mancata conferma da parte della Regione dell'incarico di direzione generale di un'azienda sanitaria locale a seguito della verifica dei risultati amministrati-

vi e di gestione prevista dall'art. 1 del comma 6, del D.L. 27 agosto 1994, n. 512, convertito nella legge 17 ottobre 1994, n. 590, come già l'originario atto di nomina, consegue ad un procedimento caratterizzato da valutazioni discrezionali dell'Amministrazione nei cui confronti l'interessato non vanta posizioni di diritto soggettivo ma solo di interesse legittimo tutelabili davanti al Giudice Amministrativo (nello stesso senso: Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., sentenza 29 ottobre 2003 n. 346).



*IV Sezione, sentenza 6 ottobre 2003 n. 5845 – CNR c. L.L. (conferma TAR Bari, I sez. 16 maggio 2002 n. 2349) – **concorso bandito da ente pubblico nazionale – graduatoria territorialmente limitata – competenza territoriale.*** Non sussiste automaticamente la competenza del T.A.R. del Lazio nel caso in cui, un concorso a posti di pubblico impiego, sia bandito da un Ente Nazionale o da un organo centrale dello Stato, posto che la stessa deve affermarsi solo quando detto concorso sia bandito “su base nazionale”, ossia quando gli effetti della graduatoria non siano limitati territorialmente ad una determinata circoscrizione.

*VI Sezione, sentenza 20 ottobre 2003 n. 6406 – T.G. c. A.R.S.S.A. (conferma TAR Catanzaro 22 aprile 1997 n. 281) – **dipendenti e.s.a.c. – controversie – fatti antecedenti l'entrata in vigore del d. lgs. n. 80 del 1998 – giurisdizione – sussiste.*** Stante la natura di ente pubblico non economico dell'Ente di sviluppo agricolo della Calabria (ESAC), il rapporto di lavoro dei dipendenti del predetto ente configura un rapporto di pubblico impiego e, pertanto, le controversie ad esso inerenti, antecedenti al 30 giugno 1998, rientrano nella giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo. I dipendenti transitati dal soppresso ESAC all'Azienda regionale sviluppo e servizi in agricoltura (ARSSA) devono essere inquadrati in base alle posizioni lavorative formalmente rivestite nel previgente assetto e non con riferimento alle mansioni effettivamente svolte, non applicandosi al rapporto di pubblico impiego l'art. 2103 c.c.

*V Sezione, sentenza 12 novembre 2003 n. 7231 – USL n. 7 di Siena c. L.F. (annulla TAR Toscana II sez., 15 marzo 2000 n. 449) – **dirigenti – conferimento di incarico – controversie – giurisdizione dell'A.G.O.*** Spetta al Giudice Ordinario la cognizione delle controversie in materia di conferimento di incarichi dirigenziali, compresi quelli del settore sanità, ex art. 68 comma 1 d. lgs. n. 29/93 (ora art. 63 comma 1 T.U. n. 165/2001).



VI Sezione, sentenza 1 dicembre 2003 n. 7857 - C.E. c. Soc. F.A.L. (annulla TAR Bari I sez., 7 febbraio 2003 n. 657) - **autoferrotranviere - provvedimento disciplinare - controversie - giurisdizione amministrativa - sussiste**. L'entrata in vigore dell'art. 68 d. lgs. 31 marzo 1998, n. 80, e succ. modif., che ha devoluto le controversie del pubblico impiego al Giudice Ordinario, salvo eccezioni tassative, non ha abrogato né espressamente né implicitamente la norma di cui all'art. 58 R.D. 8 gennaio 1931, n. 148, alla quale deve essere riconosciuta natura di norma speciale, con la conseguenza che resta tuttora devoluto alla cognizione del Giudice Amministrativo il contenzioso disciplinare degli autoferrotranviari, qualsiasi organo abbia espresso il provvedimento punitivo, e quale che sia il rapporto di lavoro, vale a dire con un Ente pubblico o con un privato concessionario del servizio di trasporto.

V Sezione, sentenza 12 dicembre 2003 n. 8206 - USL n. 18 Rovigo c. F.S. (annulla TAR Veneto III sez. n. 6675/2002) - **dipendenti USL - incarico di direzione - conferimento - controversie - giurisdizione A.G.O.** In base alla disposizione dell'art. 68 d. lgs. 3 febbraio 1993 n. 29 e successive modificazioni, poi sostituito dall'art. 63 del d. lgs. 30 marzo 2001 n. 165, spetta al Giudice Ordinario la giurisdizione relativa al conferimento dell'incarico di direzione di struttura complessa di un'azienda del Servizio sanitario nazionale, non avendo la procedura di conferimento dell'incarico in contestazione carattere concorsuale.

Concorsi e procedure concorsuali

VI Sezione, sentenza 11 settembre 2003 n. 5098 - ESAF c. C.M. e M.P. (riforma TAR Sardegna 7 luglio 1998 n. 680) - **valutazione dei titoli - distinzione tra vincitori e idonei di pubblico concorso nominati successivamente - illegittimità**. L'espressione "vincitore" di pubblico concorso deve intendersi, in senso lato, comprensiva non solo di quanti sono stati assunti sulla base dei posti originariamente messi a concorso, con delibera di indicazione della procedura, ma anche coloro che, collocati utilmente nella graduatoria di merito, siano stati successivamente nominati sui posti resisi vacanti, per la copertura dei quali l'Amministrazione si sia determinata all'utilizzazione della graduatoria nell'arco temporale della sua validità (nella specie è stata ritenuta l'illegittimità della differenziazione della graduatoria di merito del pubblico concorso nel posto ricoperto presso l'Ente da quella di quanti erano stati assunti in qualità di vincitori originari).

*IV Sezione, sentenza 15 settembre 2003 n. 5108 – Ministero Giustizia e altri c. L.A. (annulla TAR Veneto, I sez. 1 ottobre 2002 n. 5929) – **concorso – punteggio – espressione numerica – sufficienza.*** È corretto l'operato di una Commissione esaminatrice di un concorso a posti di pubblico impiego che attribuisca esclusivamente un voto numerico alle prove scritte ed orali, contenendo tale votazione in se stessa una congrua motivazione che esprime e sintetizza il giudizio tecnico-discrezionale.



*VI Sezione, sentenza 17 settembre 2003 n. 5284 – V.A. c. Ministero Istruzione (conferma, con diversa motivazione, TAR Napoli, II sez., 22 gennaio 2003 n. 354) – **prove d'esame – prove scritte – redazione dell'elaborato in stampatello – regola dell'anonimato – limiti.*** In sede di concorso a posti di pubblico impiego, non integra per se stessa una violazione della regola dell'anonimato la redazione da parte di un candidato di uno degli elaborati scritti in stampatello maiuscolo, qualora tale grafia sia quella abitualmente usata dal candidato.

*V Sezione, sentenza 24 settembre 2003 n. 5457 – V.A. ed altri c. Comune di Scafati (annulla TAR Salerno 10 marzo 1999 n. 65) – **bando – requisiti di ammissione – fissazione – coerenza con le future funzioni – necessità.*** Deve ritenersi limitata la discrezionalità della P.A. nella fissazione dei requisiti di ammissione ad un concorso per l'assunzione ad un pubblico impiego, dovendo in ogni caso le norme del bando che prescrivono i requisiti di partecipazione essere coerenti con i compiti che i futuri vincitori saranno chiamati a svolgere (nella specie è stata ritenuta illegittima la previsione di un bando per posti di vigile urbano che richiedeva ai fini della partecipazione il requisito minimo del *visus* di 10/10 senza correzione, non dovendo i vincitori del concorso essere destinati a servizi o a compiti speciali, atteso che nemmeno per l'ammissione ai concorsi nell'Arma dei Carabinieri o nella Polizia di Stato è richiesto un *visus* pari a 10/10).

*V Sezione, sentenza 21 ottobre 2003 n. 6508 – S.A. e altri c. Comune di Milano (conferma TAR Milano III sez. 1 ottobre 1997 n. 1679) – **concorso – revoca – per ragioni di interesse pubblico – legittimità.*** La revoca di un bando di concorso rientra nei normali poteri discrezionali dell'Amministrazione, che può provvedere in tal senso in presenza di fondati motivi di pubblico interesse, da indicare nel provvedimento, che sconsigliano la prosecuzione dell'*iter* concorsuale rendendone evidente l'inopportunità.



V Sezione, sentenza 21 ottobre 2003 n. 6526 – Comune di Ozieri c. N.F. (annulla TAR Sardegna 15 ottobre 2002 n. 1367) – **commissione esaminatrice – composizione – soggetti con cariche politiche – divieto – limite**. È legittima la designazione quale membro della commissione esaminatrice di un concorso a pubblico impiego di un politico estraneo all'Ente che ha bandito il concorso, atteso che il divieto per coloro che ricoprono una carica politica e/o sindacale di far parte della Commissione esaminatrice presuppone che fra la carica e il concorso sussista un elemento di collegamento.

VI Sezione, sentenza 28 ottobre 2003 n. 6673 – F.R. ed altri c. Autorità per la Garanzia nelle Comunicazioni ed altri (annulla TAR Lazio II sez. 29 gennaio 2002 n. 736 e 6 giugno 2002 n. 5298) – **impugnazione della graduatoria – candidato che non ha concluso le prove – interesse all'impugnazione – quando sussiste**. Il principio per il quale è inammissibile il ricorso giurisdizionale proposto avverso una graduatoria concorsuale, da parte del candidato che non abbia partecipato alle prove orali non è applicabile quando il candidato abbia chiesto di partecipare al concorso e sia stato ammesso alle prove orali, ma poi – senza disinteressarsene – sia pure “a suo rischio e pericolo” abbia ritenuto di non svolgerle in ragione della illegittimità della composizione esaminatrice, tempestivamente dedotta dapprima in sede amministrativa e poi in sede di impugnazione avverso la graduatoria finale e gli atti precedenti.

V Sezione, sentenza 30 ottobre 2003 n. 6758 – ASL Napoli 4 c. A.T.R. (annulla TAR Napoli, V sez., 11 luglio 2001 n. 3305) – **graduatoria – utilizzazione successiva alla nomina dei vincitori – obbligo della P.A. – non sussiste**. L'istituto dell'utilizzazione di una graduatoria per la copertura di posti resisi successivamente vacanti (cioè dopo la chiusura delle operazioni concorsuali), è un istituto eccezionale rispetto alla comune regola per cui i posti devono essere coperti – previo apposito concorso – dai “vincitori” della procedura. Non solo, pertanto, tale istituto non è obbligatorio per l'Amministrazione (quand'anche ne ricorrano i presupposti), ma lo stesso è puramente facoltativo e relativo all'esercizio della discrezionalità sull'attuazione dell'interesse pubblico realizzabile nella singola fattispecie, per cui (ricorrendo gli altri presupposti formali), può procedersi all'utilizzazione di elementi relativi ad un procedimento già concluso (nello stesso senso: VI Sezione, sentenza 23 dicembre 2003 n. 8510).

V Sezione, sentenza 18 dicembre 2003 n. 8337 – ASL Ferrara c. R.V. (conferma TAR Emilia Romagna I sez. n. 696/97) – **concorso – vincitore – situa-**

zione giuridica - interesse legittimo - sussiste - diritto alla nomina - non sussiste. Il vincitore di un concorso a pubblici impieghi vanta non un diritto soggettivo perfetto, bensì un interesse legittimo all'assunzione, in considerazione del rilievo secondo cui l'assunzione è rimessa a puntuali atti formali degli organi competenti ed espressione della potestà organizzatoria della Pubblica Amministrazione datrice di lavoro; in altre parole, l'assunzione del vincitore di un concorso a pubblici impieghi, che costituisce una manifestazione della potestà organizzatoria dell'Amministrazione datrice di lavoro, non costituisce di per sé un obbligo, giacché, se nelle more del completamento del procedimento amministrativo concorsuale sopravvengano circostanze preclusive di natura normativa (per esempio, un blocco generalizzato delle assunzioni), organizzativa (per esempio, riordino delle dotazioni organiche) o anche solo finanziaria (per esempio, per difetto di copertura), la Pubblica Amministrazione può paralizzare o, se del caso, anche annullare la procedura stessa, salvo l'ovvio controllo giurisdizionale sulla congruità e la correttezza delle scelte in concreto operate.



V Sezione, sentenza 18 dicembre 2003 n. 8344 - Comune di Chiaravalle centrale c. D.D. e altro (annulla TAR Catanzaro II sez. 6 novembre 2002 n. 2794) - concorso - riserva per il personale interno - legittimità - condizioni. Il regolamento comunale che preveda la possibilità di un concorso a posto unico in un settore tecnico riservato al personale interno nella qualifica immediatamente superiore e titolo di studio immediatamente inferiore a quello richiesto per l'accesso dall'esterno previsto da norme regolamentari transitorie, richiamando l'art. 6, comma 12, L. 15 maggio 1997 (il quale espressamente consente per gli Enti Locali non deficitari concorsi interni riservati in relazione a particolari profili o figure professionali) non può ritenersi per se stessa in contrasto con il principio costituzionale del pubblico concorso di cui all'art. 97 Cost., potendo essere senz'altro conforme all'interesse pubblico il fatto che precedenti esperienze non vadano perdute e non potendosi escludere in via preventiva che l'accesso ad un concorso pubblico possa essere condizionato al possesso di una precedente esperienza nell'Amministrazione ove ragionevolmente configurabile quale requisito professionale; pertanto, la ragionevolezza della deroga alla regola del pubblico concorso non può dirsi radicalmente esclusa nel caso che si tratti di concorso riservato interamente al personale con una determinata esperienza protratta nel tempo.

V Sezione, sentenza 31 dicembre 2003 n. 9269 - B.G. c. Comune di Roma e altro (conferma TAR Lazio II sez. n. 1648/97) - requisiti per l'ammissione -



titoli di studio – equipollenza – discrezionalità della P.A. – non sussiste.

Nell'ipotesi in cui per l'ammissione ai pubblici concorsi sia richiesto un determinato titolo di studio, l'Amministrazione non ha alcuna discrezionalità in merito alla valutazione del titolo di studio posseduto dal candidato, dovendo l'equipollenza con altro diverso titolo eventualmente posseduto risultare espressamente da un provvedimento legislativo o amministrativo che lo dichiari espressamente.

Costituzione del rapporto

V Sezione, sentenza 8 settembre 2003 n. 5014 – Comune di Aradeo c. M.B. (conferma TAR Lecce II sez., 12 marzo 1997 n. 147) – costituzione del rapporto – retribuzioni arretrate – diritto – prestazione del servizio – necessità. Nel caso in cui la costituzione di un rapporto di pubblico impiego sia disposta ora per allora in virtù di un giudicato, il dipendente ha certamente diritto alla retrodatazione della nomina a fini giuridici, ma non anche alla *restituito in integrum* a fini economici, essendo il diritto alla retribuzione sinallagmaticamente connesso e subordinato alla prestazione effettiva del servizio, salva restando l'esperibilità, da parte dell'interessato, della tutela risarcitoria dinanzi al giudice ordinario (nello stesso senso: *IV Sezione, sentenza 6 ottobre 2003, n. 5825*).

V Sezione, sentenza 15 settembre 2003 n. 5144 – B. c. Provincia di Roma (conferma TAR Lazio II sez. 16 ottobre 1995 n. 1550) – costituzione del rapporto di pubblico impiego – accertamento giudiziale – indici rilevatori. Ai fini della sussistenza di un rapporto di lavoro di tipo subordinato occorre avere riguardo al vincolo di soggezione ed all'inserimento del lavoratore nell'organizzazione dell'Ente, tenuto conto della natura delle mansioni e delle condizioni in cui le stesse si svolgono; la osservanza di un orario predeterminato di lavoro non è, pertanto, elemento per se stesso decisivo ai fini della sussistenza della subordinazione, se trattasi di attività che, in quanto da coordinarsi con l'attività svolta da altri, comporti l'esigenza di quel vincolo (nella specie è stata esclusa la natura subordinata del rapporto di collaborazione svolto in favore dell'Amministrazione provinciale di Roma e consistente nell'attività di recupero e reinserimento sociale della popolazione carceraria nell'ambito provinciale).

VI Sezione, sentenza 14 ottobre 2003 n. 6267 – Ministero Istruzione c. A.C. ed altri (annulla TAR Milano 15 aprile 1997 n. 480) – costituzione del rap-

porto di pubblico impiego - accertamento giudiziale - indici rilevatori - diniego del diritto alle ferie - irrilevanza. Ai fini della sussistenza di un rapporto di lavoro di tipo subordinato occorre avere riguardo al vincolo di soggezione ed all'inserimento del lavoratore nell'organizzazione dell'Ente, tenuto conto della natura delle mansioni e delle condizioni in cui le stesse si svolgono; pertanto, il mancato riconoscimento del diritto alle ferie, così come di ogni altro trattamento accessorio inerente al rapporto di lavoro subordinato, non assume rilievo qualificante ai fini dell'identificazione della natura - subordinata o meno - del rapporto.



VI Sezione, sentenza 7 ottobre 2003 n. 5908 - Ministero Istruzione c. S.A. (conferma TAR Sardegna 24 gennaio 1998 n. 46) - nomina - annullamento d'ufficio - motivazione specifica - necessità - mancata registrazione presso la Corte dei Conti - ininfluenza. Nel caso di annullamento di ufficio di un atto di nomina di un pubblico dipendente a distanza di tempo dall'immissione in servizio, la circostanza che il provvedimento di nomina non sia stato ancora registrato quando è stato emesso il provvedimento di autotutela non esonera l'Amministrazione dall'obbligo di motivazione in ordine alla sussistenza dell'interesse pubblico attuale e concreto all'annullamento d'ufficio (nella specie l'interessata era stata immessa in servizio, aveva superato il periodo prova e lavorava già da lungo tempo - tre anni e mezzo - ed era, quindi, in una posizione che, per l'affidamento che il comportamento dell'Amministrazione aveva ingenerato nell'interessata medesima, doveva essere valutata).

IV Sezione, sentenza 25 novembre 2003 n. 7757 - Regione Basilicata c. D.G. e altri (conferma TAR Lazio I sez. n. 4818) - riammissione in servizio - ricognizione vacanza del posto - criteri. La ricognizione della vacanza del posto ai fini della riammissione in servizio del pubblico dipendente deve essere condotta dall'Amministrazione con riferimento unicamente ai posti disponibili nel ruolo al quale apparteneva l'interessato ed alla relativa qualifica.

Dirigenza

V Sezione, sentenza 18 settembre 2003 n. 5322 - soc. ADR. c. F.N.E. e Comune di S. Giorgio Morgeto (annulla TAR Reggio Calabria 25 novembre 2002 n. 1783) - competenze dirigenziali - gare di appalto - concentrazione di tutte le funzioni di gara - ammissibilità - contrasto con l'art. 97 Cost. - non sussiste. In una procedura di affidamento di un appalto le funzioni di responsabile del procedimento e di componente della commissione di va-



lutazione sono legittimamente cumulabili, in coerenza con quanto previsto dall'art. 107 del d. lgs. n. 267/2000. L'assegnazione allo stesso dirigente della responsabilità unitaria del procedimento di gara nel suo complesso (dalla ricezione delle offerte sino alla loro valutazione ed all'affidamento dell'appalto) non contrasta con l'art. 97 Cost., ma si pone in linea con l'attuale assetto normativo dell'Amministrazione, che riserva al dirigente compiti manageriali caratterizzati dalla diretta responsabilità in merito al raggiungimento degli obiettivi dell'Ente, alla correttezza ed efficienza dell'azione amministrativa.

VI Sezione, sentenza 14 ottobre 2003 n. 6257 – Ministero Lavoro e altro c. D.P.A. (annulla TAR Napoli III sez. 13 novembre 1997 n. 2935) – direttore generale del personale – competenza – passaggio nei ruoli dell'Amministrazione di destinazione – diniego – competenza – sussiste. Il provvedimento di diniego (condizionato) di passaggio dai ruoli dell'Ente Poste Italiane di personale comandato presso altra Amministrazione, costituisce atto di gestione del personale rientrante tra le attribuzioni del dirigente generale ex art. 16, lett. e) del citato d. lgs. n. 29/1993, e non del dirigente periferico, in quanto il successivo art. 17 attribuisce ai dirigenti non generali la (sola) gestione del personale già inserito nell'ufficio al quale sono preposti.

V Sezione, sentenza 18 dicembre 2003 n. 8339 – P.A.M. c. Comune di Roma (conferma TAR Lazio II sez. sentenza n. 1230/1997) – concorso – ammissione – requisiti – anzianità di servizio in carriera direttiva – promozione retroattiva – irrilevanza. Allorché venga richiesto per la partecipazione al concorso per dirigente il servizio effettivo di una certa durata nella carriera direttiva, non può tenersi conto a tal fine del servizio prestato in carriera inferiore anche se dovesse intervenire una promozione nella carriera direttiva con decorrenza giuridica retroattiva. L'espressione "servizio effettivo" rivela, infatti, una precisa scelta del legislatore ed una precisa *ratio*, che è quella di riservare certe promozioni solo a coloro che abbiano maturato una reale e prolungata esperienza in mansioni in ordine alle quali sussiste nel contempo anche il relativo titolo formale.

Disciplina del rapporto

V Sezione, sentenza 24 settembre 2003 n. 5441 – Comune di Maddaloni c. V.M. ed altri (conferma TAR Napoli V sez. 26 novembre 1996 n. 547) – orario di servizio – articolazione turni – ricomprensione anche dei giorni festivi – legittimità – limiti. In caso di svolgimento di funzioni che non tolle-

rano soluzione di continuità, come quelle svolte dalla polizia municipale, è legittima la previsione di una articolazione della turnazione dei vigili urbani su sei giorni, in modo da comprendere anche i giorni festivi e domenicali.

Estinzione del rapporto

V Sezione, sentenza 15 settembre 2003 n. 5175 – L.P. c. Comune di Macerata (annulla TAR Marche 22 giugno 1996 n. 284) – dipendenti Enti Locali – risoluzione del rapporto – competenza. Spetta al Sindaco la competenza a pronunciare la risoluzione del rapporto d'impiego dei dipendenti, stante l'applicabilità *ratione temporis* dell'art. 25 del D.P.R. 25 giugno 1983 n. 347, confermata dall'assetto normativo degli Enti Locali come regolato dalla legge 8 giugno 1990 n. 142.

VI Sezione, sentenza 26 settembre 2003 n. 5487 – C.G. c. Ministero Risorse Agricole (annulla TAR Salerno 23 gennaio 1998 n. 45) – decadenza dall'impiego – assenza ingiustificata – presupposti. È legittimo il provvedimento di decadenza dall'impiego per assenza ingiustificata che si basi esclusivamente sull'accertamento della mera situazione di fatto dell'assenza non autorizzata dall'Amministrazione che si sia protratta per più di 15 giorni, esclusi i giorni festivi e quelli nei quali il singolo ufficio rimane chiuso per fatti organizzativi (*si veda, più oltre, la sentenza n. 6352/2003*).

C.G.A. Reg. Sic., sentenza 23 settembre 2003 n. 314 – G.P. c. Ministero Comunicazioni ed altri (conferma TAR Palermo I sez. 8 ottobre 1997 n. 1521) – maternità e paternità – lavoratrice madre – divieto di licenziamento – rapporto a tempo determinato – deroga. La legge 30 dicembre 1971 n. 1204 prevede espressamente (art. 2, comma 3) una deroga al divieto di licenziamento delle lavoratrici madri nel caso di risoluzione del rapporto di lavoro a tempo determinato per scadenza del termine.

VI Sezione, sentenza 17 ottobre 2003 n. 6352 – Ministero Istruzione c. A.C. ed altri (conferma TAR Napoli, II sez. 8 maggio 1998 n. 2706) – decadenza dall'impiego – assenza ingiustificata – presupposti – volontà dell'impiegato – valutazione – criteri. Il provvedimento di decadenza dall'impiego per assenza ingiustificata di cui all'art. 127 lett. c) T.U. n. 3/1957 ha come presupposto la volontà del dipendente di sottrarsi ai doveri di ufficio, manifestata con la semplice assenza non autorizzata dall'Amministrazione che si sia protratta per più di 15 giorni; peraltro la sussistenza di detta volontà deve es-





sere valutata in concreto dall'Amministrazione, che deve verificare l'inesistenza di giustificati motivi nell'assenza dal servizio e valutare il comportamento complessivo dell'impiegato al fine di accertarne la volontà di sottrarsi ai doveri d'ufficio (Nella specie è stato ritenuto che l'Amministrazione avesse totalmente travisato le giustificazioni presentate dall'interessato, dando per scontato che la volontà del medesimo fosse quella di abbandonare il servizio mentre, viceversa, avrebbero dovuto essere disposte le richieste visite medico-legali, non essendo del tutto chiaro, nel momento in cui si procedeva alla decadenza, se ed in quale misura il dipendente fosse idoneo al servizio).

*V Sezione, sentenza 7 novembre 2003 n. 7114 – G.G. c. USL n. 51 Cremona (annulla TAR Brescia 3 febbraio 1997 n. 81) – **dipendente dimissionario – riammissione in servizio – anzianità pregressa – valutazione a fini economici – ammissibilità.*** In caso di riammissione in servizio di dipendente dimissionario, l'art. 132, comma 3, del T.U. n. 3 del 1957 (applicabile, *ratione temporis*, alla fattispecie esaminata) non comporta la preclusione di valutare, ai soli fini economici, l'anzianità di servizio posseduta al momento delle dimissioni, considerato che la perdita dell'anzianità nella posizione di riasunzione non presenta risvolti sanzionatori, nei confronti dell'impiegato, ma unicamente aspetti di salvaguardia delle posizioni acquisite, nel frattempo, da chi era collocato nello stesso ruolo e nella stessa qualifica.

*IV Sezione, sentenza 10 novembre 2003 n. 7178 – Ministero Giustizia c. M.L. (conferma TAR Lazio I sez., 6 aprile 1994 n. 509) – **decadenza per assenza ingiustificata – comunicazione di avvio del procedimento – occorre.*** L'avviso del procedimento, il quale consente la partecipazione del privato interessato all'attività dell'Amministrazione, è richiesto anche nei casi dell'adozione di provvedimenti vincolati che possono produrre nei confronti del soggetto effetti diretti o comunque pregiudizievoli e quindi, anche per il provvedimento di decadenza per assenza ingiustificata dal servizio. La decadenza, infatti, può essere pronunciata solo se non esistano giustificati motivi per l'assenza, giustificati motivi che le circostanze della vita possono anche impedire di comunicare tempestivamente.

Forme contrattuali flessibili di assunzione e di impiego del personale

*VI Sezione, sentenza 3 settembre 2003 n. 4906 – Soc. P.I. c. Comune di Torino (conferma TAR Piemonte II sez., 11 gennaio 2003 n. 23) – **notificazione – natura dell'attività – contenuto provvedimentale – esclusione – messo no-***

tificatore – personale esterno assunto con rapporto temporaneo – L. n. 196 del 1997 e CCNL 31 marzo 1999 – ammissibilità. L'atto di notificazione consiste nella mera attestazione di un fatto accaduto (la consegna della copia dell'atto), i cui effetti sono direttamente stabiliti dalla legge; esso assume quindi la connotazione di "manifestazione di conoscenza", con esclusione di ogni contenuto di tipo provvedimentale. Il messo notificatore, in quanto investito dall'Autorità competente di potestà certificante, è un organo amministrativo. L'attività di messo notificatore può essere svolta sia in regime di autonomia che di subordinazione e può anche essere oggetto di contratto di fornitura di lavoro temporaneo ex L. n. 196/97 come recepito dal CCNL del comparto Regioni e autonomie locali del 31 marzo 1999 (nella specie è stato ritenuto che legittimamente il Comune aveva aggiudicato il servizio di notificazione dei verbali di violazione del codice della strada ad una società che per l'espletamento delle funzioni di messo notificatore si avvaleva, entro i confini del territorio comunale ed in alternativa al servizio postale, di personale investito delle funzioni pubbliche tipiche della figura professionale del messo notificatore mediante nomina dello stesso Ente Locale).



V Sezione, sentenza 8 settembre 2003 n. 5024 – C.B. c. Comune di Cagliari (conferma TAR Sardegna 27 maggio 1996 n. 744) – rapporto a tempo determinato – dipendenti Enti Locali – conversione a tempo indeterminato – inapplicabilità. L'art. 2 della legge 18 aprile 1962 n. 230 in tema di conversione a tempo indeterminato dei rapporti di lavoro a termine non è applicabile agli Enti Locali.

V Sezione, sentenza 30 ottobre 2003 n. 6737 – M.A.G. c. USL n. 22 di Este Montagnana (conferma TAR Veneto 13 settembre 1996 n. 1536) – rapporto a tempo determinato – reiterazione – conversione a tempo indeterminato – condizioni. Le disposizioni di cui alla legge n. 230/62 (che nell'ambito del rapporto di pubblico impiego si pone pur sempre come una normativa del tutto eccezionale e residuale), non possono trovare automatica applicazione in caso di mera reiterazione di contratti di lavoro a tempo determinato, la quale non è di per se stessa motivo idoneo e sufficiente per la trasformazione del contratto temporaneo in corso, in rapporto a tempo indeterminato; la "trasformazione" giuridica di un pur reiterato rapporto di lavoro a tempo determinato in un rapporto a tempo indeterminato, infatti, presuppone e richiede la prova certa della simulazione di tali contratti a tempo determinato (come tale non voluti), posti in essere al solo fine di occultare il sostanziale rapporto di pubblico impiego (effettivamente voluto).

Inquadramento

IV Sezione, sentenza 15 settembre 2003 n. 5141 – D.R. c. Presidenza del Consiglio dei Ministri (conferma TAR Lazio I sez. 8 maggio 2000 n. 3734) – inquadramento – dipendenti Presidenza Consiglio Ministri inquadrati ex art. 38 comma 3 L. n. 400 del 1988 – art. 4 comma 8 L. n. 312 del 1980 – inapplicabilità. Nel sistema della legge n. 400 del 1988 non vi è spazio per l'applicazione della norma di cui all'art. 4, comma 8, della legge n. 312 del 1980, perché l'art. 38 della legge n. 400 dà per presupposta la già avvenuta attuazione del sistema di inquadramento previsto dal suddetto art. 4, atteso che la corrispondenza orizzontale ai fini dell'inquadramento è individuata tra la qualifica funzionale attribuita a ciascun dipendente in base alla legge n. 312 del 1980 e quella indicata nella tabella B allegata alla legge n. 400 del 1988. Ai dipendenti in servizio in posizione di comando presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri ed inquadrati, ex articolo 38, comma terzo, della legge 23 agosto 1988 n. 400 nelle qualifiche funzionali corrispondenti a quelle rivestite, non può, quindi, estendersi anche l'ulteriore inquadramento per profili professionali secondo il procedimento contemplato dall'articolo 4, ottavo comma, della legge n. 312 del 1980 citata.

V Sezione, sentenza 9 ottobre 2003 n. 6045 – B.G. c. Comune di Prato (conferma Tar Toscana II sez. 30 ottobre 1996 n. 648) – inquadramento – riesame – obbligo di provvedere – non sussiste. La Pubblica Amministrazione non ha l'obbligo di provvedere sull'istanza di riesame e di revisione di un inquadramento già disposto nei confronti di un suo dipendente, in quanto è libera di verificare se l'inoppugnabilità dei propri atti meriti o no di essere superata da successive valutazioni che tengano conto del decorso del tempo, delle esigenze di certezza dei rapporti giuridici e delle disponibilità di bilancio. Su tali istanze, pertanto, non si può formare alcun silenzio rifiuto.

VI Sezione, sentenza 27 ottobre 2003 n. 6617 – C.O. c. Ministero Attività Culturali (conferma TAR Lazio II sez. 8 marzo 2000 n. 1580) – giovani assunti ex L. n. 285/77 – superamento esami di idoneità – nomina in ruolo – valutazione dell'anzianità pregressa – inammissibilità. Nel sistema discendente dal combinato disposto dalle disposizioni di cui alle leggi n. 285 del 1977 e n. 33 del 1980, sono individuabili tre distinti rapporti giuridici, ciascuno dei quali avente una specifica fonte normativa ed una autonoma disciplina, di cui è titolare, nel tempo, il giovane assunto a norma della medesima legge n. 285 del 1977 ed immesso successivamente in ruolo a seguito di di-



sponibilità riservate e della iscrizione nelle apposite graduatorie degli idonei a norma della predetta legge n. 33 del 1980: il primo, di impiego pubblico a termine, disciplinato dalla legge n. 285 del 1977 e da un contratto di formazione lavoro, prorogato *ex lege* e mai modificato, fino all'espletamento degli esami di idoneità (al quale è assimilato il rapporto fra socio e cooperativa convenzionata con la Pubblica Amministrazione); il secondo, di impiego pubblico non di ruolo a tempo indeterminato fino all'immissione nei ruoli, costituito ai sensi della legge n. 30 del 1980 con l'iscrizione nelle apposite graduatorie a seguito del superamento dell'esame di idoneità; il terzo, di pubblico impiego di ruolo nelle diverse Amministrazioni, disciplinato dalle relative disposizioni vigenti. L'assenza di una disposizione di legge che consenta di tener conto, nel rapporto successivo, dell'anzianità maturata dal personale nei precedenti rapporti esclude quindi sia la possibilità di valutare, in sede di immissione in ruolo, la valutazione dell'anzianità pregressa, sia la possibilità di valorizzare, nel rapporto di lavoro di ruolo, situazioni ed elementi propri dei precedenti rapporti di impiego, dovendo essere tenute del tutto distinte, per espressa scelta operata dalla legge, le tre relazioni lavorative.



V Sezione, sentenza 12 novembre 2003 n. 7234 - P.M. c. ASL Napoli 1 ed altro (dichiara inammissibile appello TAR Napoli V sez. 30 agosto 2001 n. 3958) - inquadramento - situazione soggettiva del dipendente - di interesse legittimo - azione di accertamento - inammissibilità. La posizione giuridica soggettiva del pubblico dipendente che vanti la pretesa all'inquadramento in una determinata qualifica si configura come interesse legittimo azionabile attraverso l'impugnazione del provvedimento autoritativo che lo inquadra diversamente o che, comunque, gli nega il chiesto inquadramento, con conseguente inammissibilità dell'azione tesa al mero accertamento del diritto.

Mansioni superiori

VI Sezione, sentenza 14 ottobre 2003 n. 6255 - B.E. ed altri c. INAIL (conferma TAR Lazio III sez. 13 gennaio 1997 n. 26) - svolgimento di mansioni superiori - differenze retributive - spettanza dopo il d. lgs. n. 387/1998. Il diritto alle differenze retributive per lo svolgimento di mansioni superiori va proposto nel termine quinquennale di prescrizione e va riconosciuto ai pubblici dipendenti con carattere di generalità solo a decorrere dall'entrata in vigore del d. lgs. 29 ottobre 1998 n. 387, che con l'art. 15 ha reso anticipatamente operativa la disciplina dell'art. 56 del d. lgs. 3 febbraio 1993 n. 29 (nello stesso senso: *VI sezione, sentenza 19 dicembre 2003 n. 8347*).



*V Sezione, sentenza 9 ottobre 2003 n. 6045 – B.G. c. Comune di Prato (conferma Tar Toscana II sez. 30 ottobre 1996 n. 648) – **svolgimento mansioni superiori – compenso – art. 2126 c.c. – art. 2041 c.c. – inammissibilità delle azioni.*** Nel regime anteriore all'entrata in vigore dell'art. 15 del d. lgs. n. 387/98, nessuna norma o principio generale desumibile dall'ordinamento consente la retribuità in via di principio delle mansioni superiori comunque svolte nel campo del pubblico impiego, le quali dunque, salvo che una disposizione di legge non disponga altrimenti (come nel comparto sanitario), sono del tutto irrilevanti dal punto di vista giuridico ed economico. L'art. 36 Cost., che sancisce il principio di corrispondenza della retribuzione dei lavoratori alla qualità e quantità del lavoro prestato, non può trovare, infatti, incondizionata applicazione nel rapporto di pubblico impiego, concorrendo in detto ambito altri principi di pari rilevanza costituzionale, quali quelli previsti dall'art. 98 Cost. e dall'art. 97 Cost., contrastando l'esercizio di mansioni superiori rispetto alla qualifica rivestita con il buon andamento e l'imparzialità dell'Amministrazione, nonché con la rigida determinazione delle sfere di competenza, attribuzioni e responsabilità proprie dei funzionari. Non è invocabile in tema di esercizio di mansioni superiori svolte in via di fatto nel pubblico impiego l'art. 2126 c.c., atteso che esso riguarda il principio della retribuità del lavoro prestato sulla base di un contratto o di un atto nullo o annullato. Non è del pari ammissibile l'azione ex art. 2041 c.c., posto che tale azione, oltre al connotato della residualità, presuppone un'effettiva diminuzione patrimoniale.

*V Sezione, sentenza 15 ottobre 2003 n. 6301 – C. c. Comune di Roma (conferma TAR Lazio sez. II bis 26 giugno 1997 n. 1113) – **mansioni superiori – incarico di rappresentare l'Amministrazione innanzi alle commissioni tributarie – non integra conferimento di incarico superiore.*** L'incarico relativo alla rappresentanza dell'Amministrazione innanzi alle Commissioni tributarie svolto dal dipendente pubblico avente la qualifica di "istruttore direttivo" è connesso all'espletamento delle funzioni di ufficio proprie della qualifica formale rivestita e non costituisce conferimento di incarico superiore. In ogni caso, essendo la delega alla rappresentanza oggettivamente revocabile, la stessa non può costituire atto formale di conferimento per lo svolgimento stabile di funzioni superiori.

*V Sezione, sentenza 30 ottobre 2003, n. 6728 – P.F. c. ASL n. 10 Firenze (annulla TAR Toscana 7 febbraio 1996 n. 1424) – **svolgimento di mansioni superiori – differenze retributive – quando spettano.*** Il diritto dei dipen-

denti delle Unità sanitarie locali al trattamento retributivo differenziato per lo svolgimento di mansioni superiori, previsto dall'art. 29 del D.P.R. n. 761/79, sorge esclusivamente se queste ultime corrispondono ad un posto vacante in pianta organica, posto che l'attribuzione di mansioni superiori è giustificata esclusivamente in caso di temporanea assenza del titolare del posto (nello stesso senso: *V sezione, sentenza 12 novembre 2003 n. 7216*; *V sezione, sentenza 18 novembre 2003 n. 7310*).



V Sezione, sentenza 1 dicembre 2003 n. 7803 - C.F. c. USL n.41 Napoli e altri (annulla TAR Napoli IV sez. 11 ottobre 1995 n. 645) - sanitario USL - sostituzione del primario - differenze retributive - conferimento formale dell'incarico - non occorre. Spettano le differenze retributive per svolgimento di mansioni superiori qualora l'interessato, rivestente la qualifica di aiuto, abbia svolto le funzioni del primario, il cui posto sia vacante per tale periodo per collocamento a riposo del primario, senza che occorra al riguardo apposito provvedimento di incarico, in quanto lo svolgimento delle funzioni primariali assume rilievo ai fini retributivi indipendentemente da ogni atto organizzativo dell'Amministrazione poiché non è concepibile che una struttura sanitaria affidata alla direzione del primario resti priva dell'organo di vertice, che assume la responsabilità dell'attività esercitata nell'ambito della divisione.

Previdenza e assistenza

VI Sezione, sentenza 17 settembre 2003 n. 5275 - P.E. c. INAIL (annulla in parte TAR Lazio III sez. 6 novembre 1999 n. 3244) - dipendenti INAIL - somme erogate dal fondo integrativo - sanatoria ex art. 52 L. n. 88/1989 - inapplicabilità. La pensione erogata dal Fondo integrativo gestito dall'INAIL ha carattere integrativo e non ha natura obbligatoria per l'ordinamento generale, essendo volta ad assicurare ai dipendenti dell'Istituto cessati dal servizio un trattamento pensionistico complessivamente superiore a quello che potrebbe loro spettare in base alla comune disciplina pensionistica. Pertanto, nel caso di indebite erogazioni di somme a titolo pensionistico da parte del suddetto Fondo, non si applica la sanatoria prevista dall'art. 52 L. n. 88/89, ma tali somme sono soggette alla normale disciplina sull'indebitato, nei limiti della prescrizione.

VI Sezione, sentenza 1 ottobre 2003 n. 5695 - INPS c. M.A. (annulla in parte TAR Lazio III sez. n. 1180/1997) - dipendenti INPS - somme erogate



dal fondo integrativo - sanatoria ex art. 52 L. n. 88/1989 - inapplicabilità - art. 1 commi 260/263 L. n. 662/96 - applicabilità - limiti. La pensione erogata dal Fondo integrativo gestito dall'INPS ha carattere integrativo e non ha natura obbligatoria per l'ordinamento generale, essendo volta ad assicurare ai dipendenti dell'Istituto cessati dal servizio un trattamento pensionistico complessivamente superiore a quello che potrebbe loro spettare in base alla comune disciplina pensionistica. Pertanto, nel caso di indebite erogazioni di somme a titolo pensionistico da parte del suddetto Fondo, non si applica la sanatoria prevista dall'art. 52 L. n. 88/89, ma tali somme sono soggette alla normale disciplina sull'indebitato, nei limiti della prescrizione. Peraltro, con riferimento ai periodi anteriori al 1 gennaio 1996, la ripetibilità delle somme e le relative modalità di ripetizione sono connesse al reddito del pensionato, salvo il dolo, ai sensi dell'art. 1, commi 260, 261, 262 e 263 L. n. 662/96 (nello stesso senso, con riferimento ai dipendenti INAIL: VI Sezione, sentenza 9 dicembre 2003 n. 8088).

VI Sezione, sentenza 14 ottobre 2003 n. 6278 - P.A. c. Centro Servizi Amministrativi (annulla TAR Lazio III sez. 18 aprile 2002 n. 3326) - **pensione di anzianità - domanda - termine di presentazione.** Le domande di pensionamento di anzianità dei dipendenti pubblici presentate prima di dodici mesi dalla data indicata per l'accesso al pensionamento sono colpite da decadenza, ex art. 59 comma 21 L. n. 449/97.

VI Sezione, sentenza 28 ottobre 2003 n. 6671 - D.M. e altri c. INPDAP (conferma TAR Lazio III sez. 16 giugno 1997 n. 1357) - **indennità di buonuscita INPDAP - compenso per lavoro straordinario - diritto alla computabilità - non sussiste.** Non è computabile ai fini della determinazione dell'indennità di buonuscita INPDAP il compenso per lavoro straordinario (nello stesso senso: VI sezione, sentenza 3 novembre 2003 n. 6825).

VI Sezione, sentenza 3 novembre 2003 n. 6832 - Ministero Pubblica Istruzione c. M.S. ed altro (annulla TAR Milano 19 giugno 1997 n. 1023) - **indennità buonuscita INPDAP - corresponsione tardiva - responsabilità esclusiva dell'ente di previdenza.** In tema di indennità di buonuscita INPDAP è l'Ente di previdenza l'unico responsabile dell'esatto adempimento entro i termini prescritti dalla legge nei confronti del creditore dell'indennità, non avendo alcuna rilevanza esterna i rapporti tra l'Ente di previdenza e l'Amministrazione, e ciò anche nel caso in cui sia stata l'Amministrazione a predisporre o ad inviare in ritardo la documentazione occorrente per la liquidazione dell'indennità.

*IV Sezione, sentenza 15 dicembre 2003 n. 8216 – A.M. ed altri c. Regione Trentino Alto Adige e altro (annulla T.R.G.A. Trento n. 75/95) – **fondi integrativi di previdenza – passaggio ad altra Amministrazione – perdita a diritto pensione integrativa – contributi versati – rimborso – spettanza.*** I contributi versati per una forma di previdenza integrativa finalizzata al conseguimento di un trattamento pensionistico autonomo, di carattere complementare rispetto al precedente (non trasferiti, a seguito dell'inquadramento dell'impiegato pubblico in una diversa Amministrazione per soppressione dell'Ente di provenienza, presso l'ente previdenziale di destinazione, risultando versati in sovrapposizione rispetto ai periodi già coperti dall'A.G.O.), vanno restituiti all'impiegato tutte le volte che non ne sia prevista la corresponsione nell'ordinamento dell'Ente di destinazione, con la conseguenza che il diritto alla restituzione dei contributi versati a tal fine non discende da un autonomo rapporto assicurativo, ma è inerente al rapporto di pubblico impiego con l'Ente di provenienza, ed ha natura sostanzialmente retributiva; la controversia, quindi, non investe un distinto ed autonomo rapporto assicurativo, ma fa valere un'obbligazione di natura sostanzialmente retributiva (componente dell'indennità una tantum, erogata dai disciolti Enti ai dipendenti cessati dal servizio senza aver maturato il diritto a pensione) strettamente inerente al rapporto di pubblico impiego e, pertanto, è devoluta alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo (trattandosi di fattispecie ante 30 giugno 1998).



Procedimento disciplinare

*IV Sezione, sentenza 22 settembre 2003 n. 5401 – O.U. c. Ministero Difesa (conferma TAR Napoli, I sez. 7 giugno 1996 n. 259) – **procedimento disciplinare – fatti accertati in sede penale – valutazione dei fatti e delle prove – discrezionalità della P.A. – limiti.*** Stante la larga discrezionalità che caratterizza il giudizio da parte dell'Amministrazione in ordine alla valutazione della gravità delle infrazioni addebitate in un procedimento disciplinare, anche se trattasi di fatti definitivamente accertati in sede penale, il provvedimento disciplinare è censurabile – ed il Giudice Amministrativo può sostituirsi agli organi dell'Amministrazione nella valutazione dei fatti contestati – solo qualora emerga *icto oculi* il vizio dell'eccesso di potere nelle particolari figure sintomatiche dell'illogicità, della contraddittorietà, dell'ingiustizia manifesta, dell'arbitrarietà ovvero dell'irragionevolezza e irrazionalità.

*V Sezione, sentenza 21 ottobre 2003 n. 6497 – S.A. c. Comune di Roma (conferma TAR Lazio II sez. 4 luglio 1997 n. 1136) – **procedimento discipli-***



nare - sentenza di condanna patteggiata - valutazione dei fatti - limiti.

La riconosciuta autonomia del procedimento disciplinare rispetto a quello penale non significa affatto che l'Amministrazione abbia l'obbligo di dover ripercorrere *ex novo* l'intera ricostruzione dei fatti posti a base della contestazione disciplinare. Al riguardo, l'istruttoria può correttamente riferirsi anche alle risultanze del procedimento penale, indipendentemente dall'esito costituito dalla sentenza di patteggiamento. Infatti, la circostanza che la sentenza di patteggiamento non abbia efficacia vincolante nel procedimento disciplinare, in relazione ai fatti accertati, non impedisce che l'Amministrazione possa utilizzare le risultanze istruttorie, valutandone autonomamente il disvalore sul piano disciplinare (fattispecie relativa a vicenda *ante* L. n. 97/2001).

V Sezione, sentenza 21 ottobre 2003 n. 6514 - P.D. c. Comune di Ponzano Veneto (conferma TAR Veneto II sez. 16 dicembre 1997 n. 1748) - **procedimento disciplinare - sospensione - in pendenza di giudizio arbitrale - licenziamento - incompatibilità.** La sospensione della sanzione in pendenza del giudizio arbitrale instaurato dal dipendente ha un senso solo di fronte a sanzioni di natura "conservativa" e non di natura "espulsiva", come il licenziamento senza preavviso, rispetto alle quali risulta intrinsecamente incompatibile.

V Sezione, sentenza 30 ottobre 2003 n. 6746 - Comune di Ancona c. M.R. (annulla TAR Marche 24 ottobre 1997 n. 1020) - **procedimento disciplinare - licenziamento - assenza sistematica ed ingiustificata dal servizio - illegittimità - sussiste.** L'assenza sistematica dal luogo di lavoro - senza autorizzazione del capo ufficio e senza timbratura del cartellino - ripetuta più volte in un breve arco di tempo ed in orari variabili, costituisce grave abuso di ufficio e difetto di senso morale. Tale comportamento, pertanto, integra la fattispecie di scarso rendimento per incapacità di osservare gli obblighi di servizio (art. 25 comma 6, lettera e e/o g del CCNL) e assume una gravità tale da non consentire la prosecuzione del rapporto.

IV Sezione, sentenza 17 dicembre 2003 n. 8296 - Ministero Finanze c. Z.G. (conferma TAR Lazio II sez. sentenza n. 9500/2000) - **procedimento disciplinare - termini - atti interruttivi.** I termini di decadenza (come quelli posti in materia disciplinare) non tollerano sospensioni né interruzioni di sorta (ammissibili solo in rapporto a quelli prescrizione), rima-

nendo al riguardo del tutto influente qualsiasi comportamento soggettivo; la presentazione delle giustificazioni da parte del dipendente non vale ad interrompere il decorso di termini perentori, poiché in materia disciplinare i termini procedurali di decadenza possono essere interrotti solo dai provvedimenti posti in essere dal competente apparato disciplinare, secondo le espresse previsioni normative, e quindi idonei a permettere al dipendente incolpato di prenderne visione ed eventualmente estrarne copia.



*IV Sezione, sentenza 30 dicembre 2003 n. 9228 – V.G. c. Ministero Difesa (conferma TAR Lazio I sez. n. 2602/2001) – **procedimento disciplinare – valutazione dei fatti e delle prove – discrezionalità – limiti.** Stante la larga discrezionalità che caratterizza il giudizio da parte dell'Amministrazione in ordine alla valutazione della gravità delle infrazioni addebitate in un procedimento disciplinare, il provvedimento disciplinare è censurabile – ed il Giudice Amministrativo può sostituirsi agli organi dell'Amministrazione nella valutazione dei fatti contestati – solo qualora emerga la illogicità ed incoerenza del convincimento, ovvero lo stesso sia stato raggiunto in base ad un travisamento dei fatti.*

*V Sezione, sentenza 31 dicembre 2003 n. 9276 – R.P. c. USL n. 18 di Pavullo nel Frignano (annulla TAR Bologna I sez. n. 87/1998) – **procedimento disciplinare – fatti rilevanti a fini disciplinari – sottrazione di documenti alla parte datoriale per esigenze di difesa – violazione obbligo di fedeltà – non sussiste.** L'osservanza dell'obbligo di fedeltà dovuto dal dipendente pubblico alla Amministrazione-datore di lavoro, non può comportare la compressione del suo diritto di difesa (di fonte costituzionale), tanto più nel caso in cui la vicenda non tragga origine non da una mera azione risarcitoria intentata nei confronti del datore di lavoro, ma di esercizio del diritto di difesa in relazione ad un fatto costituente reato. Infatti, se è vero che l'obbligo di fedeltà dell'impiegato non può certo qualificarsi come sola affermazione di un principio etico, posto che alla sua base c'è, in positivo, il dovere dell'impiegato di assolvere ai compiti del proprio ufficio nell'interesse dell'Amministrazione e, in negativo, quello di astenersi da qualsiasi azione o comportamento che comunque possa essere pregiudizievole per l'Amministrazione stessa, non può disconoscersi che il concreto contenuto di tale obbligo (*id est*, i conegni che la parte datoriale può esigere) dipende dall'insieme delle circostanze modali, soggettive ed oggettive del caso concreto.*



Questioni processuali

V Sezione, sentenza 7 novembre 2003 n. 7125 – Comune di Milano c. S.G. ed altri (annulla TAR Milano, II sez. 20 agosto 1998 n. 2021) – **pubblico impiego – pretese patrimoniali – accertamento in giudizio – termini di decadenza e prescrizione – individuazione**. I ricorsi proposti per far valere pretese attinenti a diritti soggettivi di contenuto patrimoniale sono soggetti al termine ordinario di prescrizione nei casi in cui i diritti predetti derivino direttamente dalla legge o da un regolamento o da un precedente atto amministrativo, di cui non si contesti la legittimità, mentre sono soggetti al termine di decadenza ove la pretesa patrimoniale sia fondata sulla contestazione della legittimità degli atti amministrativi; pertanto, è tardivo il ricorso presentato dal personale dipendente degli Enti Locali, che ha contestato i criteri, seguiti nell'applicazione dell'art. 41 D.P.R. 25 giugno 1983 n. 347, nell'atto con cui l'Amministrazione ha proceduto alla valutazione dei servizi precedentemente prestati per determinare la nuova posizione retributiva di ciascun dipendente.

IV Sezione, sentenza 31 dicembre 2003 n. 9292 – V.G. c. Ministero Difesa (annulla TAR Friuli Venezia Giulia n. 117/2002) – **ricorso giurisdizionale – ricorso straordinario – alternatività – pretese patrimoniali – termine di decadenza**. In materia di ricorso straordinario e ricorso giurisdizionale vige il principio di alternatività che, già affermato nel secondo comma dell'art. 34 del R.D. 26 giugno 1924 n. 1054, è ora ribadito sia nel secondo comma dell'art. 8 del D.P.R. 24 novembre 1971 n. 1199, sulla semplificazione delle procedure nei ricorsi amministrativi, sia nell'art. 20, terzo comma, della legge 6 dicembre 1971 n. 1034, istitutiva dei Tribunali Amministrativi Regionali; tale principio di alternatività è regolato, nella sua operatività, dal criterio della priorità, in base al quale nei confronti del gravame proposto successivamente opera un effetto preclusivo, sì che è inammissibile il ricorso proposto dinanzi al Giudice Amministrativo dopo che sia stato precedentemente proposto ricorso straordinario al Capo dello Stato, a maggior ragione, poi, qualora quest'ultimo venga deciso nelle more del giudizio amministrativo. Inoltre, nei casi in cui l'esercizio di pretese patrimoniali da parte del pubblico dipendente sia correlato a atti modificativi dello stato giuridico aventi carattere autoritativo non può trovare applicazione la deroga al principio di perentorietà del termine di decadenza agli effetti della proposizione del ricorso giurisdizionale.

Ripetizione emolumenti non dovuti

*V Sezione, sentenza 8 settembre 2003 n. 5025 – USL n. 22 del Veneto c. B.A. ed altri (annulla TAR Veneto I sez. 7 agosto 1997 n. 1270) – **ripetizione emolumenti non dovuti – atto di recupero – atto dovuto – limiti.*** Costituisce atto dovuto, come tale privo di valenza provvedimentoale, la ripetizione di somme indebitamente corrisposte dalla P.A. ai propri dipendenti, né ha alcun rilievo la buona fede dell'indebito percettore, sussistendo l'unico limite della non eccessiva onerosità delle modalità di recupero; pertanto l'Amministrazione non è tenuta a fornire alcuna specifica motivazione nell'adozione di tale atto, essendo sufficiente l'indicazione delle ragioni dell'insussistenza del diritto del percettore alle somme oggetto del recupero (nello stesso senso: *VI Sezione, sentenza 3 dicembre 2003 n. 7953*).



Sospensione cautelare e restituito in integrum

*VI Sezione, sentenza 1 ottobre 2003 n. 5692 – T.C. c. Ministero Pubblica Istruzione (annulla TAR Lazio sez. III bis 9 marzo 1998 n. 574) – **sospensione cautelare – pendenza di procedimento penale – termine quinquennale – scadenza – effetti.*** Una volta decorso il termine quinquennale stabilito dall'art. 9 comma 2 L. n. 19/1990, il pubblico dipendente sospeso cautelatamente dal servizio perché sottoposto a procedimento penale non può essere nuovamente sospeso ai sensi dell'art. 15 comma 4 *septies* L. n. 55/90, introdotto dall'art. 1 L. n. 16/92 e sostituito dall'art. 2 L. n. 30/94, anche se la legge preveda a sospensione obbligatoria per quel tipo di reato.

*V Sezione, sentenza 3 ottobre 2003 n. 5740 – D.F.G. c. Comune di Noia (conferma TAR Napoli V sez. 28 dicembre 1994 n. 518) – **sospensione cautelare facoltativa – pendenza di procedimento penale – motivazione – necessità – limiti.*** La sospensione cautelare facoltativa dal servizio del dipendente pubblico in pendenza del procedimento penale ai sensi dell'art. 91 del T.U. n. 3/1957 non deve essere motivata attraverso l'esame e l'esposizione analitica dei fatti criminosi addebitati all'imputato (anzi, l'Amministrazione deve evitare di pubblicizzare inutilmente fatti che costituiscono oggetto di accertamento da parte del giudice penale), ma è sufficiente che l'Amministrazione motivi in ordine al pregiudizio ad essa derivante dalla permanenza in servizio del dipendente.



IV Sezione, sentenza 13 ottobre 2003 n. 6165 – Ministero Finanze c. I.A. (conferma TAR Marche 21 maggio 1993 n. 2655) – **sospensione cautelare facoltativa – pendenza di procedimento penale – scarcerazione del dipendente – motivazione – necessità – contenuto**. Nel caso in cui il pubblico dipendente in stato di custodia cautelare, e quindi obbligatoriamente sospeso, ottenga la libertà provvisoria, e l'Amministrazione opti per la non riammissione in servizio, deve essere adottato un provvedimento di sospensione cautelare facoltativa che deve dare puntualmente conto del concreto turbamento che la riammissione in servizio dell'impiegato possa determinare sull'attività dell'Amministrazione nonché dell'eventuale risonanza e gravità del fatto ascritto, anche con riferimento alla personalità del dipendente (nella specie è stato ritenuto illegittimo un provvedimento cautelativo adottato dopo otto mesi dalla scarcerazione del dipendente, che faceva generico riferimento al reato contestato in sede penale ed al pregiudizio che la riammissione in servizio del dipendente avrebbe comportato).

VI Sezione, sentenza 14 novembre 2003 n. 7292 – C.R.G. c. Provveditorato agli Studi di Parma (conferma TAR Parma n. 120/98) – **restitutio in integrum – a seguito di annullamento giurisdizionale – privatizzazione del rapporto – condizioni**. Anche dopo la c.d. privatizzazione del rapporto di pubblico impiego e l'estensione, allo stesso, della L. n. 300/1970, la *restitutio in integrum* agli effetti economici, oltre che a quelli giuridici, spetta al pubblico dipendente solo nel caso di sentenza che riconosca l'illegittima interruzione di un rapporto di lavoro già in corso, e non anche nel caso di giudicato che riconosca illegittimo il diniego di costituzione del rapporto stesso, in quanto la retroattività degli effetti economici è giustificata dall'arbitraria interruzione di un rapporto di impiego già in atto, in cui la qualità e quantità delle prestazioni impiegate sono positivamente note, e non anche nel caso di mancata assunzione illegittima; anche l'art. 18, L. n. 300/1970, infatti, si riferisce al trattamento economico spettante al lavoratore licenziato, sul presupposto, dunque, che sia stato costituito un rapporto di lavoro, e sia intervenuto il licenziamento.

VI Sezione, sentenza 19 novembre 2003 n. 7482 – Azienda Policlinico Umberto I di Roma c. A.M. ed altri (conferma TAR Lazio III sez. n. 6864/2001 e n. 2710/2002) – **restitutio in integrum – compensi percepiti aliunde – detraibilità**. La prestazione lavorativa svolta dal dipendente durante il periodo di cessazione o sospensione del rapporto di impiego non può configurarsi come causa impeditiva della regolare attuazione del rapporto sinallagmatico

(con la conseguente esclusione della *restitutio in integrum* nell'ipotesi in cui la cessazione o sospensione del rapporto sia riconosciuta illegittima); l'Amministrazione può invece detrarre dalla reintegrazione i compensi che il dipendente abbia avuto modo di procurarsi *aliunde*, vietando, oltretutto, le norme sul pubblico impiego il cumulo con ogni altra attività alle dipendenze della Pubblica Amministrazione o anche di privato.



303

VI Sezione, sentenza 3 dicembre 2003 n. 7950 – Ministero Poste c. F.F. (Conferma TAR Latina n. 252/1998) – sospensione cautelare – restitutio in integrum – criteri – computabilità del periodo di sospensione – limiti. Nei confronti del dipendente pubblico condannato in sede penale dopo essere stato sospeso cautelarmene in pendenza del relativo processo, il periodo di sospensione deve essere computato nella misura della sospensione sanzionatoria comminata all'esito del successivo procedimento disciplinare. Nel caso in cui la sospensione cautelare sia stata adottata per un periodo maggiore rispetto alla durata della sanzione disciplinare successivamente irrogata, è possibile operare la ricostruzione della posizione giuridica ed economica del dipendente per il periodo di sospensione cautelare, nonostante l'intervenuta condanna definitiva, previa deduzione dei periodi di tempo corrispondenti alla irrogata sospensione e alla condanna penale inflitta, ancorché non scontata.

IV Sezione, sentenza 10 dicembre 2003 n. 8118 – Ministero Giustizia e altro c. M.M. (annulla TAR Umbria 18 marzo 1994 n. 115) – sospensione cautelare – restitutio in integrum – ferie non godute – compenso sostitutivo – esclusione. Nel calcolo di quanto dovuto a titolo di *restitutio in integrum* per il periodo di sospensione cautelare dal servizio in dipendenza di procedimento penale devono essere computati gli emolumenti derivanti da prestazioni ordinarie di lavoro aventi natura di indennità fissa, obbligatoria e continuativa, restando, invece, esclusa ogni competenza accessoria che presuppone l'effettiva prestazione dell'attività lavorativa, tra cui il compenso sostitutivo delle ferie e dei riposi settimanali non goduti. Le ferie, infatti, sono un diritto irrinunciabile e non sono di regola monetizzabili; da ciò deriva che nel caso di mancata fruizione per mancata richiesta del dipendente le ferie vanno disposte d'ufficio e comunque il mancato godimento non imputabile all'Amministrazione non è risarcibile, tranne l'unica eccezione per le ipotesi di risoluzione del rapporto, qualora le ferie spettanti alla data della cessazione dal servizio non siano state fruite per documentate esigenze di servizio. Senz'altro dunque la mancata fruizione delle ferie non è risarcibile

quando non è avvenuta per fatto ascrivibile ad esigenze di servizio e, quindi, non è imputabile all'Amministrazione, essendo un effetto conseguente alla sospensione dal servizio, disposta in pendenza di un procedimento penale.



304

V Sezione, sentenza 18 dicembre 2003 n. 8340 – Comune Pozzuolo c. P.V. (conferma TAR Friuli Venezia Giulia n. 805/1999) – **sospensione per pendenza di procedimento penale – restituito in integrum – artt. 96 e 97 T.U. n. 3/1957 – limiti.** La disposizione dell'art. 97 T.U. n. 3/57, che prevede il diritto dell'impiegato sospeso alla restituzione degli assegni non percepiti solo qualora sia stato prosciolto o assolto con sentenza passata in giudicato perché il fatto non sussiste o l'impiegato non lo ha commesso, non è applicabile con carattere di generalità a tutti i casi di sospensione del procedimento disciplinare per procedimento penale. Esso, invece, opera quando il procedimento disciplinare, una volta iniziato, sia rimasto sospeso per la pendenza del procedimento penale e non si è mai concluso per l'intervenuta assoluzione dell'impiegato cautelatamente sospeso, per cui il venir meno della giustificazione della misura cautelare comporta la completa *restituito in integrum*. Gli artt. 96 e 97 cit., infatti, riguardano aspetti diversi del procedimento disciplinare, anche temporalmente. Inoltre, essendo la sospensione cautelare dal servizio adottata in base ad una valutazione discrezionale dell'Amministrazione, non può ritenersi la non imputabilità della interruzione del rapporto sinallagmatico all'Amministrazione medesima, posto che questa valuta i presupposti per l'adozione della misura e ne determina i contenuti.

Stipendi, assegni, indennità: interessi e rivalutazione

VI Sezione, sentenza 2 settembre 2003 n. 4860 – Università Studi della Basilicata c. G.R. (annulla TAR Basilicata 7 aprile 1997 n. 83) – **emolumenti arretrati per attribuzione di nuova posizione retributiva – interessi e rivalutazione – decorrenza.** L'inquadramento del dipendente pubblico in una qualifica superiore, disposto in applicazione della L. n. 63/89, ha carattere costitutivo, essendo frutto di valutazioni discrezionali; conseguentemente gli interessi e la rivalutazione sugli emolumenti arretrati spettanti decorrono dalla data della adozione dell'atto attributivo della nuova posizione retributiva, ancorché avente efficacia retroattiva (nello stesso senso: VI sezione, sentenza 29 settembre 2003 n. 5520; VI sezione, sentenza 14 ottobre 2003 n. 6260; V sezione, sentenza 9 dicembre 2003 n. 8011; VI sezione, sentenza 17 dicembre 2003 n. 8242).

VI Sezione, sentenza 2 settembre 2003 n. 4858 – INAIL c. Q.E. (annulla TAR Lazio III sez. 27 marzo 1998 n. 688) – **interessi e rivalutazione – criteri di computo – sulla somma netta liquidata**. Gli interessi legali per il ritardato pagamento di crediti di lavoro vanno calcolati sul capitale netto rivalutato e depurato delle ritenute previdenziali e fiscali, e non sul capitale al lordo delle ritenute di legge.



305

VI Sezione, sentenza 11 settembre 2003 n. 5100 – Ministero Istruzione c. M.S. ed altri (Annulla TAR Piemonte I sez. 19 novembre 1997 n. 793) – **interessi e rivalutazione – cumulo – art. 22 comma 36 L. n. 724 del 1994 – decorrenza – art. 429 c.p.c. – calcolo separato sull'importo nominale del credito**. Il divieto di cumulo tra interessi e rivalutazione monetaria sulle retribuzioni dei pubblici dipendenti è stato introdotto dall'art. 22, comma 36, L. n. 724/1994, che si riferisce agli emolumenti “per i quali non sia maturato il diritto alla percezione entro il 31 dicembre 1994”; tale divieto, pertanto, non opera per gli accessori concernenti i ratei retributivi maturati fino al 31 dicembre 1994, per i quali continua a valere la regola del cumulo, fermo restando che le due voci, ex art. 429 c.p.c., devono sempre computarsi separatamente sull'importo nominale del credito retributivo, per cui sulla somma dovuta quale rivalutazione non vanno calcolati né gli interessi né la rivalutazione ulteriore e sulla somma dovuta a titolo di interessi non vanno computati ancora interessi e rivalutazione.

VI Sezione, sentenza 3 novembre 2003 n. 6835 – P.D. c. Ministero Comunicazioni (ricorso in esecuzione di giudicato) – **interessi e rivalutazione – domanda proposta in sede di esecuzione di giudicato – ammissibilità**. La pretesa agli interessi e alla rivalutazione monetaria può essere riconosciuta fondata dal giudice, per il principio di automaticità, anche in assenza di specifica domanda sia in sede di appello che di ottemperanza. La svalutazione, infatti, non introduce un incremento ulteriore nelle ragioni creditorie del dipendente ma opera una quantificazione di valori ontologicamente e funzionalmente coincidenti con i momenti originari di maturazione del diritto agli emolumenti arretrati; analogamente, la spettanza al dipendente degli interessi corrispettivi è configurabile quale effetto automatico dell'accertata sussistenza del credito retributivo principale.

IV Sezione, sentenza 3 novembre 2003 n. 6921 – Ministero Giustizia c. P.A. (conferma TAR Liguria I sez. 27 luglio 1996 n. 366) – **interessi e rivalutazione – credito derivante direttamente dalla legge – decorrenza**. In caso di credito retributivo derivante direttamente dall'applicazione di una norma di



legge e non da un'attività discrezionale dell'Amministrazione, sui ratei arretrati corrisposti in ritardo competono gli interessi legali e la rivalutazione monetaria con decorrenza dalle singole scadenze mensili del nuovo trattamento economico fino alla data dell'avvenuto effettivo pagamento.

IV Sezione, sentenza 21 novembre 2003 n. 7598 – Regione Sardegna c. C.F. (annulla TAR Sardegna 22 ottobre 2001 n. 1192) – liquidazione degli accessori – art. 22, comma 36, della legge 23 dicembre 1994, n. 724 – applicabilità ratione temporis. Gli interessi sui crediti di lavoro del pubblico dipendente devono essere liquidati secondo la disciplina vigente alla data di maturazione del credito, trattandosi di obbligazioni pecuniarie percentuali, periodiche e accessorie rispetto al credito principale; le norme dettate in materia di accessori, infatti, incidono sugli effetti, e non sulla fattispecie generatrice, del credito principale, con la conseguenza che le stesse si applicano anche ai rapporti pendenti al momento dell'entrata in vigore della norma che le contiene. Stesse regole vigono, pertanto, nel caso del ritardato pagamento di emolumenti retributivi delle prestazioni dei dipendenti pubblici, in ordine ai quali il legislatore ha statuito con l'art. 22, comma 36, della legge 23 dicembre 1994, n. 724, spettando dopo tale data, in ogni caso, solo gli interessi legali, con attribuzione della rivalutazione a titolo di maggior danno unicamente se risulti superiore.

IV Sezione, sentenza 15 dicembre 2003 n. 8221 – C.P. c. Ministero Giustizia (annulla TAR Brescia n. 772/1999) – ricostruzione della carriera – interessi e rivalutazione – decorrenza. Nel caso in cui il provvedimento di promozione e la conseguente ricostruzione della carriera siano la conseguenza di un preciso obbligo dell'Amministrazione scaturente da una pronuncia del Giudice Amministrativo, i requisiti della esigibilità e liquidità del credito rivalutato derivano direttamente dalla esecutività della sentenza in relazione alla carriera ricostruita; la rivalutazione e gli interessi legali, per la loro natura di crediti accessori alla sorta capitale, hanno pertanto decorrenza identica a quella dei singoli ratei di stipendio spettanti per le qualifiche attribuite al dipendente ora per allora e quindi retroattiva rispetto al riconoscimento del diritto, avvenuto per via giudiziaria – e fino alla data di effettiva corresponsione delle somme.

Stipendi, assegni, indennità: questioni varie

V Sezione, sentenza 24 settembre 2003 n. 5465 – Gestione stralcio USL Taranto 5 c. P.M. ed altri (conferma TAR Lecce II sez. 23 luglio 2002 n. 3701)

- **lavoro straordinario - retribuità - autorizzazione preventiva - necessità - limiti.** Lo svolgimento di lavoro straordinario da parte dei pubblici dipendenti può essere retribuito solo in presenza di una autorizzazione preventiva e formale delle prestazioni in *plus* orario, la quale giustifichi, in un'ottica di pubblico interesse e nel rispetto dell'art. 97 Cost., il ricorso a prestazioni lavorative eccedenti il normale orario di servizio; peraltro tale autorizzazione è da considerarsi implicita ogniqualvolta si versi in ipotesi di lavori organizzati sulla base di turni tra il personale disponibile, nell'ambito di attività cui il dipendente deve obbligatoriamente partecipare o di un servizio che la P.A. è tenuta a garantire (nella specie trattavasi del servizio di infermeria).



C.G.A. Reg. Sic., sentenza 23 settembre 2003 n. 317 - Comune di Catania c. C.A. (annulla TAR Catania III sez. 19 luglio 2001) - riposo settimanale - omessa fruizione - compenso sostitutivo - custode con alloggio di servizio - non spetta. La domanda del dipendente che sia stato adibito a mansioni di custodia e sia stato titolare, col proprio nucleo familiare, di alloggio di servizio nel medesimo immobile presso il quale svolgeva l'attività lavorativa, volta ad ottenere, dopo la cessazione del rapporto di servizio, la monetizzazione di tutti i riposi annuali e settimanali che si assumono non fruiti, non può trovare accoglimento qualora il ricorrente non abbia mai, nel corso del rapporto, formulato alcuna richiesta di temporaneo allontanamento dalla sede di servizio, né di temporanea sostituzione, dimostrando così, per *facta concludentia*, l'avvenuta fruizione *in loco* dei diritti costituzionalmente riconosciuti.

V Sezione, sentenza 6 ottobre 2003 n. 5886 - I.G. c. USL n. 36 Campania (conferma TAR Napoli V sez. 2 agosto 1999 n. 2152) - dipendenti USL - plus orario - compenso - preventiva autorizzazione - necessità. L'istituto della produttività in regime di *plus* orario previsto per il Servizio sanitario nazionale dall'art. 59 e ss. D.P.R. n. 348/83 è applicabile subordinatamente alla preventiva autorizzazione ad effettuare prestazioni lavorative in eccedenza rispetto all'orario ordinario; tale istituto, infatti, richiede che l'organizzazione delle prestazioni avvenga attraverso la predisposizione di orari e turni mediante la programmazione di piani di lavoro, previa verifica con sistemi obiettivi di controllo degli orari di servizio, tali da assicurare che le dette prestazioni siano rese in aggiunta rispetto all'orario normale.

V Sezione, sentenza 15 ottobre 2003 n. 6307 - C.M. c. Comune di Monteroni di Lecce (annulla TAR Lecce II sez. 27 ottobre 1997 n. 503) - prescrizione - termine quinquennale - indennità per ferie non godute - applicabilità.

Dopo l'entrata in vigore della L. 7 agosto 1985 n. 428 tutti i crediti di lavoro dei pubblici dipendenti soggiacciono alla prescrizione quinquennale, ivi compresa l'indennità per ferie non godute, stante la sua natura retributiva e non risarcitoria.



308

V Sezione, sentenza 21 ottobre 2003 n. 6533 - I.L. c. Comune di Afragola (conferma TAR Napoli II sez. 19 luglio 2002 n. 4041) - ferie non godute - compenso sostitutivo - spettanza - condizioni. Il diritto del pubblico dipendente al compenso sostitutivo delle ferie non godute, anche in assenza di una disposizione normativa o collettiva che lo preveda discende, in coerenza con i principi contenuti nell'art. 36 Cost., direttamente dal mancato godimento del congedo ordinario e in correlazione con la retribuitività delle prestazioni lavorative. Conseguentemente, spetta al pubblico dipendente, che chiede il compenso sostitutivo delle ferie non godute, fornire la prova del fatto sul quale fonda la propria pretesa e, cioè, che la mancata fruizione del congedo ordinario sia dipesa non da una sua libera scelta ma da un diniego dell'Amministrazione di appartenenza motivato da eccezionali ragioni di servizio.

VI Sezione, sentenza 1 dicembre 2003 n. 7863 - INPDAP c. Ministero Economia e altri (annulla TAR Lazio III sez., 22 marzo 2000 n. 2111) - dipendenti Enti Locali - aumenti retributivi ex D.P.R. n. 347/1983 - attribuzione scaglionata nel tempo - dipendenti collocati a riposo - applicabilità. Il D.P.R. 25 giugno 1983 n. 347, nel disporre l'attribuzione ai dipendenti degli Enti Locali di miglioramenti economici con determinate decorrenze ha inteso riferirsi non già al pagamento rateale (come modalità di esecuzione di un'unica obbligazione precedentemente sorta) bensì alla costituzione del diritto agli aumenti (come momento genetico della sua nascita) alle date in esso indicate senza che i miglioramenti in tal modo attribuiti possano, in mancanza di una diversa disposizione normativa, sia pure di carattere transitorio, avere riflessi ai fini della riliquidazione della pensione del dipendente collocato a riposo prima di tali decorrenze.

IV Sezione, sentenza 30 dicembre 2003 n. 9129 - M.A. c. Ministero Giustizia e altri (Conferma TAR Sardegna 25 luglio 1994 n. 1333) - prescrizione - atti interruttivi - estensione di giudicato - rinuncia della P.A. - esclusione. La ricognizione di debito ha natura di negozio unilaterale ricettizio, sicché il suo effetto - che si traduce nell'astrazione processuale della *causa debendi* - si verifica solo se la stessa sia indirizzata alla persona del creditore;

ne consegue che neppure la decisione dell'Amministrazione di "estendere il giudicato" ad altri soggetti in posizione identica costituisce atto di riconoscimento di debito nel senso dell'art. 2944 c.c. per l'effetto interruttivo ivi previsto. Né tale decisione può integrare una implicita volontà di rinunciare al fatto estintivo del decorso del tempo. In tema di crediti di lavoro, aventi causa in un rapporto di pubblico impiego, la possibilità di rinuncia (espressa o tacita) alla prescrizione contemplata dall'art. 2937 c.c. è preclusa, per l'Amministrazione, dall'art. 3 R.D.L. 19 gennaio 1939, n. 295, convertito dalla L. 2 giugno 1939, n. 739, (a norma del quale ove risulti effettuato il pagamento di somma prescritta "l'Amministrazione per conseguire il rimborso può trattenere il pagamento delle rate successive") e prima ancora dai principi di contabilità pubblica che escludono tale potere dispositivo; ne consegue che, una volta maturato il termine di prescrizione, l'Amministrazione ha l'obbligo di farla valere senza che sussista alcuna discrezionalità di avvalersi o meno della stessa.



Trasferimento

*IV Sezione, sentenza 6 ottobre 2003 n. 5830 – Ministero Giustizia c. S.M. (annulla TAR Toscana III sez. 2 agosto 1994 n. 312) – **trasferimento d'ufficio – trasferimento a domanda – criteri distintivi.*** Il criterio distintivo tra trasferimento di ufficio e trasferimento a domanda va individuato esclusivamente nella sussistenza di esigenze di pubblico interesse che il trasferimento medesimo, ove qualificabile come d'ufficio, deve soddisfare, senza che abbiano alcun rilievo eventuali dichiarazioni di assenso o di disponibilità dell'interessato. Ai fini dell'attribuzione dell'indennità di missione ai magistrati, ai sensi della L. n. 27/1981, ciò che rileva non è tanto se vi sia stata, o meno, una manifestazione di consenso o di disponibilità da parte del magistrato, quanto la circostanza che costui sia stato trasferito ad un posto che, nell'interesse dell'Amministrazione, si sarebbe dovuto comunque coprire d'ufficio in ipotesi di mancanza di un adeguato numero di aspiranti.

Gli orientamenti
della Corte Costituzionale
(1 settembre-31 dicembre 2003)
a cura di Valentina Lostorto



311

Disciplina del rapporto

Sentenza 19 dicembre 2003 n. 359 – Pres. Chiappa Est. Amirante – Presidente Consiglio Ministri c. Regione Lazio – lavoro – mobbing – legge regolante aspetti generali e principi fondamentali – lesione della competenza esclusiva dello Stato in materia di ordinamento civile e di ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali, nonché lesione della competenza legislativa concorrente nelle materie della salute e della tutela e sicurezza del lavoro – illegittimità costituzionale. Posto che deve ritenersi precluso alle Regioni di intervenire, in ambiti di potestà normativa concorrente, dettando norme che vanno ad incidere sul terreno dei principi fondamentali, la legge regionale del Lazio 11 luglio 2002 n. 16 è costituzionalmente illegittima, contenendo nell'art. 2 una definizione generale del fenomeno mobbing che costituisce il fondamento di tutte le altre singole disposizioni; detta illegittimità si riverbera, dalla citata norma definitoria, sull'intero testo legislativo. L'intera legge, infatti, si fonda sul presupposto – da ritenere in contrasto con l'assetto costituzionale dei rapporti Stato/Regioni – secondo cui queste ultime, in assenza di una specifica disciplina di un determinato fenomeno emergente nella vita sociale, abbiano in via provvisoria poteri illimitati di legiferare. In particolare, pur nell'attuale assenza nel nostro ordinamento giuridico di una disciplina a livello di normazione primaria avente ad oggetto specifico il mobbing, i giudici sono stati chiamati più volte a pronunciarsi in controversie in cui tale fenomeno entrava a volte come fonte della pretesa al risarcimento del danno biologico – per patologie, soprattutto psichiche, che si affermavano causate da comportamenti vessatori e persecutori subiti nell'ambiente di lavoro da parte del datore di lavoro o di uno o più colleghi – a volte come elemento di valutazione di atti risolutivi del rapporto di lavoro, la cui qualificazione si faceva dipen-



dere dall'accertamento di determinate condotte integranti il fenomeno in questione. La giurisprudenza ha, prevalentemente, ricondotto le concrete fattispecie di mobbing nella previsione dell'articolo 2087 c.c. che, sotto la rubrica "tutela delle condizioni di lavoro", contiene il precetto secondo cui "l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure ... necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro", e che è stato inteso come fonte di responsabilità anche contrattuale del datore di lavoro. Dunque, la disciplina del mobbing, valutata nella sua complessità e sotto il profilo della regolazione degli effetti sul rapporto di lavoro, rientra nell'ordinamento civile (art. 117, secondo comma, lettera l, della Costituzione) e, comunque, non può non mirare a salvaguardare sul luogo di lavoro la dignità ed i diritti fondamentali del lavoratore (artt. 2 e 3, primo comma, della Costituzione).

Previdenza e assistenza

*Sentenza 30 ottobre 2003 n. 325 – Pres. Chieppa Est. Contri – D.P. e altri c. Presidente Consiglio dei Ministri – **previdenza e assistenza – lavoratori autonomi – contribuzioni versate per il periodo di iscrizione alle gestioni speciali artigiani e commercianti – cumulo ai fini della liquidazione della pensione – prospettata deteriore disparità del trattamento pensionistico rispetto a quello spettante nell'ipotesi di versamento dei contributi ad un'unica gestione speciale – non fondatezza della questione.*** L'art. 16, comma 1, lettera a), della legge n. 233 del 1990, il quale prevede che per i lavoratori che liquidano la pensione in una delle gestioni speciali dei lavoratori autonomi con il cumulo dei contributi versati nelle medesime gestioni, l'importo della pensione è determinato dalla somma "della quota di pensione calcolata, ai sensi degli articoli 5 e 8, sulla base dei periodi di iscrizione alle rispettive gestioni" (il successivo comma 2 prevede che "gli oneri relativi alle quote di pensione di cui al comma 1 sono a carico delle rispettive gestioni assicurative"), va interpretato nel senso che ciascuna parte del complessivo trattamento deve essere determinata in relazione ai periodi di iscrizione alle singole gestioni; gli accrediti contributivi riferiti alle diverse gestioni sono perciò considerati unitariamente non ai fini della misurazione della pensione ma per verificare il raggiungimento del requisito contributivo per il diritto a pensione e per ottenere, di conseguenza, la liquidazione di una pensione unica. Lo stesso meccanismo vale, sempre in base al predetto art. 16, per il cumulo di periodo assicurativo in gestione dei lavoratori dipendenti con periodo di gestione autonoma. Il meccanismo

della totalizzazione dei periodi contributivi versati in diverse gestioni previdenziali opera nel caso in cui l'assicurato non abbia maturato il diritto ad un trattamento pensionistico in alcuna delle gestioni alle quali è, o è stato, iscritto, rientrando invece nella discrezionalità del legislatore la scelta circa l'estensione del principio ai fini della misurazione della pensione. Pertanto, la diversità del trattamento per i lavoratori autonomi iscritti a più gestioni conseguente all'applicazione del sistema del pro-rata rispetto a quello previsto per i lavoratori che versino ininterrottamente contributi in un'unica gestione si giustifica in ragione dell'esistenza di due diverse gestioni previdenziali per gli artigiani e per gli esercenti attività commerciali, rispondendo all'esigenza di preservarne gli equilibri finanziari, senza far ricadere su di esse un onere più gravoso di quello che si sarebbe realizzato in assenza di cumulo; detta disciplina non può considerarsi irragionevole, rientrando comunque nella discrezionalità del legislatore la eventuale scelta di introdurre un diverso criterio per il cumulo dei contributi ai fini della misurazione della pensione.



Stipendi, assegni, indennità

*Sentenza 21 ottobre 2003 n. 314 – Pres. Chieppa Est. Zagrebelsky – Presidente del Consiglio dei Ministri c. Regione Sicilia – **stipendi assegni indennità – legge regionale Sicilia – dipendenti Enti Locali, A.S.L., patronati – retribuzione individuale anzianità – attribuzione senza contrattazione collettiva – Delibera legislativa 20 aprile 2002 n. 1147 – illegittimità costituzionale.*** La disciplina dei rapporti di lavoro e di impiego alle dipendenze delle Amministrazioni Pubbliche – come definite, queste ultime, dall'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle Amministrazioni Pubbliche), è attualmente oggetto necessario di contrattazione collettiva. Questo metodo di disciplina costituisce norma fondamentale di riforma economico-sociale della Repubblica, alla stregua dell'art. 1, comma 3, del citato decreto legislativo n. 165 del 2001, il quale rinvia in proposito ai principi desumibili dall'art. 2 della legge 23 ottobre 1992, n. 421 (Delega al Governo per la razionalizzazione e la revisione delle discipline in materia di sanità, di pubblico impiego, di previdenza e di finanza territoriale), che, al comma 1, lettera a), stabilisce come principio la regolazione mediante contratti individuali e collettivi dei rapporti di lavoro e di impiego nel settore pubblico. Pertanto, poiché tale principio, secondo lo Statuto, si impone a qualunque tipo di potestà legislativa regionale, rientri essa nell'art. 14



o nell'art. 17 dello Statuto regionale, è incostituzionale la delibera legislativa dell'Assemblea regionale siciliana che estende, per via normativa e non contrattuale, il sistema di riequilibrio tra anzianità economica e anzianità giuridica e il salario individuale di anzianità del settore degli Enti Locali al personale assunto in applicazione di provvedimenti sull'occupazione giovanile presso le aziende unità sanitarie locali, gli Enti siciliani vigilati e i soppressi patronati scolastici.

Formez
Area Editoria e Documentazione
via Rubicone 18, 00198 Roma
tel. +39 06 84892244

Formez
Centro di Formazione Studi

Presidenza e Direzione Generale
via Salaria 229, 00199 Roma
tel. 06 84891

www.formez.it
http://lavoropubblico.formez.it/contenzioso

Stampa Tipografia Edigraf
Via degli Olmetti, 38 - 00060 Formello (RM)

Finito di stampare nel mese di maggio 2004
Pubblicazione non in vendita

