



CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

UFFICIO DEL MASSIMARIO E DEL RUOLO

Relazione tematica

Rel. n. 41

Roma, 12 aprile 2010

Oggetto: IMPIEGO PUBBLICO - IMPIEGATI DELLO STATO - DISCIPLINA - IN GENERE.

LAVORO - LAVORO SUBORDINATO - CONTRATTO COLLETTIVO - DISCIPLINA (EFFICACIA) - IN GENERE.

IMPIEGO PUBBLICO - IMPIEGATI DELLO STATO - DISCIPLINA - SANZIONI DISCIPLINARI - IN GENERE.

IMPIEGO PUBBLICO - IMPIEGATI DELLO STATO - DISCIPLINA - PROCEDIMENTO DISCIPLINARE - RAPPORTI CON IL GIUDIZIO PENALE.

LAVORO - LAVORO SUBORDINATO - DIRITTI ED OBBLIGHI DEL DATORE E DEL PRESTATORE DI LAVORO - SUBORDINAZIONE - SANZIONI DISCIPLINARI.

Contrattazione collettiva e responsabilità disciplinare nel pubblico impiego privatizzato dopo la riforma c.d. "Brunetta".

SOMMARIO:

PARTE I - PROFILI GENERALI

- 1.- L'iter di approvazione e la struttura del decreto legislativo.
- 2.- Ambito di applicazione.
- 3.- Finalità generali e "forza" delle norme.
- 4.- La disciplina transitoria.

PARTE II - LA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

- 1.- Gli obiettivi principali della riforma.
- 2.- Le competenze della contrattazione.
- 3.- Comparti, comitati e procedimento di contrattazione.
 - 3.1.- La rappresentatività.
 - 3.2.- I comparti.
 - 3.3.- I livelli di contrattazione
 - 3.4.- Il procedimento di contrattazione
- 4.- I vincoli e i controlli finanziari.
- 5.- Le modifiche riguardanti l'ARAN.

PARTE III - LA RESPONSABILITA' DISCIPLINARE.

- 1.- Le linee portanti del nuovo impianto regolativo.
 - 1.1.- La contrattualizzazione del rapporto e la disciplina applicabile.
- 2.- La struttura del procedimento disciplinare.
 - 2.1.- Il sistema precedente la riforma.
 - 2.2.- Il procedimento disciplinare.
- 3.- L'organo competente ed il problema della c.d. doppia dirigenza negli uffici giudiziari.
- 4.- Il rapporto tra procedimento disciplinare e procedimento penale.
- 5.- Le ipotesi di licenziamento.
- 6.- Ipotesi ulteriori di responsabilità disciplinare.
 - 6.1.- Le nuove infrazioni e sanzioni disciplinari di fonte legale.
 - 6.2.- La non incidenza del trasferimento del dipendente o della cessazione del rapporto sul procedimento disciplinare.
 - 6.3.- Le sanzioni disciplinari per la dirigenza.
- 7.- Impugnazione.
- 8.- Il controllo delle assenze.

PARTE IV - CONSIDERAZIONI FINALI

Riferimenti normativi
Riferimenti di dottrina

PARTE I

PROFILI GENERALI

1.- L'iter di approvazione e la struttura del decreto legislativo.

La riforma dettata dal d.lgs. 150 del 2009 si inserisce, con consistenti novità, nel processo riformatore del pubblico impiego già dettato dapprima dal d.lgs. n. 29 del 1993, quindi dal d.lgs. n. 80 del 1998, e confluito da ultimo nel d.gs. n. 165 del 2001.

Le linee di fondo della materia, per come finora disciplinate dall'ordinamento, sono costituite dalla separazione tra materie riservate alla legge ed agli atti unilaterali della pubblica amministrazione (l'organizzazione degli uffici, le dotazioni organiche, le procedure concorsuali) e le materie assoggettate alla disciplina privatistica (la disciplina del rapporto di lavoro); dalla separazione tra compiti di indirizzo politico-amministrativo, riservati al Governo, e compiti di organizzazione e gestione degli uffici e dei rapporti di lavoro, che spettano alla dirigenza, secondo criteri di managerialità orientati ai risultati; dall'ampliamento delle norme della contrattazione collettiva e dalla semplificazione della relativa procedura con la previsione di un apposito organo, l'ARAN, delegato a rappresentare la pubblica amministrazione nella contrattazione collettiva; dalla fruizione piena dei diritti sindacali previsti dal Titolo III dello Statuto dei Lavoratori, che trova applicazione in tutte le pubbliche amministrazioni indipendentemente dal numero di dipendenti; dalla devoluzione del contenzioso in materia al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, con la sola eccezione di quello attinente alla procedure concorsuali e di quello relativo ai rapporti di lavoro sottratti alla c.d. privatizzazione.

Con la legge 4 marzo 2009, n. 15, recante *Delega al Governo finalizzata all'ottimizzazione del lavoro pubblico e alla efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni nonché di disposizioni integrative delle funzioni attribuite al Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro e alla Corte dei Conti*, il legislatore interviene dunque sulla disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, modificando in più parti il testo unico sul pubblico impiego di cui al d.lgs. 31 marzo 2001, n. 165, al fine di assicurare maggiore produttività del lavoro nelle pubbliche amministrazioni ed una più consistente efficienza e trasparenza dell'operato delle stesse.

Gli obiettivi perseguiti, quali risultanti dalle previsioni contenute tanto nella legge delega, all'art. 2, comma 1, quanto poi nel successivo provvedimento delegato, sono molteplici e possono essere sintetizzati come segue:

- far convergere gli assetti regolativi del lavoro pubblico con quelli del lavoro privato, con particolare riferimento al sistema delle relazioni sindacali;
- rendere più rigorosa la responsabilità (per le modalità ed i risultati della gestione di uffici e personale) del dirigente, garantendogli maggiore autonomia e indipendenza dalla politica e poteri manageriali più ampi, nonché indisponibili nei confronti della contrattazione collettiva, ma sottoponendolo al tempo stesso ad un più efficace sistema di valutazione, con conseguente diretta incidenza di quest'ultima anche sul piano retributivo;

- ottimizzare la distribuzione delle risorse umane, in ragione delle effettive esigenze delle singole strutture, promuovendo la mobilità e coinvolgendo i dirigenti nell'individuazione del fabbisogno dei propri uffici e nella definizione delle dotazioni organiche;
- migliorare la produttività del lavoratore pubblico, assoggettando anche la sua prestazione – secondo modelli importati dal settore privato – ad una più puntuale valutazione, alla quale viene connessa l'erogazione di incentivi e premi, ma anche di sanzioni, secondo un'impostazione, consolidata nella cultura organizzativa, imperniata sul *principio meritocratico*; principio al quale devono ispirarsi altresì le progressioni cd. orizzontali e verticali del lavoratore;
- riaffermare il principio generale di concorsualità per l'accesso al lavoro pubblico e per le progressioni di carriera;
- accrescere la disciplina ed il rispetto delle regole del rapporto di lavoro, al fine di ricondurre il lavoratore pubblico all'adozione di comportamenti professionali, oltre che più produttivi, fondati sull'etica del lavoro e sulla consapevolezza degli interessi pubblici comunque connessi alla sua prestazione;
- escludere l'incidenza del sindacato nella definizione delle regole in materia di organizzazione degli uffici e del lavoro e fissare per legge una disciplina inderogabile di alcuni istituti del rapporto di lavoro, o di specifici aspetti di essi, finanche in materia di meccanismi distributivi del salario accessorio;
- riorganizzare le procedure di contrattazione collettiva, perfezionando il sistema negoziale dal punto di vista del rapporto tra soggetti titolari dell'indirizzo politico e soggetti responsabili dell'attività contrattuale, ed introducendo più puntuali controlli sulla crescita del costo del lavoro pubblico, specialmente di quella derivante dalla contrattazione integrativa;
- imporre alle Pubbliche Amministrazioni l'obbligo di rendere trasparenti tutti i dati relativi alla propria organizzazione del lavoro ed ai sistemi retributivi adottati, consentendo l'accesso dall'esterno ai relativi dati, prevedendo controlli su di essi, nonché consentendo a cittadini e utenti di agire in giudizio nei confronti delle P.A. nel caso di *“violando di standard qualitativi ed economici o degli obblighi contenuti nelle carte dei servizi?”*, ovvero qualora dall'omissione degli obblighi di vigilanza e controllo, oppure dal mancato rispetto di termini, *“derivi la lesione di interessi giuridicamente rilevanti per una pluralità di utenti o consumatori”*¹

Per quanto concerne i tempi per attuare la riforma, essi sono stati previsti all'insegna della rapidità. L'art. 2, comma 1, della legge delega ha fissato in nove mesi dall'entrata in vigore della legge l'adozione dei decreti legislativi di attuazione e in due anni dall'entrata in vigore di questi la possibilità per il Governo di introdurre eventuali correttivi.

Trascorsi appena due mesi dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, il 5 marzo 2009, della legge delega 4 marzo 2009, n. 15, già l'8 maggio 2009 il Consiglio dei Ministri approvava, in via preliminare, il decreto legislativo attuativo.

In tale lasso di tempo – tra il 2 e il 22 marzo – era stata lanciata una consultazione telematica

¹ L'efficace sintesi degli obiettivi della riforma è di CARABELLI U., *La “riforma Brunetta”: un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche*, in *Working Papers C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” .IT- 101/2010*.

sull'attuazione delle deleghe di cui alla l. 15 del 2009, indirizzata a due categorie di destinatari: gli operatori direttamente interessati e gli esperti provenienti dal mondo delle istituzioni e dell'accademia.

Tale consultazione, organizzata dal Gabinetto del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, era volta a verificare le risposte, su alcune opzioni individuate dalle commissioni di lavoro relativamente ai principali contenuti delle deleghe, di alcune categorie di *stakeholders*, interessati a diverso titolo al processo di regolazione in atto.

Il 20 maggio il decreto veniva trasmesso alla Conferenza unificata e alle competenti commissioni parlamentari per l'acquisizione dell'intesa e dei pareri previsti dalla legge delega.

Il 17 giugno 2009 interveniva il parere del CNEL, mentre il 29 luglio si pronunciava la Conferenza unificata. L'intesa non viene raggiunta in ordine all'art. 60, comma 1, lett. b) del d.lgs. n. 150 del 2009, concernente la determinazione delle risorse per gli incrementi retributivi destinati al rinnovo dei contratti collettivi nazionali delle amministrazioni regionali, locali e degli enti del Servizio sanitario nazionale. Al riguardo, gli enti territoriali chiedevano di prevedere che tale determinazione avvenisse, da parte del Governo, previa concertazione con le proprie rappresentanze e non previa mera "*consultazione con le rispettive rappresentanze istituzionali del sistema delle autonomie*", come nel testo finale (il Governo non ha ritenuto infatti di poter accogliere questa richiesta, vertendosi in tema di misure di coordinamento della finanza pubblica, tipicamente riconducibili alle competenze dello Stato e, dunque, non limitabili ad opera dell'istituto della concertazione).

Il 9 ottobre 2009, a seguito dei pareri delle Commissioni parlamentari, rispettivamente del Senato e della Camera, intervenuti il 23 settembre e il 2 ottobre, il Consiglio dei Ministri approvava definitivamente il decreto delegato.

Il decreto legislativo n. 150 del 27 ottobre 2009 (c.d. "decreto Brunetta", dal nome del ministro della pubblica amministrazione ed innovazione), è entrato in vigore il 15 novembre 2009.

Il testo si compone di cinque titoli: il primo circoscrive l'oggetto e le finalità; il secondo è dedicato ai temi della misurazione e della trasparenza della performance; il terzo concerne la valorizzazione del merito; il penultimo, recante significative innovazioni del d.lgs. 165 del 2001, affronta la materia dei procedimenti disciplinari e della contrattazione collettiva; infine, il quinto contiene le norme transitorie e finali.

L'ampiezza della riforma è confermata dall'elevato numero di disposizioni contenute nell'articolato, settantaquattro, molte delle quali novellano più commi o più articoli del testo unico del pubblico impiego.

2.- Ambito di applicazione.

In attuazione dei criteri fissati dall'art. 2, commi 4 e 5, della l. 15 del 2009, l'art. 74 d.lgs. n. 150 del 2009 – l'unico articolo di cui consta il Titolo V – definisce l'ambito di applicazione delle norme recate dalla riforma.

Secondo quanto disposto dal comma 1 dell'art. 74, la legislazione di riforma rientra in parte rilevante nella competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. l) ed m) della Costituzione, in quanto attinente alla giurisdizione, all'ordinamento civile e penale, alla giustizia amministrativa, ovvero ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale.

Così per gli artt. 11, commi 1 e 3, da 28 a 30, da 33 a 36, 54, 57, 61, 62, comma 1, 64, 65, 66, 68, 69 e 73, commi 1 e 3, del d.lgs. n. 150 del 2009.

Si tratta di disposizioni concernenti la trasparenza, la qualità dei servizi pubblici, l'inderogabilità da parte della contrattazione collettiva delle disposizioni su merito e premi, il potere di organizzazione degli uffici, la disciplina dei rapporti sindacali e degli istituti della partecipazione da parte dei CCNL, la disciplina della contrattazione collettiva, il collegamento alla performance del trattamento economico accessorio ed il procedimento disciplinare.

Il successivo comma 2 dell'art. 74 contiene un elenco di disposizioni, qualificate come norme di diretta attuazione dell'art. 97 Cost. e come principi generali dell'ordinamento, alle quali dovranno adeguarsi le Regioni e gli enti locali, anche con riferimento agli enti del Servizio sanitario nazionale, negli ambiti di rispettiva competenza, *“ai sensi dell'art. 2, comma 4, della legge delega e dell'art. 27 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 154”*.

Tale previsione è giustificata dall'impianto fortemente centralistico della riforma, che si attaglia ed è in effetti essenzialmente diretta alle amministrazioni statali. Si è posto perciò il problema di determinare se ed in quale misura le norme del decreto siano applicabili alle Regioni ed agli enti locali.

Lo spostamento del baricentro della disciplina in favore della legge implica la necessità di rendere compatibile, per le materie non rientranti nella potestà esclusiva dello Stato individuate dal primo comma, l'esercizio di tale potere con l'assetto dei rapporti tra i diversi livelli istituzionali e i poteri normativi, che ad essi rispettivamente competono, delineato dal Titolo V della Costituzione a seguito delle modifiche introdotte dalla l. cost. 3 del 2001.

Il comma 2 dell'art. 74 elenca espressamente le disposizioni alle quali dovranno adeguarsi le Regioni e gli enti locali. Si tratta di disposizioni che in parte afferiscono al Titolo II, dedicato alla misurazione, valutazione e trasparenza della performance, in altra parte riguardano la disciplina del merito e dei premi, contenuta nel Titolo III, con l'aggiunta di un'unica disposizione contenuta nell'art. 62, rientrante nel Titolo IV.

Le norme delegate rientranti in questa seconda categoria operano quali principi – norme interposte, cui le Regioni e gli enti locali sono tenuti ad adeguarsi nell'esercizio della loro autonomia normativa, laddove il fondamento di tale ruolo viene rintracciato nel carattere di norme di diretta attuazione dei principi costituzionali di buon andamento ed imparzialità dell'attività amministrativa, previsti dall'art. 97 Cost.

In virtù di tale qualificazione, con cui è stato affrontato il problema dell'inclusione della materia dell'organizzazione regionale e degli amministrati dalla Regione nell'ambito della competenza residuale delle Regioni, ai sensi dell'art. 117, comma 4, Cost., il legislatore delegato ha inteso, dunque, imporre un limite all'esercizio della potestà normativa delle Regioni e degli stessi enti locali, che dovranno necessariamente conformarsi a tali principi nella regolamentazione delle materie prese in considerazione dalla norma in commento per gli aspetti di propria competenza.²

Da ultimo, vanno evidenziati alcuni aspetti di diversificazione nell'applicazione della riforma che interessano le amministrazioni pubbliche statali: l'art. 74 contiene altresì una serie di disposizioni specifiche rivolte a salvaguardare la peculiarità di alcuni settori del pubblico impiego, quali il personale docente della scuola e delle istituzioni di alta formazione artistica e musicale, i tecnologi e i

² SALOMONE, *Il lavoro pubblico regionale e locale nella “Riforma Brunetta”*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2009, p. 1; CLARICH M.-FONDERICO G., *Riforma Brunetta/2: l'analisi degli esperti*, in www.guidaaldiritto.ilsole24ore.it

ricercatori degli enti di ricerca, nonché della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

3.- Finalità generali e “forza” delle norme.

Il d.lgs. n. 150 del 2009 ha tradotto i principi e i criteri direttivi contenuti nella legge delega, con l'effetto di determinare un profondo cambiamento di vari aspetti della disciplina del lavoro presso le Pubbliche Amministrazioni, al fine di consolidare e rendere più efficace l'apparato normativo che già regola l'organizzazione ed il rapporto di lavoro pubblico, correggendo le principali distorsioni applicative della normativa in essere.

L'intervento normativo si focalizza sugli aspetti più rilevanti del funzionamento delle pubbliche amministrazioni, quali:

- a) la contrattazione collettiva;
- b) la valutazione delle strutture e del personale;
- c) la valutazione del merito;
- d) la dirigenza pubblica;
- e) la responsabilità disciplinare.

Il decreto ridisegna, anzitutto, i confini tra le fonti normative e contrattuali del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni, incidendo in modo duplice: da un lato, si prevede -in netta controtendenza rispetto al sistema previgente attuato con quella che **Massimo D'Antona** chiamava la “*seconda privatizzazione del lavoro pubblico*” di cui al d.lgs. n. 80 del 1998- l'inderogabilità della legge ad opera della contrattazione collettiva successiva, affermando che la possibile derogabilità deve essere espressamente dichiarata; con la riforma si assiste, dunque, allo stravolgimento della regola della prevalenza giuridico-formale della contrattazione collettiva rispetto alla legge.

Dall'altro lato, si circoscrive il ruolo della contrattazione collettiva alla disciplina del rapporto di lavoro in senso stretto, senza possibilità di incidenza da parte della stessa sulle materia dell'organizzazione delle amministrazioni (nemmeno se attinenti ad aspetti di c.d. microorganizzazione), riservati alla competenza dei dirigenti amministrativi.

Nell'ottica del legislatore, dunque, ad una più efficace gestione delle procedure negoziali fa seguito un più ampio spazio decisionale del datore di lavoro, necessario per perseguire l'efficienza nell'erogazione dei servizi, ed a ciò corrisponde un potenziamento dei poteri (e delle responsabilità) del dirigente, in quanto responsabile della gestione delle risorse umane e della qualità e quantità del prodotto delle pubbliche amministrazioni.

L'asse portante della riforma è dato dal binomio incentivi/disincentivi, così da premiare i capaci ed i meritevoli, incoraggiare l'impegno sul lavoro e scoraggiare comportamenti di segno opposto, il tutto valorizzando la cultura della valutazione alla cui carenza vengono addebitate le attuali criticità delle amministrazioni pubbliche.

La finalità precipua è di contribuire “*al miglioramento della qualità dei servizi ... nonché alla crescita delle competenze professionali, attraverso la valorizzazione del merito*” (art. 3, commi 1 e 2, d.lgs. n. 150 del 2009).

La riforma affianca al “*bastone*” (come si dirà di seguito in relazione alla materia disciplinare ed alla responsabilità di dirigenti e dipendenti), anche la “*carota*”, quale costituita dalla disciplina di cui all’art. 5 (“*Principi e criteri finalizzati a definire il merito e la premialità*”), che oscilla fra due estremi: quello pubblicistico, che riconosce grande importanza alla resa meritocratica del principio di concorsualità, che permette di promuovere i migliori; e quello privatistico, che attribuisce grande rilevanza al resa efficientista del principio di incentivazione, che consente di premiare i più produttivi³.

Se la valutazione del personale e della dirigenza non costituiscono una novità assoluta nel nostro ordinamento, in quanto la prima era già prevista in sede contrattuale e la seconda era normativamente regolata dal d.lgs. 286 del 1999, non si può tuttavia negare che l’oggetto in questione sia significativamente innovato sia nei contenuti sia nelle finalità.

Innanzitutto il sistema di valutazione del personale, precedentemente considerato materia negoziale in quanto rientrante nell’ambito del rapporto di lavoro, ora rientra all’interno del quadro normativo regolato dalla legge.

In secondo luogo è stata, per la prima volta, introdotta la valutazione delle strutture, logicamente antecedente a quella del personale, riferita alla verifica degli standard qualitativi ed economici delle funzioni che devono essere “*elevati*”.

Analizzando il sistema di valutazione del personale il decreto prevede l’attivazione di un “*ciclo di gestione della performance*”, che deve essere sviluppato dalle amministrazioni in maniera coerente con i contenuti e con il ciclo della programmazione finanziaria e del bilancio. Esso offre alle amministrazioni un quadro di azione che realizza il passaggio dalla cultura dei mezzi (*input*) a quella dei risultati (*output* e *outcome*) auspicato dalle riforme precedenti.

Il nuovo sistema di valutazione viene delineato soltanto nei suoi tratti generali, dovendo poi essere regolato più analiticamente dai vari soggetti che ne sono a vario titolo i gestori.

In particolare, la legge prevede l’istituzione di una Commissione per la valutazione, cui è affidato il compito di indirizzare, coordinare e sovrintendere le concrete funzioni di valutazione degli Organismi indipendenti di valutazione della performance, istituiti in seno ad ogni amministrazione.

Questi ultimi hanno il compito di garantire dall’interno la definizione e l’implementazione dei sistemi di valutazione, nel rispetto dei modelli definiti dalla Commissione.

Questa generale strategia fondata sulla valutazione delle performance è strettamente intrecciata con l’adozione del principio meritocratico come essenziale criterio gestionale, dato che il legislatore delegato ha collegato ai risultati della valutazione delle performance individuali, nonché delle strutture di appartenenza, la corresponsione ai singoli dipendenti, compresi i dirigenti, di quote di retribuzione incentivante e di premi, stabilendo altresì l’incidenza di tali risultati sulle progressioni economiche e di carriera, ma anche la loro rilevanza in materia disciplinare.

Così il dirigente è vincolato a far rispettare gli “*standard quantitativi e qualitativi fissati dall’amministrazione*”, nonché a “*prevenire o contrastare [...] le condotte assenteistiche*”, a pena di sanzione; ed il lavoratore deve essere parimenti sanzionato “*quando cagiona un grave danno al normale funzionamento dell’ufficio di appartenenza, per inefficienza o incompetenza professionale*”, prevedendosi il licenziamento nel

³CARINCI F., *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla l. n. 133/2008 alla l.d. n. 15/2009*, in *Working Papers C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*.IT-88/2009.

caso in cui, nel corso di un arco temporale non inferiore al biennio, subisca una valutazione di “insufficiente rendimento”, dovuto alla reiterata violazione degli obblighi legali o contrattuali inerenti la prestazione dovuta.

Centralità assoluta assumono anche le previsioni in materia di poteri dirigenziali.

Tra gli obiettivi del d.lgs. n. 150 del 2009 si colloca il riconoscimento, in capo al dirigente, di una maggiore autonomia nei confronti tanto della politica quanto del contropotere sindacale ed un rafforzamento delle sue prerogative manageriali.

Tutto ciò è attuato, da un lato ampliando l'intervento legislativo in tema di organizzazione e di rapporto di lavoro a scapito dei contratti, dall'altro, rinforzando la tutela dei dirigenti nel momento cruciale della nomina e della revoca dell'incarico.

Per quanto concerne il primo punto, considerando il combinato disposto degli artt. 5, comma 2, 9 e 40, comma 1, del riformato d.lgs. 165 del 2001, i poteri dirigenziali di organizzazione degli uffici e del lavoro continuano ad essere di natura privatistica ma, a differenza di quanto avviene nel settore privato, non è ammessa la loro disponibilità in sede di contrattazione collettiva, ed inoltre non è ammesso, rispetto ad essi, che la contrattazione nazionale possa prevedere forme partecipative più evolute della mera *informazione*:

prevede infatti l'art. 5, comma 2, che “*le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, fatta salva la sola informazione ai sindacati, ove prevista nei contratti di cui all'art. 9*”⁴

Accanto a queste previsioni si collocano, poi, altre rilevanti disposizioni che attribuiscono al dirigente specifici poteri manageriali, ma anche relative responsabilità.

Le prerogative dirigenziali sono arricchite dall'importante aspetto relativo alla partecipazione alla determinazione delle risorse e dei profili professionali necessari per lo svolgimento dei compiti istituzionali delle strutture di appartenenza e dal riconoscimento del potere/dovere di valutare il personale assegnato ai propri uffici, con conseguente erogazione di incentivi e premi.

Con riferimento, poi, all'oggetto della responsabilità dei dipendenti pubblici, questa è stata focalizzata in via principale sulla sola responsabilità disciplinare. Gli obiettivi dell'intervento riformatore, in questo campo, sono il potenziamento del livello di efficienza degli uffici pubblici ed il contrasto ai fenomeni di scarsa produttività e di assenteismo nel pubblico impiego.

Al fine di superare le difficoltà applicative della disciplina preesistente è stata, dunque, operata una rilegificazione della materia finalizzata all'incremento delle competenze disciplinari dei dirigenti e ad una rivisitazione delle disposizioni di carattere procedimentale.

Un'ulteriore finalità del decreto che opera trasversalmente rispetto alle diverse questioni oggetto di riforma concerne la trasparenza dell'operato delle pubbliche amministrazioni, anche a garanzia della legalità, principio che richiama l'attuazione del più generale obiettivo individuato dalla legge delega riguardante il perseguimento della garanzia della trasparenza dell'organizzazione del lavoro

⁴ BOSCATI, *Dirigenza pubblica: poteri e responsabilità tra organizzazione del lavoro e svolgimento dell'attività amministrativa*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2009, 13.

nelle pubbliche amministrazioni e dei relativi sistemi retributivi.

Vengono potenziati i vincoli di pubblicità posti a carico delle pubbliche amministrazioni, alle quali viene imposto di pubblicare nei propri siti informatici l'insieme “*delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell'attività di misurazione e valutazione svolta dagli organi competenti*”⁵.

È, inoltre, significativo che la stessa legge colleghi siffatte forme di trasparenza “*allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e di imparzialità*”, precisando, altresì, che la stessa trasparenza costituisce livello essenziale delle prestazioni pubbliche ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. m), Cost.

In tale contesto, non trascurabile è la previsione, ad opera degli artt. 11, comma 2, e 15, comma 2, dell'obbligo per gli organi di indirizzo politico-amministrativo di predisporre un *Programma triennale per la trasparenza e l'integrità*, da aggiornare annualmente, anch'esso destinato ad essere pubblicato nel sito istituzionale dell'amministrazione. Questo programma, che vede nella fase della sua formazione la significativa partecipazione delle associazioni rappresentate nel Consiglio nazionale dei consumatori e degli utenti, deve indicare tutte le iniziative che sono previste per garantire un adeguato livello di trasparenza e la legalità e lo sviluppo della cultura dell'integrità. Nello stesso devono inoltre essere specificate le modalità, i tempi di attuazione, le risorse dedicate e gli strumenti di verifica dell'efficacia delle suddette iniziative.

La *ratio* della norma è tipicamente economica in quanto intende tutelare gli amministrati, informandoli in modo adeguato sulle condizioni organizzative interne e sulle prestazioni delle pubbliche amministrazioni, al fine di indurre i pubblici uffici non solo a rispettare le norme, ma soprattutto a migliorare i loro servizi, non approfittando di particolari condizioni retributive e di lavoro. Attraverso, infatti, la pubblicazione di determinate informazioni dovrebbe diventare ineludibile sia per gli organi di indirizzo sia per la dirigenza rispondere direttamente ai cittadini in caso di comportamenti non funzionali ad una corretta logica di efficienza e miglioramento dei servizi.⁶

4.- La disciplina transitoria.

Molte disposizioni del d.lgs. n. 150 si applicano immediatamente: si pensi ad esempio alle norme relative ai procedimenti disciplinari, che sono regolati dal principio *tempus regit actum*, ossia dal regime giuridico vigente al momento del compimento dell'atto.

Ai sensi dell'art. 40, comma 3-quinquies, le norme relative alle conseguenze (di cui si dirà ampiamente *infra*) della violazione del divieto per le amministrazioni pubbliche di sottoscrizione in sede decentrata di contratti collettivi integrativi, in contrasto con i vincoli e con i limiti risultanti dai contratti collettivi nazionali o che disciplinano materie non espressamente delegate a tale livello negoziale ovvero che comportano oneri non previsti negli strumenti di programmazione annuale e pluriennale di ciascuna amministrazione, trovano applicazione a decorrere dai

⁵ Cfr. Circolare di Funzione Pubblica n. 1/10 del 14 gennaio 2010.

⁶ RUFFINI R., *Oggetto e finalità (art. 1)*, in AA.VV., *La nuova riforma del lavoro pubblico*, op. cit., p. 212; CARABELLI U., *La “riforma Brunetta”*: un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche, in *Working Papers C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT- 101/2010*; CARINCI F., *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla l. n. 133/2008 alla l.d. n. 15/2009*, in *Working Papers C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT-88/2009*

contratti sottoscritti successivamente alla data di entrata in vigore del decreto.

L'art. 73 del decreto stabilisce poi regole di diritto transitorio.

Dalla data di entrata in vigore del decreto non è ammessa, a pena di nullità, l'impugnazione di sanzioni disciplinari dinanzi ai collegi arbitrali di disciplina. I procedimenti di impugnazione di sanzioni disciplinari pendenti dinanzi ai predetti collegi alla data di entrata in vigore del presente decreto sono definiti, a pena di nullità degli atti, entro il termine di sessanta giorni decorrente dalla predetta data.

L'obbligo di esposizione di cartellini o targhe identificativi, previsto dall'articolo 55-*novies* del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, introdotto dall'articolo 69 del presente decreto, decorre dal novantesimo giorno successivo all'entrata in vigore del presente decreto.

Infine, le disposizioni di legge, non incompatibili con quelle del decreto, concernenti singole amministrazioni e recanti fattispecie sanzionatorie specificamente concernenti i rapporti di lavoro del personale di cui all'articolo 2, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, continuano ad essere applicabili fino al primo rinnovo del contratto collettivo di settore successivo alla data di entrata in vigore del decreto.

PARTE II

LA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

1.- Gli obiettivi principali della riforma.

Nel sistema normativo precedente alla riforma in esame, il legislatore si era impegnato, già con la legge delega 23 ottobre 1992 n. 421 e con il relativo decreto attuativo 3 febbraio 1993, n. 29, a traghettare il personale delle pubbliche amministrazioni (salvo alcune esclusioni soggettive e relative ad alcune materie) dal regime specifico di diritto pubblico alle disposizioni generali del codice civile, dello statuto dei lavoratori e della legislazione speciale del lavoro applicabili al settore privato, in tal modo segnando il passaggio dalla legge al contratto (soprattutto collettivo) come fonte di regolamentazione del rapporto di pubblico impiego. Il sistema era caratterizzato dalla fine della supremazia speciale della Pubblica Amministrazione e dalla sua riconduzione ad un rapporto paritario in termini privatistici tra le parti del rapporto di lavoro; si era anzi prevista, in linea generale, quale regola disciplinatrice del rapporto tra le fonti di regolamentazione del rapporto di lavoro, la possibilità per il contratto collettivo di poter derogare alle disposizioni di legge in materia di rapporto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni. Si prevedeva che il rapporto di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche fosse disciplinato dalle disposizioni del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, salvi i limiti previsti dal decreto stesso., e si stabiliva che i rapporti individuali e di impiego di cui al comma 2 sono regolati contrattualmente, ciò che dava chiara l'idea dell'avvenuta contrattualizzazione del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

Anche se la modifica del regime dei rapporti di lavoro, che venivano ricondotti nell'ambito della disciplina privatistica, non cambiava la natura del datore di lavoro, che rimaneva sempre pubblica, con la privatizzazione del rapporto si attuava una parificazione dei poteri di gestione del datore di lavoro pubblico rispetto a quello privato.

In buona sostanza, gli atti di gestione del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni dovevano considerarsi atti di diritto privato e non di diritto amministrativo, con la conseguenza, sul piano processuale, che competente a decidere diveniva il giudice ordinario, il quale poteva sindacare l'atto di gestione del datore di lavoro pubblico al pari dell'atto del datore di lavoro privato, sotto il profilo della motivazione.

Veniva introdotto il principio della coesistenza delle fonti, pubblicistiche e privatistiche, ad ognuna delle quali viene attribuita una competenza specifica: in particolare, l'organizzazione degli uffici è affidata a fonti pubblicistiche (legge, atti normativi ed amministrativi), mentre i rapporti di lavoro e di impiego alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche a fonti di carattere privatistico (disposizioni del codice civile, leggi sul lavoro subordinato nell'impresa, contratto collettivo ed individuale).

Nel sistema normativo dell'epoca (poi confluito nel d.lgs. 165 del 2001, recante il testo unico per i dipendenti delle pubbliche amministrazioni, d'ora in avanti "t.u."), rilevante e decisiva importanza veniva attribuita dal legislatore della riforma al contratto collettivo, cui veniva riconosciuto un ruolo autonomo, che diviene lo strumento privilegiato di disciplina del rapporto di lavoro pubblico.

Sul piano delle fonti, si stabiliva che eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto sopravvenute "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".

Si consentiva così la deroga da parte del contratto collettivo alla legge.

Tale sistema, improntato ad un paritetico e imparziale, almeno formalmente, rapporto tra fonte pubblicistica e fonte contrattuale, si è rilevato, con il passare degli anni, inadeguato e non privo di inconvenienti: infatti, da un lato lo strumento contrattuale è stato utilizzato meglio e più efficacemente dalla parte sindacale (e non per esigenze di interesse pubblico, ma per esigenze di tutela degli interessi collettivi propri, spesso non coincidenti con le prime), mentre per altro verso di fatto il potere datoriale è stato relegato ad un ruolo marginale, ed i dirigenti hanno trovato comodo adagiarsi sui risultati della contrattazione: ciò ha comportato da un lato che il contratto collettivo ha invaso materie riservate alla legge e ai regolamenti di organizzazione, e, dall'altro lato, che una contrattazione collettiva non governata, e certamente non rispondente alle esigenze di buon funzionamento delle amministrazioni, ha fatto perdere alla p.a. importanti istituti di direzione ed organizzazione del lavoro (si pensi alla regolamentazione delle procedure di progressione interna, o alla disciplina dei contratti a tempo determinato, o ancora alla regolamentazione degli orari di servizio e di apertura degli uffici al pubblico, o ancora alla crescita incontrollata della spesa del personale, per effetto dell'incremento delle retribuzioni di fatto dei pubblici dipendenti, soprattutto attraverso la contrattazione integrativa⁷).

Tra gli elementi di disfunzione sono stati evidenziati i seguenti:

a) crescita complessiva della spesa del personale, per effetto dell'incremento delle retribuzioni di fatto dei pubblici dipendenti, soprattutto attraverso la contrattazione integrativa;

b) costante prassi dei ritardi nei rinnovi contrattuali, derivante dalle stesse procedure contrattuali; la difficoltà, a monte, nella definizione delle risorse per la stipulazione dei contratti collettivi per un determinato biennio economico, si è tradotta inevitabilmente nello slittamento, anche di diversi anni rispetto al suddetto biennio, dell'avvio della trattativa, con inevitabili ricadute anche sulle legittime attese dei lavoratori;

c) scarso apporto all'accrescimento quantitativo e qualitativo delle attività e dei servizi delle

⁷ VERBARO F., *La legge delega: principi e criteri direttivi e nuovo sistema delle fonti*, in TIRABOSCHI M. e VERBARO F. (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 74 ss., 83.

Pubbliche Amministrazioni, nonostante che questo fosse uno degli obiettivi della sua introduzione, come rilevato da alcune ricerche;

d) logica distributiva o meramente amministrativa che vede ancora oggi, in molte esperienze applicative, il contratto integrativo come mero strumento per il riparto delle risorse o come adempimento amministrativo per corrispondere gli emolumenti a carico del fondo, con la conseguente distribuzione “a pioggia” dei compensi;

e) non rari sconfinamenti della contrattazione collettiva anche negli ambiti regolativi riservati alla legge; accanto a questa, si è riscontrata anche la tendenza, a livello locale, della contrattazione integrativa a regolamentare materie che, in realtà, sulla base del contratto nazionale sono riservate solo agli istituti della partecipazione (informazione, consultazione, concertazione)”⁸.

Proprio per ovviare a questi inconvenienti, il legislatore del d.lgs. 150 del 2009 ha previsto innanzitutto che non vi è più un potere generale del contratto collettivo di derogare alle disposizioni di legge in materia di rapporto di lavoro nelle pubbliche amministrazioni, ma che tale potere può essere riconosciuto al contratto solo ove esplicitamente richiamato dalla legge con riferimento alle singole fattispecie; infatti, ai sensi dell’art. 2, comma 2, nuovo testo, del testo unico, *“I rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle legge sui rapporti di lavoro subordinato nell’impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto, che costituiscono disposizioni a carattere imperativo. Eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata, non sono ulteriormente applicabili, solo qualora ciò sia espressamente previsto dalla legge.”*

Con la riforma, dunque, cambia radicalmente il rapporto tra le fonti di disciplina del rapporto lavorativo pubblico⁹: prima si dava la possibilità a futuri contratti di

⁸ SOLOPERTO R., *La riforma della contrattazione collettiva*, in TIRABOSCHI M. e VERBARO F. (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 97 ss., 98 ss.

⁹ In dottrina, sul tema: ARGENZIANO M., *Riforma dei modelli contrattuali: cosa cambia per il settore pubblico*, in *Guida al diritto Sole 24 ore, Pubblico Impiego*, 2009, fasc. 5, 16 ss.; BERTAGNA G., *La contrattazione integrativa si rifà il look*, in *Guida al diritto Sole 24 ore, Pubblico Impiego*, 2009, fasc. 3, 47 ss.; DEODATO C., *La riforma Brunetta: le nuove regole del lavoro pubblico, commento organico al decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150*, 2009; GAROFALO M.G., *Delegificazione e rilegificazione*, in GENTILE M. (a cura di), *Lavoro pubblico: ritorno al passato?*, Ediesse, 2009, 13 ss.; GENTILE M. (a cura di), *Lavoro pubblico: ritorno al passato?*, Ediesse, 2009; MASARACCHIA A., *Sindacati ridimensionati nella contrattazione*, in *Guida al diritto Sole 24 ore, Pubblico Impiego*, 2009, fasc. 47, 8 ss.; MASSI E., *Contrattazione collettiva e potere disciplinare dell’amministrazione*, 2009; OLIVERI L., *La riforma del lavoro pubblico*, Maggioli, Rimini, 2009; PALLIGIANO G., *Il cuore si sposta verso il piano decentrato*, in *Guida al diritto Sole 24 ore, Pubblico Impiego*, 2009, fasc. 47, 21 ss.; PALLIGIANO G., *Organizzazione e gestione tarate sul modello privato*, in *Guida al diritto Sole 24 ore, Pubblico Impiego*, 2009, fasc. 47, 21 ss.; SALOMONE R., *Il lavoro pubblico regionale e locale nella “riforma Brunetta”*, in *Lavoro pubbl. amm.*, 2009, 1, 1; SILVESTRO C., *La riforma Brunetta del pubblico impiego*, DIKE, 2009; SOLOPERTO R., *La contrattazione collettiva nazionale e integrativa*, in TIRABOSCHI M. e VERBARO F. (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 366 ss.; SOLOPERTO R., *La riforma della contrattazione collettiva*, in TIRABOSCHI M. e VERBARO F. (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 97 ss.; TOSCHEI S., *La fonte legislativa prevale su quella contrattuale*, in *Guida al diritto Sole 24 ore, Pubblico Impiego*, 2009, fasc. 47, 31 ss.; VERBARO F., *La legge delega: principi e criteri direttivi e nuovo sistema delle fonti*, in TIRABOSCHI M. e VERBARO F. (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 74 ss.; ZOPPOLI L., *La contrattazione collettiva dopo la delega*, in GENTILE M. (a cura di), *Lavoro pubblico: ritorno al passato?*, Ediesse, 2009, 23 ss.

modificare le norme contenute in fonti legislative a meno che le stesse non prevedessero l'immodificabilità delle stesse; oggi si prevede che, affinché un contratto possa modificare una disposizione normativa è necessaria una previsione esplicita.

Risulta quindi definitivamente tramontata la precedente preoccupazione del legislatore (desumibile dall'originaria formulazione dell'art. 2, comma 2, del d.lgs. 165 nel testo precedente la riforma) di tutelare l'area riservata alla contrattazione da possibili invasioni della fonte legislativa, laddove oggi la preoccupazione legislativa è esattamente l'opposta, o sia restringere il più possibile gli spazi che nel tempo l'autonomia collettiva è riuscita a ritagliarsi, sebbene ciò implichi in parte anche un arretramento dell'autonomia dell'amministrazione¹⁰.

Si è così passati dalla delegificazione alla rilegificazione¹¹, e si assiste ad un fenomeno di "unilateralizzazione" del rapporto di impiego¹², restando il ruolo del sindacato e della contrattazione collettiva notevolmente ridimensionato, sia sotto il versante dell'organizzazione del lavoro e del rapporto tra dirigente e dipendenti, sia con riferimento alla determinazione dei trattamenti economici.

Il nuovo art. 2 del decreto dispone oggi che le disposizioni di legge contenute nel testo unico del pubblico impiego hanno carattere imperativo, e non sono suscettibili di essere derogate dalla contrattazione collettiva né *in pejus* né *in melius*.

Nel segno dell'indebolimento dell'autonomia contrattuale è anche il richiamo agli artt. 1339 e 1419 comma 2 del codice civile, per il caso di nullità delle clausole contrattuali per violazione di norme imperative o dei limiti fissati dalla contrattazione collettiva nazionale.

Rispetto ad un rapporto paritetico delle due fonti disegnato dal previgente articolo, la riforma assegna un ruolo prioritario alla legge, in quanto contenenti regole ed istituti fondamentali per assicurare l'efficacia e l'efficienza delle strutture pubbliche.

Come si è ben rilevato¹³, "la parte pubblica per il legislatore della riforma si rivela più complessa di quella sindacale, in quanto costituita da una rappresentanza formale, data dalla dirigenza e dal vertice politico, e da una sostanziale, per anni trascurata, costituita dai cittadini e dagli interessi collettivi. Si presume quindi che solo la legge può rappresentare al meglio gli interessi collettivi e diffusi e pertanto imporre regole di governo ed istituti non derogabili dalla contrattazione collettiva. Solo la legge pertanto può prevedere delle deroghe da parte del contratto."

2.- Le competenze della contrattazione.

Oltre a quanto appena detto con riferimento al nuovo rapporto tra la legge ed il contratto collettivo, con la riforma cambia anche l'oggetto della contrattazione, la cui competenza viene ad essere circoscritta.

Il vecchio sistema vedeva la contrattazione collettiva munita di competenza generale e residuale in merito alla gestione del rapporto di lavoro, svolgendosi essa,

¹⁰ MASARACCHIA A., *Sindacati ridimensionati nella contrattazione*, in *Guida al diritto Sole 24 ore, Pubblico Impiego*, 2009, fasc. 47, 8 ss.

¹¹ GAROFALO M.G., *Delegificazione e rilegificazione*, in GENTILE M. (a cura di), *Lavoro pubblico: ritorno al passato?*, Ediesse, 2009, 13 ss.

¹² MASARACCHIA, *op. loc. cit.*

¹³ VERBARO F., *La legge delega: principi e criteri direttivi e nuovo sistema delle fonti*, in TIRABOSCHI M. e VERBARO F. (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 74 ss. 85.

secondo l'art. 40 del t.u., vecchio testo, "su tutte le materie relative al rapporto di lavoro ed alle relazioni sindacali"; la norma veniva interpretata estensivamente, fino a ritenere negoziabili tutte le materie e tutti gli istituti comunque connessi al rapporto di lavoro, anche se solo indirettamente, con la conseguenza che la contrattazione nazionale aveva finito spesso per occuparsi di materie riservate alla legge e ai regolamenti di organizzazione, e la contrattazione decentrata aveva disciplinato a livello locale materie che, in realtà, sulla base del contratto nazionale erano riservate solo agli istituti della partecipazione (informazione, consultazione, concertazione).

Più a monte, poi, nel sistema precedente la riforma restava fermo, che, nella dimensione privatizzata del lavoro pubblico, la contrattazione collettiva non era più obbligatoria, come avveniva nell'ambito del precedente impianto pubblicistico, essendo rimesso essenzialmente alla forza delle parti sociali la composizione concreta degli interessi in conflitto (l'unica ipotesi di contrattazione obbligatoria era quella espressamente prevista dalla legge relativamente al trattamento economico, fondamentale ed accessorio, del personale, *ex art. 2, comma 3, e 45, comma 1, del t.u.*).

A quanto detto va poi aggiunto che, mentre nella prima fase di riforma erano qualificati come privatistici solo i poteri di gestione del rapporto di lavoro (testo originario dell'articolo 4 del d.lgs. n. 29 del 1993), nella seconda fase dettata dal d.lgs. n. 80 del 1998 (e poi confluita nel t.u.) era stato parzialmente ricondotto all'ambito regolamentare privatistico anche il potere di organizzazione degli uffici, con limitato riferimento ai c.d. atti di micro organizzazione, che venivano sottratti al regime pubblicistico precedentemente operante per gli stessi. In tale contesto, la demarcazione tra atti di micro e di macro organizzazione veniva rimessa all'interprete e, quindi, alle stesse parti sociali, sebbene una linea orientativa era contenuta nell'art. 2 del t.u., che elencava le materie necessariamente riservate alla legge ed agli atti unilaterali amministrativi (ossia le linee fondamentali di organizzazione degli uffici, la individuazione degli uffici di maggiore rilevanza ed i modi di conferimento della titolarità degli stessi; la determinazione delle dotazioni organiche complessive), laddove, al di là di tale elenco, tutte le altre materie comunque attinenti all'organizzazione degli uffici erano ricondotte all'area privatistica della micro-organizzazione.

Ciò aveva consentito, come rilevato in dottrina, un intervento dei poteri sindacali non solo nella definizione delle regole per la disciplina del rapporto di lavoro ma anche nella stessa amministrazione e gestione del personale, con accordi non aventi contenuto normativo ma assai sovente carattere gestionale, volti alla regolamentazione dei poteri organizzativi del datore di lavoro più che dei diritti dei lavoratori strettamente inerenti il rapporto di lavoro, con un sostanziale svuotamento delle prerogative manageriali e nella conseguente deresponsabilizzazione della stessa dirigenza ¹⁴.

Che la contrattazione collettiva nazionale potesse assoggettare il potere organizzativo e gestionale del dirigente agli istituti della partecipazione (informazione, consultazione,

¹⁴ SOLOPERTO R., *La contrattazione collettiva nazionale e integrativa*, in TIRABOSCHI M. e VERBARO F. (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 366 ss., 465.

concertazione) ed anche alla contrattazione aveva effetti assai rilevanti, in quanto dalla negoziabilità della cosiddetta micro-organizzazione, poteva derivare che l'eventuale stipulazione di un accordo gestionale in materia di organizzazione degli uffici avrebbe, paradossalmente, reso indisponibile la materia per la pubblica amministrazione, atteso che, una volta sottoscritto un tale accordo, per effetto dei generali principi di ultrattività e di *prorogatio* dei contratti collettivi, esso avrebbe trovato applicazione fino al raggiungimento di un nuovo accordo, e sempre che ovviamente le organizzazioni sindacali avessero concordato sull'opportunità di una modifica delle regole già pattuite.

Ne derivava allora l'impossibilità per l'amministrazione di adottare unilateralmente quelle ulteriori modifiche dei propri assetti ritenute necessarie per la tutela del proprio interesse organizzativo come dalla stessa autonomamente valutato, in conformità ai principi di imparzialità e di buon andamento di cui all'articolo 97 della Costituzione, cui anche l'attività di micro-organizzazione, sia pure in via mediata, è funzionalizzata¹⁵.

Altri¹⁶ ha rilevato che, nella prassi, approfittando della debolezza manifestata dal datore di lavoro pubblico specie a livello decentrato le materie di partecipazione sindacale, a carattere organizzativo, sono state sovente contrattate, con una risalita della contrattazione a monte della sfera organizzativa, che ha determinato forme di cogestione dai tratti ambigui e spuri. Ma anche a livello nazionale, non di rado, la contrattazione collettiva, sempre più pervasiva, ha invaso la sfera preclusa, per esempio in materia di concorsi pubblici e soprattutto attraverso la definizione convenzionale delle progressioni di carriera. Queste hanno garantito passaggi di massa alle categorie superiori in modo sostanzialmente indiscriminato e poco selettivo, hanno risposto ad aspettative dei dipendenti pregresse e consolidate nel tempo e quindi sulla base dell'anzianità di servizio, ma con un tradimento dei principi costituzionali del pubblico concorso e del merito e senza alcuna attenzione alle esigenze di spesa pubblica.

Nel nuovo sistema, invece, si prevede che la contrattazione possa determinare esclusivamente i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro, e, per altro verso, le materie relative alle relazioni sindacali, e sono inoltre indicate le materie nelle quali la contrattazione non può ingerirsi. Ai sensi dell'art. 40 del t.u. novellato, infatti, *“La contrattazione collettiva determina i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro, nonché le materie relative alle relazioni sindacali?”*.

Con l'espressione «diritti ed obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro», la competenza della contrattazione risulta ora circoscritta esclusivamente alla sola regolamentazione di quelle situazioni soggettive di debito e credito delle parti che strettamente e direttamente si riferiscono o sono connesse al rapporto di lavoro e che trovano il proprio fondamento nel contratto individuale (ad esempio trattamento economico, durata dell'orario di lavoro, sistemi di inquadramento, riposi, tutela della salute del lavoratore, a tutela della maternità, ferie e festività, trattamento economico, ecc.), e risulta evidente la portata riduttiva delle nuove previsioni rispetto al passato¹⁷.

L'effettivo ambito di possibile intervento della contrattazione collettiva viene, poi, ulteriormente specificato, anche in negativo, attraverso la previsione di alcuni specifici divieti.

Il nuovo articolo 40, comma 1, t.u. prevede infatti le materie escluse dalla

¹⁵ SOLOPERTO R., *La contrattazione collettiva nazionale e integrativa*, in TIRABOSCHI M. e VERBARO F. (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 366 ss., 465.

¹⁶ SILVESTRO C., *La riforma Brunetta del pubblico impiego*, DIKE, 2009, 98.

¹⁷ SOLOPERTO R., *La contrattazione collettiva nazionale e integrativa*, cit., 465).

contrattazione collettiva: “Sono, in particolare, escluse dalla contrattazione collettiva le materie attinenti all’organizzazione degli uffici, quelle oggetto di partecipazione sindacale ai sensi dell’articolo 9, quelle afferenti alle prerogative dirigenziali ai sensi degli articoli 5, comma 2, 16 e 17, la materia del conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali, nonché quelle di cui all’articolo 2, comma 1, lettera c), della legge 23 ottobre 1992, n. 421.”

Nel nuovo sistema normativo, allora, resta esclusa dalla contrattazione collettiva l’organizzazione degli uffici, ed oggi l’intera rete organizzativa è sottratta alla contrattazione e, in buona parte, anche la micro organizzazione.

La contrattazione si concentra su come viene condotto il rapporto di lavoro, una volta costituito, ma anche in tale più ristretto ambito, se non sono più ammissibili previsioni in ordine all’accesso agli impieghi, anche le progressioni verticali risultano oggi escluse dall’oggetto possibile di contrattazione; le selezioni interne, in particolare, sono oggi ricondotte alle procedure concorsuali pubbliche espressamente, atteso che l’art. 5 della legge delega e poi l’art. 24 del decreto delegato hanno previsto che le progressioni di carriera avvengano per concorso pubblico, limitando le aliquote da destinare al personale interno ad una quota comunque non superiore al 50% dei posti messi a concorso.

L’art. 40 del t.u. novellato prevede poi che “Nelle materie relative alle sanzioni disciplinari, alla valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, della mobilità e delle progressioni economiche, la contrattazione collettiva è consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge”.

Dato il carattere imperativo delle previsioni, si dovrebbe ritenere *contra legem* una diversa disciplina contrattuale che, comunque, prevedesse la contrattazione integrativa o la concertazione sulle materie di cui si è detto, il che implica, come efficacemente si è detto ¹⁸, la creazione di una sorta di scudo totale dei poteri della dirigenza contro ogni forma di pressione sindacale.

Si è ben detto, in proposito ¹⁹, che “la riappropriazione di una serie di materie decisive della disciplina del rapporto di lavoro da parte della legge rompe certamente la posizione di parità delle parti contrattuali, e che in conseguenza della profonda (comprensibile) sfiducia del legislatore sulle capacità delle parti contrattuali pubbliche di affrontare la contrattazione con la corretta interpretazione del ruolo del datore di lavoro e la volontà di affermarsi come vera e propria controparte dei sindacati, la legge 15 del 2009 annulla, di fatto, il valore della contrattazione”.

Da ultimo, sul piano economico, la riforma intende eliminare la distribuzione a pioggia di incentivi e di premi ai dipendenti pubblici, introducendo un sistema che consenta di legare la distribuzione delle risorse disponibili all’effettiva produttività dei lavoratori

(il che ha secondo alcuni ²⁰ posto il superamento della delega, in quanto questa ha previsto la valorizzazione del merito dei dipendenti, ma non imponendo che ciò debba realizzarsi mediante

¹⁸ SOLOPERTO R., *ibidem*, 467.

¹⁹ CAPALBO A., *Riforma Brunetta: tutte le novità nel pubblico impiego: commento sistematico al decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150*, 2009, 314.

²⁰ MASARACCHIA A., *Sindacati ridimensionati nella contrattazione*, in *Guida al diritto Sole 24 ore, Pubblico Impiego*, 2009, fasc. 47, 8 ss.

l'apposizione di vincoli alla contrattazione collettiva).

La determinazione delle risorse è sottratta alle parti sociali a differenza delle relazioni sindacali private ed è frutto delle determinazioni del governo in via esclusiva, non oggetto né di contrattazione nazionale né decentrata: si tratta, in altri termini, di una funzione esclusivamente datoriale ed unilaterale, condizionata dalla disponibilità di risorse pubbliche, definita con leggi finanziarie o di manovra economica. Il contratto collettivo determina solo come utilizzare le risorse, ma non si estende alla quantificazione delle risorse stesse²¹.

Il decreto di riforma prevede oggi che la contrattazione collettiva nazionale, in sede di riparto delle risorse da destinare alla contrattazione collettiva decentrata, sarà vincolata dalla graduatoria di performance delle amministrazioni, dovendo distribuire le risorse in modo da rispettare i diversi livelli di merito nei quali le singole amministrazioni sono state classificate dalla commissione di cui all'art. 13 del decreto.

Ai sensi dell'art. 45 comma 3 del t.u. novellato, *“I contratti collettivi definiscono, in coerenza con le disposizioni legislative vigenti, trattamenti economici accessori collegati: a) alla performance individuale; b) alla performance organizzativa con riferimento all'amministrazione nel suo complesso e alle unità organizzative o aree di responsabilità in cui si articola l'amministrazione; c) all'effettivo svolgimento di attività particolarmente disagiate ovvero pericolose o dannose per la salute”*. E l'art. 40, comma 3-bis, aggiunge che *“la contrattazione collettiva integrativa assicura adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici, incentivando l'impegno e la qualità della performance ai sensi dell'articolo 45, comma 3. A tale fine destina al trattamento economico accessorio collegato alla performance individuale una quota prevalente del trattamento accessorio complessivo comunque denominato”*.

La nuova versione del richiamato art. 45 t.u. aggancia i trattamenti integrativi ed accessori non più alla produttività, ma alla performance individuale ed organizzativa: il cambiamento non è privo di significato, in quanto, come si è rilevato²², mentre la produttività si concentra sull'aspetto neutrale ed oggettivo della quantità di lavoro svolto in un determinato periodo di tempo, la performance attiene prevalentemente alla rispondenza tra risultati raggiunti ed obiettivi programmati.

Con riferimento, poi, alla regolamentazione delle relazioni sindacali, ai sensi dell'art. 40 comma 3 del t.u., la contrattazione collettiva dovrà disciplinare la struttura contrattuale, i rapporti tra i diversi livelli, la durata dei contratti collettivi nazionali ed integrativi.

La legge, peraltro, stabilisce limiti penetranti alla contrattazione collettiva: così, quanto alla struttura contrattuale, se i contenuti del contratto e lo schema delle clausole sono lasciati alla contrattazione collettiva, la norma pubblicistica definisce già i rapporti tra i diversi livelli, prevedendo che la contrattazione decentrata non possa violare i vincoli posti dalla contrattazione collettiva nazionale a pena di nullità delle clausole connesse.

Ai sensi della disposizione dell'art. 40 comma 3-bis, *“Le pubbliche amministrazioni attivano autonomi livelli di contrattazione collettiva integrativa, nel rispetto dell'articolo 7, comma 5, e dei vincoli di bilancio risultanti dagli strumenti di programmazione annuale e pluriennale di*

²¹ CAPALBO A., *Riforma Brunetta: tutte le novità nel pubblico impiego: commento sistematico al decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150*, 2009, 323.

²² MASARACCHIA A., *op. cit.*, 8 ss.

ciascuna amministrazione. ... La contrattazione collettiva integrativa ... si svolge sulle materie, con i vincoli e nei limiti stabiliti dai contratti collettivi nazionali, tra i soggetti e con le procedure negoziali che questi ultimi prevedono”.

Fondamentale, altresì, la norma dell’art. 40, comma 3-quinquies, introdotta dalla riforma nel t.u., secondo la quale “la contrattazione collettiva nazionale dispone, per le amministrazioni di cui al comma 3 dell’articolo 41, le modalità di utilizzo delle risorse indicate all’articolo 45, comma 3-bis, individuando i criteri e i limiti finanziari entro i quali si deve svolgere la contrattazione integrativa. Le pubbliche amministrazioni non possono in ogni caso sottoscrivere in sede decentrata contratti collettivi integrativi in contrasto con i vincoli e con i limiti risultanti dai contratti collettivi nazionali o che disciplinano materie non espressamente delegate a tale livello negoziale ovvero che comportano oneri non previsti negli strumenti di programmazione annuale e pluriennale di ciascuna amministrazione. Nei casi di violazione dei vincoli e dei limiti di competenza imposti dalla contrattazione nazionale o dalle norme di legge, le clausole sono nulle, non possono essere applicate e sono sostituite ai sensi degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile. In caso di accertato superamento di vincoli finanziari da parte delle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, del Dipartimento della funzione pubblica o del Ministero dell’economia e delle finanze è fatto altresì obbligo di recupero nell’ambito della sessione negoziale successiva”.

Quanto alla durata dei contratti collettivi, la norma stabilisce il principio della coincidenza fra la vigenza della disciplina giuridica con quella economica (fissata poi in tre anni).

Se la riforma prevede che i contratti collettivi nazionali disciplinano i rapporti sindacali e gli istituti della partecipazione, si tratta di materie escluse dalla contrattazione per il resto, sicché gli istituti di partecipazione, cioè le forme mediante le quali i sindacati possono essere coinvolti per concertare o per essere sentiti a livello esclusivamente consultivo in merito a decisioni concernenti l’organizzazione, non potranno mai divenire oggetto della contrattazione decentrata a pena di nullità²³.

Viene dunque esclusa *ex professo* la contrattabilità delle materie oggetto di partecipazione sindacale, e le stesse modalità relazionali vengono limitate alla sola informazione (allorché prevista dai contratti collettivi) nelle materie relative alla determinazione per l’organizzazione degli uffici ed alle misure inerenti alla gestione del rapporto di lavoro, restando inibita la contrattazione della cd. micro-organizzazione, ponendosi in tal modo un argine rispetto ad ogni ipotesi di sconfinamento o cogestione nelle materie datoriali con un indubbio rafforzamento delle prerogative dirigenziali²⁴.

In tema, sotto altro profilo, è poi previsto, per il caso in cui non venga raggiunto l’accordo per la stipulazione di un contratto integrativo, che l’amministrazione si avvalga della possibilità di provvedere unilateralmente in via provvisoria sulle materie oggetto del mancato accordo fino alla successiva sottoscrizione.

²³ CAPALBO A., *op .loc .cit.*

²⁴ TALAMO V., *La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico*, in *Working Papers C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, 96/2010, 7.

3.- Comparti, comitati e procedimento di contrattazione.

3.1. La rappresentatività.

Come noto, il contratto collettivo, una volta sottoscritto, acquista efficacia *erga omnes*, sia per le amministrazioni che per i lavoratori.

Quanto alla vincolatività dei contratti, il problema non si pone per la parte pubblica, che è rappresentata dall'ARAN, che è un organismo unitario: l'art. 45, comma 2.t.u., infatti, impone alle p.a. di *“garantire ai propri dipendenti di cui all'articolo 2, comma 2, parità di trattamento contrattuale e comunque trattamenti non inferiori a quelli previsti dai rispettivi contratti collettivi.”*

Per converso, la vincolatività dei contratti assume aspetti diversi nei confronti dei dipendenti delle p.a., con particolare riferimento ai non aderenti alle oo.ss. stipulanti. Sul punto, la sentenza della Corte costituzionale n. 309 del 97 ha affermato che il pubblico dipendente rinviene nel contratto individuale di lavoro la fonte regolatrice del proprio rapporto, e che l'obbligo di conformarsi al contratto collettivo, negozialmente assunto, nasce proprio dal rinvio alla disciplina collettiva contenuta nel contratto individuale: infatti, l'obbligo per la p.a. di assicurare ai dipendenti un trattamento non inferiore a quello garantito dai contratti collettivi, e di applicare condizioni contrattuali uniformi agli stessi impone che, nei contratti individuali di lavoro, siano richiamati quelli collettivi e, tramite il detto rinvio, questi ultimi finiscono per spiegare effetti anche nei confronti dei lavoratori non legati alle organizzazioni sindacali firmatarie degli accordi.

La disciplina legale della contrattazione (non modificata formalmente sul punto dalla riforma) detta specifici criteri e modalità per la individuazione del soggetto sindacale da ammettere alle trattative, stabilendo che alle trattative per il rinnovo dei contratti collettivi nazionali di comparto o di area dirigenziale sono ammesse solo le organizzazioni sindacali che possono considerarsi effettivamente rappresentative nell'ambito del comparto stesso, in quanto godono di un consenso ampio e diffuso tra i lavoratori interessati, verificabile in relazione a due criteri legali di rappresentatività sindacale:

1) le deleghe rilasciate per la riscossione del contributo sindacale a favore di ciascuna sigla sindacale, rispetto al totale delle deleghe nell'ambito considerato; 2) il numero dei voti conseguiti da ciascuna sigla sindacale nelle votazioni per la elezione delle rappresentanze sindacali unitarie, rispetto al totale dei voti.

Sulla base di questi criteri, alle trattative per il rinnovo dei contratti collettivi nazionali di comparto o di area dirigenziale, sono ammesse solo le organizzazioni sindacali che raggiungono la soglia minima del 5%, espressa dalla media tra il dato associativo (le deleghe per il contributo sindacale) e il dato elettorale (voti conseguiti nell'elezione delle RSU).

Vi è, poi, una regola specifica per la sottoscrizione del contratto collettivo nazionale, che non trova riscontro nel settore del lavoro privato, essendo previsto che, prima della sottoscrizione dei contratti collettivi nazionali di comparto o di area dirigenziale, l'ARAN deve verificare che le organizzazioni sindacali che intendono procedere alla stipulazione rappresentino, nel loro insieme, almeno il 51 % nella media tra dato associativo ed elettorale o almeno il 60% calcolato con riferimento al solo dato elettorale.

Tale soglia di rappresentatività minima e necessaria per la valida stipulazione dei contratti collettivi nazionali rappresenta anche un preciso requisito di efficacia degli stessi²⁵.

Queste regole formalmente non sono state modificate dalla riforma e perciò continueranno a trovare applicazione anche nell'ambito del nuovo sistema contrattuale delineato dal decreto legislativo n. 150 del 2009; tuttavia, va subito evidenziato che la riforma ha inciso in modo rilevante sui comparti, con la conseguenza che anche la rappresentatività -che al comparto si relaziona nel modo su descritto- può risultare in concreta incisa.

3.2. I comparti.

Il comparto assume una duplice valenza in materia, essendo l'ambito di riferimento della contrattazione e, nel contempo, della rappresentatività delle organizzazioni sindacali.

Nel sistema precedente alla riforma, le parti negoziali, nella configurazione dei comparti, godevano, in relazione alle esigenze da soddisfare ed ai contenuti delle politiche contrattuali perseguite, della più ampia autonomia, incontrando in materia un unico limite generale di natura legale, secondo il quale i comparti devono essere definiti con riferimento a settori omogenei ed affini.

I comparti, in numero di 12 prima della riforma, sono stati quindi ridotti dalla riforma,

che -restringendo significativamente l'autonomia negoziale- ha affidato ad appositi accordi tra l'ARAN e le confederazioni rappresentative, nel rispetto delle procedure *ex* art. 41, comma 5, e 47 del t.u., nonché senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, il compito di ridefinire la rete dei comparti, prevedendo in ogni caso un limite massimo di 4 comparti, a ciascuno dei quali corrispondono altrettante aree per la dirigenza (art. 54 del d.lgs. 150 del 2009, che ha modificato l'art. 40 comma 2 del t.u.).

La riduzione dei comparti risponde all'esigenza di omogeneizzare per quanto possibile la disciplina giuridica ed economica di base, volendosi evitare che nel pubblico impiego si attuino discipline contrattuali troppo diversificate tra loro e non sempre giustificate dalla diversità dei settori dell'amministrazione.

La scelta normativa non è peraltro, come si è già anticipato, neutra sotto il profilo della incidenza sui soggetti legittimati alla partecipazione alla procedura contrattuale: infatti, posto che il comparto, come detto, rappresenta anche l'ambito di riferimento per la misurazione della rappresentatività sindacale, è evidente che ogni mutamento della configurazione dei comparti può avere un effetto determinante ai fini dell'individuazione delle organizzazioni sindacali da ammettere alle trattative:

con l'accorpamento in pochi comparti di tutti quelli precedentemente previsti, infatti, può ben accadere che una organizzazione sindacale rappresentativa in un determinato comparto perda tale qualificazione nell'ambito di quello nuovo conseguente all'accorpamento, proprio per effetto della

²⁵ SOLOPERTO R., *La riforma della contrattazione collettiva*, in TIRABOSCHI M. e VERBARO F. (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 98 ss.

confluenza in questo anche di altri comparti, che si traduce in un aumento del numero dei dipendenti in esso ricompresi e, quindi, della stessa base di calcolo su cui applicare le regole per la misurazione della rappresentatività sindacale; ciò, se da un lato può portare ad una semplificazione della delegazione sindacale per le trattative nazionali, mentre importa un'omogeneizzazione delle contrattazioni per amministrazioni pubbliche anche diversissime tra loro, può in concreto incidere nel senso di escludere determinati soggetti prima ammessi. Non si è mancato, poi, di osservare in dottrina che la scelta del legislatore comporta il sacrificio di quelle esigenze di specificità e di diversificazione regolativa progressivamente consolidatesi nel tempo, a seguito del decentramento amministrativo avviato nel 1997, che, incentrato sul principio della sussidiarietà e sulla valorizzazione dell'autonomia e delle responsabilità organizzative e gestionali delle amministrazioni (nell'ambito delle diverse tipologie in cui si articola il sistema amministrativo italiano), si era tradotto nella corrispondente crescita dei comparti e delle aree di contrattazione ²⁶.

3.3. I livelli di contrattazione.

Il contratto collettivo nazionale di comparto rappresenta ancora il baricentro del sistema contrattuale pubblico, cui è attribuito il compito di definire il trattamento normativo ed economico standard di tutti i lavoratori pubblici del comparto.

È confermata anche, dopo la riforma, quella particolare tipologia di contratto collettivo nazionale rappresentata dai contratti collettivi quadro, in quanto espressamente menzionati anche nel nuovo testo dell'articolo 41, comma 5, t.u., ed al quale è riconosciuta la funzione di regolazione di una determinata materia o di un determinato istituto in modo uniforme per il personale di più comparti ²⁷.

Quanto alla durata dei contratti collettivi, nel sistema precedente la riforma di che trattasi, nessuna norma di legge aveva definito la durata dei contratti collettivi di lavoro, nazionali ed integrativi, sicché tale aspetto era stato precisato -con una regolamentazione comune al settore del lavoro privato, e riguardante la contrattazione di ogni livello- dalla fonte contrattuale, che aveva fissato il periodo di vigenza delle clausole contrattuali in 4 anni per quelle con contenuto normativo ed in 2 anni per quelle concernenti la parte economica.

Con il punto 2 dell'accordo quadro sulla riforma degli assetti contrattuali del 22 gennaio 2009, la materia ha quindi subito una decisa modifica, in quanto la durata del contratto collettivo nazionale di lavoro è stata fissata in 3 anni, tanto per la parte economica che per quella normativa: la modifica si era resa necessaria per l'esigenza di evitare quel fenomeno di sovrapposizione dei cicli negoziali nazionali ed integrativi che di fatto e spesso, a causa dei ritardi della prima, aveva finito con il paralizzare la seconda ²⁸.

La pluralità delle amministrazioni pubbliche e la loro autonoma capacità organizzativa e gestionale ha portato negli anni passati allo sviluppo di forme di contrattazione decentrata, in funzione naturalmente integrativa del contratto collettivo nazionale ed adattativa di questo alle peculiarità organizzative e gestionali di ciascuna di esse.

L'obiettivo della valorizzazione della contrattazione di secondo livello è stato poi recentemente assunto come uno dei punti qualificanti del nuovo accordo quadro di riforma degli assetti contrattuali del 22 gennaio 2009, quale strumento per migliorare la produttività e l'efficienza del lavoro pubblico.

²⁶ SOLOPERTO R., *La contrattazione collettiva nazionale e integrativa*, in TIRABOSCHI M. e VERBARO F. (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 366 ss., 370 ss.

²⁷ così SOLOPERTO R., *La contrattazione collettiva nazionale e integrativa*, cit., 381).

²⁸ SOLOPERTO R., *op. loc. cit.*

In quest'ottica da ultimo evidenziata si è posto il legislatore della riforma del decreto n. 150 del 2009, che ha visto nella contrattazione integrativa (quasi solo) uno strumento idoneo a promuovere politiche premiali e meritocratiche del personale, in vista dell'obiettivo finale di una maggiore efficienza dei servizi e delle attività che le Pubbliche Amministrazioni rendono ai cittadini utenti ²⁹.

Il comma 3-*bis* dell'art. 40 t.u., introdotto dall'art. 54 del d.lgs. 150 del 2009, valorizza tale ultimo aspetto, ma nel contempo fissa una serie di limiti alla contrattazione integrativa.

Quanto agli scopi fondamentali della contrattazione decentrata, essa è tesa ad assicurare adeguati livelli di efficienza e produttività dei servizi pubblici, nonché incentivare l'impegno e la qualità della performance.

Proprio l'utilizzazione distorta della contrattazione integrativa avvenuta in passato quale strumento di distribuzione non selettiva di risorse economiche al personale ha spinto il legislatore ad intervenire su questo punto, con l'esigenza di legare la legittimità di previsioni contrattuali decentrate di erogazioni premiali ad una effettiva valorizzazione professionale del personale, condizionandone l'attribuzione alla realizzazione di obiettivi di maggiore produttività ed efficienza delle amministrazioni stesse.

Sul tema, si è rilevato ³⁰ che le ispezioni della Ragioneria generale dello Stato hanno rivelato che una percentuale elevatissima, molto vicina al 99%, dei contratti decentrati ha largamente violato i vincoli della contrattazione collettiva nazionale, ma non solo: anche disposizioni di legge risultano spesso applicate in maniera non corretta o apertamente violate; tra le violazioni più ricorrenti si sono riscontrate le seguenti:

- la reiterazione dell'applicazione di incrementi contrattuali, prevista in realtà solo per una certa annualità;
- l'applicazione di incrementi alle risorse decentrate di carattere facoltativo, in assenza dei presupposti previsti dalla legge;
- il mancato rispetto dei criteri fissati dai contratti per la quantificazione del monte salari;
- la mancata restituzione al fondo della contrattazione decentrata delle risorse provenienti dalle posizioni di sviluppo acquisite per progressione orizzontale, in occasione della cessazione del rapporto di lavoro o della progressione verticale del personale interessato;
- l'attribuzione di indennità non previste dalla contrattazione o comunque incrementi di dette indennità non consentiti;
- l'approvazione di progetti obiettivo, finanziati dai bilanci invece che dai fondi della contrattazione;
- l'attribuzione di salario accessorio legato alla produttività, in assenza della formalizzazione e del concreto funzionamento di servizi di controllo interno e dei nuclei di valutazione, ovvero l'erogazione di tale salario accessorio legate alla produttività, in base alla presenza in servizio ed alle categorie di inquadramento;
- la contrattazione, invece che il ricorso a forme di relazioni sindacali diverse, in relazione alla programmazione delle assunzioni alla determinazione della dotazione organica o della fissazione degli orari di servizio, nonché delle progressioni orizzontali o verticali.

Da ciò l'introduzione di un sistema di vincoli ad opera della riforma, vincoli peraltro a ben vedere connaturati alla stessa natura integrativa e, perciò, secondaria del livello di contrattazione.

²⁹ SOLOPERTO R., *op. cit.*, 382 ss.

³⁰ CAPALBO A., *op. cit.*, 326.

Operano in particolare tre distinte classi di limiti ³¹:

a) il limite delle materie: la contrattazione decentrata può affrontare solo le materie espressamente ad essa riservate dal contratto collettivo nazionale, ad esclusione di qualsiasi altra;

b) il limite dei vincoli: la contrattazione decentrata non può violare i vincoli finanziari e normativi posti dai contratti collettivi nazionali;

c) il limite procedurale: la contrattazione decentrata si svolge tra i soggetti e mediante le procedure fissate dalla contrattazione collettiva nazionale, che, dunque, detta i criteri per la formazione della parte contrattuale pubblica e sindacale e descrive i termini ed i passaggi fondamentali del procedimento di contrattazione.

Nel sistema della riforma del d.lgs. n. 150 del 2009, le pubbliche amministrazioni non possono in ogni caso sottoscrivere in sede decentrata contratti collettivi integrativi in contrasto con i vincoli e con i limiti risultanti dai contratti collettivi nazionali o che disciplinano materie non espressamente delegate a tale livello negoziale ovvero che comportano oneri non previsti negli strumenti di programmazione annuale e pluriennale di ciascuna amministrazione. Nei casi di violazione dei vincoli e dei limiti di competenza imposti dalla contrattazione nazionale o dalle norme di legge, le clausole sono nulle, non possono essere applicate e sono sostituite ai sensi degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile. La sanzione della nullità colpisce solo la singola clausola che vi ha dato luogo, sicché si tratta di nullità parziale, che non determina la nullità dell'intero contratto collettivo. Secondo le regole generali, la nullità, opera di diritto, non si prescrive ed è rilevabile d'ufficio non solo dal giudice, ma da qualsiasi soggetto chiamato ad applicare la regola nulla.

Inoltre, continuano a trovare applicazione le regole già attualmente vigenti in materia di responsabilità amministrativa:

infatti, la sanzione coinvolge la responsabilità personale dei soggetti chiamati ad applicare le clausole: infatti, la legge è molto chiara nel privare loro della possibilità di attuare le clausole in contrasto con i vincoli dei contratti, è un'ipotesi di responsabilità sostanzialmente insuscettibile di prova contraria: infatti, la colpa grave, se non il dolo, è insita nella stessa applicazione di una regola da riconoscere come nulla ³².

Come si è ben evidenziato, viene affermata, innovativamente, la piena applicabilità anche al rapporto tra livelli contrattuali diversi ed al rapporto tra legge e contratto collettivo di quelle norme codicistiche dettate dal legislatore per la diversa finalità di imporre limitazioni all'autonomia contrattuale privata in vista della tutela di interessi generali riconosciuti e fatti propri dall'ordinamento attraverso la previsione di norme imperative ³³.

Quanto ai limiti ulteriori della contrattazione integrativa, attraverso il richiamo all'articolo 7, comma 5, del t.u., il comma 3-bis dell'art. 40 introdotto dalla riforma

³¹ CAPALBO A., *Riforma Brunetta: tutte le novità nel pubblico impiego: commento sistematico al decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150*, 2009, 319.

³² SOLOPERTO R., *La riforma della contrattazione collettiva*, in TIRABOSCHI M. e VERBARO F. (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 99.

³³ SOLOPERTO R., *La contrattazione collettiva nazionale e integrativa*, in TIRABOSCHI M. e VERBARO F. (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 366 ss.

prevede che le pubbliche amministrazioni «non possono erogare trattamenti economici accessori che non corrispondono alle prestazioni effettivamente rese».

La norma, con il garantire l'effettiva operatività di quella leva gestionale rappresentata dal salario accessorio, ed in particolar modo dagli incentivi per la produttività, pone un forte vincolo alla autonomia delle parti negoziali decentrate in ordine alle stesse modalità di utilizzo delle risorse disponibili, e valorizza la posizione del dirigente.

Si è peraltro osservato in dottrina che, “poiché si dice che la contrattazione integrativa deve destinare «al trattamento economico accessorio del personale collegato alla performance individuale una quota prevalente del trattamento economico accessorio complessivo comunque denominato», questa indicazione potrebbe essere interpretata come una precisa direttiva per la contrattazione integrativa nel senso che la stessa dovrà provvedere a che la quota del trattamento economico accessorio del personale collegata alla performance (il salario di produttività) assuma un carattere prevalente, dal punto di vista quantitativo, nell'ambito del complessivo trattamento accessorio attualmente corrisposto, a discapito, quindi, dei trattamenti indennitari e delle altre voci retributive, comunque, di carattere fisso e continuativo che, oggi, sono previste... E' evidente che, sulla base di tale ultima interpretazione, il vincolo che deriverebbe per la contrattazione integrativa (ma a monte per la stessa contrattazione collettiva nazionale, che rappresenta la cornice di riferimento di quella di secondo livello, anche e soprattutto in materia di istituti del trattamento accessorio) sarebbe indubbiamente rilevante, in quanto implicherebbe una significativa modifica qualitativa e quantitativa delle voci retributive che attualmente compongono il trattamento economico accessorio del personale, in controtendenza alle prassi contrattuali in atto, sia a livello nazionale che decentrato”³⁴.

È infine previsto (art. 40, comma 33 *sexies*, t.u.) che ogni contratto collettivo integrativo deve essere sempre accompagnato non solo dalla relazione tecnico finanziaria ma anche da una specifica relazione illustrativa, entrambe rese accessibili sia agli organi di controllo interno che alla collettività.

La dottrina, nel valutare criticamente le scelte del legislatore, ha cercato allora di verificare quale sia e di che tipo lo “spazio negoziale” dopo la riforma, evidenziando che gli spazi negoziali rimangono e che riguarderanno la negoziazione di incrementi retributivi, che però non saranno particolarmente significativi, e comunque verranno dati ai dipendenti pubblici, costringendoli tra l'alternativa di rapidi metodi unilaterali (pochi, maledetti e subito) o di farraginose procedure contrattuali (pochi, magari benedetti, ma tardi); sotto altro profilo, invece, una valorizzazione del ruolo del sindacato potrà aversi secondo la dottrina nel rilancio della contrattazione incentrata sui servizi al cittadino³⁵.

Di fondamentale importanza in materia il comma 3-*ter* dello stesso articolo 40, nuovo testo, del t.u., che stabilisce il potere dell'amministrazione di prevedere unilateralmente, in mancanza di contrattazione, in via provvisoria, sulle materie oggetto del mancato accordo fino alla successiva sottoscrizione: la norma “assesta, oggettivamente, un colpo durissimo alle organizzazioni sindacali, svuotando di fatto l'obbligo a stipulare, tipico della vera e propria contrattazione”³⁶ prevedendo espressamente che “al fine di assicurare la continuità e il migliore svolgimento della funzione

³⁴ Così SOLOPERTO R., *ibidem*.

³⁵ ZOPPOLI L., *La contrattazione collettiva dopo la delega*, in GENTILE M. (a cura di), *Lavoro pubblico: ritorno al passato?*, Ediesse, 2009, 23 ss.

³⁶ CAPALBO A., *Riforma Brunetta: tutte le novità nel pubblico impiego: commento sistematico al decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150*, 2009, 321.

pubblica, qualora non si raggiunga l'accordo per la stipulazione di un contratto collettivo integrativo, l'amministrazione interessata può provvedere, in via provvisoria, sulle materie oggetto del mancato accordo, fino alla successiva sottoscrizione. Agli atti adottati unilateralmente si applicano le procedure di controllo di compatibilità economico-finanziaria previste dall'articolo 40-bis."

Si è acutamente osservato in tema dalla richiamata dottrina che sulla contrattazione prevale l'interesse pubblico alla continuità dell'azione amministrativa, che non può essere condizionata dalla ricerca obbligatoria del consenso. In altre parole, le amministrazioni sono messe nelle condizioni di proporre loro direttamente e attivamente le piattaforme contrattuali e su quelle perseguire l'accordo; la circostanza che a detto accordo non si pervenga non impedisce alle amministrazioni di andare avanti egualmente, applicando le innovazioni ritenute utili per il miglior funzionamento, con la conseguenza che "i sindacati non potranno più esercitare le pressioni alle quali sono stati adusi sin qui" (spesso viste come la causa dei noti fenomeni di crescita sotterranea del costo del lavoro pubblico), e che "le organizzazioni parlano di svuotamento della loro funzione e di trattative con la pistola puntata alla tempia".

Naturalmente, l'amministrazione, quale datore di lavoro, valuterà anche i rischi di un possibile conflitto che ne potrebbe derivare, con iniziative di lotta o di contrasto che, nella logica propria delle relazioni sindacali, legittimamente potrebbero porre in essere le organizzazioni sindacali, a seguito della mancata stipulazione del contratto collettivo integrativo e delle eventuali discipline unilateralmente adottate dal datore di lavoro pubblico³⁷.

Non va dimenticato, peraltro, che allo svuotamento della contrattazione collettiva si è accompagnata, sul piano del rapporto di lavoro, il potenziamento del ruolo della dirigenza: l'esito della riforma è stato proprio quello di ampliare la sfera del potere datoriale ed il numero degli atti rientranti tra gli atti di gestione, per salvaguardarli sia dall'ingerenza della sfera politica sia per sottrarli dalla cogestione degli istituti della partecipazione sindacale.

Il modello che traspare dalla riforma non è allora tanto quello di ridurre lo spazio per la contrattazione a vantaggio di una più pervasiva regolazione per legge, quanto quello che vede "meno contrattazione e più autorità discrezionale", cioè meno regole, meno vincoli, meno diritti e più poteri ai dirigenti, soprattutto repressivi, con il paradosso di avere un dipendente di un'amministrazione pubblica in una relazione formalmente squilibrata sul piano delle posizioni contrattuali, e senza avere a disposizione un potere collettivo analogo a quello che la disciplina privatistica riconosce nei confronti delle imprese³⁸.

3.4. Il procedimento di contrattazione.

Come efficacemente evidenziato in dottrina³⁹, nel settore del lavoro privato, le procedure della contrattazione collettiva nazionale si svolgono prevalentemente e quasi esclusivamente sulla base di prassi applicative ormai consolidate, non esistendo

³⁷ SOLOPERTO R., *La contrattazione collettiva nazionale e integrativa*, in TIRABOSCHI M. e VERBARO F. (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 366 ss., 395-397.

³⁸ ZOPPOLI L., *op. loc. cit.*

³⁹ SOLOPERTO R., *La contrattazione collettiva nazionale e integrativa*, in TIRABOSCHI M. e VERBARO F. (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 366 ss., 420 ss.

alcuna indicazione legislativa al riguardo. Nel settore del lavoro pubblico, invece, la procedura di negoziazione, sin dai suoi esordi all'inizio degli anni Settanta, ha sempre trovato la sua fonte di regolamentazione direttamente nella legge, sulla base della considerazione che, coinvolgendo la contrattazione collettiva nazionale l'utilizzo di risorse pubbliche, si poneva necessariamente il problema di assicurare adeguati controlli sulla spesa pubblica e sui risultati della contrattazione stessa. Proprio tale ultimo aspetto si è confermato anche dopo la "privatizzazione" del rapporto di lavoro pubblico come «l'elemento principale e soprattutto ineliminabile di specialità della contrattazione nel settore pubblico». Nel settore del lavoro pubblico, quindi, anche dopo l'ultima riforma, la procedura di negoziazione continua a trovare la sua fonte di regolamentazione direttamente nella legge sulla base delle specificità che ancora lo contraddistinguono rispetto all'esperienza del lavoro privato.

La fase preliminare inizia con l'indirizzo che le p.a. esercitano verso l'Aran con proprie istanze espresse tramite i comitati di settore, costituiti per ciascun comparto di contrattazione collettiva: si tratta di organismi per legge previsti per ogni comparto di contrattazione pubblica e costituiti direttamente dalle Pubbliche Amministrazioni, sulla base di loro autonome scelte, espresse attraverso le proprie forme di associazione o di rappresentanza.

In presenza dell'ampio decentramento amministrativo avviato con la legge delega n. 59 del 1997 e del significativo riconoscimento dell'autonomia organizzativa e gestionale e delle relative responsabilità delle Pubbliche Amministrazioni, il legislatore, preso atto della oggettiva diversità (di funzioni, di modello organizzativo, di dimensioni, di bilancio e di ordinamento contabile) che ormai le caratterizzava dal punto di vista soggettivo, attraverso l'introduzione dei comitati di settore, ha inteso predisporre uno strumento idoneo a consentire (mediante la formulazione dell'atto di indirizzo e l'espressione del conseguente parere) una maggiore diversificazione delle discipline contrattuali e il raggiungimento di un risultato negoziale effettivamente rispondente alle esigenze ed alle necessità di ciascun gruppo o tipologia di amministrazioni rappresentate nei comitati stessi ⁴⁰.

La nuova regolamentazione, tuttavia, non incide sull'impostazione di fondo della disciplina pregressa: ai comitati di settore resta pertanto attribuito (nuovo articolo 41, comma 1, t.u.) il compito non solo di predisporre gli atti di indirizzo necessari per lo svolgimento dell'attività contrattuale da parte dell'ARAN, ma anche di esprimere il proprio parere sull'ipotesi di accordo raggiunta dalla stessa ARAN e dalle OO.SS. al termine del confronto negoziali e, ai fini della sottoscrizione definitiva del contratto collettivo nazionale.

Il comitato di settore (per le p.a. diverse dalle Regioni e del comparto s.s.n., opera come comitato di settore il Presidente del Consiglio dei ministri tramite il ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, di concerto con il M.E.F.) delibera gli atti di indirizzo, che sono sottoposti al governo; questo, nei successivi venti giorni, può esprimere le sue valutazioni sulla compatibilità con le linee di politica economica e finanziaria nazionale; trascorso il termine nel silenzio o con il parere favorevole del governo, l'atto di indirizzo è inviato all'Aran.

La fase successiva consiste nell'apertura delle trattative: l'ARAN deve informare costantemente i comitati di settore e il Governo sullo svolgimento della negoziazione.

La trattativa si conclude con l'espressione del consenso sull'ipotesi di accordo, che

⁴⁰ SOLOPERTO R., *La contrattazione collettiva nazionale e integrativa*, op. cit., 422.

l'ARAN, corredandola della relazione tecnica illustrativa, deve a sua volta inoltrare ai comitati di settore ed al Governo entro 10 giorni dalla data di sottoscrizione, per i rispettivi pareri.

Inizia, quindi, la fase di controllo sui contenuti dell'ipotesi di accordo.

Da ultimo, va ricordato che, con riferimento alla contrattazione integrativa, il legislatore, anche dopo la riforma del 2009, non detta alcuna disposizione in ordine alle procedure, restando tali aspetti regolati dalla contrattazione collettiva nazionale; il legislatore ha solo previsto l'effettuazione di controlli interni, come si dirà nel successivo paragrafo.

4.- I vincoli e i controlli finanziari.

Con riferimento alla contrattazione nazionale, una volta acquisito il parere favorevole sull'ipotesi di accordo, l'ARAN trasmette la quantificazione dei costi alla Corte dei conti, che provvederà alla certificazione di compatibilità con gli strumenti di programmazione e di bilancio (è previsto un meccanismo di silenzio assenso). In caso positivo, il Presidente dell'ARAN sottoscrive definitivamente il contratto collettivo.

La riforma, che lascia nei tratti principali immutata la procedura fin qui esaminata, incide nettamente sulla procedura per il caso di esito negativo del controllo, disponendo che (articolo 47, comma 7) che le parti non possono procedere alla sottoscrizione definitiva del contratto collettivo nazionale, sicché viene con la riforma meno, a pena della responsabilità del presidente dell'ARAN, la prassi precedentemente diffusa che ha visto in molte occasioni la sottoscrizione definitiva dei contratti collettivi nazionali di lavoro nonostante la certificazione negativa della Corte dei Conti.

Successivamente alla loro stipulazione, i contratti ed accordi collettivi nazionali, così come le eventuali interpretazioni autentiche (disciplinate con analogo procedimento dall'art. 49 t.u.: *“Quando insorgano controversie sull'interpretazione dei contratti collettivi, le parti che li hanno sottoscritti si incontrano per definire consensualmente il significato delle clausole controverse. L'eventuale accordo di interpretazione autentica, stipulato con le procedure di cui all'articolo 47, sostituisce la clausola in questione sin dall'inizio della vigenza del contratto. Qualora tale accordo non comporti oneri aggiuntivi e non vi sia divergenza sulla valutazione degli stessi, il parere del Presidente del Consiglio dei Ministri è espresso tramite il Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze”*), sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, oltre che sul sito dell'ARAN e delle amministrazioni interessate

(il che, come noto, ha rilevanza anche ai fini della conoscenza da parte della Corte di Cassazione del testo contrattuale non prodotto dalle parti ai fini della relativa interpretazione, in sede di ricorso ordinario o di procedura pregiudiziale interpretativa del contratto).

Con riferimento, invece, alla contrattazione integrativa, sin dalla prima disciplina della stessa

data dalla legge n. 59 del 1997, il legislatore si era orientato verso il superamento delle previgenti forme di controllo esterno (Corte dei Conti, Coreco) e aveva optato per controlli interni, individuati secondo l'ordinamento proprio di ciascuna di esse. Con l'esperienza pratica, tuttavia, il sistema dei controlli interni aveva dato cattiva prova di funzionamento e la contrattazione integrativa era spesso divenuta un fattore di crescita della spesa pubblica, rilevante ed incontrollabile, idoneo a pregiudicare gli stessi equilibri di finanza pubblica ⁴¹).

Proprio in considerazione di tali aspetti, il legislatore ha presto reintrodotta alcune forme di controllo esterno sulla contrattazione integrativa. Con riferimento alle ultime evoluzioni legislative, la legge 133 del 2008 aveva imposto alle amministrazioni di comunicare alla magistratura contabile gli istituti della contrattazione decentrata forieri di spesa pubblica, ed imposto di sospendere le clausole nulle per violazione dei vincoli della contrattazione collettiva, obbligando l'amministrazione a recuperare le risorse illegittimamente erogate nella successiva sessione negoziale, salva in ogni caso la responsabilità amministrativa.

Con riferimento alla contrattazione integrativa, l'art. 55 riprende tali principi e nel novellare l'art. 40-*bis* disciplina i controlli sui contratti integrativi, prevede che per tutte le amministrazioni, i collegi dei revisori dei conti o analoghi organismi di controllo contabile operanti negli enti sono tenuti ad effettuare il controllo sulla compatibilità dei costi della contrattazione collettiva integrativa con i vincoli di bilancio e quelli derivanti dall'applicazione delle norme di legge. Tale funzione di verifica deve riguardare, in particolare, le disposizioni inderogabili che incidono sulla misura e sulla corresponsione dei trattamenti accessori.

La norma richiama poi al comma 2 altro controllo esterno, affidato alla competenza congiunta della Presidenza del Consiglio, Dipartimento della funzione pubblica, ed al Ministero dell'economia e delle finanze, Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato, che devono accertare la compatibilità economica finanziaria dei contratti integrativi delle amministrazioni che vi sono tenute.

La principale novità del sistema dei controlli attiene peraltro all'ambizione del legislatore di realizzare una trasparenza totale delle amministrazioni ed una accessibilità totale ai loro atti negoziali. In proposito, si prevede, sempre con riferimento alla contrattazione collettiva integrativa, l'invio al M.E.F. di dettagliate informazioni sui costi della contrattazione integrativa, la pubblicazione permanente sul sito dell'amministrazione dei contratti integrativi stipulati con relazione tecnico illustrativa, certificata dagli organi di controllo; la trasmissione telematica all'ARAN del testo contrattuale con la relazione tecnico finanziaria allegata (l'ARAN esegue il monitoraggio dei contratti collettivi).

La mancata osservanza di tali obblighi comporta, oltre che l'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 60 comma 2 del d.lgs. 165 del 2001, il divieto alle amministrazioni inadempienti di procedere a qualsiasi adeguamento delle risorse destinate alla contrattazione collettiva.

L'intento della norma è assicurare la piena conoscibilità e trasparenza della contrattazione collettiva, così da permettere, oltre ai controlli istituzionali, anche controlli diffusi da parte dei cittadini, messi nelle condizioni di verificare come gli enti investono le risorse sulla produttività dei dipendenti e se da questi investimenti

⁴¹ SOLOPERTO R., *op. loc. cit.*

derivino effettivamente benefici della comunità amministrata ⁴².

Si è così incisivamente rilevato che non sarà più sufficiente per le amministrazioni avvalersi del pur obbligatorio, sistema di valutazione svolto da organismi interni: poiché la qualità dei servizi deve principalmente riverberarsi sui cittadini, ad essi spetta il diritto di esprimere a loro volta una valutazione sull'operato delle amministrazioni: i sistemi di controllo interno, in effetti, potrebbero non essere in grado di misurare quanto le politiche generali e la gestione siano in grado di rispondere ai fabbisogni della popolazione; così, se il richiamo un po' demagogico alla percezione esterna dei servizi espressa da parte dei cittadini può non essere del tutto soddisfacente, essendo tale valutazione atecnica e perciò spesso sommaria, generalizzante e generica, tuttavia, non va dimenticato che sistemi gestionali e di controllo eccessivamente attenti al modo di utilizzare le risorse (input) e meno a quello dell'esito delle attività (output) finisce per non rivelarsi del tutto inutile all'interesse collettivo ⁴³.

5.- Le modifiche riguardanti l'ARAN.

Con il decreto legislativo n. 150 del 2009, mentre viene operata una significativa rivisitazione della normativa concernente l'agente negoziale pubblico, nulla cambia per ciò che attiene alla regolamentazione di quella sindacale.

L'ARAN (Agenzia per la rappresentanza negoziale delle Pubbliche Amministrazioni) è soggetto con personalità giuridica di diritto pubblico (dotata di autonomia organizzativa e contabile nei limiti del proprio bilancio), che ha la complessiva rappresentanza legale delle pubbliche amministrazioni agli effetti della contrattazione collettiva nazionale del pubblico impiego privatizzato. Esercita a livello nazionale ogni attività relativa alle relazioni sindacali, alla negoziazione dei contratti collettivi ed all'assistenza delle sole pubbliche amministrazioni ai fini dell'applicazione dei contratti collettivi; cura le relative attività di studio, monitoraggio e documentazione. Tra le altre attività, assicura la raccolta dei dati sui voti e sulle deleghe dei sindacati da ammettere alla contrattazione e, su richiesta delle amministrazioni, può fornire assistenza ai fini della contrattazione integrativa.

L'art. 1, comma 134, della legge n. 311 del 2004 (che inserisce nel t.u. L'art. 63-*bis*) ha previsto che l'ARAN possa intervenire, al fine della corretta interpretazione dei contratti collettivi, nei giudizi sulle controversie di lavoro il cui esito possa avere ripercussioni di rilievo sui contratti nazionali o sulla spesa pubblica.

Il d.lgs 150 del 2009 precisa che l'ARAN cura le attività di studio, monitoraggio e documentazione necessarie all'esercizio della contrattazione collettiva.

Predisporre a cadenza semestrale, ed invia al Governo, ai comitati di settore dei comparti regioni e autonomie locali e sanità e alle commissioni parlamentari competenti, un rapporto sull'evoluzione delle retribuzioni di fatto dei pubblici dipendenti. A tale fine l'ARAN si avvale della collaborazione dell'ISTAT per l'acquisizione di informazioni statistiche e per la formulazione di modelli statistici di rilevazione. L'ARAN si avvale, altresì, della collaborazione del Ministero dell'economia e delle finanze che garantisce l'accesso ai dati raccolti in sede di predisposizione del bilancio dello Stato, del conto annuale del personale e del monitoraggio dei flussi di cassa e relativi agli aspetti riguardanti il costo del lavoro pubblico. L'ARAN effettua il monitoraggio sull'applicazione dei contratti collettivi nazionali e sulla contrattazione collettiva integrativa e presenta annualmente al Dipartimento della

⁴² CAPALBO A., *Riforma Brunetta: tutte le novità nel pubblico impiego: commento sistematico al decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150*, 2009, 346.

⁴³ CAPALBO A., *op. cit.*, 347.

funzione pubblica, al Ministero dell'economia e delle finanze nonché ai comitati di settore, un rapporto in cui verifica l'effettività e la congruenza della ripartizione fra le materie regolate dalla legge, quelle di competenza della contrattazione nazionale e quelle di competenza dei contratti integrativi nonché le principali criticità emerse in sede di contrattazione collettiva nazionale ed integrativa (nuovi commi 3 e 4 dell'art. 46 d.lgs 165 del 2001).

La differenza rispetto al passato è evidente: il monitoraggio non è più affidato ad un comitato paritetico costituito da rappresentanti dell'ARAN, dai comitati di settore e dalle organizzazioni dell'ARAN, ma compete esclusivamente alle competenze dell'ARAN.

Come si è ben osservato⁴⁴, nella nuova configurazione, l'attività di monitoraggio sembra dar vita, in sostanza, ad una forma generale di controllo a posteriori sulla contrattazione nazionale ed integrativa, di natura interna alla parte datoriale, finalizzato al miglior funzionamento della stessa e, quindi, alla maggiore tutela degli interessi negoziali e gestionali delle Pubbliche Amministrazioni.

Altre novità riguardano poi il rafforzamento dell'assetto istituzionale dell'ARAN: la revisione della nomina del suo Presidente, ora con decreto del Presidente della Repubblica (in luogo del precedente d.P.C.M.), la ridefinizione del regime delle incompatibilità professionali in chiave restrittiva, la previsione di un più ampio ventaglio di requisiti culturali e professionali necessari per aspirare alla carica (art. 41 e 46 t.u., nuovo testo).

⁴⁴ SOLOPERTO R., *La riforma della contrattazione collettiva*, cit., 97 ss.

PARTE III

LA RESPONSABILITÀ DISCIPLINARE

1.- Le linee portanti del nuovo impianto regolativo.

1.1. La contrattualizzazione del rapporto e la disciplina applicabile.

La responsabilità disciplinare è una delle cinque responsabilità del dipendente pubblico, insieme alla responsabilità civile (art. 2043 cod. civ.), amministrativo-contabile (l. 19 del 94, 20 del 94, come modificate dalla l. 639 del 96), penale (art. 314 ss. cod. pen.), dirigenziale (art. 21 d.lgs. 165 del 01)⁴⁵.

Con riferimento alla responsabilità disciplinare, va preliminarmente ricordato che, a norma dell'art. 2 del t.u. dettato con il d.lgs. n. 165 del 2001, 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 decreto; inoltre, ai sensi dell'art. 4 comma 2 del medesimo decreto, nelle materie inerenti al rapporto di lavoro, le pubbliche amministrazioni operano con i poteri del datore di lavoro privato: nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'articolo 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 potere disciplinare della pubblica amministrazione non è dunque più un potere fondato sulla supremazia speciale della stessa ma solo un potere di tipo privatistico analogo in tutto al potere disciplinare del datore di lavoro privato.

In materia, è tradizionalmente recepito il principio di tipicità delle sanzioni, essendo applicabili solo le sanzioni previste, con riferimento a ciascuna specifica infrazione, dalla disciplina; peraltro, come si vedrà, sull'operatività concreta del principio incide la fonte normativa di disciplina delle sanzioni.

La privatizzazione del potere disciplinare implica sul piano sostanziale la competenza della contrattazione collettiva in ordine alla tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni, la non esperibilità del ricorso gerarchico e (secondo un indirizzo che pare prevalere) del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, l'inapplicabilità delle regole sul procedimento amministrativo di cui alla l. 241 del 90 (con particolare riferimento ad obblighi di motivazione e regole generali di accesso agli atti), l'impossibilità dell'amministrazione di esercitare l'autotutela amministrativa (che è potere pubblicistico ed autoritativo) avverso gli atti viziati.

Come confermato per la prima volta da Cass. 3373 del 1999, il potere disciplinare della p.a. è divenuto un potere gestionale del rapporto di lavoro di tipo privatistico, atteso che la sanzione disciplinare è irrogata mediante negozio giuridico, con il quale viene esercitato il diritto dell'amministrazione di incidere sulla sfera giuridica del dipendente in virtù dei poteri che le competono in relazione al rapporto giuridico privato in essere.

Sul piano processuale, la privatizzazione implica la giurisdizione del giudice ordinario sulle

⁴⁵ Per un approfondito esame delle varie forme di responsabilità, TENORE V., PALAMARA L., MARZOCCHI BURATTI B., *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente*, Giuffrè, Milano, 2009.

controversie relative, con potere di annullamento dei provvedimenti disciplinari, nonché il superamento dell'onere di impugnativa dell'atto amministrativo nel termine decadenziale e la diversità di censure prospettabili in giudizio.

Sul piano processuale, facendo seguito all'art. 68 del d.lgs. n. 29 del 93, come novellato dall'art. 29 del d.lgs. n.80 del 98 e poi nuovamente modificato dall'art. 18 del d.lgs. n. 387 del 98, il testo unico ha mantenuto la devoluzione -salvo alcune eccezioni- al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, di tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, e in tale ambito anche delle controversie relative alla materia disciplinare.

La disciplina poi confluita nel t.u. ha segnato una netta innovazione rispetto alla disciplina precedente di fonte unilaterale ed ha sostanzialmente reso la materia omogenea a quella del lavoro privato.

Per i dipendenti delle pubbliche amministrazioni il cui rapporto è privatizzato trovano applicazione tutte le norme di cui all'art. 7 stat. lav. essendo ormai omologati l'ordinamento disciplinare pubblico e privato.

Trovano per la prima volta applicazione anche le norme del codice civile: in particolare, l'art. 2106 c.c., nel disciplinare le sanzioni disciplinari, prevede che l'inosservanza delle disposizioni contenute negli artt. 2104 e 2105 può dar luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari, secondo la gravità dell'infrazione: la norma dunque da un lato stabilisce direttamente il principio di adeguatezza e proporzionalità della sanzione all'infrazione commessa, dall'altro lato richiama anche per il lavoro alle dipendenze di pubbliche amministrazioni gli obblighi di diligenza e fedeltà del prestatore di lavoro di cui agli artt. 2104 e 2105 cod. civ. Secondo tali norme, il prestatore di lavoro: deve usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta, dall'interesse dell'impresa e da quello superiore della produzione nazionale; deve inoltre osservare le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende; non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore, né divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, o farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio.

Invece, per i rapporti di lavoro alle dei dipendenti pubblici di cui all'art. 2 comma 2 del testo unico (il cui rapporto non è stato contrattualizzato), ai sensi dell'art. 55 comma 2 del d.lgs. 165 del 2001 si applicano solo l'articolo 2106 del codice civile e l'articolo 7, commi primo, quinto e ottavo, della legge 20 maggio 1970, n. 300.

Con la riforma dettata dal d.lgs. 150 del 2009, il legislatore incide profondamente sul quadro normativo finora delineato, motivato soprattutto dal fine di potenziare il livello di efficienza degli uffici pubblici e di contrastare i fenomeni di scarsa produttività e assenteismo, intervenendo sia sul piano procedurale (con l'obiettivo di semplificare l'esercizio del potere disciplinare), sia sul piano sostanziale⁴⁶.

⁴⁶ In dottrina, la materia disciplinare nel regime riformato è stata oggetto già di vari approfondimenti: AA.VV., *Con la prestazione inadeguata scatta il licenziamento*, in *Guida al diritto Sole 24 ore, Pubblico Impiego*, 2009, fasc. 47, 36 ss.; ABRUZZESE M., *La nuova dirigenza dell'amministrazione giudiziaria*, in AA.VV., *Guida alla riforma dell'ordinamento giudiziario*, Giuffrè, Milano 2008; BRIGUORI P., *Come cambia la responsabilità del dipendente pubblico*, in *Guida al diritto Sole 24 ore, Pubblico Impiego*, 2009, fasc. 3, 38 ss.; CAPALBO A., *Riforma Brunetta: tutte le novità nel pubblico impiego: commento sistematico al decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150*, 2009, 389 ss.; FUSO P., *Il rafforzamento dell'indipendenza della dirigenza*, in TIRABOSCHI M. e VERBARO F. (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 590 ss.; LOSTORTO V., *Il nuovo procedimento disciplinare*, in TIRABOSCHI M. e VERBARO F. (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 477 ss.; MAINARDI S., *Fonti, poteri e responsabilità nella valutazione del merito dei dipendenti pubblici*, in *Lavoro pubbl. amm.*, 2009, 5, 729 ss.; PEDACI ALESSANDRA, *Le nuove norme sul pubblico impiego*, SIMONE, Napoli, 2009, 55 ss.; RAUSEI P., *Dirigenza pubblica, responsabilità dirigenziale e mobilità*, in AA.VV., *La riforma del lavoro pubblico*, 2009,; SILVESTRO C., *La riforma Brunetta del pubblico impiego*, Dike, 2009; TENORE V.,

Sotto tale ultimo profilo, vengono introdotte *ex lege* alcune specifiche tipologie di infrazioni disciplinari volte a reprimere condotte dannose per il buon andamento dell'amministrazione sia direttamente, quali lo scarso rendimento o le falsificazioni in materia di giustificazione delle assenze dal lavoro), sia indirettamente (quali il mancato esercizio del potere disciplinare da parte dei soggetti responsabili).

Sul piano delle fonti, la disciplina del decreto di riforma si caratterizza per la pubblicizzazione di alcune tipologie di infrazioni, e per la attribuzione alla contrattazione collettiva di un ruolo secondario nella determinazione delle infrazioni e delle relative sanzioni, sempre peraltro circoscritto ai limiti fissati dal legislatore.

Il comma 1 dell'articolo 40 del t.u. prevede infatti che *“Nelle materie relative alle sanzioni disciplinari, alla valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, della mobilità e delle progressioni economiche, la contrattazione collettiva è consentita negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge”*.

La legge, dunque, si riappropria di una materia tipicamente contrattuale e regola direttamente, salvo alcuni rimandi alla contrattazione, l'intera materia, che risulta, sostanzialmente indisponibile, dunque, all'autonomia contrattuale⁴⁷.

Salvo che in materia di infrazioni disciplinari ascrivibili ai dirigenti (ove la legge fa salve espressamente le diverse previsioni stabilite dalla contrattazione collettiva), per il personale diverso dal predetto è stabilito il principio della priorità della fonte legale e della sua inderogabilità da parte della fonte collettiva, attraverso il richiamo del meccanismo civilistico dell'eterointegrazione contrattuale di cui agli articoli 1339 e 1419 del codice civile, che comporta la sostituzione automatica e di diritto delle clausole del contratto di lavoro che siano difformi rispetto alla previsione legale.

Sul piano procedurale, si semplifica il procedimento disciplinare attraverso la definizione dell'iter con previsione di termini perentori, con l'estensione dei poteri del dirigente della struttura in cui il dipendente lavora, competente ora fino all'applicazione della misura della sospensione dal servizio fino a dieci giorni, con l'abolizione della possibilità di impugnazione di sanzioni disciplinari innanzi ai collegi arbitrali di disciplina, con la disciplina innovativa del rapporto fra procedimento disciplinare e procedimento penale (attraverso la limitazione ai soli procedimenti disciplinari più complessi della possibilità di sospenderli in attesa del giudizio penale e prevedendo, peraltro, che i procedimenti disciplinari non sospesi siano riaperti, se vi è incompatibilità con il sopravvenuto giudicato penale).

In linea generale, poi, si profila un sistema disciplinare fortemente connotato da componenti e finalità pubblicistiche, le quali, da una parte, indeboliscono l'ambito operativo degli attori collettivi, e dall'altra, determina un forte squilibrio rispetto alla disciplina stabilita per il settore privato, essendo la disciplina dettata dalla riforma caratterizzata da un livello di garanzie più basso rispetto a quello del lavoratore privato.

Come efficacemente rilevato⁴⁸, la ricerca dell'efficienza e della funzionalità dell'organizzazione non avviene più attraverso la equiparazione tra settore pubblico e settore privato, ma attraverso la

PALAMARA L., MARZOCCHI BURATTI B., *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente*, Giuffrè, Milano, 2009; URSI R., *Delle sanzioni disciplinari dopo il decreto Brunetta*, in *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni* 2009, 5, 759 ss.; per un quadro generale del regime precedente, invece, sia consentito il rinvio a BUFFA F. e DE GIORGI C., *Il potere disciplinare*, Halley, Matelica (MC), 2006, dal quale sono qui riportate varie considerazioni.

⁴⁷ SILVESTRO C., *La riforma Brunetta del pubblico impiego*, DIKE, 2009

⁴⁸ URSI R., *Delle sanzioni disciplinari dopo il decreto Brunetta*, in *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni* 2009, 5, 771.

costruzione di un sistema di regole che, sia pur in ragione degli interessi eminentemente pubblici connessi all'organizzazione quale strumento di esercizio della funzione amministrativa, ampliano l'ambito discrezionale del funzionario-manager senza però le garanzie che assistono il lavoratore privato, e senza neppure quelle garanzie (quali ad esempio l'obbligo di motivazione delle scelte datoriali) che caratterizzavano il lavoro pubblico non contrattualizzato (e caratterizzano ancor oggi le categorie esenti dalla privatizzazione).

2.- La struttura del procedimento disciplinare.

2.1. Il sistema precedente la riforma.

Nel sistema precedente la riforma del d.lgs. 150 del 2009, l'art. 55 comma 3 t.u. stabiliva che, fermo restando quanto stabilito in tema di verifica dei risultati dei dirigenti e di codice di comportamento dei pubblici dipendenti, la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni era definita dai contratti collettivi: si trattava dunque di una vera e propria riserva di disciplina contrattuale; la riserva, peraltro, era stata di fatto attuata, in quanto i contratti collettivi avevano tutti disciplinato la materia, dedicandovi un apposito capo recante disciplina dei doveri dei dipendenti e delle sanzioni e procedure disciplinari.

Secondo l'orientamento prevalente, si trattava di una vera e propria riserva di contrattazione, sicché si tendeva ad escludere che l'amministrazione potesse riempire eventuali spazi vuoti lasciati aperti dalla contrattazione.

Si ammetteva invece che al momento di recepire la normativa contrattuale nel codice disciplinare, la pubblica amministrazione possa procedere ad una integrazione della disciplina negoziale ove questa presenti lacune o palesi profili di invalidità, e che in ogni caso l'amministrazione potesse introdurre norme sostanziali o procedurali più favorevoli al lavoratore (ad esempio, termini più ampi a difesa rispetto a quelli previsti dalla legge o dalla contrattazione, termini più stringenti per l'amministrazione per il compimento di dati atti, limitazioni dei mezzi probatori utilizzabili per l'istruttoria disciplinare (escludendo ad esempio strumenti probatori invasivi della privacy del lavoratore oltre i limiti previsti dallo statuto dei lavoratori, ecc.).

Nel sistema originario del t.u., le infrazioni erano previste e disciplinate dai contratti collettivi.

Il richiamo al comma 1 dell'art. 7 dello Statuto dei lavoratori implica l'applicazione anche alle pubbliche amministrazioni dell'onere di predeterminazione delle infrazioni e sanzioni, attraverso la predisposizione di un codice disciplinare che deve essere affisso in luogo accessibile e portato a conoscenza dei dipendenti in via preventiva. Opera cioè in linea generale il principio di tipicità delle infrazioni.

Di solito, i contratti collettivi nei vari comparti hanno previsto in modo meticoloso un elenco di fattispecie che costituiscono condotte vietate; peraltro, i contratti recano altresì in modo generale alcune clausole elastiche e l'indicazione di fattispecie di carattere generale idonee a ricomprendere varie tipologie di comportamenti vietati e rilevanti sotto il profilo disciplinare. Spesso peraltro va aggiunto che alcune norme contrattuali di chiusura prevedono la sanzionabilità di condotte non previste esplicitamente in sede contrattuale, mentre poi si ritiene attribuibile rilevanza ai fatti pur non espressamente previsti ma costituenti reato ai sensi della legislazione vigente.

Non è infatti necessaria secondo la giurisprudenza la previsione nel codice disciplinare di una infrazione che integri ipotesi di reato (Cass. 26 luglio 2002, n. 11108); inoltre, si è ritenuto che costituisca ragione di valida intimazione del recesso le gravi violazioni dei doveri fondamentali connessi al rapporto di lavoro, quei doveri che cioè sorreggono la stessa esistenza del rapporto (Cass. 8 giugno 2001, n. 7819; Cass. sezione lavoro n. 10991 del 25 maggio 2005).

Quanto alle infrazioni, vanno richiamati intanto i codici deontologici di cui all'art. 54 del testo unico: secondo tale norma, il Dipartimento della funzione pubblica, sentite le confederazioni sindacali rappresentative ai sensi dell'articolo 43, definisce un codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, anche in relazione alle necessarie misure organizzative da adottare al fine di assicurare la qualità dei servizi che le stesse amministrazioni rendono ai cittadini.

Il codice è pubblicato nella Gazzetta ufficiale e consegnato al dipendente all'atto dell'assunzione; spesso il codice è recepito nei contratti. Le pubbliche amministrazioni organizzano attività di formazione del personale per la conoscenza e la corretta applicazione dei codici.

Sull'applicazione dei codici di comportamento vigilano i dirigenti responsabili di ciascuna struttura.

Il codice di comportamento è allegato al contratto collettivo, ed è stabilito in alcuni contratti (v., ad es., l'art. 23 contratto collettivo nazionale di lavoro del comparto ministeri) che il dipendente adegua altresì il proprio comportamento ai principi riguardanti il rapporto di lavoro, contenuti nel codice di condotta allegato al contratto, mentre le amministrazioni dispongono l'affissione dello stesso unitamente al ccnl.

Tra gli obblighi del dipendente, ai sensi del codice disciplinare del personale non dirigente dell'amministrazione della Giustizia, art. 23, il dipendente conforma la sua condotta al dovere costituzionale di servire la Repubblica con impegno e responsabilità e di rispettare i principi di buon andamento e imparzialità dell'attività amministrativa, antepoendo il rispetto della legge e l'interesse pubblico agli interessi privati propri ed altrui. Il dipendente adegua altresì il proprio comportamento ai principi riguardanti il rapporto di lavoro, contenuti nel codice di condotta; il dipendente si comporta in modo tale da favorire l'instaurazione di rapporti di fiducia e collaborazione tra l'Amministrazione e i cittadini.

In tale specifico contesto, tenuto conto dell'esigenza di garantire la migliore qualità del servizio, il dipendente deve in particolare:

- a. collaborare con diligenza, osservando le norme del presente contratto, le disposizioni per l'esecuzione e la disciplina del lavoro impartite dall'Amministrazione, anche in relazione alle norme in materia di sicurezza e di ambiente di lavoro;
- b. rispettare il segreto d'ufficio nei casi e nei modi previsti dalle norme dei singoli ordinamenti ai sensi dell'art. 24 L. 7 agosto 1990, n. 241;
- c. non utilizzare a fini privati le informazioni di cui disponga per ragioni d'ufficio;
- d. nei rapporti con il cittadino, fornire tutte le informazioni cui abbia titolo, nel rispetto delle disposizioni in materia di trasparenza e di accesso all'attività amministrativa previste dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, dai regolamenti attuativi della stessa vigenti nell'amministrazione nonché attuare le disposizioni (della legge 4 gennaio 1968, n. 15) del d.lgs. n. 443 del 28 dicembre 2000 e del DPR n. 445 del 28 dicembre 2000 in tema di autocertificazione;
- e. rispettare l'orario di lavoro, adempiere alle formalità previste per la rilevazione delle presenze e non assentarsi dal luogo di lavoro senza l'autorizzazione del dirigente del servizio;
- f. durante l'orario di lavoro, mantenere nei rapporti interpersonali e con gli utenti condotta uniformata a principi di correttezza ed astenersi da comportamenti lesivi della dignità della persona;
- g. non attendere ad occupazioni estranee al servizio e ad attività, che ritardino il recupero psico fisico, in periodo di malattia od infortunio;
- h. eseguire gli ordini inerenti all'espletamento delle proprie funzioni o mansioni che gli siano impartiti dai superiori. Se ritiene che l'ordine sia palesemente illegittimo, il dipendente deve farne

rimostranza a chi l'ha impartito, dichiarandone le ragioni; se l'ordine è rinnovato per iscritto ha il dovere di darvi esecuzione. Il dipendente non deve, comunque, eseguire l'ordine quando l'atto sia vietato dalla legge penale o costituisca illecito amministrativo;

i. avere cura dei locali, mobili, oggetti, macchinari, attrezzi, strumenti ed automezzi a lui affidati;

l. non valersi di quanto è di proprietà dell'Amministrazione per ragioni che non siano di servizio;

m. non chiedere né accettare, a qualsiasi titolo, compensi, regali o altre utilità in connessione con la prestazione lavorativa;

n. osservare scrupolosamente le disposizioni che regolano l'accesso ai locali dell'Amministrazione da parte del personale e non introdurre, salvo che non siano debitamente autorizzate, persone estranee all'amministrazione stessa in locali non aperti al pubblico;

o. comunicare all'Amministrazione la propria residenza e, ove non coincidente, la dimora temporanea, nonché ogni successivo mutamento delle stesse;

p. in caso di malattia, dare tempestivo avviso all'ufficio di appartenenza, salvo comprovato impedimento;

q. astenersi dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere direttamente o indirettamente interessi finanziari o non finanziari propri o di suoi parenti entro il quarto grado o conviventi.

Anche con riferimento alle sanzioni nel sistema originario del t.u. operavano i principi di contrattualizzazione e di tipicità: si ammetteva così che la contrattazione potesse aggiungere alle tipologie di sanzioni legali anche altre sanzioni, purché le stesse fossero comunque predeterminate nel codice disciplinare quanto a tipologia ed entità della misura; si escludeva invece in dottrina la possibilità per il datore di lavoro di creare unilateralmente altre tipologie di sanzioni, nemmeno ove predeterminate.

Le sanzioni possono avere carattere conservativo o anche estintivo del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni.

Le sanzioni sono omogenee per i vari settori dell'impiego pubblico e corrispondono in gran parte a quelle del lavoro privato: sono il rimprovero verbale, la censura (o rimprovero scritto), la multa con importo non superiore a quattro ore di retribuzione, la sospensione dal lavoro e dalla retribuzione fino ad un massimo di dieci giorni, il licenziamento con preavviso, il licenziamento senza preavviso. A tali sanzioni è stata aggiunta qualche anno fa la sanzione, del tutto inedita nel settore del lavoro privato, della sospensione dal lavoro e dalla retribuzione da 11 giorni fino ad un massimo di mesi sei.

Le due figure del licenziamento disciplinare previste dalla contrattazione collettiva (licenziamento con e senza preavviso) corrispondono alle due figure di licenziamento previste per il lavoro privato direttamente dalla legge, ossia il licenziamento per giustificato motivo soggettivo e quello per giusta causa, *ex* art. 3 l. 15 luglio 1966, n. 604 e 2119 cod. civ.

Il principio di predeterminazione delle sanzioni implica altresì che esso deve avere ad oggetto anche la correlazione tra infrazione e sanzione, sicché il contratto collettivo deve prevedere tale correlazione, che attiene al momento costitutivo del potere disciplinare ai sensi dell'art. 7 stat. lav.

La contrattualizzazione delle fonti in materia disciplinare ha comportato che, essendo solo quelle indicate dalla contrattazione collettiva le sanzioni disciplinari, in applicazione del principio di tipicità e tassatività delle stesse, non possono essere utilizzate a fini disciplinari altri istituti previsti dalle norme sostanziali, quali i provvedimenti di decadenza *ex* art. 127 t.u. n. 3 del 57), i provvedimenti di trasferimento per esigenze di servizio o per incompatibilità ambientale (art. 32 t.u. n. 3 del 57) o la dispensa dal servizio per incapacità o scarso rendimento (art. 129 t.u. n. 3 del 57): tali istituti restavano utilizzabili, ove non abrogati dalle norme sostanziali (e

quindi dovevano essere inquadrati negli istituti privatistici del trasferimento e del recesso), solo per fini del tutto diversi da quelli disciplinari.

Si esclude invece la legittimità sia della retrocessione disciplinare (intesa come attribuzione di qualifica inferiore al lavoratore o di retribuzione inferiore a scopo punitivo) sia del demansionamento disciplinare (inteso come attribuzione di mansioni inferiori rientranti nella qualifica a scopo punitivo): con riferimento a tale ultimo aspetto, tuttavia, si dovrebbe richiedere una evidenza dello scopo punitivo e della finalità specifica perseguita dal datore di lavoro, in quanto altrimenti una mera modificazione delle mansioni nell'ambito della qualifica e quindi rispettoso della equivalenza professionale rimarrebbe legittimo in quanto continuerebbe a muoversi nell'ambito delle mansioni esigibili dal dipendente pubblico (cui non si applica come noto il divieto di demansionamento di cui all'art. 2103 cod. civ., ma solo il divieto di dequalificazione di cui all'art. 56 t.u.).

Secondo principi generali, costituiscono presupposti essenziali del corretto esercizio del potere disciplinare la predisposizione del codice disciplinare e l'affissione dello stesso in luogo accessibile a tutti, al fine di assicurare la preventiva conoscibilità delle sanzioni e delle infrazioni rilevanti.

In ordine alle sanzioni, opera la regola della proporzionalità della sanzione disciplinare rispetto ai fatti commessi, valida in via generale per tutte le fatti specie sanzionatorie (penali, amministrative e anche contabili) e codificata per gli illeciti disciplinari nell'articolo 2106 del codice civile.

L'art. 2106 cod. civ. pone quale vincolo per la contrattazione collettiva il principio di gradualità e proporzionalità delle sanzioni in relazione alle infrazioni tipizzate.

Secondo il principio di gradualità, la sanzione, per una stessa infrazione, è prima più tenue e diventa poi più grave; secondo il principio di proporzionalità, le sanzioni devono essere adeguate in relazione alla gravità dell'infrazione.

Va peraltro ricordato che la valutazione della proporzionalità ed adeguatezza della sanzione è sempre operata dal giudice, il quale deve tener conto del comportamento del lavoratore incolpato sia sotto il profilo del contenuto oggettivo (circostanze del caso concreto), sia di aspetti soggettivi (personalità del lavoratore ed elemento intenzionale o grado della colpa). La valutazione della proporzionalità, secondo la giurisprudenza, costituisce apprezzamento di fatto riservato al giudice di merito, le cui valutazioni sono censurabili in sede di legittimità solo per difetto di motivazione (Cass. 10 gennaio 2004, n. 215).

Il giudizio di proporzionalità non va fatto in astratto ma in concreto secondo la giurisprudenza, con specifico riferimento a tutte le circostanze concrete, all'intensità dell'elemento intenzionale ed ai moventi, al grado della colpa.

Il limite della proporzionalità quale criterio fondamentale per la determinazione della sanzione si estende del resto secondo la giurisprudenza anche alla contrattazione collettiva, atteso che le clausole della contrattazione collettiva sono da ritenere legittime solo in quanto forniscano al datore di lavoro criteri per graduare la sanzione in relazione all'infrazione.

Con riferimento al personale dell'amministrazione della Giustizia, alle infrazioni ed alle sanzioni, le violazioni, da parte dei lavoratori, degli obblighi disciplinati all'art. 23 del contratto collettivo danno luogo, secondo la gravità dell'infrazione, all'applicazione delle seguenti sanzioni disciplinari previo procedimento disciplinare:

rimprovero verbale;

rimprovero scritto (censura);

multa di importo variabile fino ad un massimo di quattro ore di retribuzione;

sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino a dieci giorni;

sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da 11 giorni fino ad un massimo di sei mesi;

licenziamento con preavviso;
licenziamento senza preavviso.

Secondo l'art. 25 del medesimo contratto collettivo, nel rispetto del principio di gradualità e proporzionalità delle sanzioni in relazione alla gravità della mancanza e in conformità di quanto previsto dall'art. 55 del d.lgs. n. 165 del 2001 e successive modificazioni ed integrazioni, sono fissati i seguenti criteri generali:

il tipo e l'entità di ciascuna delle sanzioni sono determinati anche in relazione:
alla intenzionalità del comportamento, alla rilevanza della violazione di norme o disposizioni;
al grado di disservizio o di pericolo provocato dalla negligenza imprudenza o imperizia dimostrate, tenuto conto anche della prevedibilità dell'evento;
all'eventuale sussistenza di circostanze aggravanti o attenuanti;
alle responsabilità derivanti dalla posizione di lavoro occupata dal dipendente;
al concorso nella mancanza di più lavoratori in accordo tra loro;
al comportamento complessivo del lavoratore, con particolare riguardo ai precedenti disciplinari, nell'ambito del biennio previsto dalla legge;
al comportamento verso gli utenti.

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.

Al dipendente responsabile di più mancanze compiute in un'unica azione od omissione o con più azioni o omissioni tra loro collegate ed accertate con un unico procedimento, è applicabile la sanzione prevista per la mancanza più grave se le suddette infrazioni sono punite con sanzioni di diversa gravità.

La sanzione disciplinare dal minimo del rimprovero verbale o scritto al massimo della multa di importo pari a 4 ore di retribuzione si applica al dipendente per:

inosservanza delle disposizioni di servizio, anche in tema di assenze per malattia, nonché dell'orario di lavoro;
condotta non conforme ai principi di correttezza verso altri dipendenti o nei confronti del pubblico;
negligenza nella cura dei locali e dei beni mobili o strumenti a lui affidati o sui quali, in relazione alle sue responsabilità, debba espletare azione di vigilanza;
inosservanza delle norme in materia di prevenzione degli infortuni e di sicurezza sul lavoro nel caso in cui non ne sia derivato un pregiudizio al servizio o agli interessi dell'amministrazione o di terzi;
rifiuto di assoggettarsi a visite personali disposte a tutela del patrimonio dell'amministrazione, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 6 della L. 300 del 1970;
insufficiente rendimento.

L'importo delle ritenute per multa sarà introitato dal bilancio dell'amministrazione e destinato ad attività sociali.

La sanzione disciplinare della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino ad un massimo di 10 giorni si applica per:

recidiva nelle mancanze che abbiano comportato l'applicazione del massimo della multa oppure quando le mancanze previste nel comma 2 presentino caratteri di particolare gravità;
assenza ingiustificata dal servizio fino a 10 giorni o arbitrario abbandono dello stesso; in tali ipotesi l'entità della sanzione è determinata in relazione alla durata dell'assenza o dell'abbandono dal servizio, al disservizio determinatosi, alla gravità della violazione degli obblighi del dipendente, agli eventuali danni causati all'amministrazione, agli utenti o ai terzi;
ingiustificato ritardo, non superiore a 10 giorni, a trasferirsi nella sede assegnata dall'amministrazione;
svolgimento di altre attività lavorative durante lo stato di malattia o di infortunio;
rifiuto di testimonianza oppure testimonianza falsa o reticente in procedimenti disciplinari;
minacce, ingiurie gravi, calunnie o diffamazioni verso il pubblico o altri dipendenti;

manifestazioni ingiuriose nei confronti dell'amministrazione, tenuto conto del rispetto della libertà di pensiero e di espressione ai sensi dell'art.1 L.300 del 1970;

qualsiasi comportamento da cui sia derivato danno grave all'amministrazione o a terzi;

atti, comportamenti o molestie, anche di carattere sessuale, che siano lesivi della dignità della persona 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.

La sanzione disciplinare della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da 11 giorni fino ad un massimo di 6 mesi si applica per:

recidiva nel biennio delle mancanze previste nel comma precedente quando sia stata comminata la sanzione massima oppure quando le mancanze previste al comma 3 presentino caratteri di particolare gravità;

assenza ingiustificata dal servizio oltre 10 giorni e fino a 15 giorni;

occultamento di fatti e circostanze relativi ad illecito uso, manomissione, distrazione di somme o beni di spettanza o di pertinenza dell'amministrazione o ad essa affidati, quando, in relazione alla posizione rivestita, il lavoratore abbia un obbligo di vigilanza o di controllo;

insufficiente persistente scarso rendimento dovuto a comportamento negligente;

esercizio, attraverso sistematici e reiterati atti e comportamenti aggressivi ostili e denigratori, di forme di violenza morale o di persecuzione psicologica nei confronti di un altro dipendente al fine di procurargli un danno in ambito lavorativo o addirittura di escluderlo dal contesto lavorativo;

atti, comportamenti o molestie, anche di carattere sessuale, di particolare gravità che siano lesivi della dignità della persona;

fatti e comportamenti tesi all'elusione dei sistemi di rilevamento elettronici della presenza e dell'orario o manomissione dei fogli di presenza o delle risultanze anche cartacee degli stessi. Tale sanzione si applica anche nei confronti di chi avalli, aiuti o permetta tali atti o comportamenti;

alterchi con vie di fatto negli ambienti di lavoro, anche con utenti;

qualsiasi comportamento da cui sia derivato danno grave all'amministrazione o a terzi.

Nella sospensione dal servizio prevista dal presente comma, il dipendente è privato della retribuzione fino al decimo giorno mentre, a decorrere dall'undicesimo, viene corrisposta allo stesso una indennità pari al 50% della retribuzione indicata all'art. 25, comma 2, primo alinea, del CCNL del 16 maggio 2001 nonché gli assegni del nucleo familiare ove spettanti. Il periodo di sospensione non è, in ogni caso, computabile ai fini dell'anzianità di servizio.

La sanzione disciplinare del licenziamento con preavviso si applica per:

recidiva plurima, almeno tre volte nell'anno, in una delle mancanze previste ai commi 3 e 4, anche se di diversa natura, o recidiva, nel biennio, in una mancanza che abbia comportato l'applicazione della sanzione massima di 6 mesi di sospensione dal servizio e dalla retribuzione, salvo quanto previsto al comma 6, lett. a);

recidiva nell'infrazione di cui al comma 4, lettera d);

ingiustificato rifiuto del trasferimento disposto dall'Amministrazione per riconosciute e motivate esigenze di servizio nel rispetto delle vigenti procedure in relazione alla tipologia di mobilità attivata;

mancata ripresa del servizio nel termine prefissato dall'amministrazione quando l'assenza arbitraria ed ingiustificata si sia protratta per un periodo superiore a quindici giorni. Qualora il dipendente riprenda servizio si applica la sanzione di cui al comma 4;

continuità, nel biennio, dei comportamenti attestanti il perdurare di una situazione di insufficiente scarso rendimento dovuta a comportamento negligente ovvero per qualsiasi fatto grave che dimostri la piena incapacità ad adempiere adeguatamente agli obblighi di servizio;

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;

recidiva nel biennio di atti, comportamenti o molestie, anche di carattere sessuale, che siano lesivi della dignità della persona;

condanna passata in giudicato per un delitto che, commesso in servizio o fuori dal servizio ma non attinente in

via diretta al rapporto di lavoro, non ne consenta la prosecuzione per la sua specifica gravità.

La sanzione disciplinare del licenziamento senza preavviso si applica per:

terza recidiva nel biennio di minacce, ingiurie gravi, calunnie o diffamazioni verso il pubblico o altri dipendenti, alterchi con vie di fatto negli ambienti di lavoro, anche con utenti;

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;

accertamento che l'impiego fu conseguito mediante la produzione di documenti falsi e, comunque, con mezzi fraudolenti ovvero che la sottoscrizione del contratto individuale di lavoro sia avvenuta a seguito di presentazione di documenti falsi;

commissione in genere - anche nei confronti di terzi - di fatti o atti dolosi, che, pur non costituendo illeciti di rilevanza penale, sono di gravità tale da non consentire la prosecuzione neppure provvisoria del rapporto di lavoro.

condanna passata in giudicato:

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;

quando alla condanna consegue comunque l'interdizione perpetua dai pubblici uffici;

per i delitti previsti dall'art. 3, comma 1 della legge n. 97 del 2001.

Le mancanze non espressamente previste nei commi da 2 a 6 sono comunque sanzionate secondo i criteri di cui al comma 1, facendosi riferimento, quanto all'individuazione dei fatti sanzionabili, agli obblighi dei lavoratori di cui all'art. 23 del CCNL del 16 maggio 1995, come modificato dal presente CCNL quanto al tipo e alla misura delle sanzioni, ai principi desumibili dai commi precedenti.

Con riferimento al procedimento, il sistema originario del t.u., prevedeva che, per il procedimento disciplinare, fosse competente il capo della struttura o l'ufficio dei procedimenti disciplinari.

Come precisato da Cass. 22 marzo 2005, n. 759, e da Cass. 5 febbraio 2004, n. 2168, il procedimento instaurato o proseguito da organo diverso dall'ufficio competente, anche se questo non sia stato ancora istituito, è illegittimo e la sanzione irrogata è affetta da nullità, risolvendosi in un provvedimento adottato in violazione di norme di legge inderogabili sulla competenza; né secondo la giurisprudenza richiamata, la previsione legislativa è derogabile dalla contrattazione collettiva, sia per il principio della gerarchia delle fonti, sia perché l'art. 55 del testo unico attribuisce alla contrattazione collettiva solo la possibilità di definire la tipologia e l'entità delle sanzioni e non anche quella di individuare il soggetto competente alla gestione di ogni fase del procedimento disciplinare.

Quanto all'ufficio per i procedimenti disciplinari, secondo l'art. 55, comma 4, del testo unico, ciascuna amministrazione, secondo il proprio ordinamento, individua l'ufficio competente per i procedimenti disciplinari.

Quanto alla composizione dell'ufficio, la giurisprudenza ha chiarito che, in materia di procedimenti disciplinari nei confronti dei dipendenti pubblici con rapporto privatizzato, ciascuna amministrazione secondo il proprio ordinamento ha il potere di individuare l'ufficio competente per i procedimenti disciplinari. In tale contesto, l'amministrazione può ben omettere di prevedere il requisito della maggiore anzianità o qualifica per i componenti dell'ufficio procedimenti disciplinari, senza che abbia rilievo alcuno la circostanza che nel regime antifatto il funzionario istruttore dovesse essere scelto tra gli impiegati aventi qualifica superiore a quella dell'impiegato sottoposto a procedimento disciplinare, atteso che nel nuovo sistema l'organo collegiale preconstituito assicura maggiori garanzie rispetto al funzionario designato per ogni singolo procedimento disciplinare (Cass. 3 giugno 2004, n. 10600).

Nel sistema originario del t.u., l'U.P.D., su segnalazione del capo della struttura in cui il dipendente lavorava, contestava l'addebito al dipendente medesimo,

istruiva il procedimento disciplinare e applicava la sanzione. Quando le sanzioni da applicare fossero state rimprovero verbale e censura (o rimprovero scritto), il capo della struttura in cui il dipendente lavorava provvedeva direttamente.

A differenza di quanto previsto dall'art. 7 Stat. Lav., dunque, non è il capo dell'amministrazione o della struttura ad irrogare la sanzione, ma un apposito ufficio (e solo in un caso il capo della struttura).

La violazione delle regole di competenza dà luogo, ove la sanzione sia irrogata dall'organo meno qualificato, al vizio di nullità dell'atto, per violazione di norma inderogabile sulla competenza (Cons. di Stato 25 luglio 2001, n. 4112 estende il vizio anche al caso opposto di sanzione irrogata dall'organo più qualificato incompetente): per Cass., sez. lav., 5 febbraio 2004, n. 2168, ai sensi dell'art. 59, comma 4, d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29, trasfuso nell'art. 55, d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, tutte le fasi del procedimento disciplinare sono svolte esclusivamente dall'ufficio competente per i procedimenti disciplinari (u.p.d.), il quale è anche l'organo competente alla irrogazione delle sanzioni disciplinari, ad eccezione del rimprovero verbale e della censura. Ne consegue che il procedimento instaurato da un soggetto o organo diverso dal predetto ufficio, anche se questo non sia ancora stato istituito, è illegittimo e la sanzione irrogata è, in tale caso, affetta da nullità, risolvendosi in un provvedimento adottato in violazione di norme di legge inderogabili sulla competenza; né la previsione legislativa è suscettibile di deroga ad opera della contrattazione collettiva, sia per l'operatività del principio gerarchico delle fonti, sia perché il comma 3 dell'art. 59 cit. attribuisce alla contrattazione collettiva solo la possibilità di definire la tipologia e l'entità delle sanzioni e non anche quella di individuare il soggetto competente alla gestione di ogni fase del procedimento disciplinare.

Secondo altro orientamento (espresso da Cass. 23 settembre 1998, n. 9533), invece, l'adozione di una sanzione disciplinare da parte di organo privo del potere di rappresentanza configura solo una ipotesi di annullabilità, deducibile come tale solo dal datore, che può ratificare l'atto a norma dell'art. 1399 cod.civ. (secondo un orientamento anche mediante la costituzione in giudizio dell'amministrazione –che, non dimentichiamolo, in materia sta in giudizio a mezzo di qualunque proprio dipendente incaricato- per resistere all'impugnativa della sanzione proposta dal lavoratore).

L'ufficio per il procedimento disciplinare non ha invece -secondo un indirizzo che appare prevalente- poteri autonomi di iniziativa, potendo attivarsi solo a seguito della segnalazione del capo della struttura.

2.2. Il procedimento disciplinare.

Nel sistema originario del t.u., l'iter disciplinare si articola in una necessaria contestazione al dipendente, a garanzia del principio di difesa: l'art. 55 comma 5 t.u. definisce le modalità procedurali prevedendo che ogni provvedimento disciplinare, ad eccezione del rimprovero verbale, deve essere adottato previa tempestiva contestazione scritta dell'addebito al dipendente, che viene sentito a sua difesa con l'eventuale assistenza di un procuratore ovvero di un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato. Trascorsi inutilmente il termine a difesa, la sanzione viene applicata.

Sul piano procedurale, secondo il contratto collettivo dell'amministrazione della Giustizia, l'Amministrazione, fatta eccezione per il rimprovero verbale, non può adottare alcun provvedimento disciplinare nei confronti del dipendente, se non previa contestazione scritta dell'addebito, da effettuarsi tempestivamente e, comunque, non oltre 20 giorni da quando l'ufficio istruttore secondo l'ordinamento dell'amministrazione, è venuto a conoscenza del fatto e senza aver sentito il dipendente a sua difesa con l'eventuale assistenza di un procuratore ovvero di un rappresentante dell'associazione sindacale cui egli aderisce o conferisce mandato. La convocazione scritta per la difesa non può avvenire prima che siano trascorsi cinque giorni lavorativi dalla contestazione del fatto che vi ha dato causa. Trascorsi inutilmente 15 giorni dalla convocazione per la difesa del dipendente, la sanzione viene applicata nei successivi 15 giorni. Nel caso in cui la sanzione da

comminare non sia di sua competenza, il responsabile della struttura in cui il dipendente lavora, ai sensi di quanto previsto al comma 2, segnala entro dieci giorni all'ufficio competente i fatti da contestare al dipendente per l'istruzione del procedimento, dandone contestuale comunicazione all'interessato.

Si ritengono ammissibili indagini preliminari senza avviso al dipendente svolte dall'amministrazione prima della contestazione dell'addebito al lavoratore, non esistendovi un principio che imponga l'avviso immediato al lavoratore dell'attività istruttoria disciplinare. Peraltro, la giurisprudenza ha affermato un principio di immediatezza della contestazione, secondo la quale la contestazione va fatta nel termine massimo previsto non appena si abbia conoscenza piena del fatto: se dunque da un lato non basta una conoscenza sommaria o incompleta dei fatti per far decorrere il termine previsto per la contestazione, la configurazione di circostanze che fanno ragionevolmente ritenere sussistenti i fatti da addebitare, e dunque una probabilità circa il loro verificarsi (la certezza è richiesta ai fini dell'irrogazione della sanzione), rende necessaria la contestazione, iniziando a decorrere il termine relativo (Cass. 12 maggio 2005, n. 9955).

In caso di contestazioni, ovviamente sarà il giudice a valutare *ex post* il rispetto del termine e del principio di immediatezza della contestazione.

La contestazione deve essere, secondo la giurisprudenza formatasi in relazione all'art. 7 stat. lav., specifica e dettagliata in fatto (mentre non rileva la qualificazione giuridica dei fatti), fissando il limite di esercizio del potere disciplinare, che non potrà essere esercitato per fatti diversi (se non previa ulteriore contestazione).

Il mancato rispetto del requisito formale della contestazione comporta la nullità della sanzione che poi sia eventualmente irrogata.

Nel sistema originario del t.u., non sono stabilite dalla legge o dalla contrattazione regole relative alla fase istruttoria, rimessa alla più ampia valutazione dell'amministrazione.

Si ammettono così atti istruttori ulteriori, una volta effettuata la contestazione tempestivamente, come pure si ammette -sulla scorta della giurisprudenza affermata nell'ambito del lavoro privato- la delegabilità degli atti istruttori da parte dell'ufficio competente per i procedimenti disciplinari.

La disciplina non prevede un contraddittorio necessario per ogni atto istruttorio compiuto dall'amministrazione, sebbene, essendo il contraddittorio un principio di civiltà giuridica, si ritiene generalmente che esso è necessario quanto meno *ex post*, attraverso la partecipazione al dipendente degli atti istruttori una volta che gli stessi siano già stati compiuti, ed al fine di consentire allo stesso di difendersi in relazione alle relative risultanze.

Ciò vuol dire allora, anche perché non trovano applicazione al procedimento disciplinare le regole istruttorie del processo penale, che l'amministrazione può acquisire unilateralmente prove, documentali, orali, o effettuare ispezioni, senza che sia necessaria la partecipazione del dipendente o la sua conoscenza preventiva dell'atto istruttorio da parte del dipendente. Il lavoratore, che -si ritiene- non può impugnare immediatamente gli atti istruttori ancorché illegittimi per difetto di interesse, potrà del resto sempre far valere i vizi degli atti istruttori in sede di impugnativa della sanzione irrogata, nei limiti, tuttavia, della misura in cui il vizio si sia riflesso sulla decisione finale dell'amministrazione e quindi sulla sanzione; diverso discorso andrebbe fatto in relazione agli atti istruttori invasivi della libertà del lavoratore e che incidono sulla sua privacy, in relazione ai quali non può non ammettersi anche una tutela diretta ed immediata, in relazione alla tutela della riservatezza, della privacy e delle regole di trattamento dei dati personali.

Secondo quanto già si è rilevato, le risultanze ispettive, successive alla contestazione, non possono portare ad una modifica o ad una integrazione della stessa, ma possono solo chiarire o corroborare fatti già contestati ritualmente.

Quanto alla difesa del dipendente, è prevista -quale adempimento necessario- l'audizione del dipendente, assistito da un procuratore o da un rappresentante sindacale: ora, mentre nel lavoro privato l'audizione è necessaria solo ove il lavoratore abbia fatto espressa richiesta di essere ascoltato

una volta che abbia ricevuto la contestazione disciplinare, nel lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, pur contrattualizzato, la convocazione per l'audizione è atto dovuto dall'amministrazione, che deve necessariamente convocare il dipendente per sentirlo a sua difesa, anche se questi non ne abbia fatto richiesta. L'obbligatorietà riguarda ovviamente la convocazione e non l'audizione, essendo sufficiente garantire al dipendente la mera possibilità di difendersi.

Il lavoratore può utilizzare per la difesa gli strumenti che ritiene più utili alla difesa, dall'audizione, alla presentazione di memorie scritte, alla presentazione di dichiarazioni di terzi, anche orali, o più di questi strumenti anche congiuntamente.

Ciò ha portato la dottrina ad escludere la rilevanza dello stato di malattia del dipendente che renda impossibile presenziare all'audizione o alle udienze istruttorie, in quanto il lavoratore ha altri strumenti, compatibili con lo stato di salute, per difendersi in giudizio o per farsi ivi assistere.

Il dipendente può accedere agli atti istruttori del procedimento ed estrarne copia.

Il dipendente può farsi assistere da un procuratore (e dunque non necessariamente da un procuratore legale), o da un sindacalista: si ritiene che una soluzione esclude l'altra e il dipendente non può essere assistito da entrambi, salvo che il datore vi consenta.

Al riguardo, l'ARAN ha precisato infatti, in relazione al quesito se sia possibile concedere al dipendente la contemporanea doppia tutela prevista all'art. 24, 2° comma del CCNL del 6/7/1995, che l'espressione contenuta nell'art. 24, comma 2, del CCNL del 6.7.1994 secondo la quale "...eventuale assistenza di un procuratore ovvero di un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato..." debba essere intesa nel senso che l'una soluzione esclude l'altra; in altri termini il lavoratore è libero di scegliere tra le due alternative non può pretendere di avvalersi di entrambe.

I contratti collettivi prevedono un termine massimo perentorio di 120 giorni -a decorrere dalla contestazione dell'addebito- per la conclusione del procedimento e l'adozione (mentre la comunicazione dello stesso può essere successiva: Cons. Stato 4 novembre 1999, n. 1717) del provvedimento, a pena dell'estinzione del procedimento; per il rimprovero verbale, il termine è invece di 20 giorni e decorre dal fatto. Decorso infruttuosamente il detto termine, il procedimento si estingue automaticamente (non occorre né è prevista una comunicazione di estinzione al dipendente).

Esaurita l'istruttoria, il procedimento, che non si sia estinto per decorso del termine finale, si conclude con l'archiviazione o con l'applicazione della sanzione disciplinare; in tale ultimo caso, nel sistema originario del t.u., è anche possibile il c.d. patteggiamento disciplinare.

Il patteggiamento disciplinare è istituito del tutto sconosciuto al procedimento disciplinare nel lavoro privato ed è tipico del lavoro pubblico: infatti, l'art. 55 comma 6 t.u. Nel testo originario prevede che con il consenso del dipendente la sanzione applicabile può essere ridotta (il che consente sia l'applicazione di una sanzione più breve quanto a durata o entità -sospensione di meno giorni, multa pecuniaria più contenuta-, sia una sanzione diversa e minore da quella astrattamente comminabile), ma in tal caso non è più suscettibile di impugnazione: una sorta di patteggiamento disciplinare, dunque, per il quale è richiesta comunque l'adesione dell'amministrazione (la quale può non aderire alla richiesta del dipendente di irrogazione di una sanzione minore di quella voluta).

In relazione alle violazioni di regole procedurali, solo da alcune violazioni (ad esempio inerenti le violazioni del principio del contraddittorio, e dunque della convocazione per l'audizione o dell'accesso agli atti, ovvero per i termini di contestazione, a difesa, di *spatium deliberandi* e irrogazione delle sanzioni, come pure per le violazioni circa la competenza ad irrogare la sanzione) deriva l'invalidità della sanzione, restando altre violazioni procedurali senza effetto.

Si è a lungo discusso se la decisione dell'amministrazione debba essere motivata o meno. Venuta meno con la privatizzazione del rapporto di lavoro la natura di atti amministrativi e l'applicabilità del generale principio di motivazione degli atti amministrativi, la giurisprudenza esclude un obbligo

dell'amministrazione di motivazione (tra le prime, Cass. 21 aprile 1993, n. 4659; più di recente, Cass. n. 2851 del 9/2/2006) e ritiene implicito il richiamo alla contestazione a base del procedimento.

La sanzione disciplinare priva di motivazione non è quindi impugnabile, come nel precedente regime, per difetto di motivazione, mancando un obbligo motivazionale nella legge e nella contrattazione collettiva.

Diverso discorso va fatto tuttavia con riferimento alla sanzione espulsiva, essendo applicabile anche al lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni il principio generale dell'art. 2 l. 604 del 1966, in base al quale il licenziamento va comunicato per iscritto e senza necessaria motivazione, ma, se il lavoratore ne faccia richiesta entro 15 giorni, la motivazione deve essere data allo stesso per iscritto nel termine perentorio di giorni sette a pena di inefficacia del licenziamento.

L'assenza di un obbligo di motivazione dell'atto non implica arbitrio o irragionevolezza dello stesso, essendosi spostato all'eventuale fase giurisdizionale e non essendo più necessariamente contestuale all'atto l'indicazione dei motivi dell'atto datoriale, atteso che a fronte dell'impugnativa del lavoratore il datore dovrà sempre dimostrare in giudizio la conformità dell'atto ai criteri di legge e di contratto.

Non va peraltro dimenticato che i contratti collettivi di comparto spesso prevedono garanzie analoghe a quelle *ex lege* 241 del 90, e tra queste, talora anche un obbligo motivazionale specifico dell'amministrazione.

Molti degli istituti esaminati contenuti nel t.u. e vari principi ivi espressi mantengono immutata validità anche all'esito della riforma dettata dal d.lgs. n. 150 del 2009. Sono numerose, peraltro, le novità.

Con riferimento alla pubblicità del codice disciplinare, il legislatore della riforma interviene anche con riferimento al requisito della pubblicità, elevando a forma di conoscibilità presunta del codice disciplinare accanto all'«affissione in luogo accessibile a tutti» di cui all'articolo 7 Statuto lavoratori, per il lavoro privato, la pubblicazione sul sito istituzionale dell'amministrazione.

Nel sistema pregresso, una delle questioni più dibattute in dottrina riguardava la discrezionalità ovvero la obbligatorietà dell'azione disciplinare.

Nel settore privato si è negata l'applicazione in campo disciplinare del principio dell'obbligatorietà proprio dell'azione penale e si è affermata la discrezionalità del datore nell'avviare o meno l'azione disciplinare, motivandosi la soluzione con riferimento al potere di direzione dell'impresa *ex art.* 2086 c.c. Altrettanto dibattuta era però la trasponibilità dell'indicata soluzione dell'ambito del procedimento disciplinare nei confronti del pubblico dipendente, in considerazione degli interessi anche pubblicistici sottesi all'azione disciplinare da parte del datore di lavoro pubblico.

La riforma del d.lgs. 150 del 2009 afferma l'obbligatorietà dell'azione disciplinare: infatti, l'art. 55-*sexies*, comma 3, t.u. novellato, prevede che *“il mancato esercizio o la decadenza dell'azione disciplinare, dovuti all'omissione o al ritardo, senza giustificato motivo, degli atti del procedimento disciplinare o a valutazioni sull'insussistenza dell'illecito disciplinare irragionevoli o manifestamente infondate, in relazione a condotte aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare, comporta, per i soggetti responsabili aventi qualifica dirigenziale, l'applicazione della sanzione disciplinare della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione in proporzione alla gravità dell'infrazione non perseguita”*.

Va pure ricordato che il comma 7 della disposizione prevede che “*il lavoratore dipendente o il dirigente, appartenente alla stessa amministrazione pubblica dell’incolpato o ad una diversa, che, essendo a conoscenza per ragioni di ufficio o di servizio di informazioni rilevanti per un procedimento disciplinare in corso, rifiuta, senza giustificato motivo, la collaborazione richiesta dall’autorità disciplinare procedente ovvero rende dichiarazioni false o reticenti, è soggetto all’applicazione, da parte dell’amministrazione di appartenenza, della sanzione disciplinare della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione, commisurata alla gravità dell’illecito contestato al dipendente, fino ad un massimo di 15 giorni?*”.

L’istituto, del tutto nuovo, fa infatti ritenere l’obbligatorietà dell’azione disciplinare, desumibile dall’approntamento di una sanzione per un comportamento di favoreggiamento disciplinare (e sul punto, è opportuno ricordare le considerazioni critiche di chi ha rilevato che “*non risulta chiaro quale sia il dovere del dipendente connesso alla prestazione lavorativa che nel caso in esame sarebbe violato: non è diligenza e non è fedeltà, configurandosi una incomprensibile infrazione per favoreggiamento disciplinare, nella quale l’interesse tutelato non è quello di sanzionare una condotta connessa allo svolgimento delle propria prestazione lavorativa ma l’obbligo di collaborare al perseguimento della repressione dell’inefficienza; sinceramente, una norma del genere risulta di dubbia costituzionalità e ricorda più il «maccartismo» che un sistema disciplinare*”⁴⁹).

La riforma incide in misura consistente sulle procedure: in assenza di disciplina transitoria, le nuove regole procedurali non potranno che seguire il principio generale del *tempus regit actum*, ed applicarsi a tutti i procedimenti disciplinari incardinati successivamente all’entrata in vigore del decreto legislativo 150, a prescindere dalla data di commissione dell’infrazione oggetto dell’accertamento.

Il nuovo art. 55-*bis* t.u. prevede distinte procedure, a seconda della entità della sanzione irrogabile e della qualifica del responsabile della struttura.

Secondo la norma, “*1. Per le infrazioni di minore gravità, per le quali è prevista l’irrogazione di sanzioni superiori al rimprovero verbale ed inferiori alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione per più di dieci giorni, il procedimento disciplinare, se il responsabile della struttura ha qualifica dirigenziale, si svolge secondo le disposizioni del comma 2. Quando il responsabile della struttura non ha qualifica dirigenziale o comunque per le infrazioni punibili con sanzioni più gravi di quelle indicate nel primo periodo, il procedimento disciplinare si svolge secondo le disposizioni del comma 4. ...*

3. Il responsabile della struttura, se non ha qualifica dirigenziale ovvero se la sanzione da applicare è più grave di quelle di cui al comma 1, primo periodo, trasmette gli atti, entro cinque giorni dalla notizia del fatto, all’ufficio individuato ai sensi del comma 4, dandone contestuale comunicazione all’interessato.”

La vecchia disciplina prevedeva la competenza del capo della struttura all’irrogazione delle sanzioni solo per le ipotesi sanzionatorie meno gravi (rimprovero verbale e censura), attribuendo in tutte le altre ipotesi l’esercizio del potere disciplinare all’ufficio competente per i procedimenti disciplinari; inoltre, ad eccezione del rimprovero verbale, la disciplina dell’iter procedimentale era strutturata in modo unitario a prescindere dal soggetto che esercitava l’azione.

⁴⁹ URSI R., *Delle sanzioni disciplinari dopo il decreto Brunetta*, in *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni* 2009, 5 764.

Nel nuovo sistema, per le infrazioni per le quali è prevista l'irrogazione di sanzioni superiori al rimprovero verbale ed inferiori alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione per più di dieci giorni è competente il responsabile, con qualifica dirigenziale, della struttura in cui il dipendente lavora; se invece il responsabile della struttura non possiede la qualifica dirigenziale, il procedimento si svolge innanzi all'ufficio per i procedimenti disciplinari, anche se con termini dimezzati rispetto a quelli ordinari del procedimento innanzi al medesimo ufficio per le sanzioni più gravi.

Come evidenziato in dottrina, il riferimento alla qualifica consente di evitare ogni dubbio interpretativo in ordine all'esclusione dalla portata applicativa della norma di tutte quelle posizioni che, seppure caratterizzate da funzioni di responsabilità (si pensi alla reggenza, alle posizioni organizzative o alla vice dirigenza), magari anche in via provvisoria (si pensi a situazioni di vacanza del posto o a sospensione temporanea per ferie o malattia), che siano prive di incarico dirigenziale e non accedano conseguentemente all'inquadramento nell'area dirigenziale⁵⁰.

Altro problema attiene alla possibilità di attribuzione di competenza disciplinare (nei limiti sopra evidenziati) al capo della struttura ove questa sia "interna" ad una più ampia, affidata ad un dirigente; in tema, si è detto che affinché un dipendente privo di qualifica dirigenziale possa esercitare l'azione disciplinare occorrerebbe, quanto meno, che disponga di poteri di gestione effettiva del personale e non della sola funzione di coordinamento, dovendo quindi essere concretamente preposto alla direzione della struttura interna, con esercizio di poteri di direzione del personale analoghi a quelli del dirigente, il che è ben possibile solo attraverso una delega espressa di funzioni. Secondo questa impostazione, allora, non sarebbe mai ipotizzabile un conflitto tra dirigente e preposto alla struttura, dovendo fa riferimento i poteri del secondo sempre alla delega data dal primo.

Non vi sono novità, invece, quanto all'ufficio per i procedimenti disciplinari.

La riforma regolamenta minuziosamente l'iter del procedimento nelle successive fasi.

Sono precisati intanto i diritti di difesa.

La nuova disciplina legale codifica il diritto di accesso del dipendente incolpato agli atti istruttori del procedimento, né all'esercizio di tale diritto l'amministrazione può opporre la tutela della riservatezza e la conseguente necessità del consenso di terzi eventualmente interessati.

Totalmente innovativa è la disposizione che regola le ipotesi di grave e oggettivo impedimento del lavoratore all'esercizio della sua difesa. In tal caso, la legge prevede il differimento della data convocazione e degli atti istruttori, previa istanza motivata di rinvio del termine per l'esercizio della difesa da parte dell'incolpato. Tale differimento, se contenuto entro il limite di dieci giorni (venti nel caso di procedimento davanti all'ufficio per i procedimenti disciplinari), non ha effetti sul procedimento mentre, se superiore ai dieci (o venti) giorni e determinato da impedimento del dipendente, comporta la proroga in misura corrispondente del termine per la conclusione del procedimento. Il differimento può essere disposto per una sola volta nel corso del procedimento.

⁵⁰ LOSTORTO V., *Il nuovo procedimento disciplinare*, in TIRABOSCHI M. e VERBARO F. (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 489.

La riforma abolisce poi il c.d. patteggiamento previsto dal comma 6 del vecchio art. 55.

Il comma 5 dell'articolo 55-*bis* stabilisce che ogni comunicazione al dipendente è effettuata tramite posta elettronica certificata, nel caso in cui il dipendente dispone di idonea casella di posta (magari fornita dallo stesso ufficio); in mancanza, è ammissibile la consegna a mani.

Ancora più semplici sono le comunicazioni successive alla contestazione dell'addebito: in questo caso infatti il dipendente può indicare, altresì, un numero di fax, di cui egli o il suo procuratore abbia la disponibilità.

A differenza del vecchio sistema, nel quale la natura perentoria del termine era riconosciuta solo in relazione al termine finale del procedimento (salva l'operatività del principio di immediatezza della contestazione), la riforma prevede vari termini sia endoprocedimentali che di chiusura del procedimento, qualificandoli perentori.

Secondo la disposizione dell'art. 55-*bis*, commi 2 e 3, del testo unico novellato, *“il responsabile, con qualifica dirigenziale, della struttura in cui il dipendente lavora, anche in posizione di comando o di fuori ruolo, quando ha notizia di comportamenti punibili con taluna delle sanzioni disciplinari di cui al comma 1, primo periodo, senza indugio e comunque non oltre venti giorni contesta per iscritto l'addebito al dipendente medesimo e lo convoca per il contraddittorio a sua difesa, con l'eventuale assistenza di un procuratore ovvero di un rappresentante dell'associazione sindacale cui il lavoratore aderisce o conferisce mandato, con un preavviso di almeno dieci giorni. ... Dopo l'espletamento dell'eventuale ulteriore attività istruttoria, il responsabile della struttura conclude il procedimento, con l'atto di archiviazione o di irrogazione della sanzione, entro sessanta giorni dalla contestazione dell'addebito. In caso di differimento superiore a dieci giorni del termine a difesa, per impedimento del dipendente, il termine per la conclusione del procedimento è prorogato in misura corrispondente. Il differimento può essere disposto per una sola volta nel corso del procedimento.*

*... L'ufficio competente per i procedimenti disciplinari ... contesta l'addebito al dipendente, lo convoca per il contraddittorio a sua difesa, istruisce e conclude il procedimento secondo quanto previsto nel comma 2, ma, se la sanzione da applicare è più grave di quelle di cui al comma 1, primo periodo, con applicazione di termini pari al doppio di quelli ivi stabiliti e salva l'eventuale sospensione ai sensi dell'articolo 55-*ter*. Il termine per la contestazione dell'addebito decorre dalla data di ricezione degli atti trasmessi ai sensi del comma 3 ovvero dalla data nella quale l'ufficio ha altrimenti acquisito notizia dell'infrazione, mentre la decorrenza del termine per la conclusione del procedimento resta comunque fissata alla data di prima acquisizione della notizia dell'infrazione, anche se avvenuta da parte del responsabile della struttura in cui il dipendente lavora”.*

Così, ad esempio, come rilevato dalla richiamata dottrina, con riferimento al procedimento di competenza dell'ufficio per i procedimenti disciplinari, la legge individua i seguenti termini perentori:

il termine massimo di quaranta giorni per procedere alla contestazione, con decorrenza dalla data di ricezione degli atti trasmessi dal superiore non legittimato all'esercizio dell'azione disciplinare ovvero dalla data nella quale l'ufficio ha altrimenti acquisito notizia dei fatti;

il termine dilatorio a difesa di almeno venti giorni tra la contestazione e la convocazione dell'incolpato;

il termine di conclusione del procedimento di centoventi giorni dalla data della prima acquisizione della notizia dell'infrazione, anche se avvenuta da parte del responsabile della struttura in cui il dipendente lavora.

Ai termini come sopra individuati vanno aggiunti quelli relativi alle ipotesi procedimento disciplinare che riguardi fatti in relazione ai quali proceda l'autorità giudiziaria penale (articolo 55-ter):

il termine di decadenza di sei mesi dalla irrevocabilità della pronuncia di assoluzione (che riconosce che il fatto addebitato al dipendente non sussiste o non costituisce illecito penale o che il dipendente medesimo non lo ha commesso) per proporre da parte del dipendente sanzionato la domanda di riapertura del procedimento disciplinare (articolo 55-ter, comma 2);

il termine di sessanta giorni dalla comunicazione della sentenza all'amministrazione di appartenenza del lavoratore ovvero dalla presentazione dell'istanza di riapertura per la ripresa o la riapertura del procedimento disciplinare sospeso o concluso prima della definizione del procedimento penale (articolo 55-ter, comma 3);

il termine di novanta giorni dalla comunicazione della sentenza all'amministrazione per la riattivazione del procedimento disciplinare nelle ipotesi di sentenza penale irrevocabile di condanna per i reati di cui agli articoli 314, comma 1, 317, 319, 319-ter e 320 del codice penale (peculato, concussione, corruzione per un atto d'ufficio, corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio, corruzione in atti giudiziari e corruzione di persona incaricata di pubblico servizio) e all'articolo 3 della legge 9 dicembre 1941, n. 1383 (frode da parte di appartenenti alla Guardia di Finanza);

il termine unitario di centottanta giorni per la chiusura del procedimento disciplinare ripreso o riaperto, decorrenti dalla ripresa o dalla riapertura, e cioè dal rinnovo della contestazione (articolo 55-ter, comma 4).

Va rilevato infine in ordine ai termini, che il legislatore preclude alla contrattazione collettiva di introdurre nuovi termini, anche se per il *favor laboratoris*.

Le conseguenze del mancato rispetto dei termini previsti dall'articolato sono, per l'amministrazione, la decadenza dall'azione disciplinare e, per il dipendente, la decadenza all'esercizio del diritto di difesa.

3.- L'organo competente ed il problema della c.d. doppia dirigenza negli uffici giudiziari.

L'applicazione dei principi sopra richiamati nell'amministrazione della giustizia non è priva di peculiarità, dovendo essere inquadrata nel rapporto tra il capo dell'ufficio giudiziario, che è un magistrato, ed il dirigente amministrativo⁵¹.

In tema, va ricordato che, se all'origine il dirigente dell'ufficio (che è un magistrato) assommava competenze giudiziarie ed amministrative, con la legge 23 ottobre 1960 n. 1196 fu introdotta la figura del dirigente amministrativo.

In materia disciplinare trovava applicazione la disciplina del testo unico degli impiegati civili dello Stato (d.P.R. 3/57), che prevedeva (art. 78) che l'impiegato che viola i suoi doveri è soggetto alle seguenti sanzioni disciplinari: 1) la censura; 2) la riduzione dello stipendio; 3) la sospensione dalla qualifica; 4) la destituzione.

⁵¹ In dottrina, per queste problematiche, ABBRUZZESE M., COLETTA T., DI DEDDA E., MATTENCINI G. E OLIVETTI M., *Guida alla riforma dell'ordinamento giudiziario*, Giuffrè, Milano, 2008; ALBAMONTE E. e FILIPPI P. (a cura di), *Ordinamento giudiziario*, Utet. Torino, 2009.

La materia è stata poi modificata dall'art. 22 della legge quadro sul pubblico impiego, che ha previsto che il dipendente che contravviene ai doveri del proprio ufficio è soggetto alle sanzioni disciplinari previste dalla legge solo per fatti che rientrano in categorie determinate, introducendo il principio di tipicità e tassatività in materia disciplinare; al di là della censura, inflitta dal capo dell'ufficio preposto ad un ramo dell'amministrazione, con provvedimento motivato e comunicato all'impiegato per iscritto ed impugnabile con ricorso gerarchico al Ministro, per le altre sanzioni era previsto che il capo dell'ufficio rimettesse gli atti all'ufficio del personale.

La disciplina faceva dunque riferimento al capo dell'ufficio, espressione che non poteva che riferirsi al magistrato dirigente l'ufficio.

La situazione non è mutata con la privatizzazione del pubblico impiego, che richiama altresì la figura del capo dell'ufficio.

In linea generale, poi, va ricordato che il Consiglio superiore della magistratura in alcune occasioni ha peraltro escluso che sia stata introdotto nel nostro ordinamento il principio della doppia dirigenza, ed ha sottolineato (delib. 3 marzo 1995) che se compete al dirigente amministrativo tutto quanto riguarda la gestione del personale amministrativo e l'amministrazione dei mezzi strumentali, in piena autonomia, per converso non risultano superati né il principio di sorveglianza dei dirigenti degli uffici giudiziari sul personale del proprio ufficio, né la disciplina generale, secondo cui la direzione dei servizi, affidata ai capi delle segreterie e cancellerie, deve esercitarsi con il necessario consenso e con la prescritta collaborazione del magistrato dirigente dell'ufficio giudiziario, a cui rispondono per il funzionamento dei detti servizi⁵².

Si è anche sostenuto (ivi) che, in caso di inerzia o di contrasto del dirigente amministrativo, spetti al magistrato imporre con atto scritto motivato l'esecuzione delle proprie disposizioni, e che si possa anche ipotizzare in capo al magistrato dirigente il potere di promovimento dell'azione disciplinare nei confronti del dirigente amministrativo inottemperante.

Nel sistema normativo successivo, è stata confermata la distinzione tra le due figure e la rispettiva autonomia (connessa alla diversità degli ambiti di esercizio dei relativi poteri), fermo restando, secondo gli interpreti, che la responsabilità dell'intero organismo rimane in capo al magistrato, come è necessario per dare uniformità di indirizzo e per assicurare l'autonomia e l'indipendenza della giurisdizione. Al magistrato capo dell'ufficio, inoltre, hanno sempre fatto capo i poteri in materia disciplinare spettanti, in altre amministrazioni, al dirigente (ossia il potere di avviare il procedimento disciplinare, per i casi più gravi richiedendo la sanzione all'ufficio per i procedimenti disciplinari e direttamente irrogando le sanzioni minori).

Il d.lgs. 165 del 2001, pur parlando genericamente di dirigente, non ha chiarito la questione specifica che si pone nell'ambito dell'amministrazione della giustizia, per

⁵² ALBAMONTE E. E FILIPPI P. (a cura di), *op. loc. cit.*

quanto la disciplina dei poteri del dirigente in un'ottica privatistica (che ne vedeva accentuati i poteri e le responsabilità anche di risultato) poteva far pensare che la legge intendesse riferirsi al dirigente amministrativo (il solo nei confronti del quale è configurabile una responsabilità di risultato in termini giuridici) e, tuttavia, il problema del rapporto con il magistrato capo dell'ufficio, e quello della coesistenza dei poteri spettanti al medesimo, restava perciò

irrisolto formalmente, tanto più che i poteri che il t.u. riferiva al dirigente erano in molti casi tipici dell'organo di vertice dell'amministrazione (e dunque del magistrato).

Con il d.lgs. 25 luglio 2006, n. 240, si è valorizzata la figura del dirigente amministrativo, cui è conferita la gestione delle risorse umane e delle risorse finanziarie e strumentali in piena autonomia, ma "in coerenza" con gli indirizzi del magistrato capo dell'ufficio, sicché "la pienezza dei poteri attribuiti, che rispondono alla specifica professionalità del dirigente amministrativo, viene temperata e coordinata con gli indirizzi del magistrato capo dell'ufficio e nell'ambito di un programma annuale steso in comune"⁵³.

Il legislatore ha previsto dunque che i poteri di organizzazione del dirigente sono esercitati "in coerenza" con gli "indirizzi" del "capo" dell'ufficio giudiziario.

Da ciò si è desunta⁵⁴ "una dipendenza, sia pure soltanto funzionale, del dirigente amministrativo al capo dell'ufficio", perfettamente in linea con il generale ruolo servente dell'amministrazione verso la funzione giurisdizionale, affermandosi inoltre che, "ove si riconosca la positiva sussistenza di tale generale potere di indirizzo, resterebbe confermato il principio della impermeabilità del sistema giudiziario rispetto all'organizzazione burocratica, applicazione e corollario del più generale principio di separazione dei poteri".

Dispongono infatti gli articoli 1 e 2 del decreto, che "sono attribuite al magistrato capo dell'ufficio giudiziario la titolarità e la rappresentanza dell'ufficio, nei rapporti con enti istituzionali e con i rappresentanti degli altri uffici giudiziari, nonché la competenza ad adottare i provvedimenti necessari per l'organizzazione dell'attività giudiziaria e, comunque, concernenti la gestione del personale di magistratura ed il suo stato giuridico" e che "il dirigente amministrativo preposto all'ufficio giudiziario è responsabile della gestione del personale amministrativo, da attuare in coerenza con gli indirizzi del magistrato capo dell'ufficio e con il programma annuale delle attività di cui all'articolo 4."

Secondo una linea interpretativa, peraltro, lo svolgimento di funzioni "in coerenza" con gli "indirizzi" del capo dell'ufficio implica, unitamente all'esclusione di un rapporto gerarchico tra le due figure, la non configurabilità di poteri sostitutivi o di annullamento da parte del capo dell'ufficio nei confronti del dirigente in relazione a questioni specifiche; in senso diverso, invece, vanno richiamati i poteri di sorveglianza del capo dell'ufficio (che potrebbero portare anche ad un vaglio preventivo sugli atti del dirigente), nonché il potere di indirizzo (che non è qualcosa di generale ed astratto, né, soprattutto, teorico, potendo non solo incidere anche su singole questioni specifiche, magari di particolare importanza, ma anche valersi di strumenti giuridici

⁵³ ALBAMONTE E. E FILIPPI P. (a cura di), *Ordinamento giudiziario*, Utet. Torino, 2009, cit.

⁵⁴ ABBRUZZESE M., COLETTA T., DI DEDDA E., MATTENCINI G. E OLIVETTI M., *op. loc. cit.*

idonei a attuare gli indirizzi stabiliti, non solo richiedendo all'organo competente l'attivazione dell'azione disciplinare nei confronti del dirigente che non li rispetti, ma attuando direttamente gli indirizzi, anche contro la volontà del dirigente amministrativo, con l'assunzione diretta dei provvedimenti specifici necessari).

La riforma del d.lgs. 150 del 2009 ha incrementato poteri e responsabilità del dirigente, occupandosi della figura in generale, senza far riferimento al problema che si pone nell'amministrazione della Giustizia: anche qui, però, mentre la circostanza che alcuni istituti (ad es. il riferimento a responsabilità di risultato del dirigente) siano incompatibili con lo statuto del magistrato fa pensare che le norme sulla dirigenza della riforma riguardino specificamente il dirigente amministrativo, in altri casi, ricollegandosi gli istituti alla rappresentanza dell'amministrazione e dunque alla titolarità dell'ufficio apicale dovrebbe ritenersi l'applicabilità delle norme al magistrato dirigente e non al dirigente amministrativo.

Di più, ferma l'attribuzione al dirigente amministrativo dei poteri previsti dal t.u. nel testo novellato dalla riforma, nemmeno la responsabilizzazione del dirigente in relazione ai risultati potrebbe obliterare il rapporto del dirigente amministrativo con il capo dell'ufficio (il magistrato dirigente), con specifico riferimento alla necessità di uniformazione dello stesso agli indirizzi ed ai controlli del magistrato dirigente, né far dimenticare i poteri che competono al magistrato (e solo a lui) quale organo apicale dell'amministrazione.

Queste problematiche si riflettono anche nella materia disciplinare.

Il decreto 240 del 2006 ha infatti previsto all'art. 2, comma 2, riferendosi al dirigente amministrativo, che *“il dirigente di cui al comma 1 adotta i provvedimenti disciplinari previsti dall'articolo 55, comma 4, terzo periodo, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165”*: la norma dunque attribuisce espressamente per la prima volta al dirigente amministrativo competenze in materia disciplinare, fin ad allora riservate al magistrato capo dell'ufficio, limitatamente a quelle direttamente applicative delle sanzioni minori. La norma nulla dice invece in ordine al potere disciplinare di richiesta all'U.P.D. del procedimento disciplinare che ipotizzi l'applicazione delle sanzioni maggiori, sicché non può dubitarsi che tale potere rimanga in capo al magistrato dirigente. Si potrebbe porre però il problema della competenza parallela del magistrato dirigente ad applicare le sanzioni minori nell'inerzia del dirigente amministrativo.

In tema, va considerato che al dirigente amministrativo è attribuito il potere di gestione delle risorse umane, che oggi -a seguito della riforma della dirigenza- comprende il potere di adottare i provvedimenti disciplinari minori, e ciò va visto proprio in correlazione con la gestione effettiva del personale, che altrimenti resterebbe sguarnita di coerenza.

Si ripropone allora, anche con riferimento alla materia disciplinare, il problema già visto della coesistenza di poteri paralleli, in capo al magistrato dirigente l'ufficio e al dirigente amministrativo (quest'ultimo sempre in coerenza con gli indirizzi del primo), dovendo in tal caso chiarirsi anche cosa accada in materia disciplinare ove vi sia contrasto tra le due figure.

Ora, non crea particolari problemi il riconoscimento del potere disciplinare congiunto per le sanzioni minori (sicché in caso di inerzia del dirigente

amministrativo, potrebbe ben provvedere il magistrato capo dell'ufficio), e tale soluzione appare condivisibile, in quanto se l'attribuzione del potere relativo al dirigente amministrativo è effettuato in connessione con il potenziamento dei poteri sostanziali dello stesso di gestione delle risorse umane, tale attribuzione non esclude la titolarità dei poteri del magistrato dirigente (che la disciplina del 2006 lascia per ogni altro aspetto in capo al magistrato dirigente); ciò è confermato del resto dalla considerazione che il magistrato dirigente ha senza dubbio il potere di richiesta delle sanzioni disciplinari più gravi, sicché ben potrebbe ipotizzare una sanzione grave e procedere direttamente ad effettuare in prima persona la richiesta all'U.P.D., salva poi l'applicazione da parte dell'U.P.D. di una sanzione minore.

Per converso, l'autonomia delle due figure dovrebbe comportare l'irrilevanza del contrasto una volta che il procedimento disciplinare sia stato avviato, nel senso che, esercitato il potere disciplinare da uno dei due soggetti, l'altro non potrebbe frapporre ostacoli (giuridici, naturalmente) all'avvio ed alla conclusione del procedimento.

La riforma del d.lgs. n. 150, che pur non si occupa della questione con riferimento specifico all'amministrazione e alla Giustizia, sembra spostare nuovamente il baricentro del potere disciplinare verso la figura del magistrato dirigente, in quanto fa riferimento, per la titolarità del potere disciplinare diretto per le sanzioni minori e di quello di richiesta per le sanzioni più gravi, al "*responsabile della struttura*", che non può che essere inteso come il magistrato dirigente. Dunque, sia o meno stata voluta tale conseguenza della riforma, nel nuovo contesto successivo al decreto c.d. "Brunetta", al magistrato capo dell'ufficio (in precedenza e tradizionalmente competente in via generale ed esclusiva in materia disciplinare) compete il potere di richiedere all'ufficio competente (U.P.D.) i provvedimenti disciplinari per le sanzioni più gravi e quello di irrogare direttamente le sanzioni minori; in difetto di abrogazione dell'art. 2, comma 2, del decreto 240 del 2006, a tale potere si affianca il potere del dirigente amministrativo di applicare le sanzioni minori, già previsto dalle precedenti disposizioni, risolvendosi i problemi di coordinamento tra poteri indicati nel modo anzidetto. All'esito della riforma c.d. Brunetta resta, rispetto alle altre amministrazioni, una particolarità delle competenze in materia disciplinare, in relazione al potere del dirigente amministrativo (che non è il responsabile della struttura, essendo tale il magistrato) di applicare direttamente la sanzione della multa previsto dalla riforma, laddove la norma del 2006 non fa cenno di tale potere specifico per i dirigenti (prevedendo solo il potere disciplinare diretto per le sanzioni minori) ed i nuovi poteri disciplinari introdotti dalla riforma del 2009 paiono essere applicabili solo al magistrato dirigente, quale responsabile della struttura.

4.- Il rapporto tra procedimento disciplinare e procedimento penale

Uno stesso fatto può integrare gli estremi di un illecito civile, penale, contabile e disciplinare: mentre il giudizio risarcitorio civilistico o quello amministrativo contabile non influisce affatto sul procedimento disciplinare per i medesimi fatti, diverso discorso va fatto per il giudizio penale.

In tale ambito, infatti, a differenza di quanto accade nel rapporto di lavoro privato,

ove vi è una spiccata autonomia tra il procedimento disciplinare (che è e resta affare di privati) ed il processo penale, nel lavoro pur privatizzato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni nel sistema del t.u. vi è una stretta correlazione tra il procedimento penale e quello disciplinare, sancita dalla legge e dalla contrattazione collettiva.

L'art. 14 del ccnl del comparto ministeri, ad esempio, prevede che nel caso di commissione in servizio di illeciti penalmente rilevanti l'amministrazione inizia il procedimento disciplinare ed inoltra la denuncia penale, e che il procedimento rimane sospeso fino all'esito del processo penale.

Altri contratti limitano l'obbligo sospensivo del procedimento disciplinare al solo rinvio a giudizio del dipendente (ad esempio il ccnl sanità e quello scuola).

La violazione dell'obbligo di sospensione del procedimento disciplinare importa la nullità della sanzione in ragione della violazione procedurale, salva la facoltà per l'amministrazione di rinnovare la procedura disciplinare una volta intervenuta la condanna del dipendente in sede penale.

La Cassazione aveva in tema precisato che il mancato rispetto della sospensione del procedimento disciplinare in pendenza del procedimento penale per i medesimi fatti e fino alla sentenza definitiva importava che l'eventuale recesso fosse adottato in carenza del relativo potere (Cassazione sezione lavoro n. 10991 del 25 maggio 2005).

Occorre poi ricordare che l'art. 3 della legge 97 del 2001 ha previsto il trasferimento del dipendente quale conseguenze di rinvio a giudizio. La norma ha stabilito che, salva l'applicazione della sospensione dal servizio in conformità a quanto previsto dai rispettivi ordinamenti, quando nei confronti di un dipendente di amministrazioni o di enti pubblici ovvero di enti a prevalente partecipazione pubblica è disposto il giudizio per alcuni dei 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, l'amministrazione di appartenenza lo trasferisce ad un 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. L'amministrazione di appartenenza, in relazione alla propria organizzazione, può procedere al trasferimento di sede, o alla attribuzione di un incarico differente da quello già svolto dal dipendente, in presenza di evidenti motivi di opportunità circa la permanenza del dipendente nell'ufficio in considerazione del discredito che l'amministrazione stessa può ricevere da tale permanenza.

Qualora, in ragione della qualifica rivestita, ovvero per obiettivi motivi organizzativi, non sia possibile attuare il trasferimento di ufficio, il dipendente è posto in posizione di aspettativa o di disponibilità, con diritto al trattamento economico in godimento salvo che per gli emolumenti strettamente connessi alle presenze in servizio, in base alle disposizioni dell'ordinamento dell'amministrazione di appartenenza.

In tema di efficacia della sentenza penale nel giudizio disciplinare la legge 27 marzo 2001, n. 97 ha novellato l'art. 653 cod. proc. pen., che oggi prevede quanto segue:

La sentenza penale irrevocabile di assoluzione (non dunque il proscioglimento o l'archiviazione) 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 (comma 1).

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

ha commesso (co 1-*bis*).

Benché la norma faccia riferimento anche alla sentenza di assoluzione perché il fatto non è previsto dalla legge come reato, la giurisprudenza (Cass. 24 ottobre 2003, n. 16012) ha chiarito che la norma non intacca in alcun modo l'autonomia del giudizio disciplinare, atteso che il vincolo della sentenza penale presuppone la medesimezza del fatto, che si ha quando sia ha identità di elemento oggettivo e soggettivo della fattispecie: ne deriva che l'assoluzione per difetto di dolo in mancanza di fattispecie penale colposa non preclude la possibilità di una contestazione disciplinare del fatto colposo, nonostante la formula assolutoria predetta.

Peraltro, posto che i fatti accertati con la sentenza penale hanno come termine di valutazione le norme del codice penale, mentre quelli da accertare in sede disciplinare sono soggetti al disposto delle norme speciali dettate per stabilire i doveri dei pubblici dipendenti e che, quindi, la qualificazione degli stessi non sempre è sovrapponibile, nel senso cioè che un fatto penalmente irrilevante può avere delle conseguenze disciplinari anche di notevole incidenza sul rapporto d'impiego, in dottrina si è ritenuto che l'elemento aggiuntivo inserito nel nuovo testo dell'art. 653, comma 1, c.p.p. non è tale da paralizzare l'azione della pubblica amministrazione, bensì ha il solo scopo e la funzione di obbligare a ritenere avvenuti fatti e situazioni oggetto di accertamento da parte del giudice penale anche nell'ipotesi in cui il procedimento penale sia sfociato in una sentenza assolutoria "perché il fatto non costituisce reato" o "perché il fatto non è previsto dalla legge come reato". In altre parole, il legislatore si è limitato ad estendere l'efficacia dell'accertamento eseguito in sede penale, notoriamente più ricco di strumenti di indagine e di mezzi probatori, anche ai fatti posti a fondamento di decisioni assolutorie sfociate in formule differenti da quelle "perché il fatto non sussiste" o "l'imputato non lo ha commesso". Né tale soluzione interpretativa comporta un rischio di paralisi per l'azione amministrativa, atteso che l'accertamento del fatto sfociato in una decisione assolutoria "perché il fatto non costituisce reato" o "perché il fatto non è previsto dalla legge come reato" ben può assumere una differente rilevanza in sede disciplinare, diversi essendo i presupposti per una decisione di condanna in questa sede.

In altri termini, la sussistenza dell'illecito disciplinare a seguito della sentenza assolutoria con le formule predette si può escludere solo se l'illecito disciplinare presuppone necessariamente l'accertamento di un illecito penale, in quanto altrimenti le due valutazioni restano indipendenti.

Anche nel caso di condanna penale, d'altra parte, l'amministrazione non può limitarsi a rinviare alla sentenza penale per l'applicazione della sanzione disciplinare, ma deve procedere ad una autonoma valutazione del fatto in sede disciplinare, al fine di considerare le ricadute del fatto sul rapporto di lavoro.

L'automatica applicazione della sanzione disciplinare all'esito del giudizio penale è dunque esclusa: si vedano in proposito le osservazioni di Corte cost. 14 ottobre 1988, n. 971, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 85 lett. a) del t.u. degli impiegati civili dello Stato del 1953 nella parte in cui non prevedeva l'espletamento del procedimento disciplinare per l'applicazione della destituzione all'esito di condanna penale (c.d. destituzione automatica).

Diversa dall'automatica applicazione della sanzione disciplinare all'esito del giudizio penale (che è come detto esclusa), è l'applicazione della sanzione penale accessoria (prevista per i caso di condanna alla reclusione per un tempo non inferiore a tre anni): infatti, C. Cost. 9 luglio 1999, n. 286 ha ritenuto che la necessità del procedimento disciplinare non riguarda le pene accessorie di carattere interdittivo, in quanto la risoluzione del rapporto di lavoro pubblico è solo un effetto indiretto della pena accessoria comminata in perpetuo.

Sul tema, va peraltro ricordato che l'art. 5 della l. 97 del 2001 ha previsto l'introduzione nel codice penale dell'art. 32 *quinquies* (Casi nei quali alla condanna consegue l'estinzione del rapporto di lavoro o di impiego) che prevede che, salvo quanto previsto dagli articoli 29 e 31, la condanna alla reclusione per un tempo non inferiore a tre anni per i delitti di cui agli articoli 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-ter e 320 importa altresì l'estinzione del rapporto di lavoro o di impiego nei confronti del dipendente di amministrazioni od enti pubblici ovvero di enti a prevalente partecipazione pubblica.

Secondo la legge 97 del 2001, il dipendente licenziato ai sensi dell'art. 25 (codice disciplinare), comma 7, lett. h) e comma 8, lett. c) 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 posizione economica acquisita nella categoria di appartenenza all'atto del licenziamento ovvero in quella corrispondente alla qualifica funzionale posseduta alla medesima data secondo il pregresso ordinamento professionale.

Dalla data di riammissione di cui al comma 10, il dipendente ha diritto a tutti gli assegni che sarebbero stati corrisposti nel periodo di licenziamento, tenendo conto anche dell'eventuale periodo di sospensione antecedente, escluse le indennità comunque legate alla presenza in servizio, agli incarichi ovvero alla prestazione di lavoro straordinario. In caso di premorienza, gli stessi compensi spettano al coniuge o il convivente superstite e ai figli.

Una tutela particolare del dipendente pubblico assolto in sede penale è stata introdotta dall'art. 3 comma 57 della legge 24 dicembre 2003, n. 350, e del comma 57 bis introdotto dal d.l. 16 marzo 2004, n. 66 conv. in legge 11 maggio 2004, n. 126.

La prima norma ha previsto il diritto del dipendente nelle condizioni previste di ottenere il ripristino o il prolungamento del rapporto nei confronti dell'amministrazione di appartenenza:

il pubblico dipendente che sia stato sospeso dal servizio o dalla funzione e, comunque, dall'impiego o abbia chiesto di essere collocato anticipatamente in quiescenza a seguito di un procedimento penale conclusosi con sentenza definitiva di proscioglimento, anche se già collocato in quiescenza alla data di entrata in vigore della presente legge, ha il diritto di ottenere, su propria richiesta, dall'amministrazione di appartenenza il prolungamento o il ripristino del rapporto di impiego, oltre i limiti di età previsti dalla legge, per un periodo pari a quello della durata complessiva della sospensione ingiustamente subita, anche in deroga ad eventuali divieti di riassunzione previsti dal proprio ordinamento, con il medesimo trattamento giuridico ed economico a cui avrebbe avuto diritto in assenza della sospensione, secondo modalità stabilite con regolamento.

L'istituto trova applicazione anche oltre i limiti di età previsti dalla legge, per un periodo pari a quello della sospensione ingiustamente subita e del periodo di servizio non espletato per l'anticipato collocamento in quiescenza, cumulati tra loro, con il medesimo trattamento economico e giuridico già in godimento.

La seconda norma ha previsto invece la facoltà dell'amministrazione di prevedere il ripristino o il prolungamento del rapporto nei diversi casi ivi contemplati, ove non risultino elementi di responsabilità disciplinare del dipendente prosciolto.

Nel sistema originario del t.u., una volta intervenuta la sentenza definitiva, il procedimento disciplinare è riattivato entro 180 giorni dalla notizia che ne abbia avuto l'amministrazione (90 giorni per i reati *ex art. 5 comma 4 l. 97 del 2001*) e si deve concludere in ogni caso entro 120 giorni dalla riattivazione. I termini sono entrambi perentori.

La sospensione cautelare non è un provvedimento disciplinare, bensì un provvedimento autonomo, provvisoriamente adottato al fine di tutelare gli interessi della pubblica amministrazione in vista di un futuro possibile licenziamento del dipendente.

La natura cautelare e non disciplinare implica la possibilità che la sospensione sia adottata senza contraddittorio, talora anzi obbligatoriamente (ad es., la condanna penale per reati di tipo mafioso impone la sospensione) ed automaticamente (ad es., la misura custodiale determina la sospensione cautelare d'ufficio).

La disciplina non è completa sul punto, non essendo specificati l'organo competente ad adottare

le misure (che si ravvisa poi nel soggetto competente all'adozione degli atti di gestione del personale, ossia il dirigente generale e suoi delegati ed il ministro per quello), se vi sia un contraddittorio con l'interessato (prospettabile *ex art. 4 e 24 Cost.*), se le misure debbano essere motivate (come si ritiene almeno per la sospensione facoltativa, mentre per quella obbligatoria la motivazione può limitarsi a richiamare i presupposti normativi di applicazione dell'istituto).

La contrattazione collettiva distingue solitamente una sospensione cautelare in corso di procedimento disciplinare, ed una sospensione in correlazione con il processo penale a carico del dipendente.

La legge 97 del 2000 ha previsto poi altre misure cautelari, che non si traducono in una sospensione dal servizio, ma nel trasferimento d'ufficio ad ufficio diverso da quello nel quale il dipendente prestava servizio al momento del fatto, nonché nella messa in aspettativa o in disponibilità in via cautelare e temporanea.

Il sistema fin qui delineato presentava vari limiti, in quanto l'amministrazione il più delle volte si trovava nella assoluta impossibilità di agire nell'immediatezza dei fatti, se non attraverso l'adozione, nei soli casi più gravi, delle misure cautelari, per loro natura peraltro provvisorie e spesso inidonee a tutelare pienamente l'amministrazione (anche in correlazione con i tempi spesso ultraquinquennali del processo penale, e correlativa perenzione della misura cautelare).

Il nuovo art. 53-*ter.* del t.u. innova il rapporto fra procedimento penale e procedimento disciplinare, prevedendo che il procedimento disciplinare, che abbia ad oggetto, in tutto o in parte, fatti in relazione ai quali procede l'autorità giudiziaria, è proseguito e concluso anche in pendenza del procedimento penale.

Inoltre, mentre per le infrazioni di minore gravità non è mai ammessa la sospensione del procedimento, per le infrazioni di maggiore gravità, l'ufficio competente, nei casi di particolare complessità dell'accertamento del fatto addebitato al dipendente e quando all'esito dell'istruttoria non dispone di elementi sufficienti a motivare l'irrogazione della sanzione, può sospendere il procedimento disciplinare fino al termine di quello penale, salva la possibilità di adottare la sospensione o altri strumenti cautelari nei confronti del dipendente.

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

Se il procedimento disciplinare si conclude, invece, con l'archiviazione ed il processo penale con una sentenza irrevocabile di condanna, l'autorità competente riapre il procedimento disciplinare per adeguare le determinazioni conclusive all'esito del giudizio penale. Il procedimento disciplinare è riaperto, altresì, se dalla sentenza irrevocabile di condanna risulta che il fatto addebitabile al dipendente in sede disciplinare comporta la sanzione del licenziamento, mentre ne è stata applicata una diversa.

Da ultimo, la riforma prevede che, dopo l'articolo 154-*bis* del d.lgs. 28 luglio 1989, n. 271, sia inserito un art. 154-*ter* (Comunicazione della sentenza), a tenore del quale *“la cancelleria del giudice che ha pronunciato sentenza penale nei confronti di un lavoratore dipendente di un' amministrazione pubblica ne comunica il dispositivo all'amministrazione di appartenenza e, su richiesta di questa, trasmette copia integrale del provvedimento. La comunicazione e la trasmissione sono effettuate con modalità telematiche, ai sensi del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, entro trenta giorni dalla data del deposito”*.

5.- Le ipotesi di licenziamento.

La riforma dettata dal d.lgs. 150 del 2009, nel ristrutturare la materia disciplinare, non incide sulle sanzioni del licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo, consentendo in tale ambito alla fonte contrattuale di prevedere ipotesi di sanzioni ontologicamente disciplinari.

La riforma interviene in modo rilevante sul licenziamento disciplinare, prevedendo ben sei ipotesi nel nuovo art. 55 *quater*, comma 1, t.u.

Secondo la disposizione, ferma la disciplina in tema di licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo e salve ulteriori ipotesi previste dal contratto collettivo, si applica comunque la sanzione disciplinare del licenziamento in caso di:

a) falsa attestazione della presenza in servizio, mediante l'alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente, ovvero giustificazione dell'assenza dal servizio mediante una certificazione medica falsa o che attesta falsamente uno stato di malattia; le medesime sanzioni disciplinari si applicano se il medico, in relazione all'assenza dal servizio, rilasci certificazioni che attestano dati clinici non direttamente constatati né oggettivamente documentati. Si punisce così la diagnosi effettuata per telefono o per interposta persona, o comunque, non sufficientemente motivata sul piano tecnico.

b) assenza priva di valida giustificazione per un numero di giorni, anche non continuativi, superiore a tre nell'arco di un biennio o comunque per più di sette giorni nel corso degli ultimi dieci anni ovvero mancata ripresa del servizio, in caso di assenza ingiustificata, entro il termine fissato dall'amministrazione;

c) ingiustificato rifiuto del trasferimento disposto dall'amministrazione per motivate esigenze di servizio;

d) falsità documentari o dichiarative commesse ai fini o in occasione dell'instaurazione del rapporto di lavoro ovvero di progressioni di carriera;

e) reiterazione nell'ambiente di lavoro di gravi condotte aggressive o moleste o minacciose o ingiuriose o comunque lesive dell'onore e della dignità personale altrui;

f) condanna penale definitiva, in relazione alla quale è prevista l'interdizione perpetua dai pubblici uffici ovvero l'estinzione, comunque denominata, del rapporto di lavoro.

Ai sensi del comma 2 del medesimo art. 55 *quater*, *“il licenziamento in sede disciplinare*

è disposto, altresì, nel caso di prestazione lavorativa, riferibile ad un arco temporale non inferiore al biennio, per la quale l'amministrazione di appartenenza formula, ai sensi delle disposizioni legislative e contrattuali concernenti la valutazione del personale della p.a., una valutazione di insufficiente rendimento e questo è dovuto alla reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione stessa, stabiliti da norma legislative o regolamentari dal contratto collettivo o individuale, da atti o provvedimenti dell'amministrazione di appartenenza o dai codici di comportamento”.

La dottrina ⁵⁵ vi ha ravvisato un'ipotesi di licenziamento obbligatorio, sebbene pur sempre indirettamente condizionato dall'attuazione da parte dell'amministrazione dei sistemi di misurazione della produttività dei dipendenti, mediante le previsioni organizzative interne, essendo obbligatorio fondare il recesso sugli esiti del sistema di valutazione ed essendo esclusi altri parametri: ne deriva, si è ancora condivisibilmente osservato, che la mancanza di un sistema di valutazione o anche la carenza nel sistema, formalmente presente, di strumenti di misurazione conformi alle indicazioni della norma e oggettivamente in grado di evidenziare il grado di produttività, l'adozione del licenziamento disciplinare apparirebbe discutibile, sul piano della legittimità.

La norma, peraltro, richiede in via aggiuntiva la violazione degli standard previsti da norme legislative o regolamentari, norme del contratto collettivo o individuale, atti e provvedimenti dell'amministrazione di appartenenza, codici di comportamento.

6.- Ipotesi ulteriori di responsabilità disciplinare.

6.1. Le nuove infrazioni e sanzioni disciplinari di fonte legale.

In linea generale, l'esercizio del potere disciplinare è autonomo rispetto alla pretesa risarcitoria dell'amministrazione nei confronti del dipendente, ove il fatto del dipendente costituisca sia un illecito disciplinare che un illecito civile, avendo cagionato un danno all'amministrazione. Le due categorie di illiceità sono, come noto, indipendenti, ed un fatto illecito può essere tale sotto il profilo disciplina, ma non anche sotto quello civile, o viceversa, o infine può rilevare anche sotto entrambi i profili. Ne deriva che le forme di tutela dell'amministrazione sono indipendenti e cumulabili tra loro (a nulla rilevando, eventualmente, che la sanzione disciplinare sia pecuniaria, avendo questa natura di sanzione disciplinare e non di risarcimento del danno).

L'azione risarcitoria è di regola perciò svincolata dalla procedura disciplinare e dai relativi termini, ed è soggetta al solo termine prescrizione generale in materia (quinquennale): la giurisprudenza ha peraltro ammesso che la contrattazione collettiva possa prevedere l'estensione dei termini e della procedura disciplinare anche all'azione risarcitoria, aumentando in tal modo le garanzie del dipendente (Cass. 21 marzo 2002, n. 4083).

Dalla condotta disciplinarmente rilevante del dipendente possono derivare danni alla pubblica amministrazione datrice di lavoro, e non solo per gli aspetti patrimoniali di cui la stessa sia chiamata a rispondere ex art. 2049 cod. civ., ma anche in sé per i danni all'immagine dell'amministrazione medesima (il principio è consolidato nella giurisprudenza della Corte dei Conti, che ha affermato la responsabilità del dipendente anche per tali danni: tra le altre, Corte dei Conti, sez. giur. I Centr. App., sentenza 24 ottobre 2002, n.366/2002/A).

Il primo comma del nuovo art. 55 *sexies* t.u., introdotto dalla riforma, dispone che la condanna della pubblica amministrazione al risarcimento del danno derivante dalla violazione, da parte del lavoratore dipendente, degli obblighi concernenti la

⁵⁵ CAPALBO A., *Riforma Brunetta: tutte le novità nel pubblico impiego: commento sistematico al decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, 2009, 421-423.*

prestazione lavorativa, stabiliti da norme legislative o regolamentari, dal contratto collettivo o individuale, da atti e provvedimenti dell'amministrazione di appartenenza o dai codici di comportamento, *“comporta l'applicazione nei suoi confronti, ove già non ricorrano i presupposti per l'applicazione di un'altra sanzione disciplinare, della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da un minimo di tre giorni fino ad un massimo di tre mesi, in proporzione all'entità del risarcimento”*.

Nella fattispecie di cui all'art. 55-*sexies*, dunque, la violazione degli standard previsti dai parametri sopra detti opera a prescindere dallo scarso rendimento (che è sanzionabile, come si è visto nel paragrafo che precede, con il recesso) e dà luogo all'applicazione della sanzione nuova della sospensione dal servizio (con privazione della retribuzione da un minimo di tre giorni fino ad un massimo di tre mesi) in proporzione all'entità del risarcimento, e (a differenza della fattispecie di licenziamento per scarso rendimento biennale) anche in relazione ad una singola violazione.

Ma è la commistione tra aspetti disciplinari e risarcitori che suscita perplessità:

la dottrina ⁵⁶ ha sul punto evidenziato che la funzione della sanzione disciplinare deve essere rinvenuta nel ripristino del corretto e ordinato funzionamento dell'organizzazione produttiva e di lavoro dell'ente pubblico leso dalla condotta vietata, sicché non si tratterebbe di risarcire un danno che l'infrazione possa, o non, avere cagionato, o di ristabilire l'equilibrio patrimoniale alterato dall'inadempimento, come dimostra il fatto che alcune non hanno contenuto patrimoniale (es. ammonizioni orali o scritte) o, anche quando rivelano un valore economico (es. multa), tale valore non è commisurato al danno né entra nel patrimonio del ereditare danneggiato, in quanto solitamente l'importo viene versato ad enti di carattere previdenziale. La norma della riforma rompe questa distinzione netta tra le diverse fattispecie, e viene superata la funzione del ripristino del corretto ed ordinato funzionamento dell'organizzazione amministrativa, a favore di una funzione eminentemente punitiva, in cui assume centralità non la condotta vietata del dipendente, bensì il danno cagionato derivante dalla condanna dell'amministrazione.

Da ciò derivano due conseguenze, evidenziate proprio dalla dottrina ora richiamata: in primo luogo, diventa cruciale la verifica dell'elemento soggettivo della colpa e quello oggettivo della riferibilità del danno alla condotta del dipendente; in secondo luogo, appare problematico il rapporto tra azione disciplinare e la responsabilità amministrativa che grava sul dipendente pubblico poiché il danno derivante da condanna dell'amministrazione assume inevitabilmente i connotati di danno erariale⁵⁷.

Altro profilo problematico che emerge dalla disposizione in esame attiene proprio ai rapporti con l'azione di responsabilità amministrativa.

Si potrebbe ritenere che tra le due azioni non vi sia incompatibilità, in quanto l'azione disciplinare è sanzionatoria di una condotta, quella erariale è risarcitoria. Tuttavia, è noto il dibattito in ordine alla natura giuridica della responsabilità amministrativa ed il rischio è che, in presenza di un danno, la medesima condotta sia sanzionata due volte, oppure che la stessa sia ritenuta sanzionabile

⁵⁶ URSI R., *Delle sanzioni disciplinari dopo il decreto Brunetta*, in *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2009, 5, 767.

⁵⁷ URSI R., *ibidem*.

dal punto di vista disciplinare e non sanzionabile dal punto di vista erariale. Secondo un orientamento, poi, per la gravità della sanzione, l'applicazione della fattispecie non potrebbe prescindere dalla sussistenza di un giudicato della Corte dei conti, che accerti la responsabilità amministrativa. Si è pure detto, peraltro, che la norma sia indicativa di un favor verso forme di giustizia interna all'amministrazione a discapito della giustizia contabile: l'inefficienza come anche il danno da disservizio o da incompetenza professionale vengono perseguiti attraverso strumenti disciplinari ad hoc, assorbendo molti degli spazi che la giurisdizione contabile ha occupato nel corso di questi anni (URSI R., Delle sanzioni disciplinari dopo il decreto Brunetta, in Lavoro nelle pubbliche amministrazioni 2009, 5769).

Il comma 2 dell'articolo 55-*sexies* estende ulteriormente le responsabilità del dipendente scarsamente diligente per il caso in cui il dipendente non causi una condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno, ma cagioni comunque un "grave" danno al normale funzionalità dell'ufficio di appartenenza: in tal caso, si prevede la collocazione in disponibilità, ove il procedimento evidenzi effettivamente la responsabilità dell'interessato e l'applicazione nei confronti del dipendente delle disposizioni di cui all'articolo 33, comma 8, del t.u. Dispone la norma che, fuori dei casi previsti nel primo comma, *"il lavoratore, quando cagiona grave danno al normale funzionamento dell'ufficio di appartenenza, per inefficienza o incompetenza professionale accertate dall'amministrazione ai sensi delle disposizioni legislative e contrattuali concernenti la valutazione del personale delle amministrazioni pubbliche, è collocato in disponibilità, all'esito del procedimento disciplinare che accerta tale responsabilità (si applicano nei suoi confronti le disposizioni di cui all'articolo 33, comma 8, e all'articolo 34, commi 1, 2, 3 e 4, D.Lgs 16512001). Il provvedimento che definisce il giudizio disciplinare stabilisce le mansioni e la qualifica per le quali può avvenire l'eventuale ricollocamento. Il provvedimento che definisce il giudizio disciplinare stabilisce le mansioni e la qualifica per le quali può avvenire l'eventuale ricollocamento. Durante il periodo nel quale è collocato in disponibilità, il lavoratore non ha diritto di percepire aumenti retributivi sopravvenuti."*

Si tratta di nuove previsioni piuttosto rigorose e di dubbia legittimità, in considerazione della previsione dell'applicazione di una sanzione esclusiva in modo pedissequo, senza possibilità apparente di graduazione della sanzione al fatto: in altre parole, la norma prevede una sorta di meccanismo espulsivo automaticamente conseguente all'accertamento dell'evento oggettivo descritto, che sembra violare il principio del divieto di automatismo sanzionatorio.

In conclusione, accanto alle sanzioni disciplinari fino ad ora previste dalla contrattazione collettiva (rimprovero verbale, censura, multa fino a quattro ore di retribuzione, sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino a dieci giorni, sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da undici giorni fino ad un massimo di sei mesi, licenziamento con preavviso, licenziamento senza preavviso), il legislatore ha introdotto altre quattro tipologie di sanzioni conservative e cioè la sospensione dal servizio con privazione della retribuzione, commisurata alla gravità dell'illecito contestato al dipendente, fino ad un massimo di undici giorni (articolo 55-*bis*, comma 7), la sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da un minimo di tre giorni fino ad un massimo di tre mesi, in proporzione all'entità del risarcimento (articolo 55-*sexies*, comma 1); la sospensione dal servizio con privazione della retribuzione in proporzione alla gravità dell'infrazione non perseguita, fino ad un massimo di tre mesi, per il solo personale avente qualifica dirigenziale (articolo 55-*sexies*, comma 3); la messa in disponibilità (articolo 55-*sexies*, comma 2).

Dalla rilevata molteplicità delle tipologie sanzionatorie possono discendere concrete difficoltà applicative, come rilevato prontamente dalla dottrina: la previsione

di tipologie di sanzioni che sono “a cavallo” della linea di confine rilevante ai fini della competenza dell’organo precedente determina l’impossibilità di una predeterminazione quantitativa della misura della sospensione che la riconduca in uno degli ambiti di competenza, determinazione invece possibile solo all’esito degli accertamenti istruttori e delle necessarie valutazioni sulla gradualità e proporzionalità della sanzione da applicare.

Le difficoltà, come sopra anticipato, riguardano non solo il problema dell’individuazione dell’organo competente, ma anche quello, al primo collegato, del tipo di procedimento disciplinare da seguire e dei termini del procedimento da rispettare, variando questi in relazione all’organo precedente.

Da ciò la proposta, avanzata dalla dottrina, di una considerazione delle sanzioni predette, al fine della soluzione degli indicati problemi, nella loro misura massima edittale, che vale a radicare in tal modo la competenza e i relativi termini del procedimento sin dall’origine in capo al soggetto (ufficio per i procedimenti disciplinari) individuato per le sanzioni più gravi, a prescindere dalla successiva eventuale quantificazione della sanzione in misura inferiore alla soglia dei dieci giorni di sospensione, ovvero dalla applicazione di una sanzione di specie diversa e meno grave.

In base a tale ragionamento, pertanto, tutte le tipologie di sanzioni conservative legali sopra elencate, in quanto tutte superiori nella misura edittale massima a dieci giorni di sospensione, ovvero di specie diversa (collocamento in disponibilità) sono di competenza dell’ufficio per i procedimenti disciplinari ed il relativo procedimento è da ricondursi alle modalità di cui all’articolo 55-*bis*, comma 4⁵⁸.

6.2. La non incidenza del trasferimento del dipendente o la cessazione del rapporto sul procedimento disciplinare.

Il comma 8 stabilisce che “in caso di trasferimento del dipendente, a qualunque titolo, in un’altra amministrazione pubblica, il procedimento disciplinare è avviato e concluso o la sanzione applicata presso quest’ultima. In tali casi i termini per la contestazione, se ancora pendenti, sono interrotti e riprendono a decorrere alla data del trasferimento”.

Anche qui si è in presenza di una norma peculiare, con la quale si intende perseguire la condotta anche se cambia il datore di lavoro, onerando quest’ultimo dallo svolgimento di un procedimento disciplinare nei confronti di un dipendente che non ha commesso alcuna infrazione nei suoi confronti.

Come si è ben osservato⁵⁹, il carattere pubblico di entrambi i datori di lavoro non giustifica una norma di tale tenore in quanto si postulerebbe un’identità organizzativa, mentre, come è noto, ogni amministrazione ha un proprio assetto economico, organizzativo e contabile non sempre compatibile con quello di altra e i cui rapporti di lavoro spesso sono disciplinati da diverse fonti collettive.

⁵⁸ LOSTORTO V., *Il nuovo procedimento disciplinare*, in TIRABOSCHI M. e VERBARO F. (a cura di), *La nuova riforma del lavoro pubblico*, Giuffrè, Milano, 477 ss.

⁵⁹ URSI R., *Delle sanzioni disciplinari dopo il decreto Brunetta*, in *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni* 2009, 5, 772 ss.

Altrettanto originale la previsione dell'art. 55-bis, comma 9, secondo la quale *“in caso di dimissioni del dipendente, se per l'infrazione commessa è prevista la sanzione del licenziamento o se comunque è stata disposta la sospensione cautelare dal servizio, il procedimento disciplinare ha egualmente corso secondo le disposizioni del presente articolo e le determinazioni conclusive sono assunte ai fini degli effetti giuridici non preclusi dalla cessazione del rapporto di lavoro”*.

Dunque, il legislatore delegato intende onerare l'amministrazione a concludere il procedimento disciplinare anche nel caso in cui, a seguito di dimissioni, il destinatario della sanzione non sia più un dipendente, sebbene la funzione repressiva e preventiva della norma non possano operare nell'ipotesi di cessazione del rapporto: come si è ben detto, forse si cerca di evidenziare i profili preventivi nei confronti degli altri dipendenti, ma in tal caso la previsione appare sproporzionata ed irragionevole ⁶⁰.

6.3. Le sanzioni disciplinari per la dirigenza.

La riforma del d.lgs. n. 150 del 2009 ha provveduto all'individuazione di sanzioni disciplinari conservative e non espulsive (licenziamento) applicabili alla dirigenza: si è già fatto riferimento alla fattispecie di cui all'art. 55-bis comma 7 t.u. novellato, secondo la quale *“Il lavoratore dipendente o il dirigente, appartenente alla stessa amministrazione pubblica dell'incolpato o ad una diversa, che, essendo a conoscenza per ragioni di ufficio o di servizio di informazioni rilevanti per un procedimento disciplinare in corso, rifiuta, senza giustificato motivo, la collaborazione richiesta dall'autorità disciplinare procedente ovvero rende dichiarazioni false o reticenti, è soggetto all'applicazione, da parte dell'amministrazione di appartenenza, della sanzione disciplinare della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione, commisurata alla gravità dell'illecito contestato al dipendente, fino ad un massimo di quindici giorni”*.

Dispone inoltre l'art. 55sexies comma 3 t.u. novellato che *“il mancato esercizio o la decadenza dell'azione disciplinare, dovuti all'omissione o al ritardo, senza giustificato motivo, degli atti del procedimento disciplinare o a valutazioni sull'insussistenza dell'illecito disciplinare irragionevoli o manifestamente infondate, in relazione a condotte aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare, comporta, per i soggetti responsabili aventi qualifica dirigenziale, l'applicazione della sanzione disciplinare della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione in proporzione alla gravità dell'infrazione non perseguita, fino ad un massimo di tre mesi in relazione alle infrazioni sanzionabili con il licenziamento, ed altresì la mancata attribuzione della retribuzione di risultato per un importo pari a quello spettante per il doppio del periodo della durata della sospensione. Ai soggetti non aventi qualifica dirigenziale si applica la predetta sanzione della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione, ove non diversamente stabilito dal contratto collettivo”*.

Ai sensi del successivo comma 4, *“La responsabilità civile eventualmente configurabile a carico del dirigente in relazione a profili di illiceità nelle determinazioni concernenti lo svolgimento del procedimento disciplinare è limitata, in conformità ai principi generali, ai casi di dolo o colpa grave”*.

Con riguardo alle nuove ipotesi di responsabilità individuate dalla riforma si è

⁶⁰ URSI R., *op. loc. cit.*

paventato il rischio di una sovrapposizione tra forme diverse di responsabilità, in quanto si prevedono serie di comportamenti che potenzialmente possono incidere su diverse forme di responsabilità:

un problema significativo è quello del rispetto del principio del *ne bis in idem*, proprio laddove insistono sanzioni già tipizzate dal legislatore per condotte di sicura valenza anche sul piano della responsabilità dirigenziale di risultato. La dottrina non ha mancato di sottolineare i problemi applicativi delle nuove disposizioni, rimarcando sul piano teorico⁶¹ la necessaria distinzione fra responsabilità dirigenziale e responsabilità disciplinare del dirigente pubblico, distinzione fondamentale anche al fine di individuare, in relazione al caso di specie, la giusta procedura da applicare, nonché la giusta sanzione.

Si pongono, poi, vari problemi pratici: nel caso di responsabilità disciplinare del dirigente per condotte che arrecano danno all'amministrazione pubblica, fra le quali assume particolare rilevanza pratica la responsabilità disciplinare del dirigente o del funzionario che determina per colpa il mancato esercizio o la decadenza dell'azione disciplinare, e per la quale fattispecie è prevista la sospensione dal servizio del dirigente con privazione della retribuzione, il legislatore non indica chi sia chiamato a svolgere le funzioni (provvedimentali e datoriali) del dirigente sospeso.

Inoltre, il mancato esercizio o la decadenza dell'azione disciplinare sono riportate "all'omissione o al ritardo, senza giustificato motivo, degli atti del procedimento disciplinare o a valutazioni sull'insussistenza dell'illecito disciplinare irragionevoli o manifestamente infondate, in relazione a condotte aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare", il che pone il problema del livello di colpa rilevante per la responsabilità civile del dirigente in relazione all'esercizio dell'azione disciplinare.

Si è così detto in proposito⁶² che la responsabilità del dirigente, pur limitata alla colpa grave, sembra comunque responsabilizzarlo anche con riferimento al merito del procedimento disciplinare, ove il procedimento disciplinare pur attivato non si sia concluso in base a valutazioni ragionevoli e debitamente fondate, sebbene tale soluzione sembra doversi escludere in via interpretativa, non solo perché manca la fissazione dei parametri di non manifesta infondatezza e ragionevolezza delle valutazioni della dirigenza, ma anche perché una prospettiva quale quella evidenziata porrebbe nel nulla l'autonomia della dirigenza, mentre in ogni caso non si capirebbe chi e come possa entrare nel merito delle valutazioni relative all'opportunità di avviare o meno l'azione disciplinare e, soprattutto, di come concluderla. In ogni caso, certo è che i dirigenti paiono in ogni caso forzati dalla richiamata disposizione a "distribuire sanzioni disciplinari a tutto spiano", secondo una norma che vuole configurare una dirigenza inquisitoria e repressiva, che è un po' "come dire che la legge 15 del 2009 si aspetta un incremento esponenziale delle sanzioni disciplinari e che considera strettamente connesso alla funzione dirigenziale l'esercizio del potere sanzionatorio, tanto da esentarli da responsabilità, a meno che non agiscano con dolo o colpa grave. Ipotesi, queste ultime, per altro piuttosto difficili da verificarsi nel campo dell'azione disciplinare".

Sul piano procedurale, poi, va ricordato che, ai sensi dell'art. 55, comma 4, "*fermo quanto previsto nell'articolo 21, per le infrazioni disciplinari ascrivibili al dirigente ai sensi degli articoli 55-bis, comma 7, e 55-sexies, comma 3, si applicano, ove non diversamente stabilito dal contratto collettivo, le disposizioni di cui al comma 4 del predetto articolo 55-bis, ma le determinazioni conclusive del procedimento sono adottate dal dirigente generale o titolare di incarico conferito ai sensi dell'articolo 19, comma 3*".

7.- Impugnazione.

Nel sistema precedente la riforma del d.lgs. 150 del 2009, il lavoratore dipendente

⁶¹ MAINARDI, op. cit., 755.

⁶² CAPALBO A., *Riforma Brunetta: tutte le novità nel pubblico impiego: commento sistematico al decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150*, 2009, 406.

di pubbliche amministrazioni (il cui rapporto è stato contrattualizzato) ha diversi strumenti di impugnativa della sanzione disciplinare, potendo rivolgersi al giudice del lavoro ovvero a procedure arbitrali; le impugnazioni non hanno effetto sospensivo della sanzione, salvo che la sospensione non sia disposta dal giudice su domanda specifica di parte contenuta nell'atto di impugnazione.

È invece escluso, nel nuovo contesto privatizzato, sia un ricorso al giudice amministrativo (che ha invece mantenuto la giurisdizione esclusiva per materia per il pubblico impiego non contrattualizzato) sia un ricorso straordinario al Capo dello Stato (che è alternativo all'azione al giudice amministrativo in relazione ad atti che sono oggettivamente e non solo soggettivamente amministrativi⁶³).

L'azione al giudice ordinario va proposta nei termini di prescrizione ordinario, salvo per il licenziamento l'applicazione del termine di decadenza di sessanta giorni per l'impugnativa (personale, ma anche stragiudiziale con qualsiasi atto). Quanto al sindacato del giudice, proprio in quanto l'atto unilaterale che incide sulle modalità di svolgimento del rapporto o anche sulla sua esistenza è comunque un atto paritetico, privo in quanto tale dell'efficacia autoritativa propria del provvedimento amministrativo, la validità ed efficacia del detto atto devono essere accertate dal giudice secondo le categorie del diritto civile (inesistenza, nullità, annullabilità, inefficacia) non essendo applicabili i vizi tipici dell'azione amministrativa (vizi di legittimità o di merito, e nell'ambito della prima categoria, incompetenza violazione di legge o eccesso di potere (Cass. 28 luglio 2003, n. 11589).

Peraltro, non può che rimarcarsi che il controllo del giudice ordinario nel rapporto privato è più penetrante di quello del giudice amministrativo nel rapporto pubblico, essendo sindacabile la discrezionalità del datore di lavoro alla luce dei principi di correttezza e buona fede (es. verifica della congruità delle sanzioni disciplinari) e non la mera formale legittimità. Dall'altro lato, è più penetrante di quello dello stesso giudice sui rapporti di lavoro con soggetti privati, atteso che l'attività dell'amministrazione, pur privatizzata è per determinati aspetti vincolata nei fini (es. parità di trattamento).

Quando la sanzione disciplinare è il licenziamento disciplinare, va ricordato che la tutela è quella -reintegratoria e risarcitoria- ex art. 18 st. lav., che si applica alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal numero dei dipendenti.

Si discute peraltro se il giudice, ravvisata l'illegittimità della sanzione irrogata, possa applicarne una minore, o debba limitarsi, come ritiene la giurisprudenza, ad annullare la sanzione irrogata dall'amministrazione, salva la reiterazione del procedimento disciplinare nei termini di legge.

Al riguardo, va ricordato che mentre in passato un siffatto potere non era riconosciuto al giudice amministrativo (che aveva solo un potere demolitorio dell'atto amministrativo viziato), oggi il giudice può emettere qualunque tipo di provvedimento nei confronti dell'amministrazione, modificando l'atto impugnato (che non ha più, come si è già rilevato, natura di atto amministrativo autoritativo, essendo atto negoziale paritetico, e non incontra perciò i limiti dell'allegato E dell'art. 4 l. 20 marzo 1865, n. 2248, legge abolitrice del contenzioso amministrativo).

Per esigenze di certezza e rapidità dei rapporti, la giurisprudenza arbitrale ammette il potere di conversione giurisdizionale della sanzione nulla, mentre la giurisprudenza ordinaria è più restia.

La dottrina ha ammesso invece la conversione giudiziale, fondandola o sull'applicazione analogica del principio di *reductio ad equitatem* (art. 1384 c.c.), o sulle norme dell'arbitraggio (art. 1349 c.c.), o sul carattere parziale dell'annullamento del giudice (come nel caso di riduzione quantitativa della sanzione), o sulla base del principio di conversione del contratto nullo (art. 1424, applicabile agli atti unilaterali ex art. 1324 c.c.).

Sul tema, va ricordato che se è frequente la applicazione principio di conversione in materia di

⁶³ Sul punto, però, il parere Cons. Stato 10 giugno 1999, n. 9, aveva ritenuto il mezzo esperibile verso qualunque atto dell'amministrazione, anche se gestionale privatistico, perché comunque soggettivamente amministrativo.

licenziamento per giusta causa in licenziamento per giustificato motivo soggettivo (per tutte, Cass. 27 novembre 1992, n. 12678), per la sostituzione qualitativa delle sanzioni diverse la giurisprudenza è molto incerta (per la soluzione negativa, Cass. 25 maggio 1995, n. 5753); si discute inoltre anche sulla necessità della domanda di parte per operare la conversione, ovvero della possibilità per il giudice di provvedervi ex officio, come ammesso da trib. Benevento 4 luglio 2001 per il lavoro pubblico contrattualizzato, secondo il quale il giudice del merito ha il potere di convertire la sanzione “espulsiva” in una sanzione “conservativa” qualora ritenga la sanzione comminata dal datore di lavoro non proporzionata rispetto all’infrazione contestata; nello stesso senso, ma con riferimento al lavoro privato, Cass. 27 febbraio 1998, n. 2204; *contra* Cass. 26 novembre 1998, n. 12022).

L’art. 55 comma 7-9 del d.lgs. 29 del 1993 stabiliva che, ove i contratti collettivi non prevedessero procedure di conciliazione, entro venti giorni dall’applicazione della sanzione, il dipendente, anche per mezzo di un procuratore o dell’associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato, poteva impugnarla dinanzi al collegio arbitrale di disciplina dell’amministrazione in cui lavorava; il collegio emetteva la sua decisione entro novanta giorni dall’impugnazione e l’amministrazione vi si conformava; durante tale periodo la sanzione restava sospesa.

Era previsto che il collegio arbitrale si componesse di due rappresentanti dell’amministrazione e di due rappresentanti dei dipendenti e che fosse presieduto da un esterno all’amministrazione.

Dottrina e giurisprudenza ravvisavano nell’istituto un arbitrato rituale (Cass. 24 luglio 2002, n. 10859), caratterizzato in quanto tale dalla terzietà ed imparzialità dell’organo decidente, ed impugnabile innanzi alla Corte d’appello in cui ha sede l’arbitro ex art. 828 comma 1 c.p.c.

Dalla data di entrata in vigore dei nuovi contratti collettivi le disposizioni ora dette avevano quindi cessato di avere efficacia, ai sensi dell’art. 28 d.lgs. 80 del 98, e si applicavano le procedure di impugnazione previste dai contratti.

Quanto al termine per l’impugnazione delle sanzioni disciplinari, per quanto riguarda l’impugnazione delle sanzioni disciplinari presso l’arbitro unico previsto dal CCNQ del 23.1.2001, si è precisato nell’art. 1 dall’Ipotesi di Accordo del 13.11.2001 (Interpretazione autentica dell’art.6 comma 1 del CCNQ in materia di procedure di conciliazione ed arbitrato) secondo che “l’articolo 6 del CCNQ del 23.1.2001 non modifica il termine di impugnazione delle sanzioni disciplinari in caso di ricorso alle procedure arbitrali, sia di fronte all’arbitro unico che di fronte ai collegi arbitrali di cui ai commi 8 e 9 dell’art. 55 del d.lgs. 165 del 2001. Tale termine rimane pertanto di 20 giorni dall’applicazione della sanzione così come previsto dall’art.55 comma 7 del d.lgs 165 del 2001 e dall’art.7 comma 6 della legge 300 del 1970.

Per quanto riguarda, invece, i termini di impugnazione delle sanzioni presso il giudice ordinario, nell’attuale sistema un termine di impugnativa è previsto solo per la sanzione del licenziamento che, in base all’art. 6 della L. 604 del 1966, deve essere impugnato entro 60 giorni; negli altri casi di sanzioni conservative, invece, mancando un termine prefissato il lavoratore può impugnare la sanzione entro i due anni per evitare l’effetto a lui pregiudizievole della recidiva oppure entro il più ampio termine prescrizione di 10 anni.

L’art. 55 del t.u. reiterava la norma.

In materia di impugnazione delle sanzioni disciplinari, in alternativa al ricorso giurisdizionale, il dipendente poteva avvalersi degli strumenti indicati nell’art. 6 del CCNQ del 23 gennaio 2001, confermato dal CCNQ del 24 luglio 2003 (arbitro unico o collegi arbitrali di cui ai commi 8 e 9 dell’art. 55 del d.lgs. 165 del 2001);

Su tale previsione legale si è inserito il CCNQ in materia di procedure di conciliazione ed

arbitrato sottoscritto in data 21 gennaio 2001, che al comma 9 dell'art.6 espressamente dispone che le sanzioni disciplinari restano sospese fino alla definizione della controversia, salvo il caso di rinuncia. In tema, gli orientamenti ARAN hanno ricordato in proposito che un regolamento unilaterale della pubblica amministrazione non possa introdurre regole limitative di un particolare diritto oggettivo riconosciuto al lavoratore sia dalla legge che dalla contrattazione collettiva; infatti il CCNQ in materia di conciliazione ed arbitrato non ha carattere meramente obbligatorio e programmatico, ma trova diretta ed immediata applicazione a far data dalla sua definitiva stipulazione. Ugualmente, ritiene l'ARAN che la sospensione intervenga anche nel caso di ricorso all'autorità giudiziaria, limitatamente alla durata del tentativo di conciliazione, sulla base di una lettura congiunta degli artt. 65, 66 e 56 del t.u.

Il contratto collettivo quadro su richiamato ha istituito una procedura conciliativa e di arbitrato per l'impugnazione delle sanzioni disciplinari.

L'art. 6 del contratto ha previsto la figura dell'arbitro unico, prevedendola in alternativa ai collegi arbitrali di disciplina dell'amministrazione, e stabilendo la vincolatività per l'amministrazione della richiesta del dipendente di ricorso all'arbitro unico (salvo che per il caso in cui l'amministrazione ha ad oggetto la sanzione risolutiva) e la sospensione della sanzione fino alla definizione della controversia, salvo il caso di rinuncia del lavoratore alla procedura.

In particolare, il contratto collettivo nazionale quadro in materia di procedure di conciliazione ed arbitrato ai sensi degli artt. 59-*bis*, 69 e 69-*bis* del d.lgs. n. 29 del 1993 nonché dell'art.412-ter c.p.c. è attuativo dei principi di delega previsti dall'art. 11 comma 4 lettera g) della legge n. 59 del 1997 e di quanto previsto dagli artt. 412 *ter* e *quater* c.p.c., come modificati dai d.lgs. n. 80 del 1998 e 387 del 1998. In relazione a tali principi e disposizioni, l'accordo introduce e disciplina procedure stragiudiziali di conciliazione e arbitrato quale fattore di decongestione e alleggerimento del circuito giudiziario in grado, altresì, di garantire ai lavoratori pubblici e alle amministrazioni una risoluzione celere ed adeguata delle controversie di lavoro, funzionale non solo ad una giustizia realmente efficace ma anche ad una riduzione dei costi sociali ed economici delle controversie stesse.

Ai sensi dell'art. 2, le sanzioni disciplinari possono essere impugate mediante richiesta di conciliazione e arbitrato: restando fermo il ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria, le parti possono concordare, in alternativa, di deferire la controversia ad un arbitro unico scelto di comune accordo, che deve appartenere ad una delle categorie di cui all'art. 5, comma 4, e la cui lista è depositata presso la camera arbitrale stabile della Direzione regionale del lavoro.

In via sperimentale e fino alla scadenza dell'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.

Il procedimento innanzi all'arbitro unico è definito dall'art. 3 dell'accordo quadro.

Con successivo contratto collettivo nazionale quadro 24 luglio 2003, è stato poi rinnovato il ccnq su arbitrato e conciliazione stipulato il 23 gennaio 2001, stabilendosi la proroga di questo senza delimitazione temporale e fino alla stipula di un nuovo accordo quadro in materia.

Si è altresì ribadita la validità delle richieste svolte ai sensi dell'art. 6 del CCNQ del 23 gennaio 2001 ai Collegi Arbitrali di Disciplina ancora funzionanti alla data di stipula del contratto stesso.

Anche la procedura arbitrale prevista dalla contrattazione collettiva ha natura irrituale (Cass. 10 ottobre 2005, n. 19679).

Quanto all'impugnazione della decisione arbitrale trova applicazione l'art. 412 *quater* cod. proc. civ., secondo il quale sulle controversie aventi ad oggetto la validità del lodo arbitrale decide in unico grado il Tribunale, in funzione del giudice del lavoro, della circoscrizione in cui è la sede dell'arbitrato. Il ricorso è depositato entro il termine di trenta giorni dalla notificazione del lodo.

Trascorso tale termine, o se le parti hanno comunque dichiarato per iscritto di accettare la

decisione arbitrale, ovvero se il ricorso è stato respinto dal Tribunale, il lodo è depositato nella cancelleria del Tribunale nella cui circoscrizione è la sede dell'arbitrato. Il giudice, su istanza della parte interessata, accertata la regolarità formale del lodo arbitrale, lo dichiara esecutivo con decreto.

Su questo ampio sistema di strumenti impugnatori ha inciso la riforma del d.lgs. 150 del 2009, che ha disposto innanzitutto, con norma immediatamente operativa ai sensi della disciplina transitoria già richiamata, l'abolizione dei collegi arbitrali di disciplina (quale quello *ex art. 55 t.u.*) con il divieto espressamente di istituirli in sede di contrattazione collettiva.

Pertanto, all'esito della riforma, le sanzioni disciplinari potranno essere impugnate solo innanzi al giudice del lavoro o all'arbitro unico del pubblico impiego.

8.- Il controllo delle assenze.

Il decreto c.d. Brunetta è divenuto noto, anche per effetto di una propaganda mediatica del ministero della p.a., per la lotta all'assenteismo dei dipendenti pubblici ed ai "fannulloni" del pubblico impiego⁶⁴.

Il disegno si è realizzato in tale ambito attraverso varie disposizioni.

I nuovi artt. 55 *septies* e *octies* del t.u. prevedono l'obbligo di attestazione della patologia che comporti un'assenza protratta per più di dieci giorni -oppure, in ogni caso, dopo il secondo evento di malattia nell'anno solare- solo mediante certificazione medica rilasciata da una struttura sanitaria pubblica o da un medico convenzionato con il servizio sanitario nazionale; in tutti i casi di assenza per malattia la certificazione medica è inviata per via telematica, direttamente dal medico o dalla struttura sanitaria che la rilascia, all'Istituto nazionale della previdenza sociale (l'inosservanza degli obblighi di trasmissione per via telematica della certificazione medica costituisce illecito disciplinare).

Resta fermo dunque anche nel nuovo sistema il principio (già affermato dalla delibera del Garante per la protezione dei dati personali del 14 giugno 2007) della necessità dell'indicazione sul certificato di malattia che giunge al datore di lavoro della sola prognosi e non anche della diagnosi.

L'amministrazione dispone il controllo in ordine alla sussistenza della malattia del dipendente anche nel caso di assenza di un solo giorno, tenuto conto delle esigenze funzionali e organizzative; qualora in sede di controllo o comunque si accerti che la patologia si traduca in una inidoneità psicofisica permanente al servizio l'amministrazione pubblica può risolvere il rapporto di lavoro (cfr. circolare del 12 novembre 2009 n. 7 del Dipartimento funzione pubblica presso Presidenza del Consiglio dei Ministri).

⁶⁴ Non sono mancate peraltro le critiche al provvedimento, e la copertina di un noto settimanale titolava "*Brunetta bluff*" (*l'Espresso*, 17 settembre 2009), evidenziando che il ministro aveva vantato risultati clamorosi contro gli assenteisti, laddove in concreto l'articolista scriveva che gli assenteisti non erano affatto diminuiti (essendo i dati ministeriali relativi solo agli enti che avevano risposto al sondaggio, ed in quanto portatori di prassi più virtuose di altre amministrazioni), e che anzi la riforma aveva finito per colpire soprattutto le donne (che si assentano per le malattie dei figli).

In ordine al controllo della malattia, rimane immutata la disciplina sostanziale già introdotta con l'art. 71 comma 3 del d.l. n. 112 del 2008, conv. in legge n. 133 del 2008

(il quale viene contestualmente abrogato dall'art. 72 comma 1 del d.lgs. n. 150 del 2009) e, con essa, rimangono valide le indicazioni già fornite in precedenza dall'amministrazione circa l'interpretazione della norma (Circolari nn. 7 e 8 del 2008 e Circolare n. 1 del 2009). Si ribadisce pertanto che la legge ha voluto prevedere per le amministrazioni un dovere generale di richiedere la visita fiscale, anche nelle ipotesi di prognosi di un solo giorno (salvo casi eccezionali dovuti a carico di lavoro particolare o urgenze della giornata), ma che ha tenuto conto anche della possibilità che ricorrano particolari situazioni, che giustificano un certo margine di flessibilità nel disporre il controllo valutandone altresì l'effettiva utilità. Ad esempio, nel caso di imputazione a malattia dell'assenza per effettuare visite specialistiche, cure o esami diagnostici, l'amministrazione che ha conoscenza della circostanza a seguito della comunicazione del dipendente deve valutare di volta in volta, in relazione alla specificità delle situazioni, se richiedere la visita domiciliare di controllo per i giorni di riferimento. Infatti, il tentativo di effettuare l'accesso al domicilio del lavoratore da parte del medico della struttura competente potrebbe configurarsi come ingiustificato aggravio di spesa per l'amministrazione in quanto, in assenza del dipendente, potrebbe non avere lo scopo di convalidare la prognosi.

La riforma fa poi rinvio ad un decreto del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione per determinare le fasce orarie di reperibilità entro le quali debbono essere effettuate le visite di controllo.

In proposito, la materia è stata oggetto di successivi interventi normativi. Infatti, l'originario comma 3 dell'art. 71 del d.l. n. 112 del 2008, convertito, con modificazioni, in l. n. 133 del 2008, prevedeva che "(...) Le fasce orarie di reperibilità del lavoratore, entro le quali devono essere effettuate le visite mediche di controllo, sono dalle ore 8.00 alle ore 13.00 e dalle ore 14.00 alle ore 20.00 di tutti i giorni, compresi i non lavorativi e i festivi". Con questa disposizione veniva superata la disciplina dei CCNL di comparto delle fasce di reperibilità che individuava un regime orario più ridotto di quattro ore al giorno (dalle ore 10 alle ore 12 e dalle ore 17 alle ore 19). Successivamente, l'art. 17, comma 23, lett. c), del d.l. n. 78 del 2009, convertito, con modificazioni, in l. n. 102 del 2009, ha abrogato la menzionata disposizione. Ciò ha comportato la necessità di far riferimento alle fasce già individuate in precedenza con la disciplina contrattuale, le quali pertanto sono da ritenersi vincolanti sino a quando non entrerà in vigore la regolamentazione che sarà contenuta nel decreto ministeriale. Pertanto,

le fasce allo stato da osservare per l'effettuazione delle visite fiscali sono le seguenti: dalle ore 10 alle ore 12 e dalle ore 17 alle ore 19.

È stato quindi introdotta (risolvendo vecchie questioni giurisprudenziali relative all'applicazione al caso delle norme della truffa aggravata o del falso in atto pubblico) una nuova fattispecie penale specifica a carico del lavoratore dipendente di una pubblica amministrazione che attesta falsamente la propria presenza in servizio, mediante l'alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente, ovvero giustifica l'assenza dal servizio mediante una certificazione medica falsa o falsamente attestante uno stato di malattia; la stessa pena della reclusione da uno a cinque anni e con la multa da 400 a 1.600 euro si applica al medico e a chiunque altro concorre nella commissione del delitto (art. 55 *quinquies*, comma 1, t.u.).

La fattispecie ricorre dunque anche quando l'entità dell'assenza fraudolenta del dipendente non sarebbe idonea ad integrare il nocumento patrimoniale richiesto dalla diversa fattispecie di truffa, oggi non più applicabile.

Con riferimento al medico, viene sanzionato anche il rilascio di certificazioni che attestano dati clinici non direttamente constatati né oggettivamente documentati, e si prevede altresì la sanzione della destituzione del medico dipendente pubblico (che andrebbe però interpretata alla luce del divieto di automatismi, e quindi sarebbe applicabile solo all'esito di un regolare e tempestivo procedimento disciplinare).

Infine, va ricordato che il lavoratore responsabile del reato di falsa attestazione della presenza in servizio, *“ferme la responsabilità penale e disciplinare e le relative sanzioni, è obbligato a risarcire il danno patrimoniale, pari al compenso corrisposto a titolo di retribuzione nei periodi per i quali sia accertata la mancata prestazione, nonché il danno all'immagine subiti dall'amministrazione”* (art. 55 *quinquies*, comma 2, t.u.).

Nel contesto più generale della responsabilizzazione dei dirigenti, obiettivo perseguito con l'approvazione della riforma contenuta nel d.lgs. n. 150 del 2009, l'art. 55 *septies* t.u., introdotto dalla riforma, al comma 6 prevede che il responsabile della struttura in cui il dipendente lavora e il dirigente eventualmente preposto all'amministrazione generale del personale, secondo le rispettive competenze, curano l'osservanza delle disposizioni relative alle assenze per malattia, al fine di *“prevenire o contrastare, nell'interesse della funzionalità dell'ufficio, le condotte assenteistiche”*. Per il caso di inadempimento colposo rispetto a questo dovere di vigilanza la legge prevede la possibilità, nel rispetto del contraddittorio, di comminare una sanzione a carico del dirigente consistente nella decurtazione della retribuzione di risultato (art. 21 del d.lgs. n. 165 del 2001 come modificato dal d.lgs. n. 150 del 2009,

secondo il quale “al di fuori dei casi di cui al comma 1, al dirigente nei confronti del quale sia stata accertata, previa contestazione e nel rispetto del principio del contraddittorio secondo le procedure previste dalla legge e dai contratti collettivi nazionali, la colpevole violazione del dovere di vigilanza sul rispetto, da parte del personale assegnato ai propri uffici, degli standard quantitativi e qualitativi fissati dall'amministrazione, conformemente agli indirizzi deliberati dalla Commissione di cui all'articolo 13 del decreto legislativo di attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni, la retribuzione di risultato è decurtata, sentito il Comitato dei garanti, in relazione alla gravità della violazione di una quota fino all'ottanta per cento.”).

A questa si possono aggiungere anche le sanzioni previste per il mancato esercizio o la decadenza dell'azione disciplinare per omissioni del dirigente di cui all'art. 55 *sexies* comma 3 t.u., consistenti nella sospensione dal servizio con privazione della retribuzione di un ammontare variabile a seconda della gravità del fatto e nella mancata attribuzione della retribuzione di risultato in proporzione alla durata della sospensione dal servizio, secondo quanto si è già sopra riferito.

PARTE QUARTA

CONSIDERAZIONI FINALI

A conclusione di questa disamina delle novità della riforma, è opportuno esporre delle considerazioni critiche in tema.

Si tratta, senza dubbio, di una riforma corposa, finalizzata alla realizzazione degli obiettivi di efficienza e trasparenza dell'operato delle pubbliche amministrazioni, e, in tal senso, in linea con le precedenti riforme relative alla privatizzazione del rapporto di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni. L'obiettivo è perseguito attraverso previsioni premiali e sanzionatorie per i dipendenti pubblici, in un dosaggio di incentivi economici e sanzioni, che dovrebbero orientare l'azione dei dipendenti e migliorare l'efficienza degli apparati.

In tal senso, si è rilevato⁶⁵ che le nuove norme, al di là dell'ideologia che le sostiene, appaiono ispirate da finalità condivisibili e sostanzialmente coincidenti con quelle alla base delle riforme degli anni Novanta: come nel 1993, *“gli obiettivi perseguiti sono identici: moderazione salariale ed efficienza dei servizi pubblici a cui si accompagna il tentativo di costruire forme di verifica sociale del funzionamento delle pubbliche amministrazioni. La vera discontinuità rispetto al passato recente è costituita dal metodo della riforma: il legislatore, attraverso le nuove norme, in tende provocare normativamente un tale conflitto ed a tal fine adotta una doppia strategia: promuove il controllo sociale e diffuso del cittadino-utente sul funzionamento dei pubblici servizi e rilegittima il dirigente quale effettivo datore di lavoro pubblico. Il processo di controllo sale dal basso ed il gradimento dei cittadini-utenti è preordinato a garantire e quasi a sublimare la valutazione inappellabile di un mercato che nel settore pubblico non c'è, e che comunque opera in modo peculiare. In tale prospettiva si può comprendere anche l'enfatizzazione degli strumenti della trasparenza, in tesa come diritto civile, quale strumento volto a garantire il controllo sociale e democratico della collettività sull'attività delle pubbliche amministrazioni e, in definitiva, a favorire l'efficienza e l'efficacia del pubblico servizio”*.

In senso diverso, oltre alle considerazioni critiche sui singoli istituti esposte nel corso dell'esposizione, va ricordata per la sua incisività ed autorevolezza l'opinione di chi⁶⁶ ha evidenziato che *“in una realtà come quella degli uffici delle pubbliche amministrazioni, sono obiettivamente elevati i rischi di inefficienza sottesi ad una gestione del sistema decentrato di relazioni sindacali fondata su basi esclusivamente autonomistico-discrezionali (e dunque, di fatto, neo-autoritarie), secondo la prospettiva indicata dalle disposizioni appena esaminate. Un buon dirigente/manager deve saper costruire buone relazioni sindacali e contrattuali nei luoghi di lavoro, ed è assai dubbio che tale capacità possa derivare 'solo' da un assetto legislativo di supporto, costituito da norme inderogabili che lo autorizzino, nonché vincolino ad operare in un certo modo: occorre, piuttosto, la diffusione ed il radicamento - anche sulla base di una strategia formativa di ampio respiro - di una cultura manageriale che renda effettivamente comparabile il dirigente pubblico a quello privato, pure sul piano delle competenze sindacali... Come ben insegnano gli esperti di organizzazione, nemmeno l'esercizio inflessibile del potere disciplinare può risultare, di per sé, idoneo e sufficiente a stimolare nei lavoratori quell'atteggiamento attivo e partecipativo necessario per trasformare la mera esecuzione della prestazione manuale o intellettuale in un quid pluris sul piano della produttività. Essere presenti sul luogo di lavoro, eseguire gli ordini per l'esecuzione del lavoro, lavorare sotto tema di sanzioni, non significa impegnarsi in termini cooperativi, assicurando valore aggiunto all'organizzazione del lavoro, nonché al 'prodotto' finale della struttura di appartenenza: in punta di diritto si può essere adempienti, pur restando passivi esecutori del mero lavoro indispensabile. Il coinvolgimento partecipativo dei lavoratori su obiettivi di miglioramento organizzativo e*

⁶⁵ TALAMO V., *La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico*, in *Working Papers C.S.D.L.E.* “Massimo D'Antona”, 96/2010, 27.

⁶⁶ CARABELLI U., *La “riforma Brunetta”*: un breve quadro sistematico delle novità legislative e alcune considerazioni critiche, in *Working Papers C.S.D.L.E.* “Massimo D'Antona”.IT- 101/2010, 28-31.

produttivo passa, in somma, per strade diverse dalla minaccia sanzionatoria. ...

Lo stesso principio meritocratico sia stato declinato dal legislatore in modo forse un po' arcaico e grezzo, con l'adozione della regola elementare (ma, in verità, non sempre efficace) de' 'il bastone e la carota', e dunque facendo affidamento sul tradizionale binomio comando/autorità piuttosto che, secondo concezioni più moderne e sofisticate, su di una strategia composita connotata da un mix di trasparenza, coinvolgimento, motivazione, valorizzazione delle competenze e riconoscimento del potenziale.

In verità, quello dell'efficienza e della produttività è un problema che non può essere scaricato solo sui lavoratori, il cui scarso impegno e coinvolgimento nel lavoro è, frequentemente, l'effetto di una poco funzionale organizzazione degli uffici (anche per l'arretratezza delle strutture tecniche di supporto) e del lavoro, e dunque anche - è doveroso prenderne atto - della mediocre capacità gestionale di dirigenti(poco)manager. ...e pensare di modernizzare e rendere più efficienti le amministrazioni solo sanzionando i comportamenti assenteisti e/o non collaborativi del personale dipendente è, come insegnano le scienze dell'organizzazione, puramente illusorio.

D'altronde, dal lato opposto, è altresì puramente illusorio pensare che gli organi politici diventino di punto in bianco capaci di indicare con precisione «obiettivi, priorità, piani e programmi da attuare» - art. 14, comma 1, D. Lgs. n. 165 del 2001 - delle amministrazioni di competenza e dei vertici amministrativi). Ma soprattutto è illusorio pensare che i dirigenti pubblici, nel loro insieme, possano improvvisamente trasformarsi in manager perfettamente competenti nella definizione degli obiettivi dei soggetti di riferimento (i dirigenti di prima fascia per quelli di seconda fascia, e questi ultimi per i dipendenti a loro assegnati), efficienti nelle strategie organizzative ed efficaci nell'assunzione delle decisioni operative, grazie esclusivamente a disposizioni legislative che dicano loro cosa fare, ed anzi impongano loro determinati comportamenti, pure attraverso un'ampia formalizzazione di procedure e decisioni?».

Per altro verso, il sistema risulta inadeguato anche in relazione alla premialità, ove si consideri la sostanziale assenza di criteri relativi alla misurazione della “produttività” nella pubblica amministrazione, per la determinazione dei quali non può non rilevarsi “una banda di difficoltà che va dal massimo registrabile presso un'entità esercente una funzione pubblica al minimo di una erogante prestazioni”⁶⁷), sicché resta ineliminabile ed ancora irrisolta la complessità di un sistema giuridico -le pubbliche amministrazioni, varie e diversissime tra loro- difficilmente riducibile ad unità.

(Red. Francesco Buffa)

Il direttore
(Mario Rosario Morelli)

⁶⁷ CARINCI F., *La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla l. n. 133/2008 alla l.d. n. 15/2009*, in *Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT-88/2009*.

Riferimenti normativi

legge 4 marzo 2009, n. 15

d.lgs. 28 ottobre 2009, n. 150 **(all. 1)**

d.lgs. 31 marzo 2001, n. 165, con le modifiche in grassetto: **(all. 2)**

d.lgs. 25 luglio 2006, n. 240

Riferimenti di dottrina

AA.VV., Con la prestazione inadeguata scatta il licenziamento, in Guida al diritto Sole 24 ore, Pubblico Impiego, 2009, fasc. 47, 36 ss.

ABBRUZZESE M., COLETTA T., DI DEDDA E., MATTENCINI G. E OLIVETTI M., Guida alla riforma dell'ordinamento giudiziario, Giuffr , Milano, 2008 **(all. 3)**

ABRUZZESE M., La nuova dirigenza dell'amministrazione giudiziaria, in AA.VV., Guida alla riforma dell'ordinamento giudiziario, Giuffr , Milano 2008

ALBAMONTE E. E FILIPPI P. (a cura di), Ordinamento giudiziario, Utet. Torino, 2009

ARGENZIANO M., Riforma dei modelli contrattuali: cosa cambia per il settore pubblico, in Guida al diritto Sole 24 ore, Pubblico Impiego, 2009, fasc. 5, 16 ss.

BERTAGNA G., La contrattazione integrativa si rif  il look, in Guida al diritto Sole 24 ore, Pubblico Impiego, 2009, fasc. 3, 47 ss.

BOSCATI, Dirigenza pubblica: poteri e responsabilit  tra organizzazione del lavoro e svolgimento dell'attivit  amministrativa, in Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni, 2009, p. 13

BRIGUORI P., Come cambia la responsabilit  del dipendente pubblico, in Guida al diritto Sole 24 ore, Pubblico Impiego, 2009, fasc. 3, 38 ss.

BUFFA F. e DE GIORGI C., Il procedimento disciplinare, Matelica, Halley, 2006

CAPALBO A., Riforma Brunetta: tutte le novit  nel pubblico impiego: commento sistematico al decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, 2009, 389 ss. **(all. 4)**

CARABELLI U., La "riforma Brunetta": un breve quadro sistematico delle novit  legislative e alcune considerazioni critiche, in Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT- 101/2010 **(all. 5)**

CARINCI F., La privatizzazione del pubblico impiego alla prova del terzo Governo Berlusconi: dalla l. n. 133/2008 alla l.d. n. 15/2009, in Working Papers C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT-88/2009 **(all. 6)**

CASTELLI C. e ROMANO R., La direzione degli uffici giudiziari, la dirigenza amministrativa ed il decentramento del ministero della Giustizia, in ALBAMONTE E. e FILIPPI P. (a cura di), Ordinamento giudiziario, Utet, Torino, 2009 **(all. 7)**

DEODATO C., La riforma Brunetta: le nuove regole del lavoro pubblico, commento organico al decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, 2009,

FUSO P., Il rafforzamento dell'indipendenza della dirigenza, in TIRABOSCHI M. e VERBARO F. (a cura di), La nuova riforma del lavoro pubblico, Giuffr , Milano, 590 ss.

GAROFALO M.G., Delegificazione e rilegificazione, in GENTILE M. (a cura di), Lavoro pubblico: ritorno al passato?, Ediesse, 2009, 13 ss.

GENTILE M. (a cura di), Lavoro pubblico: ritorno al passato?, Ediesse, 2009

LOSTORTO V., Il nuovo procedimento disciplinare, in TIRABOSCHI M. e VERBARO F. (a cura di), La nuova riforma del lavoro pubblico, Giuffr , Milano, 477 ss.

MAINARDI S., Fonti, poteri e responsabilit  nella valutazione del merito dei dipendenti pubblici, in Lavoro pubbl. amm., 2009, 5, 729 ss.

MASARACCHIA A., Sindacati ridimensionati nella contrattazione, in Guida al diritto Sole 24 ore, Pubblico Impiego, 2009, fasc. 47, 8 ss.

MASSI E., Contrattazione collettiva e potere disciplinare dell'amministrazione, 2009

OLIVERI L., La riforma del lavoro pubblico, Maggioli, Rimini, 2009

PALLIGIANO G., Il cuore si sposta verso il piano decentrato, in Guida al diritto Sole 24 ore, Pubblico Impiego, 2009, fasc. 47, 21 ss.

PALLIGIANO G., Organizzazione e gestione tarate sul modello privato, in Guida al diritto Sole 24 ore, Pubblico Impiego, 2009, fasc. 47, 21 ss.

PEDACI A., Le nuove norme sul pubblico impiego, SIMONE, Napoli, 2009, 55 ss.

RAUSEI P., Dirigenza pubblica, responsabilità dirigenziale e mobilità, in AA.VV., LA riforma del lavoro pubblico, 2009

RUFFINI R., Oggetto e finalità (art. 1), in AA.VV., La nuova riforma del lavoro pubblico, op.cit., p. 212

SALOMONE R., Il lavoro pubblico regionale e locale nella “riforma Brunetta”, in Lavoro pubbl. amm., 2009, 1, 1

SILVESTRO C., La riforma Brunetta del pubblico impiego, DIKE, Roma, 2009 **(all. 8)**

SOLOPERTO R., La contrattazione collettiva nazionale e integrativa, in TIRABOSCHI M. e VERBARO F. (a cura di), La nuova riforma del lavoro pubblico, Giuffré, Milano, 366 ss.

SOLOPERTO R., La riforma della contrattazione collettiva, in TIRABOSCHI M. e VERBARO F. (a cura di), La nuova riforma del lavoro pubblico, Giuffré, Milano, 97 ss.

TALAMO V., La riforma del sistema di relazioni sindacali nel lavoro pubblico, in Working Papers C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, 96/2010 **(all. 9)**

TENORE V., PALAMARA L., MARZOCCHI BURATTI B., Le cinque responsabilità del pubblico dipendente, Giuffré, Milano, 2009

TOSCHEI S., La fonte legislativa prevale su quella contrattuale, in Guida al diritto Sole 24 ore, Pubblico Impiego, 2009, fasc. 47, 31 ss.

URSI R., Delle sanzioni disciplinari dopo il decreto Brunetta, in Lavoro nelle pubbliche amministrazioni 2009, 5, 759 ss.

VERBARO F., La legge delega: principi e criteri direttivi e nuovo sistema delle fonti, in TIRABOSCHI M. e VERBARO F. (a cura di), La nuova riforma del lavoro pubblico, Giuffré, Milano, 74 ss.

ZOPPOLI L., La contrattazione collettiva dopo la delega, in GENTILE M. (a cura di), Lavoro pubblico: ritorno al passato?, Ediesse, 2009, 23 ss. **(all. 10)**