

# **Il rapporto di lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni: profili problematici**

Atti dell'incontro di studio svoltosi nell'Aula magna del Palazzo dell'Università degli Studi di Genova il 4 aprile 2018: i contributi sono stati rivisti e aggiornati a gennaio 2020



## **Indice-sommario**

### **Piera Maria Vipiana**

(Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Genova)

*Il lavoro presso le pubbliche amministrazioni: questioni controverse*

### **Valentina Cingano**

(Magistrato ordinario e professore a contratto, Università di Genova)

*Le fonti di disciplina del rapporto e i poteri del Giudice*

### **Matilde Pugliaro**

(Avvocato dello Stato, Avvocatura Distrettuale dello Stato di Genova)

*La risoluzione del rapporto*

### **Enrico Ravera**

(Presidente del Tribunale di Genova e già presidente della Sezione lavoro del Tribunale di Genova)

*Il Decreto legislativo 20 giugno 2016 n. 116 e l'attestazione della presenza in servizio: conseguenze disciplinari*

### **Marco Barilati**

Avvocato amministrativista del Foro di Genova specializzato in diritto del lavoro presso le p.a.

*Riflessioni sui D.Lgs. n. 116/2016 e 75/2017 (e dintorni)*

### **Matteo Timo**

(Ricercatore t.d.A in diritto amministrativo e docente presso l'Università di Genova, abilitato alle funzioni di professore di seconda fascia di diritto amministrativo)

*Recenti aspetti problematici nell'individuazione del giudice munito di giurisdizione in materia di impiego alle dipendenze della PA*



# Il lavoro presso le pubbliche amministrazioni: questioni controverse

Piera Maria Vipiana

Professore ordinario di Diritto amministrativo, Università di Genova

SOMMARIO: 1. Premessa; - 2. Cenni alla qualificazione del rapporto di lavoro alle dipendenze delle p.a.; - 3. La disciplina normativa in tema di lavoro alle dipendenze delle p.a.; - 4. Il ruolo della contrattazione collettiva ed i suoi rapporti con la legge

## 1. Premessa

La disciplina del lavoro alle dipendenze delle p.a. dà adito a non pochi problemi, specie a partire dalla sua privatizzazione, viste – fra l’altro – la molteplicità e la rilevanza delle eccezioni ad essa, specie dal punto di vista oggettivo<sup>1</sup>. Le regole in materia di lavoro alle dipendenze delle p.a. sono molteplici e non tutte di fonte normativa: nell’ambito di tale intrico di regole, oltre a principi costituzionali, disposizioni di legge, contratti collettivi e integrativi, si annoverano atti organizzativi delle p.a., il piano triennale, previsto dall’art. 6 del d.lgs. 165/2001, che si occupa dell’organizzazione degli uffici in relazione ai fabbisogni di personale, e le linee di indirizzo per la pianificazione dei fabbisogni di personale, in coerenza con le quali dev’essere adottato il summenzionato piano triennale.

La normativa in materia è stata modificata in modo ricorrente: in particolare, il corposo d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, è stato riformato più volte, fra l’altro ad opera del d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75, adottato in attuazione della delega contenuta nella l. 7 agosto 2015, n. 124<sup>2</sup>. Come risaputo, la Corte costituzionale<sup>3</sup> aveva dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 17 della l. 124/2015, con i suoi numerosi criteri e principi direttivi, nella parte in cui, in combinato disposto con l’art. 16 della medesima legge, prevedeva che il Governo adotti decreti legislativi attuativi decreti legislativi per il riordino della disciplina in materia di lavoro alle dipendenze

---

<sup>1</sup> In materia ci permettiamo di rinviare a P. M. VIPIANA, *L’organizzazione amministrativa e i suoi mezzi*, Milano, 2019, 211 ss. e spec. 221 ss.

<sup>2</sup> Gli altri decreti attuativi della legge n. 124/2015 che sono legati alle tematiche in esame risultano essere: i decreti legislativi n. 116/2016 in materia di licenziamento disciplinare e n. 171/2016 relativo alla dirigenza sanitaria ed i relativi decreti correttivi, emanate previa acquisizione dell’intesa in sede di conferenza unificata, dei relativi come richiesto dalla Corte Costituzionale; il d.lgs. n. 74 del 2017, recante modifiche al d.lgs. n. 150/2009 sul sistema di misurazione e di valutazione della performance.

<sup>3</sup> C. Cost., 25 novembre 2016, n. 251, su cui cfr.: da A. POGGI - G. BOGGERO, *Non si può riformare la p.a. senza intesa con gli enti territoriali: la Corte costituzionale ancora una volta dinanzi ad un Titolo V incompiuto. Nota alla sentenza n. 251/2016*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 28 dicembre 2016; F. S. MARINI, *La sentenza n. 251 del 2016 tra intesa legislativa e applicabilità condizionata ai decreti legislativi*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2017, n. 1; B. G. MATTARELLA, *Delega legislativa e principio di leale collaborazione*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2017, 2, 179 ss.

delle p.a. e connessi profili di organizzazione amministrativa, previo parere in sede di Conferenza unificata, anziché previa intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni<sup>4</sup>.

Le conseguenze di tale pronuncia della Consulta sono note. Dato che le disposizioni dichiarate incostituzionali sono disposizioni della legge delega, e non dei decreti legislativi delegati<sup>5</sup>, alcuni dei quali erano già stati adottati, e che la Corte non ha esercitato il proprio potere, previsto dall'art. 27 della l. 11 marzo 1953, n. 87, di pronunciare l'illegittimità costituzionale consequenziale dei decreti legislativi già in vigore, si è posto il problema di quali adempimenti porre in essere a seguito della suddetta pronuncia. Il Consiglio di Stato, in sede consultiva<sup>6</sup>, al quale il quesito è stato posto, ha individuato due vie possibili: da un lato, l'adozione di una nuova legge delega che preveda l'adozione di decreti delegati sulla base dei vincoli procedurali voluti dalla sentenza della Consulta; dall'altro lato, la redazione, con l'iter procedimentale imposto dalla citata sentenza della Corte, di decreti legislativi incentrati sui temi dei decreti delegati già adottati. La seconda via è quella seguita dal Governo, il quale pertanto ha adottato ulteriori decreti legislativi, previa intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni.

All'esito di questa vicenda si possono riscontrare varie disposizioni attuative della delega legislativa che modificano o integrano il d.lgs. 165/2001: per il vero, come si è efficacemente sintetizzato, «la delega contemplava un nuovo (e vero) testo unico, che prendesse il posto di quello vigente, incompleto e ormai disordinato; dopo molti mesi di intenso lavoro, si era arrivati a un testo molto più completo, coerente e innovativo di quello vigente; la citata sentenza della Corte costituzionale e il contesto politico, tuttavia, ne hanno impedito l'adozione; le vicende politiche hanno anche introdotto nuovi obiettivi politici, inerenti alle relazioni sindacali»: in definitiva, «l'intervento sul pubblico impiego che si è operato (con un decreto legislativo in

---

<sup>4</sup> La sentenza della Consulta osserva che le disposizioni censurate, «nonostante le molteplici interferenze con le competenze regionali non risolvibili mediante il criterio della prevalenza del legislatore statale», prevedono, «per l'adozione dei decreti legislativi delegati attuativi, una forma di raccordo con le Regioni – il parere in Conferenza unificata – da ritenersi lesiva del principio di leale collaborazione perché non idonea a realizzare un confronto autentico con le autonomie regionali, necessario a temperare la compressione delle loro competenze». Ad avviso della Corte «solo l'intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni, contraddistinta da una procedura che consente lo svolgimento di genuine trattative, garantisce un reale coinvolgimento».

<sup>5</sup> Infatti la Corte ha affermato che «Le pronunce di illegittimità costituzionale, contenute in questa decisione, sono circoscritte alle disposizioni di delegazione della legge n. 124 del 2015, oggetto del ricorso, e non si estendono alle relative disposizioni attuative. Nel caso di impugnazione di tali disposizioni, si dovrà accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione» (C. Cost., n. 251/2016, cit.).

<sup>6</sup> Commissione speciale, 9 gennaio 2017, n. 83.

materia di rapporto di lavoro e uno in materia di valutazione dei rendimenti dei pubblici uffici) ha recuperato alcune delle idee innovative di quel testo, ma non certo la sua ambizione”<sup>7</sup>.

In materia di lavoro alle dipendenze delle p.a. sono state introdotte disposizioni innovative, “anche se a volte in modo prudente o embrionale”: ad esempio, in materia di al passaggio dalla logica delle piante organiche a quella dei budget e dei fabbisogni, o alla maggiore libertà delle forme del procedimento disciplinare, con conseguente minore rilevanza dei vizi procedurali<sup>8</sup>.

Rispetto a tale normativa i profili di incerta qualificazione sono innumerevoli: pare pertanto utile il tentativo di inquadrare alcuni di essi, come le fonti di disciplina del rapporto ed i poteri del Giudice, la risoluzione del rapporto di lavoro, le conseguenze disciplinari in caso di falsa attestazione della presenza in servizio, in generale la portata dei decreti legislativi attuativi della l. 124/2015 e l’individuazione del giudice munito di giurisdizione in materia di impiego alle dipendenze di p.a.

## **2. Cenni alla qualificazione del rapporto di lavoro alle dipendenze delle p.a.**

Dall’epoca della sua privatizzazione, fra i vari temi controversi relativamente al rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni si è molto discusso sulla qualificazione di esso. Le tesi in proposito sono perlomeno tre.

In estrema sintesi, specie la dottrina gius-lavoristica<sup>9</sup> tende a ricondurre tale rapporto al modello privatistico, pur sottolineandone le differenze rispetto a tale modello.

Invece la dottrina gius-pubblicistica prevalentemente considera l’impiego alle dipendenze delle p.a. come un impiego speciale, che dev’essere assoggettato ad una disciplina autonoma<sup>10</sup>.

La giurisprudenza, da parte sua, sottolinea con frequenza la particolarità del lavoro pubblico contrattualizzato rispetto al rapporto di lavoro privato *tout court*. Tali profonde differenze, riconducibili anche al disposto dell’art. 97 Cost., hanno suggerito ad una porzione della giurisprudenza<sup>11</sup> di configurare la disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze delle

---

<sup>7</sup> B. G. MATTARELLA, *La l. n. 124 del 2015 e i suoi decreti attuativi: un bilancio*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2017, 5, 565 ss.

<sup>8</sup> B. G. MATTARELLA, *La l. n. 124 del 2015 e i suoi decreti attuativi: un bilancio*, cit.

<sup>9</sup> E. GHERA - A. GARILLI - D. GAROFALO, *Diritto del lavoro*, Torino, II ed., 2015, 389 ss e, in part., 390.

<sup>10</sup> R. CAVALLO PERIN, *Le ragioni di un diritto ineguale e le peculiarità del rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2003, n. 1, 119 ss. e A. CATELANI, *Il pubblico impiego*, vol XXI del Trattato di diritto amministrativo (diretto da G. Santaniello), Padova, III ed., 2003.

<sup>11</sup> C. Cass., sez. Un., 6 febbraio 2003 n. 1807.

pubbliche amministrazioni alla stregua di un *tertium genus* rispetto al lavoro privato in senso stretto e a quello pubblico non contrattualizzato, visto che non è stato del tutto portato a compimento il disegno della sua piena equiparazione a quello privato disciplinato dal codice civile e dai contratti collettivi.

Anzi, secondo il Consiglio di Stato in sede consultiva<sup>12</sup>, tale configurazione come *tertium genus* è sempre più evidente. Essa, in effetti, sembra, ad avviso di chi scrive, quella più confacente ad inquadrare il rapporto in esame, nella sua complessità.

### **3. La disciplina normativa in tema di lavoro alle dipendenze delle p.a.**

Sul tema la disciplina costituzionale ha un'incidenza diretta: infatti alcune disposizioni della Costituzione, fra le quali quelle contenute nell'art. 98, c. 1 (laddove si riferisce al servizio esclusivo alla Nazione) e nell'art. 97, c. 3 (disciplinante l'accesso mediante concorso), sono collegate ad “un'esigenza di tutela dei funzionari pubblici contro le possibilità di abusi politici del governo”<sup>13</sup>.

Quanto alla privatizzazione e alla contrattualizzazione, vi è chi ne predica il fallimento<sup>14</sup>: si è, infatti, osservato che la disciplina del rapporto di lavoro in esame da parte di una regolamentazione di diritto pubblico, basata su atti aventi forza di leggi e fonti regolamentari, è risultata incentrata sulla regolamentazione formata dalla contrattazione collettiva, caratterizzata da una spiccata disorganicità<sup>15</sup>. Pertanto non manca chi qualifica la privatizzazione (o contrattualizzazione) del rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti alla stregua di un errore<sup>16</sup> o perlomeno la ritiene inefficace a realizzare una maggiore efficienza della p.a.<sup>17</sup>.

Successivamente però sia la riforma Brunetta, sia la riforma Madia hanno modificato la disciplina del lavoro alle dipendenze delle p.a. nell'evidente consapevolezza che il lavoro in questione è diverso dal lavoro privato nelle imprese<sup>18</sup>. Quest'ultima riforma, in particolare, appare articolata e rilevante, anche se occorre segnalare la mancata riforma riguardante la dirigenza pubblica: il decreto delegato di riforma in materia è stato approvato e immediatamente

---

<sup>12</sup> Cons. Stato, comm. spec., 21 aprile 2017, n. 916.

<sup>13</sup> M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, III ed. 1993, 93.

<sup>14</sup> G. D'AURIA, *Variazioni su lavoro pubblico, organizzazione amministrativa e titolo V (parte seconda) della Costituzione*, in *Lav. nelle pubbl. amm.*, 2005, n. 1, 3 ss.

<sup>15</sup> S. BATTINI, *Le fonti della disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni: da una regolamentazione unilaterale all'altra?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, n. 3, 627 ss.

<sup>16</sup> L. IEVA, « *Ritorno al futuro* ». *Ritorno allo Stato*, in [www.amministrazionein.cammino.luiss.it](http://www.amministrazionein.cammino.luiss.it), 28 febbraio 2014.

<sup>17</sup> L. IEVA, *Gli incarichi dirigenziali nel lavoro pubblico*, in *Foro Amm.*, 2016, fasc. 6, 1678 ss., § 5.

<sup>18</sup> L. IEVA, *ibidem*.

ritirato dal Governo a fine novembre 2016, a seguito della pubblicazione della citata sentenza della Corte Costituzionale n. 251/2016 con cui veniva dichiarata – per il motivo che si è prima ricordato – l’illegittimità costituzionale di alcune disposizioni della legge delega n. 124/2015, tra cui anche alcune previsioni dell’art. 11 dedicato alla dirigenza.

Quindi, diversamente da quanto è accaduto relativamente ad altri temi, con riguardo alla dirigenza non si successivamente pervenuti ad una riforma poiché non è stata data attuazione all’art. 11 della legge delega n. 124/2015<sup>19</sup>.

#### **4. Il ruolo della contrattazione collettiva ed i suoi rapporti con la legge**

È fondamentale altresì la configurazione<sup>20</sup> dei rapporti fra legge e contrattazione collettiva<sup>21</sup>. Essa discende da vari interventi normativi: ad esempio, dal d.lgs. 150 del 2009 risultano ridotte le aree di contrattazione<sup>22</sup>. Ora occorre verificare quanto risulta dalle più recenti riforme.

Non sono mancate critiche al recente intervento riformatore del 2017, che configurerebbe una rilegificazione della disciplina del rapporto di impiego alle dipendenze della p.a. In effetti, il rapporto tra legge e contratto collettivo è delineato dall’intervento riformatore in questione esclusivamente con riguardo alle materie che la stessa legge (art. 40 del d.lgs. n. 165 del 2001) affida alla contrattazione collettiva. Nel testo vigente del d.lgs. 165 emergerebbe la preferenza per la fonte contrattuale rispetto alla disciplina unilaterale, nelle materie precisamente e tassativamente indicate dallo stesso decreto legislativo.

L’aspetto più critico e complesso riguarda la nuova configurazione del rapporto tra le fonti di regolazione

---

<sup>19</sup> Cfr. A. BOSCATI, *La riforma mancata: il ruolo della dirigenza pubblica nei nuovi assetti*, ne *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2017, 46 ss.

<sup>20</sup> Per una recente analisi cfr. M. RICCI - F. DI NOIA, *Relazioni sindacali e contrattazione collettiva nel settore pubblico dopo la riforma madia e i rinnovi contrattuali*, ne *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2017, 1 ss.

<sup>21</sup> Si è affermato che “deve escludersi “in radice” il potere del datore di lavoro pubblico di introdurre deroghe, anche a favore dei dipendenti, all’assetto definito in sede di contrattazione collettiva. Si tratta infatti di uno dei principi cardine della riforma consistita nella “contrattualizzazione” del rapporto di lavoro pubblico, espresso in numerose disposizioni del suo “statuto” (d.lgs. 165/2001)”, secondo cui “i rapporti di lavoro sono regolati esclusivamente dai contratti collettivi e dalle leggi sul rapporto di lavoro privato”. Ed ancora che “l’atto di deroga, anche “in melius”, alle disposizioni del contratto collettivo sarebbe quindi affetto in ogni caso da nullità, sia quale atto negoziale, per violazione di norma imperativa, sia quale atto amministrativo, perché viziato da difetto assoluto di attribuzione ai sensi della l. 241 del 1990, art. 21 septies”. E ciò in quanto “l’ordinamento esclude che l’amministrazione possa intervenire con atti autoritativi nelle materie demandate alla contrattazione collettiva” oppure alla legge (cfr. Cass. Civile, sez. lav., 25 febbraio 2011, n. 4653; Cass. Civile, sez. un., 14 ottobre 2009, n. 21744). Di recente cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III quarter, 14 giugno 2019, n. 7713.

<sup>22</sup> Come osserva M. RUSCIANO, *Lo Statuto dei lavoratori e il pubblico impiego*, in *Lavoro e diritto*, 2010, fasc. 1, 118.

del rapporto di lavoro. Dall'analisi del secondo decreto delegato, che è quello con maggiore impatto sulla disciplina complessiva del lavoro pubblico, emerge la difficoltà di conciliare i limiti individuati dalla legge delega con l'impegno assunto, dal Governo nei confronti delle organizzazioni sindacali, di esercitare la potestà legislativa conferitagli dalla delega in modo conforme alle indicazioni contenute nel protocollo d'intesa che il Governo ha sottoscritto con Cgil, Cisl e Uil il 30 novembre 2016: in esso viene individuato un diverso assetto delle relazioni sindacali (definite “nuove e piene”) che amplia le sfere di competenza della contrattazione e della partecipazione sindacale, segnando quindi un'inversione di tendenza rispetto alla riforma Brunetta; nel protocollo viene affermato che, nell'esercizio della delega per la riforma del d.lgs. n. 165/2001, si sarebbe riequilibrato a favore della contrattazione il rapporto tra le fonti.

Coerentemente il d.lgs. n. 75/2017 ha riscritto la norma sulle fonti (art. 2, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001), reintroducendo il primato del contratto collettivo sulla legge, che era stato invertito dalla riforma Brunetta.

Il nuovo testo stabilisce che le “eventuali disposizioni di legge... che introducano o abbiano introdotto discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche... possono essere derogate... dai successivi contratti nazionali e per la parte derogata non sono ulteriormente applicabili”. La novella ha dunque riaffermato il principio della delegificazione organica, con una formulazione più netta di quella contenuta nel testo previgente del d.lgs. n. 165/2001. Infatti, da un canto, sancisce la retroattività della regola (secondo un orientamento già espresso in dottrina), e quindi consente alla contrattazione collettiva di derogare anche a vigenti disposizioni di legge, pur se esse contengano la clausola di inderogabilità; dall'altro, con l'eliminazione dell'inciso “salvo che la legge disponga espressamente in senso contrario”, sembra precludere al futuro legislatore sconfinamenti sulle materie di competenza contrattuale<sup>23</sup>.

Significative appaiono pure le modificazioni intervenute sull'art. 40, c. 1, del d.lgs. n. 165/2001 sull'oggetto della contrattazione collettiva: il decreto Brunetta aveva previsto che essa “determina i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro, nonché le materie relative alle relazioni sindacali”, utilizzando un avverbio – “direttamente” – dall'interpretazione non del tutto limpida; la riforma del 2017 modifica l'art. 40 prevedendo che “la contrattazione collettiva disciplina il rapporto di lavoro e le relazioni sindacali”. Inoltre il nuovo testo ha reso tassativi gli istituti in cui sono ammesse limitazioni alla competenza contrattuale da parte della legge, espungendo dall'elenco le progressioni economiche (che comunque devono avvenire

---

<sup>23</sup> A. GARILLI, *Il lavoro alle dipendenze della p.a. dopo la “riforma Madia”*, cit., 985 ss.

secondo i criteri generali indicati nell'art. 52, c. 1 bis, del d.lgs. n. 165/2001). Si amplia, di conseguenza, il campo di azione dei contratti collettivi di comparto (e a cascata di quelli integrativi), che ora include pure l'individuazione della quota delle risorse destinate a premiare la performance organizzativa e individuale e la loro ripartizione in relazione alle valutazioni attribuite al personale (nuovo art. 19 del d.lgs. n. 150/2009, modificato dal d.lgs. n. 74/2017), nonché la mobilità d'ufficio e a domanda, le cui procedure ed i cui criteri possono essere integrati dagli accordi nazionali<sup>24</sup>.

Ovviamente le ultime riforme alla disciplina del rapporto di impiego presso le p.a. sono piuttosto recenti sicché non se ne può ancora cogliere appieno la portata. Tuttavia pare evidente che nemmeno alla luce di esse è possibile dare una configurazione precisa ed esaustiva di tale rapporto. Sembra condivisibile quanto è stato scritto: “il bilancio delle riforme in materia di lavoro è un esercizio molto complesso, poco praticato e particolarmente esposto ad una molteplicità di approcci anche metodologici, tutti legittimi ma con esiti potenzialmente diversissimi”<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> *Ibidem*.

<sup>25</sup> L. ZOPPOLI, *La stagione delle riforme: pubblico e privato a confronto*, ne *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2017, 25.



# Le fonti di disciplina del rapporto e i poteri del Giudice

Valentina Cingano

Magistrato ordinario e professore a contratto, Università di Genova

SOMMARIO. 1. Introduzione. - 2. Le fonti del rapporto: fra legge e contratto collettivo. - 2.1. L'originaria centralità del CCNL. - 2.2. Il ri-potenziamento della fonte legale. - 2.3. Il nuovo ampliamento della contrattazione collettiva. - 3. Gli atti di gestione del rapporto e gli atti (ancora) amministrativi. - 3.1. Atti privatizzati e poteri del Giudice. - 3.2. Atti (ancora) amministrativi e individuazione del Giudice. - 4. I poteri del Giudice ordinario e la cd. doppia tutela. - 5. La disapplicazione dell'atto amministrativo.

## 1. Introduzione

La privatizzazione del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni si è manifestata sotto un triplice profilo: a) privatizzazione delle fonti di disciplina del rapporto di lavoro e contrattualizzazione del rapporto medesimo; b) privatizzazione degli atti di gestione del rapporto; c) devoluzione delle controversie al Giudice ordinario<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Tale privatizzazione ha interessato tutti i dipendenti delle pubbliche amministrazioni, ad eccezione delle cd. categorie non privatizzate. Ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. n. 165/2001, infatti: "1. In deroga all'art. 2, commi 2 e 3, rimangono disciplinati dai rispettivi ordinamenti: i magistrati ordinari, amministrativi e contabili, gli avvocati e procuratori dello Stato, il personale militare e delle Forze di polizia di Stato, il personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia, nonché i dipendenti degli enti che svolgono la loro attività nelle materie contemplate dall'articolo 1 del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 17 luglio 1947, n. 691, e dalle leggi 4 giugno 1985, n. 281, e successive modificazioni ed integrazioni, e 10 ottobre 1990, n. 287. 1-bis. In deroga all'articolo 2, commi 2 e 3, il rapporto di impiego del personale, anche di livello dirigenziale, del Corpo nazionale dei vigili del fuoco, esclusi il personale volontario previsto dal regolamento di cui al d.P.R. 2 novembre 2000, n. 362, e il personale volontario di leva, è disciplinato in regime di diritto pubblico secondo autonome disposizioni ordinamentali. 1-ter. In deroga all'articolo 2, commi 2 e 3, il personale della carriera dirigenziale penitenziaria è disciplinato dal rispettivo ordinamento. 2. Il rapporto di impiego dei professori e dei ricercatori universitari, a tempo indeterminato o determinato, resta disciplinato dalle disposizioni rispettivamente vigenti, in attesa della specifica disciplina che lo regoli in modo organico ed in conformità ai principi della autonomia universitaria di cui all'articolo 33 della Costituzione ed agli articoli 6 e seguenti della legge 9 maggio 1989, n. 168, s.m.i., tenuto conto dei principi di cui all'articolo 2, comma 1, della legge 23 ottobre 1992, n. 421". In dottrina, in generale sull'argomento, BATTINI S., CASSESE S. (a cura di), *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Milano, 1997; CARINCI F., *La cd. privatizzazione del pubblico impiego*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, I, 3; CASSESE S., *Il sofisma della privatizzazione nel pubblico impiego*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, I, 287 ss.; CECORA G., D'ORTA C. (a cura di), *La riforma del pubblico impiego*, Bologna, 1994; CORPACI A.L., *La fase transitoria. Il nuovo quadro normativo sul pubblico impiego*, in *Foro it.*, 1995, V, 41 ss.; CORPACI A., RUSCIANO M., ZOPPOLI L. (a cura di), *La riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *Nuove leggi civ.*, 1999; D'ANTONA M., *Lavoro pubblico e diritto del lavoro: la seconda privatizzazione del pubblico impiego nelle "leggi Bassanini"*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1998, 35 ss.; FORLENZA O.-TERRACCIANO G.-VOLPE I., *La riforma del pubblico impiego*, Milano, 1998; GALANTINO L. (a cura di), *Il rapporto*

Tutti e tre gli aspetti della privatizzazione, che sono stati introdotti, hanno subito ripetuti interventi normativi di riforma, i quali sono significativamente intervenuti sui reciproci rapporti fra l'area di intervento della legislazione statale e quella di intervento della contrattualizzazione collettiva, così incidendo anche sull'ampiezza dei poteri del Giudice adito, in quanto fornito di giurisdizione.

## **2. Le fonti del rapporto: fra legge e contratto collettivo**

Le fonti del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni sono individuate dall'art. 2 del d.lgs. n. 165/2001.

Ad oggi, attraverso la lettura delle riforme che hanno riguardato l'art. 2 citato, è possibile indicare tre fasi evolutive nei reciproci rapporti fra gli ambiti di intervento del legislatore e quelli della contrattazione collettiva.

Le modifiche legislative che hanno interessato il suddetto art. 2 (e, per quanto connesso, il successivo art. 40 del medesimo decreto legislativo) hanno statuito che anche il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pp.aa. è regolato dalle medesime disposizioni legislative che si applicano al rapporto di lavoro privato (salve le norme speciali contenute nel d.lgs. n. 165/2001)<sup>2</sup>.

Tuttavia, l'art. 2, comma secondo, nella versione originaria riconosceva un ruolo centrale alla contrattazione collettiva nella disciplina del rapporto (prima fase); mentre successivamente è stato introdotto un ri-potenziamento della fonte legale speciale (seconda fase) ed oggi si manifesta un nuovo ampliamento della sfera di intervento della contrattazione collettiva.

---

*di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni. Profili di diritto del lavoro*, Padova, 1994; GHEZZI G., *Il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni e la ridefinizione delle fonti*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1996, 265; RESCIGNO G.U., *Rapporto di diritto privato speciale o rapporto di diritto pubblico speciale*, in *Lav. e dir.*, 1993, 553.

<sup>2</sup> In dottrina, sulla versione originaria, D'ANTONA M., *Le fonti privatistiche. L'autonomia contrattuale delle pubbliche amministrazioni in materia di rapporti di lavoro*, in *Foro it.*, 1995, V, 29 ss.; D'ANTONA M., *Contratto collettivo, sindacati e processo del lavoro dopo la "seconda privatizzazione" del pubblico impiego (osservazioni ai d.lgs. n. 396 del 1997, n. 80 del 1998 e 387 del 1998)*, in *Foro it.*, 1999, I, 621; DE MARCHIS C., *Il contratto collettivo nel nuovo processo del lavoro pubblico (equilibri contrattuali e intervento del giudice)*, in *Riv. giur. lav.*, 1999, 1, 3; GAROFALO M.G., BARBIERI M., *Contrattazione collettiva e lavoro pubblico: un modello per tutti?*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1998, 401; RUSCIANO M., ZOPPOLI L. (a cura di), *Lo "spazio negoziale" nella disciplina del lavoro pubblico*, Bologna, 1995; RUSCIANO M., *La riforma del lavoro pubblico: fonti della trasformazione e trasformazione delle fonti*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1996, 245; RUSCIANO M., *Contratto, contrattazione e relazioni sindacali nel "nuovo" pubblico impiego*, in *Arg. dir. lav.*, 1997, 5, 97; RUSCIANO M., *Problemi sulla contrattualizzazione del lavoro pubblico*, in *Dir. lav.*, 1998, I, 213; TURSÌ A., *Autonomia contrattuale e contratto collettivo di lavoro*, Torino, 1996; VALLEBONA A., *Alchimie del legislatore e occhiali del giurista nella riforma della contrattazione collettiva con le pubbliche amministrazioni*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, 51; ZOPPOLI L., *Contrattazione e delegificazione nel pubblico impiego. Dalla legge quadro alle politiche di "privatizzazione"*, Napoli, 1990.

Le tre fasi appena individuate emergono dalle riforme che hanno interessato il secondo comma dell'art. 2 del d.lgs. n. 165/2001 fra il 2009 ed il 2017.

### **2.1. L'originaria centralità del CCNL**

La versione originaria dell'art. 2, comma secondo, del d.lgs. n. 165/2001 stabiliva che *“i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto. Eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata, non sono ulteriormente applicabili, salvo che la legge disponga espressamente in senso contrario”*<sup>3</sup>.

Aggiungeva l'incipit del terzo comma che *“i rapporti individuali di lavoro di cui al comma 2 sono regolati contrattualmente”*.

L'originaria centralità del contrattazione collettiva emergeva anche dall'art. 40 del d.lgs. n. 165/2001<sup>4</sup>. Significativamente, infatti, il primo comma di tale articolo statuiva che *“la contrattazione collettiva si svolge su tutte le materie relative al rapporto di lavoro ed alle relazioni sindacali”*.

In questa prima fase di regolazione delle fonti del rapporto, pertanto, l'aspetto centrale considerato dal legislatore interessa la privatizzazione delle fonti del rapporto di lavoro pubblico, da identificarsi con le medesime fonti disciplinanti il rapporto di lavoro privato.

Tuttavia, già in questa prima fase, il legislatore aveva posto l'accento sulla residua specialità del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni e, di conseguenza, sulla necessità di individuare in unico corpo normativo (e, quindi, proprio attraverso il d.lgs. n. 165/2001) l'insieme delle disposizioni speciali proprie del rapporto di lavoro pubblico.

---

<sup>3</sup> L'originaria versione dell'art. 2 del d.lgs. n. 165/2001 riproduceva il contenuto dell'art. 2, commi da 1 a 3, del previgente d.lgs. n. 29/1993, come sostituiti prima dall'art. 2 del d.lgs. n. 546/1993 e poi dall'art. 2 del d.lgs. n. 80/1998.

<sup>4</sup> L'originario art. 40 in esame, rubricato *“Contratti collettivi nazionali e integrativi”*, riproduceva il contenuto dell'art. 45 del d.lgs. n. 29 del 1993, come sostituito prima dall'art. 15 del d.lgs. n. 470 del 1993 e poi dall'art. 1 del d.lgs. n. 396 del 1997 e successivamente modificato dall'art. 43, comma 1 del d.lgs n. 80 del 1998.

Tale specialità dipende (ed è giustificata) dal fatto che, pur a fronte della privatizzazione delle fonti del rapporto, rimane pubblico il soggetto datore di lavoro. E tale pubblicità soggettiva, se pure non incide più totalmente sull'individuazione oggettiva delle fonti del rapporto, fa residuare una specialità funzionale del rapporto medesimo (ad esempio, e per quanto meglio si constaterà *infra*, con riferimento alla natura degli atti adottati dal datore di lavoro medesimo, che in parte rimangono provvedimenti di natura amministrativa e, in parte, vengono anch'essi privatizzati)<sup>5</sup>.

## **2.2. Il ri-potenziamento della fonte legale**

Una parziale, ma significativa, inversione di tendenza nell'equiparazione fra le fonti di disciplina del rapporto pubblico privatizzato e di quelle del rapporto privato si è verificata a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 150/2009.

Il legislatore delegato del 2009 ha, infatti, mantenuto l'affermazione per cui i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, facendo salve le disposizioni contenute nel d.lgs. n. 165/2001.

Tuttavia, al secondo comma dell'art. 2 è stato “chirurgicamente” aggiunto che quelle contenute nel d.lgs. n. 165/2001 “*costituiscono disposizioni a carattere imperativo*”<sup>6</sup>.

Il d.lgs. n. 150/2009 ha così introdotto una presunzione di inderogabilità del contenuto del d.lgs. n. 165/2001, potenziando la fonte legale (speciale) rispetto a quella contrattuale e, di conseguenza, nuovamente accentuando la specialità del rapporto di lavoro privatizzato rispetto a quello privato.

Tale ri-legificazione si è tradotta anche in una modifica del successivo art. 40 del d.lgs. n. 165/2001, con riguardo alla selezione delle materie che possono essere disciplinate dalla contrattazione collettiva e di quelle che ne sono invece escluse.

Il primo comma dell'art. 40 (come modificato dal d.lgs. n. 150/2009) indica l'ambito di intervento della contrattazione, stabilendo che “*la contrattazione collettiva determina i diritti e gli obblighi direttamente pertinenti al rapporto di lavoro, nonché le materie relative alle relazioni sindacali*”.

---

<sup>5</sup> In argomento, cfr. il successivo par. 3.

<sup>6</sup> Il secondo comma dell'art. 2 del d.lgs. n. 165/2001 è stato modificato dall'art. 1, comma 1, l. 4 marzo 2009, n. 15. Successivamente, il comma è stato così modificato dall'art. 33, comma 1, lett. a), d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150.

Il primo comma individua anche le materie escluse dalla contrattazione, stabilendo che *“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”*.

Il medesimo primo comma precisa infine 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.

A fronte della previgente affermazione generale che riconosceva l’estensione dell’ambito di intervento del CCNL (*“la contrattazione collettiva si svolge su tutte le materie relative al rapporto di lavoro ed alle relazioni sindacali”*), il legislatore del 2009 ha così distinto fra materie che possono essere disciplinate dal CCNL; materie escluse dalla contrattazione e materie nelle quali la contrattazione può intervenire nei soli limiti previsti dalla legge.

### **2.3. Il nuovo ampliamento della contrattazione collettiva**

Il d.lgs. n. 75/2017 ha nuovamente inciso sui rapporti fra legge e contrattazione collettiva, ri-ampliando la sfera di intervento della seconda.

La modifica che interessa il secondo comma dell’art. 2 è, ancora una volta, chirurgica.

L’art. 1, comma 1, lett. da a) a d), d.lgs. n. 75/2017, ha infatti stabilito che *“all’articolo 2, comma 2, secondo periodo, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, sono apportate le seguenti modificazioni: a) dopo la parola «introducano» sono inserite le seguenti: «o che abbiano introdotto»; b) dopo le parole «essere derogate» sono inserite le seguenti: «nelle materie affidate alla contrattazione collettiva ai sensi dell’articolo 40, comma 1, e nel rispetto dei principi stabiliti dal presente decreto,»; c) dopo le parole «accordi collettivi» è inserita la seguente «nazionali»; d) le parole «, solo qualora ciò sia espressamente previsto dalla legge» sono soppresse”*.

Il risultato, per quanto qui interessa, è che rimane invariata l’affermazione iniziale del secondo comma dell’art. 2 del d.lgs. n. 165/2001: i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dal codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell’impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel d.lgs. n. 165/2001, che possiedono carattere imperativo.

Quanto ai rapporti fra legge speciale (ovverosia, specificamente riferita alla disciplina del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pp.aa.) e contrattazione collettiva, il secondo periodo del capoverso dell'art. 2 in esame stabilisce che la legge può essere derogata soltanto nelle materie affidate alla contrattazione dall'art. 40, e soltanto nei limiti stabiliti dal d.lgs. n. 165/2001.

L'attuale formulazione del secondo periodo del capoverso dell'art. 2 assume infatti (a legislazione vigente) il seguente tenore: *“eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano o che abbiano introdotto discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate nelle materie affidate alla contrattazione collettiva ai sensi dell'articolo 40, comma 1, e nel rispetto dei principi stabiliti dal presente decreto, da successivi contratti o accordi collettivi nazionali e, per la parte derogata, non sono ulteriormente applicabili”*.

Correlativamente, risulta modificato anche il successivo art. 40 del d.lgs. n. 165/2001, il cui periodo iniziale torna ad assumere una formulazione analoga a quella originaria: *“la contrattazione collettiva disciplina il rapporto di lavoro e le relazioni sindacali e si svolge con le modalità previste dal presente decreto”*.

Il primo comma dell'art. 40 prosegue individuando le materie con riferimento alle quali la contrattazione collettiva è consentita nei limiti previsti dalla legge: si tratta delle materie relative alle sanzioni disciplinari, alla valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, alla mobilità.

Infine, il primo comma dell'art. 40 mantiene 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”*.

Ad una prima lettura, la formulazione vigente del combinato disposto del secondo comma dell'art. 2 e del primo comma dell'art. 40 del d.lgs. n. 165/2001 consente di svolgere due considerazioni (e due corollari ad esse).

Rispetto alle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 150/2009, persiste il riconoscimento dell'inderogabilità delle norme speciali contenute nel d.lgs. n. 165/2001: tali norme costituiscono infatti disposizioni a carattere imperativo.

Resta in atto altresì la parziale ri-legificazione della disciplina del rapporto di lavoro, considerato che la contrattazione collettiva non può avere ad oggetto tutte le materie inerenti al

rapporto medesimo, ma solo quelle di cui all'art. 40 del d.lgs. n. 165/2001, e nei limiti da questo previsti.

Pertanto, necessariamente opera un meccanismo di prevalenza delle disposizioni legislative speciali (di cui al d.lgs. n. 165/2001) rispetto alle (eventualmente) contrastanti disposizioni di cui al codice civile e di cui alle leggi generali sul rapporto privato. Nel rapporto fra fonti legislative equiordinate, infatti, *lex specialis derogat legi generali*.

Quanto ai rapporti fra legge speciale e contrattazione collettiva, opera invece un meccanismo di sostituzione automatica delle clausole contrattuali eventualmente contrastanti con le disposizioni imperative.

Nei casi di violazione dei vincoli e dei limiti di competenza imposti dalle norme di legge, infatti, le clausole contrattuali sono nulle, non possono essere applicate e sono sostituite ai sensi degli artt. 1339 e 1419, comma 2 c.c.

### **3. Gli atti di gestione del rapporto e gli atti (ancora) amministrativi**

Per quanto concerne le fonti del rapporto, la privatizzazione non si è tradotta in una piena equiparazione del lavoro alle dipendenze delle pp.aa. con quello privato (residuando sia l'applicazione di un corpo speciale di norme inderogabili sia una significativa perimetrazione dell'ambito di intervento della contrattazione collettiva).

Similmente, la natura soggettivamente pubblica del datore di lavoro incide anche sulla natura degli atti da quest'ultimo adottati.

Se prima della privatizzazione tutti gli atti posti in essere dal datore di lavoro erano amministrativi, oggi il combinato disposto degli artt. 2 e 5 del d.lgs. n. 165/2001 delinea una bipartizione fra atti che restano in regime di diritto pubblico e atti, invece, privatizzati.

In particolare, ai sensi del primo comma dell'art. 2 citato gli atti di macro-organizzazione degli uffici rimangono in regime di diritto pubblico: *“le amministrazioni pubbliche definiscono, secondo principi generali fissati da disposizioni di legge e, sulla base dei medesimi, mediante atti organizzativi secondo i rispettivi ordinamenti, le linee fondamentali di organizzazione degli uffici; individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; determinano le dotazioni organiche complessive”*.

Per contro, gli atti di gestione del rapporto di lavoro e quelli di micro-organizzazione sono privatizzati: *“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, nel rispetto del principio di pari opportunità, e in particolare la direzione e*

*l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, fatte salve la sola informazione ai sindacati ovvero le ulteriori forme di partecipazione, ove previsti nei contratti di cui all'articolo 9"* (art. 5, comma secondo del d.lgs. n. 165/2001).

### **3.1. Atti privatizzati e poteri del Giudice**

Per ciò che interessa la presente indagine, la distinzione fra atti amministrativi e atti privatistici adottati dal datore di lavoro pubblico è rilevante per individuare i poteri del Giudice.

Per quanto concerne gli atti privatistici adottati dalle pp.aa. (in quanto atti di gestione del rapporto), i poteri esercitabili dal Giudice sono quelli ordinariamente esercitabili nei confronti di ogni atto di gestione del rapporto adottato anche dal datore di lavoro privato.

In proposito, vale la regola generale per cui il Giudice ordinario (in funzione di giudice del lavoro) conosce del rapporto, non essendo il suo sindacato limitato alla verifica della legittimità dell'atto di gestione del rapporto adottato dal datore di lavoro.

In attuazione di tale regola, l'art. 63, comma secondo, del d.lgs. n. 165/2001 stabilisce che il Giudice adotta, nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati. Le sentenze con le quali riconosce il diritto all'assunzione, ovvero accerta che l'assunzione è avvenuta in violazione di norme sostanziali o procedurali, hanno anche effetto rispettivamente costitutivo o estintivo del rapporto di lavoro.

Due regole speciali sono invece dettate con riferimento agli adottati dalla pubblica amministrazione-datore di lavoro.

a) Il Giudice, mediante la sentenza con la quale annulla o dichiara nullo il licenziamento, condanna l'amministrazione alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria<sup>7</sup>.

La disposizione, introdotta dall'*art. 21, comma 1, lett. a), d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75*, mira a superare i problemi sorti con riferimento all'individuazione della disciplina applicabile

---

<sup>7</sup> L'indennità risarcitoria è commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, corrispondente al periodo compreso fra il giorno del licenziamento e quello dell'effettiva reintegrazione, e comunque in misura non superiore alle ventiquattro mensilità, dedotto quanto il lavoratore abbia percepito per lo svolgimento di altre attività lavorative (cd. *aliunde perceptum*). Il datore di lavoro è condannato, altresì, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali.

alla risoluzione del rapporto di lavoro privatizzato, emersi a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 1, della legge n. 92/2012<sup>8</sup>.

b) Nel caso di annullamento della sanzione disciplinare per difetto di proporzionalità, il Giudice può rideterminare la sanzione, applicando le disposizioni normative e contrattuali vigenti, tenendo conto della gravità del comportamento e dello specifico interesse pubblico violato.

La disposizione introduce una rilevante novità, considerato che, invece, nell'ambito del rapporto di lavoro privato il Giudice non potrebbe ridurre la sanzione (almeno secondo l'orientamento interpretativo ad oggi prevalente).

In materia, infatti, la Corte di cassazione ha affermato che il potere di infliggere sanzioni disciplinari proporzionate alla gravità dell'illecito accertato non può essere esercitato dal Giudice, neppure per ridurre la gravità della sanzione<sup>9</sup>. Il graduare la sanzione in rapporto alla gravità dell'illecito disciplinare esprime una discrezionalità che rientra nel più ampio potere organizzativo quale aspetto del diritto di iniziativa economica privata che l'art. 41 Cost. , comma 1, riconosce all'imprenditore. I criteri di scelta adottati nell'esercizio del potere disciplinare non sono ritenuti sindacabili nel merito dal Giudice, che deve limitarsi a verificare - oltre all'esistenza in punto di fatto dell'addebito - il rispetto delle disposizioni legislative e contrattuali in materia e, in particolare, del principio inderogabile di cui all'art. 2106 c.c., secondo cui le sanzioni disciplinari devono essere proporzionate alla gravità dell'infrazione. La loro violazione comporterebbe così (nel lavoro privato) l'illegittimità della sanzione disciplinare, senza che al Giudice sia dato il potere di sostituirsi all'imprenditore nell'applicare altra meno grave sanzione ritenuta proporzionata all'infrazione accertata, fatto salvo il caso in

---

<sup>8</sup> In argomento, senza per questo invadere gli ambiti delle altre Relazioni, si richiamano i contrastanti principi in diritto da Cass. civ. Sez. lavoro, 26 novembre 2015, n. 24157 (favorevole all'applicazione della cd. riforma Fornero anche ai dipendenti pubblici) e da Cass. civ. Sez. lavoro, 9 giugno 2016, n. 11868 (che ha ritenuto invece applicabile il previgente art. 19 dello Statuto dei lavoratori, concludendo per la coesistenza di due distinti testi normativi: l'uno, modificato dalla legge di riforma, applicabile al solo settore privato; l'altro, nella sua versione antecedente alle modifiche, tutt'ora vigente limitatamente all'ambito del pubblico impiego privatizzato). In dottrina, GENTILE M., *Il licenziamento illegittimo e la tutela reale nel lavoro pubblico*, in *Azienditalia - Il Personale*, 2017, 7, 407; MARTONE M., *La riforma della riforma. Il licenziamento illegittimo e la reintegrazione del pubblico dipendente tra contrasti dottrinali, incertezze giurisprudenziali e modifiche legislative*, in *Argomenti Dir. Lav.*, 2017, 2, 366; VICECONTE M., *Rapporto di lavoro p.a. - licenziamento - la reintegrazione con riguardo agli impiegati pubblici cd. contrattualizzati*, in *Giur. It.*, 2017, 1, 136; CARINCI F., *I recenti orientamenti della Corte di cassazione in materia di licenziamenti ex art. 18 Stat. Lav.*, "versione Fornero", in *Lavoro nella giur.*, 2017, 8-9, 741; MIMMO G., *Applicabilità dell'art. 18, come modificato dalla legge n. 92/2012 ai licenziamenti intimati dalla P.A.*, *Giurisprudenza commentata dell'8 luglio 2016*, in *ilGiuslavorista*.

<sup>9</sup> Cass. civ. Sez. lavoro, 29 ottobre 2015, n. 22150, che dà continuità all'orientamento giurisprudenziale espresso da Cass. n. 15932/2004 e si pone in consapevole contrasto con l'opposto orientamento di Cass. n. 8910/2007 (che ha invece affermato che il Giudice può applicare una meno grave sanzione ove sia lo stesso datore di lavoro a chiederglielo nell'ipotesi in cui quella originariamente irrogata sia ritenuta eccessiva).

cui l'imprenditore abbia superato il massimo edittale e la riduzione consista, perciò, soltanto nel ricondurre la sanzione entro tale limite.

Nel rapporto di lavoro alle dipendenze delle pp.aa., invece, il nuovo comma 2 *bis* dell'art. 63 del d.lgs. n. 165/2001 consente ora al Giudice, che annulli la sanzione disciplinare per difetto di proporzionalità, di rideterminarla, tenendo conto della gravità del comportamento e dello specifico interesse pubblico violato.

Ciò posto quanto ai poteri del Giudice verso gli atti privatistici di gestione del rapporto, le principali peculiarità dei poteri del Giudice, con riguardo agli adottati dalla pubblica amministrazione quale datore di lavoro, concerne i soli atti (ancora) amministrativi. In proposito, la norma di riferimento è l'art. 63 del d.lgs. n. 165/2001 (che ribadisce i principi già dettati in generale dagli artt. 4 e 5 della legge n. 2248/1865, All. E).

### **3.2. Atti (ancora) amministrativi e individuazione del Giudice**

Preliminarmente (*rectius*, pregiudizialmente) all'individuazione dei poteri del Giudice nei confronti degli atti amministrativi adottati dalle pubbliche amministrazioni quali datrici di lavoro, è necessario reperire i criteri di riparto della giurisdizione.

Poiché si tratta di atti amministrativi adottati da una pubblica amministrazione, seppure nell'ambito di un rapporto di lavoro privatizzato, è necessario verificare se le inerenti controversie debbano essere conosciute dal Giudice ordinario ovvero da quello amministrativo.

La norma speciale regolatrice della giurisdizione è l'art. 63 del d.lgs. n. 165/2001: sono devolute al Giudice ordinario, in funzione di Giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, ad eccezione di quelle relative ai rapporti di lavoro non privatizzati (che sono conosciute dal Giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva) e di quelle in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni (che sono conosciute dal Giudice amministrativo in sede di giurisdizione di legittimità).

Sono devolute alla giurisdizione ordinaria anche le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale, nonché quelle concernenti le indennità di fine rapporto, comunque denominate e corrisposte<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Specificamente sull'argomento, in dottrina, SORDI P., *I confini della giurisdizione ordinaria nelle controversie di pubblico impiego*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, 1, 169.

Al Giudice ordinario spetta, quindi, la cognizione delle controversie inerenti al rapporto di impiego privatizzato, comprese quelle concernenti l'instaurazione del rapporto, in considerazione della natura negoziale degli atti di gestione.

La devoluzione di tali controversie al Giudice ordinario è conseguenza della privatizzazione del rapporto di lavoro.

L'ambito della giurisdizione amministrativa (di legittimità) residua invece per le controversie inerenti alle procedure concorsuali per l'assunzione presso la p.a.

Nel primo caso, il Giudice ordinario conosce dei diritti soggettivi. Nel secondo, il Giudice amministrativo garantisce tutela agli interessi legittimi.

L'art. 63 del d.lgs. n. 165/2001 costituisce, come emerge, applicazione della regola generale che presiede al riparto di giurisdizione, codificata nell'art. 103 della Costituzione. Criterio discretivo della giurisdizione del Giudice ordinario rispetto a quella del Giudice amministrativo, ormai accolto dalla giurisprudenza di legittimità, è quello del *petitum* sostanziale, a termini del quale il riparto va operato in rapporto alla posizione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio (*causa petendi*), posizione individuata dal Giudice con riguardo ai fatti allegati ed al rapporto giuridico del quale detti fatti costituiscono manifestazione; mentre il *petitum* viene in considerazione solo al fine di determinare i poteri che, nella sfera della propria rispettiva competenza, siano attribuiti al Giudice ordinario e al Giudice amministrativo<sup>11</sup>. Si fa così riferimento alla natura della situazione soggettiva controversa, per verificare se il privato, ricorrendo le condizioni previste dalla legge, vanta un vero e proprio diritto soggettivo oppure sia titolare di un interesse legittimo (il che, comunque, non è dirimente nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo)<sup>12</sup>.

#### **4. I poteri del Giudice ordinario e la cd. doppia tutela**

Chiariti i criteri utili per il riparto di giurisdizione, si può verificare quali siano le peculiarità dei poteri che spettano al Giudice ordinario nel sindacare un atto (ancora) amministrativo adottato dall'amministrazione nell'ambito di un rapporto di lavoro privatizzato.

È implicito, nella misura in cui si ponga attenzione alla verifica di tali poteri, che la mera avvenuta adozione di un atto amministrativo non implica automaticamente la devoluzione della controversia alla giurisdizione amministrativa. L'art. 63 precisa, infatti, che la cognizione è del

---

<sup>11</sup> L'orientamento è consolidato. Cfr. ad esempio Cass., sez. un., 11 ottobre 2011, n. 20902; id., 15 marzo 2012, n. 4127; id., 21 maggio 2014, n. 11229; id., 23 dicembre 2016, n. 26900.

<sup>12</sup> *Ex pluribus*, fra le più recenti, si segnala per la chiarezza Cass., sez. un., ord., 19 aprile 2017, n. 9862.

giudice ordinario “*ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti*”. Come visto, la giurisdizione non è determinata dalla natura dell’atto, bensì dalla natura della situazione giuridica soggettiva azionata in giudizio: anche qualora l’amministrazione abbia adottato un atto amministrativo di macro-organizzazione, la giurisdizione sarà comunque quella del Giudice ordinario, qualora -in concreto- si chieda la tutela di un diritto soggettivo.

Ulteriore corollario di tale impostazione è che si potranno verificare ipotesi di doppio giudizio (dinnanzi al Giudice ordinario e dinnanzi al Giudice amministrativo), tutte le volte in cui la doppia tutela sia necessaria ed azionata per un diritto soggettivo (da una parte) e per un interesse legittimo (dinnanzi all’altro plesso giurisdizionale)<sup>13</sup>.

In questi casi, l’impugnazione davanti al giudice amministrativo dell’atto amministrativo rilevante nella controversia non è causa di sospensione del processo (in questo senso, l’art. 63 del d.lgs. n. 165/2001).

È però necessario precisare che, qualora la posizione giuridica soggettiva lesa sia soltanto una (o interesse legittimo o diritto soggettivo), al privato-dipendente non è dato scegliere se rivolgersi al Giudice ordinario ovvero a quello amministrativo, atteso che, in tutti i casi nei quali vengano in considerazione atti amministrativi presupposti, ove si agisca a tutela delle posizioni di diritto soggettivo in materia di lavoro pubblico, è consentita esclusivamente l’instaurazione del giudizio davanti al Giudice ordinario. La giurisdizione del Giudice amministrativo si radica con riferimento agli interessi legittimi, e quindi (ad esempio) con riferimento agli atti della procedura concorsuale in sé considerata, procedura che termina con la fase di approvazione della graduatoria che costituisce il discrimine tra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria, oppure ancora nei casi in cui gli atti organizzativi non incidano direttamente su atti di gestione del rapporto di lavoro, perché hanno sui singoli rapporti solo efficacia indiretta o riflessa<sup>14</sup>.

L’applicazione del criterio del c.d. *petitum* sostanziale produce anche la conseguenza di attrarre nella competenza del Giudice ordinario tutte le domande che, pur avendo formalmente ad oggetto l’impugnazione di atti amministrativi ai fini dell’annullamento, nella sostanza sono dirette a conseguire utilità inerenti ai rapporti di lavoro, anche solo con riguardo all’acquisizione

---

<sup>13</sup> Cass. civ., Sez. lav., 5 marzo 2003, n. 3252: allo stesso dipendente, il quale domanda la tutela dei diritti soggettivi mediante disapplicazione dell’atto amministrativo presupposto, che sia rilevante per la decisione, è attribuita anche la facoltà di impugnare lo stesso atto in sede di giurisdizione amministrativa per ottenerne l’annullamento. L’istituto della disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi, infatti, comporta inevitabilmente l’ammissibilità di una doppia tutela, ancorché, sul piano strettamente tecnico, a ciascuna di essa corrisponde una situazione protetta nettamente differenziata.

<sup>14</sup> Cons. Stato, sez. III, 24 aprile 2012, n. 2406 ; Cass. civ., sez. un., 16 febbraio 2009 , n. 3677; id., 16 settembre 2010 n.19552.

di una *chance* o alla modifica di prerogative riguardanti lo *status* del lavoratore, ovvero al conferimento o alla revoca di incarichi dirigenziali<sup>15</sup>.

Infatti, quando l'impugnazione degli atti di macro-organizzazione presupposti è fatta al solo fine di sottrarre fondamento ai successivi atti di gestione del rapporto di lavoro ritenuti lesivi, deve ritenersi che il *petitum* sostanziale (su cui fonda la giurisdizione) non attenga alla legittimità in via immediata e diretta del provvedimento di macro-organizzazione, ma alla concreta gestione del rapporto di lavoro. In tali casi, la giurisdizione è ordinaria<sup>16</sup>.

Tanto precisato, la tutela da parte del Giudice amministrativo, con riferimento agli interessi legittimi lesi da atti amministrativi, è assicurata (specificamente) per mezzo dell'annullamento dell'atto amministrativo stesso. Invece, il Giudice ordinario non può annullare l'atto amministrativo presupposto che rilevi nella controversia instaurata a tutela di diritti soggettivi.

### **5. La disapplicazione dell'atto amministrativo**

Fra i poteri del Giudice ordinario nelle controversie di lavoro pubblico, vi è quello di disapplicare gli atti amministrativi illegittimi.

L'art. 63, comma 1, ultima parte, del d.lgs. n. 165/2001 ha chiarito espressamente che la controversia rimane relativa al rapporto di lavoro e sussiste la giurisdizione ordinaria, sebbene vengano in questione atti amministrativi presupposti, aggiungendo che, se tali atti “*sono rilevanti ai fini della decisione, il Giudice li disapplica, se illegittimi*”.

La formulazione della norma in questi termini costituisce un richiamo, con specifico riferimento alle controversie di lavoro, dell'istituto processuale disciplinato in via generale dall'art. 5 L. n. 2248 del 1865, All. E<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Cass., sez. un., 8 novembre 2005, n. 21592.

<sup>16</sup> Cons. Stato, sez. III, 11 ottobre 2017, n. 4719 .

<sup>17</sup> Per alcuni spunti dottrinali monografici al potere di disapplicazione in generale, BUONAURO C., *La disapplicazione degli atti amministrativi tra prassi e dottrina*, Napoli, 2004; CANNADA-BARTOLI E., *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950; CARLES F., *Commento all'art. 4, l. n. 2248/1965, all. E*, in *Codice ipertestuale della giustizia amministrativa*, a cura di Battini S.-Mattarella B.G.-Sandulli A.-Vesperini G., Torino, 2007, 189-208; CASSARINO S., *Problemi della disapplicazione degli atti amministrativi nel giudizio civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1985, 864; CINTIOLI F., *Giurisdizione amministrativa e disapplicazione dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2003, 43; CINTIOLI F., *Commento all'art. 5, l. n. 2248/1865, all. E*, in *Codice della giustizia amministrativa*, a cura di Morbidelli G., Milano, 2008, 1156-1196; CINTIOLI F., *Disapplicazione (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.-Annali*, Milano, 2010, vol. III, 269; GIACCHETTI S., *Disapplicazione? No, grazie*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 716; MATTASOGLIO F., *Commento all'art. 5, l. n. 2248/1965, all. E*, in *Codice ipertestuale della giustizia amministrativa*, a cura di Battini S.-Mattarella B.G.-Sandulli A.-Vesperini G., Torino, 2007, 208-227; ROMANO A., *La disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice civile*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 22; TASSONE S., *I poteri del giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Il nuovo processo amministrativo*, a cura di Caranta R., Bologna, 2011, 73-112; VERRIENTI L., *Commento agli artt.*

È evidente, infatti, il riferimento a quei casi in cui la decisione sul rapporto giuridico dedotto in causa non è possibile senza conoscere, in via indiretta, ossia meramente incidentale, di un provvedimento amministrativo che costituisce il presupposto di una determinata conformazione del rapporto stesso, provvedimento che il Giudice ordinario non può annullare, ma può solo considerare “*tamquam non esset*”, ove ne riscontri la non conformità a legge, ai soli fini della decisione della controversia e con effetti limitati al processo.

Nessuna deroga, quindi, al fondamentale principio secondo cui il potere di disapplicare gli amministrativi illegittimi presuppone già risolta la questione dell'appartenenza della controversia alle attribuzioni giurisdizionali del Giudice adito, concernendo perciò il merito e non la giurisdizione<sup>18</sup>.

In applicazione del principio di separazione dei poteri e di non ingerenza del potere giurisdizionale nelle attività e nelle valutazioni riservate alla pubblica amministrazione, pertanto, il Giudice ordinario deve limitarsi a dichiarare illegittimo l'atto amministrativo, senza poterlo annullare, revocare o modificare; il sindacato del Giudice è circoscritto al caso deciso e non ha efficacia *erga omnes*, in quanto oggetto del sindacato è la lesione di un diritto, non la legittimità dell'atto amministrativo. Essendo oggetto del giudizio la lesione di un diritto, il Giudice ordinario non può annullare l'atto amministrativo; per la stessa ragione il Giudice ordinario non può sindacare il merito dell'atto amministrativo e, dunque, non può revocarlo o modificarlo. Peraltro, dal giudicato discende un vincolo conformativo per la p.a., che è tenuta ad annullare, revocare, modificare l'atto amministrativo, se necessario per soddisfare la pretesa dedotta in giudizio; in caso di inottemperanza, soccorre il rimedio del giudizio di ottemperanza davanti al giudice amministrativo, per ottenere l'esecuzione della sentenza del Giudice ordinario.

Individuata la specificità del potere del Giudice ordinario sull'atto amministrativo adottato nell'ambito di un rapporto di lavoro privatizzato (una volta delimitato l'ambito della sua giurisdizione), si impone una riflessione conclusiva.

Il potere di disapplicazione è riconosciuto dalla legge al Giudice proprio in quanto l'atto amministrativo diviene oggetto di cognizione come mera pregiudiziale logico-giuridica e non come diretta fonte della lesione azionata in causa. Diversamente, infatti, qualora l'atto amministrativo fosse l'oggetto principale del giudizio, la giurisdizione spetterebbe non al

---

2, 4, 5, l. n. 2248/1865, all. E, in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, a cura di Romano A., Padova, 2001, 8-105; VIRGA P., *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, IV ed., Milano, 2003.

<sup>18</sup> Cass., sez. un., 19 novembre 1999, n. 798; id., 18 giugno 1994, n. 585; id., 21 dicembre 1990, n. 12133.

Giudice ordinario, bensì al Giudice amministrativo, vertendo la controversia su interessi legittimi.

Invece, proprio perché la giurisdizione ordinaria ha ad oggetto diritti soggettivi e ad essi è limitata, il Giudice ordinario conosce solo incidentalmente dell'atto amministrativo. Mentre l'oggetto in via principale della sua cognizione è costituito dal rapporto (di lavoro).

Il giudizio ordinario è e rimane un giudizio sul rapporto di lavoro, anche quando assumano rilievo (incidentale) atti amministrativi.

Ne segue che il rinvio contenuto nell'art. 63, secondo comma, del d.lgs. n. 165/2001, al fatto che *“il Giudice adotta, nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati”* può e deve essere riferito anche ai casi in cui vengano in rilievo (non soltanto atti privatistici di gestione del rapporto, ma anche) atti amministrativi di macro-organizzazione.

L'art. 63 citato può anche essere così letto come norma che riconosce una giurisdizione piena del Giudice ordinario nei confronti della pubblica amministrazione.

# La risoluzione del rapporto

*Matilde Pugliaro*

Avvocato dello Stato, Avvocatura Distrettuale dello Stato di Genova

Sommario: 1. La risoluzione del rapporto di lavoro nel pubblico impiego; - 2. Licenziamento per giusta causa e giustificato motivo soggettivo; - 3. Licenziamento disciplinare; - 5. L'art.1 co 61 legge 662/1996: ipotesi legislativa di giusta causa?; - 6. Il licenziamento disciplinare è assoggettato alle regole del procedimento disciplinare; - 7. Rapporti procedimento disciplinare e procedimento penale; - 8. Licenziamento per giustificato motivo oggettivo; - 9. Superamento periodo di comporta per malattia e infortunio art. 2110 c.c.; - 10. Il contenzioso giurisdizionale.

## **1. La risoluzione del rapporto di lavoro nel pubblico impiego**

Il Testo unico sul pubblico impiego, D.Lgs. 165/01, non prevede una regolamentazione organica e specifica, una norma generale, in tema di risoluzione del rapporto di lavoro.

Occorre quindi fare riferimento da un lato alla normativa privatistica generale e in secondo luogo alle disposizioni speciali del d.lgs.165/01 o di altre norme di legge o dei CCNL, che - di fatto - sono ipotesi tipizzate di giusta causa o giustificato motivo<sup>19</sup>.

La normativa privatistica prevede le seguenti cause di risoluzione:

---

19

- art. 33 co. 2 e 8, D.Lgs. 165/01 – risoluzione *ope legis* al termine del periodo di collocamento in disponibilità, 24 mesi
- art. 55-octies D.Lgs. 165/01 - risoluzione rapporto per accertata permanente inidoneità psicofisica al servizio - dpr 171/2011 disciplina la materia
- art. 5 co.1, L. 97/2001 - aggiunge art.32 quinquies c.p. (condanna reclusione non “ 3 anni per un delitto contro le p.a. specificamente elencato comporta pena accessoria l'estinzione del rapporto di impiego o di lavoro → estinzione automatica del rapporto di impiego o servizio); il comma 4 dell'art. 5 prevede che in caso di condanna “3 anni” e di sospensione condizionale della pena, si possa estinguere il rapporto, ma solo a seguito di procedimento disciplinare): ipotesi complementari
- Art. 29 c.p. interdizione dai pubblici uffici perpetua o per 5 anni (art. 31 c.p. interdizione temporanea condanna non “ 3 anni)
- Art.1 co 61 legge 662/1996 (richiamato da art 53 co 1 d.lgs 165/01): giusta causa di recesso svolgimento altra attività lavorativa non consentita e/o non autorizzata

### CCNL Comparto ministeri

- Risoluzione per mancata presentazione entro 30 giorni dall'assunzione, della documentazione prevista dalla legge o dal bando – clausola risolutiva espressa o mancata presa di servizio;
- Risoluzione per annullamento procedura di reclutamento, avvenuta sia giudizialmente che per autoannullamento;

- Cessazione rapporto per compimento limiti di età previsto dalla normativa pensionistica, dal primo giorno del mese successivo a quello di compimento dell'età richiesta;

- Morte lavoratore;

- Dimissioni del lavoratore, atto unilaterale recettizio;

- Licenziamento del lavoratore (le norme speciali si affiancano a quelle generali ex artt. 2118, 2119 c.c., L. 604/66, art. 18 L.300/70, L. 108/90):

- per giusta causa e giustificato motivo soggettivo

- per giustificato motivo oggettivo (solo motivi attinenti il lavoratore)

- per superamento periodo comporto per malattia e infortunio, art. 2110 c.c.

Resta in ogni caso escluso dalla disciplina privatistica dei licenziamenti il personale in regime di diritto pubblico, di cui all'art. 3 D.Lgs. 165/01.

## ***2. Licenziamento per giusta causa e giustificato motivo soggettivo***

Il disposto di cui all'art. 2, comma 2 del D.Lgs. 165/01 rende applicabili le norme e le elaborazioni giurisprudenziali in materia di giusta causa e giustificato motivo soggettivo nel pubblico impiego e in ogni caso, il successivo art. 55 - quater, nel normare il licenziamento disciplinare, fa salve le ipotesi generali: "1. 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 nei seguenti casi", mentre l'art. 55, comma 2, prevede che "Ferma la disciplina in materia di responsabilità civile, amministrativa, penale e contabile, ai rapporti di lavoro di cui al comma 1 si applica l'articolo 2106 del codice civile. Salvo quanto previsto dalle disposizioni del presente Capo, la tipologia delle infrazioni e delle relative sanzioni è definita dai contratti collettivi".

Sono quindi espressamente richiamate le nozioni legali di giusta causa e giustificato motivo soggettivo, ma nel dettaglio occorre poi fare riferimento alle ipotesi previste nei CCNL di comparto, che costituiscono le ipotesi tipizzate di giustificato motivo soggettivo e giusta causa di recesso.

La parte del CCNL dedicata alla materia disciplinare, insieme all'individuazione delle infrazioni costituisce il codice disciplinare e il riferimento all'art. 2106 c.c. rende centrale il richiamo al principio di proporzionalità.

Fino a qui possiamo quindi concludere per una totale analogia con il rapporto di lavoro privato

La più importante particolarità per il pubblico impiego è invece la previsione - a partire dal d.lgs.150/09 - di ipotesi predeterminate dalla legge stessa, di licenziamento disciplinare,

nonché il correlato obbligo legale di esercitare il potere disciplinare e la previsione di specifiche sanzioni in caso di inerzia o reticenza nell'esercitare il potere disciplinare da parte del titolare del potere.

Il licenziamento diventa obbligatorio in determinate ipotesi, al fine di garantire il buon andamento e l'efficienza della p.a. (97 Cost), ovvero per l'interesse pubblico superiore

### **3. Licenziamento disciplinare**

Vediamo ora quali sono le ipotesi previste dal sopra ricordato art. 55 - quater in cui "si applica comunque la sanzione disciplinare del licenziamento":

- 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;

- 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 documentali 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.

- f-bis) gravi o reiterate violazioni dei codici di comportamento, ai sensi dell'articolo 54, comma 3;

- f-ter) commissione dolosa, o gravemente colposa, dell'infrazione di cui all'articolo 55-sexies, comma 3;

- f-quater) la reiterata violazione di obblighi concernenti la prestazione lavorativa, che abbia determinato l'applicazione, in sede disciplinare, della sospensione dal servizio per un periodo complessivo superiore a un anno nell'arco di un biennio;

•f-quinquies) insufficiente rendimento, dovuto alla reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa, stabiliti da norme legislative o regolamentari, dal contratto collettivo o individuale, da atti e provvedimenti dell'amministrazione di appartenenza, e rilevato dalla costante valutazione negativa della performance del dipendente per ciascun anno dell'ultimo triennio, resa a tali specifici fini ai sensi dell'articolo 3, comma 5-bis, del decreto legislativo n. 150 del 2009.

Prevede il successivo comma e che "Nei casi di cui al comma 1, lettere a), d), e) ed f), il licenziamento é senza preavviso", ovvero per giusta causa, ciò consente di ritenere che, al contrario, sia per giustificato motivo soggettivo, e quindi con preavviso, il recesso per assenza ingiustificata e reiterata, lett. b) o per ingiustificato rifiuto del trasferimento, lett. c) o in tutte le altre ipotesi di cui alla lett. f bis) e seguenti.

Prosegue la norma stabilendo che "Nei casi in cui le condotte punibili con il licenziamento siano accertate in flagranza, si applicano le previsioni dei commi da 3-bis a 3-quinquies". Ce ne occuperemo vedremo in seguito.

Il successivo art.55 septies, comma 4 prevede un'altra ipotesi legislativa di licenziamento disciplinare:

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

Si tratta quindi di un'altra ipotesi di limite all'autonomia collettiva: i CCNL devono necessariamente prevedere tale ipotesi di licenziamento, viene previsto il vincolo legale sull'esito del procedimento disciplinare.

### **5. L'art.1 co 61 legge 662/1996: ipotesi legislativa di giusta causa?**

L'art. 53 , nel disciplinare l' "Incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi", prevede che "1. Resta ferma per tutti i dipendenti pubblici la disciplina delle incompatibilità dettata dagli articoli 60 e seguenti del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 10

gennaio 1957, n. 3, salva la deroga prevista dall'articolo 23-bis del presente decreto, nonché, per i rapporti di lavoro a tempo parziale, dall'articolo 6, comma 2, del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 17 marzo 1989, n. 117 e dall'articolo 1, commi 57 e seguenti della legge 23 dicembre 1996, n. 662. Restano ferme altresì le disposizioni di cui agli articoli 267, comma 1, 273, 274, 508 nonché 676 del decreto legislativo 16 aprile 1994, n. 297, all'articolo 9, commi 1 e 2, della legge 23 dicembre 1992, n. 498, all'articolo 4, comma 7, della legge 30 dicembre 1991, n. 412, ed ogni altra successiva modificazione ed integrazione della relativa disciplina”.

A loro volta, i commi 57 e seguenti, dell'art. 1 della L.1996, n. 662, prevedono:

- 60. Al di fuori dei casi previsti al comma 56 (part time non superiore al 50%), al personale é fatto divieto di svolgere qualsiasi altra attività di lavoro subordinato o autonomo tranne che la legge o altra fonte normativa ne prevedano l'autorizzazione rilasciata dall'amministrazione di appartenenza e l'autorizzazione sia stata concessa.

- 61. La violazione del divieto di cui al comma 60, la mancata comunicazione di cui al comma 58 (dipendenti part-time che comunicano altra attività lavorativa), nonché le comunicazioni risultate non veritiere anche a seguito di accertamenti ispettivi dell'amministrazione costituiscono giusta causa di recesso per i rapporti di lavoro disciplinati dai contratti collettivi nazionali di lavoro e costituiscono causa di decadenza dall'impiego per il restante personale, sempreché le prestazioni per le attività di lavoro subordinato o autonomo svolte al di fuori del rapporto di impiego con l'amministrazione di appartenenza non siano rese a titolo gratuito, presso associazioni di volontariato o cooperative a carattere socio-assistenziale senza scopo di lucro. Le procedure per l'accertamento delle cause di recesso o di decadenza devono svolgersi in contraddittorio fra le parti.

- Secondo la dottrina e la giurisprudenza prevalenti occorre comunque, anche in tali ipotesi, attivare un procedimento disciplinare, così come appare necessario il coordinamento della previsione normativa speciale con il principio di proporzionalità, che costituisce norma generale.

#### ***6. Il licenziamento disciplinare è assoggettato alle regole del procedimento disciplinare***

L'art. 55 bis disciplina “Forme e termini del procedimento disciplinare” e la disciplina ivi prevista costituisce una procedura qualificata (e inderogabile) per l'adozione del licenziamento disciplinare, che assorbe quella minimale richiesta per il licenziamento in generale dall'art. 2

della legge 604/66, ovvero la sola intimazione per iscritto, con indicazione contestuale dei motivi che lo hanno determinato.

In estrema sintesi possiamo ricordare i principi della procedura qualificata, ovvero: la competenza dell'ufficio procedimenti disciplinari, la contestazione degli addebiti e la tempestività, l'audizione interessato, la differenza tra termini perentori (30 per contestazione addebito e 120 per chiusura dalla contestazione) e ordinatori (che devono però rispettare diritto di difesa e principio tempestività e comportano responsabilità di chi non li ha rispettati).

La motivazione del provvedimento di licenziamento deve comunque sussistere (anche se non si applica la L. 241/90 in quanto atto di gestione del rapporto di lavoro) e soddisfare il duplice profilo:

pubblicistico → per verificare l'imparzialità e la trasparenza della pubblica amministrazione;

privatistico → per consentire esercizio del diritto di difesa (deve contenere le indicazioni che consentano di individuare i fatti materiali posti a base del licenziamento).

## ***7. Rapporti procedimento disciplinare e procedimento penale***

L'art. 55-ter non prevede la necessaria pregiudizialità del procedimento penale.

“1 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. Per le infrazioni per le quali è applicabile una sanzione superiore alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione fino a dieci giorni, l'ufficio competente per i procedimenti disciplinari, 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. Fatto salvo quanto previsto al comma 3, il procedimento disciplinare sospeso può essere riattivato qualora l'amministrazione giunga in possesso di elementi nuovi, sufficienti per concludere il procedimento, ivi incluso un provvedimento giurisdizionale non definitivo. Resta in ogni caso salva la possibilità di adottare la sospensione o altri provvedimenti cautelari nei confronti del dipendente” (modificato dal D.Lgs. 2017 n° 75, laddove prevedeva che per le infrazioni di minore gravità, di cui all'articolo 55-bis, comma 1, primo periodo, non fosse ammessa la sospensione del procedimento).

I commi 2 e 3 disciplinano la riapertura del procedimento disciplinare non sospeso in pendenza del procedimento disciplinare, a seguito della sentenza penale irrevocabile, di assoluzione o di condanna, in contrasto con il provvedimento disciplinare

Il successivo comma 4 regola invece la ripresa del procedimento disciplinare sospeso: “Nei casi di cui ai commi 1, 2 e 3, il procedimento disciplinare è, rispettivamente, ripreso o riaperto, mediante rinnovo della contestazione dell’addebito, entro sessanta giorni dalla comunicazione della sentenza, da parte della cancelleria del giudice, all’amministrazione di appartenenza del dipendente, ovvero dal ricevimento dell’istanza di riapertura. Il procedimento si svolge secondo quanto previsto nell’articolo 55-bis con integrale nuova decorrenza dei termini ivi previsti per la conclusione dello stesso. Ai fini delle determinazioni conclusive, l’ufficio procedente, nel procedimento disciplinare ripreso o riaperto, applica le disposizioni dell’articolo 653, commi 1 e 1-bis, del codice di procedura penale”.

Ipotesi discusse e risolte in giurisprudenza riguardano poi la sentenza di patteggiamento ex art. 444 c.p.p., che consente di ritenere accertati i fatti emersi nel procedimento che appaiano fondatamente ascrivibili al dipendente (Cons. Stato 80/2013 e C. Cass 22740/11) e le sentenze di prescrizione, risolte diversamente a seconda che la stessa sia stata dichiarata già in primo grado ovvero in secondo grado mentre nel primo grado era stata pronunciata condanna.

## **8. Licenziamento per giustificato motivo oggettivo**

Nel pubblico impiego le ipotesi di licenziamento per motivo oggettivo sono solo le ipotesi collegate al lavoratore, perché le esigenze organizzative del datore di lavoro costituiscono invero ipotesi di eccedenza di personale e collocamento in disponibilità (istituto diverso). Possiamo evidenziare quindi:

- Interdizione dai pubblici uffici (art. 29 c.p.: ergastolo o reclusione superiore a 5 anni)
- Sopravvenuta permanente inidoneità psicofisica (art.55-octies D.Lgs 165/01)

Nel caso di accertata permanente inidoneità psicofisica al servizio dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, di cui all’articolo 2, comma 2, l’amministrazione può risolvere il rapporto di lavoro. Con regolamento da emanarsi, ai sensi dell’articolo 17, comma 1, lettera b), della legge 23 agosto 1988, n. 400, sono disciplinati, per il personale delle amministrazioni statali, anche ad ordinamento autonomo, nonché degli enti pubblici non economici: a) la procedura da adottare per la verifica dell’idoneità al servizio, anche ad iniziativa dell’Amministrazione; b) la possibilità per l’amministrazione, nei casi di pericolo per l’incolumità del dipendente interessato nonché per la sicurezza degli altri dipendenti e degli

utenti, di adottare provvedimenti di sospensione cautelare dal servizio, in attesa dell'effettuazione della visita di idoneità, nonché nel caso di mancata presentazione del dipendente alla visita di idoneità, in assenza di giustificato motivo; c) gli effetti sul trattamento giuridico ed economico della sospensione di cui alla lettera b), nonché il contenuto e gli effetti dei provvedimenti definitivi adottati dall'amministrazione in seguito all'effettuazione della visita di idoneità; d) la possibilità, per l'amministrazione, di risolvere il rapporto di lavoro nel caso di reiterato rifiuto, da parte del dipendente, di sottoporsi alla visita di idoneità (quest'ultima in realtà è una vera e propria ipotesi di licenziamento disciplinare).

Il regolamento che disciplina tutti i suddetti aspetti è il D.P.R. 171/2011 .

L'onere della prova che incombe sul datore riguarda due elementi inscindibili: l'accertata inidoneità a qualsiasi lavoro e l'inesistenza di possibili mansioni, anche inferiori, ma senza dover alterare organizzazione produttiva, solo adattamenti alla medesima → se sono entrambi dimostrati il licenziamento è legittimo, anche qualora il lavoratore appartenga ad una categoria protetta, il che darà luogo a un trattamento pensionistico privilegiato

### **9. Superamento periodo di comporto per malattia e infortunio art. 2110 c.c.**

Alla scadenza del periodo di comporto, il datore di lavoro può recedere dal rapporto corrispondendo indennità sostitutiva del preavviso;

Normalmente il CCNL prevede altri 18 mesi senza retribuzione per i casi più gravi, e in questo periodo può – su richiesta del lavoratore - procedere a visita per accertare eventuali cause di assoluta e permanente inidoneità fisica

### **10. Il contenzioso giurisdizionale**

Sede naturale dell'impugnazione del licenziamento è quella giudiziale (non sussiste alternativa arbitrale ex art. 55 comma 3), presso il Giudice del lavoro ove ha sede l'amministrazione presso cui svolgeva attività lavorativa.

L'onere della prova della giusta causa o del giustificato motivo sono a carico dell'amministrazione, secondo le regole generali;

A seguito dell'introduzione della L. 92/2012, si è posto il problema dell'applicabilità del rito speciale previsto dall'art. 1 comma 47, il c.d. rito Fornero, alle pubbliche amministrazioni.

↓

In realtà, è sorta altresì la questione dell'applicabilità in generale della riforma di cui alla legge 92/2012

Sull'applicabilità del rito, la soluzione è stata da subito concorde nella giurisprudenza di merito e di legittimità, la diversità ha riguardato gli esiti.

La L. 92/2012 prevede, all'art.1, comma 7: "Le disposizioni della presente legge, per quanto da esse non espressamente previsto, costituiscono principi e criteri per la regolazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, in coerenza con quanto disposto dall'articolo 2, comma 2, del medesimo decreto legislativo. Restano ferme le previsioni di cui all'articolo 3 del medesimo decreto legislativo" e al successivo comma 8 "Al fine dell'applicazione del comma 7 il Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, individua e definisce, anche mediante iniziative normative, gli ambiti, le modalità e i tempi di armonizzazione della disciplina relativa ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche".

Ne consegue da un lato che le norme non sono tendenzialmente applicabili direttamente, salva la possibile armonizzazione futura e dall'altro che le disposizioni valgono come principi e criteri, ovvero non sono puntualmente applicabili, si pone però il problema di comprendere come disposizioni dettagliate possano permettere di astrarne principi e criteri generali, senza costituire norme applicabili direttamente.

La clausola di salvaguardia (per quanto da esse non espressamente previsto) non appare invece problematica: vi sono norme espressamente previste come applicabili (es. art 1 comma 32, lavoro accessorio anche nel pubblico impiego) o norme che espressamente escludono la loro applicabilità al pubblico e in entrambi i casi il problema interpretativo non sussiste.

Il problema riguarda però gli istituti modificati dalla legge 92, per i quali l'applicazione al rapporto di lavoro pubblico non è espressamente prevista dalla legge stessa, ma diventa automatica – non tanto per la generale privatizzazione del rapporto stesso - bensì per effetto di altre norme di legge specifiche e preesistenti e che da tempo estendono quelle discipline e istituti, nella loro globalità, anche alla pubblica amministrazione

Esempi: part-time, parità uomo-donna, diritto al lavoro dei disabili, sostegno alla genitorialità, apprendistato, ma l'ipotesi più importante è stata quella dell'art. 18 della L. 300/70. Lo Statuto dei Lavoratori è infatti interamente applicato alle pubbliche amministrazioni in virtù della previsione di cui all'art. 51 comma 2 del d.lgs.165/01, a prescindere dal requisito dimensionale.

Di conseguenza, il problema per l'interprete è stato di stabilire se le modifiche apportate dalla L. 92 allo Statuto dei Lavoratori si applicassero o meno al rapporto di lavoro pubblico?

E in particolare, se si applicasse la nuova stesura dell' art. 18.

In dottrina si sono avute differenti tesi, che possiamo schematizzare nel seguente modo:

- Due versioni dell'art. 18 perché il sistema del licenziamento pubblico è del tutto autonomo e autosufficiente; diversità dei vizi e della procedura comporta ultrattività del vecchio art. 18; art. 1 co 7 e 8 avrebbero disattivato il rinvio mobile dell'art. 51 allo Statuto;

- Applicabilità diretta nuovo art. 18 in virtù dell'art. 51 che contiene un rinvio mobile allo Statuto e successive modificazioni; l'art. 1 comma 7 e 8 sono norme generali successive rispetto a norma speciale anteriore; tale interpretazione evita altresì la disparità di trattamenti;

- Tesi intermedia, che parte dalla specialità e inderogabilità (anche da parte dello Statuto) delle norme 55 bis e 55 quater per dire che il licenziamento in contrasto con tali precetti è NULLO e quindi soggiace a tutela reintegratoria ex comma 1 nuovo art. 18 (muove da Corte cost. 351/08, ovvero la mera riparazione economica non soddisfa il superiore interesse pubblico ex artt 97 e 98 cost)

La giurisprudenza di merito è stata invece pressoché univoca nel ritenere applicabile il nuovo art. 18 in virtù del rinvio mobile di cui all'art. 51; univoca altresì nel ritenere applicabile il rito speciale, che riguarda tutte le controversie rientranti nell'art. 18, a prescindere dalla formulazione; qualche pronuncia ha invece sostenuto che sarebbe stato applicabile solo il rito speciale e non l'intera nuova disciplina sostanziale.

Sulla questione è poi intervenuta la Corte di Cassazione con due distinte pronunce.

Secondo C. Cass., Sez. Lavoro, 26 novembre 2015, n. 24157, al pubblico impiego si applica il nuovo art.18 in virtù del rinvio di cui all'art. 51 allo Statuto dei Lavoratori e successive modifiche; sono fatte salve dall'art. 18 comma 1 le ipotesi di nullità previste dalla legge e quindi anche quelle per contrarietà a norme imperative (tra cui art. 55 bis comma 4 sull'organo competente ad emettere il provvedimento); tutela indennitaria per le altre ipotesi non di nullità, ma di inefficacia

La successiva pronuncia, C. Cass. 9 giugno 2016, n.11868, risulta invece di segno opposto: la riforma non si applica, la tutela resta quella del vecchio art. 18: l'art. 1 comma 8 avrebbe previsto in linea di principio non l'estensione della L.92/2012, bensì l'esclusione, salvo il successivo intervento di armonizzazione; la riforma è pensata solo per il mercato del lavoro privato, con correlata flessibilità in entrata e in uscita, mentre nel pubblico vale la disciplina speciale di cui agli artt. 55 ss.; il rinvio dell'art. 51 è pensato proprio per estendere la tutela reale a tutti gli enti, quindi la sua *ratio* esclude il rinvio alla riforma.

La successiva legge delega 183/2014, c.d. Jobs act e il decreto delegato 23/2015 appaiono privi di riferimenti al lavoro pubblico.

La legge delega non prevede un'espressa esclusione del lavoro pubblico dal campo di applicazione delle nuove norme come il d.lgs. 276/03 e nemmeno un'applicazione solo condizionata o limitata come la Fornero

La lettura complessiva dell'impianto della legge delega e del primo decreto delegato fanno però pacificamente ritenere che siano norme riferibili solo all'impresa privata:

- art. 1, comma 8 legge 184/2014, in sede di attuazione della delega stessa vi dovrà essere una estensione ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle p.a. dei principi contenuti nel comma 8 in tema di cure parentali, tutela maternità e conciliazione tempi di vita e di lavoro... → *ma se viene prevista estensione specifica di alcune norme, allora a contrario le altre parti (compresa quella sui licenziamenti individuali) non lo sono;*

- d.lgs. 23/2015 sui licenziamenti individuali non prevede nulla in materia di lavoro pubblico, ma è formulato espressamente con richiami normativi rivolti al settore privato: art. 1 parla di operai, impiegati e quadri → *classificazione legale dei lavoratori nell'impresa privata, categoria dei quadri espressamente esclusa per i dipendenti pubblici anche dalla giurisprudenza;*

- art 6 – offerta di conciliazione del datore di lavoro con somma di denaro tramite assegno circolare per conciliare → *improponibile per il settore pubblico (responsabilità erariale)*

E infine si evidenzia il *mancato accoglimento da parte del Governo del parere della commissione della Camera di esplicitare l'inapplicabilità al pubblico impiego, in vista del complessivo riordino della disciplina del lavoro nelle p.a.*

Il decreto legislativo 23/2015 NON interviene sull'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, come la legge 92/2012, ma contiene una disciplina separata ed autonoma della materia, per le nuove assunzioni, e NON si applica al rapporto pubblico in mancanza di un'espressa previsione, vista l'insufficienza del rinvio di cui all'art. 2, comma 2 del D.Lgs. 165/01

In definitiva, quindi, ai dipendenti pubblici licenziati continua ad applicarsi l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori.

Risultava quindi determinante chiarire se nel vecchio testo o nella nuova formulazione di cui alla legge 92/2012.

A seguito, però dell'introduzione all'art. 63 del d.lgs.165/01 della norma di cui all'art. 21, comma 1, lett. a), D.Lgs. 25 maggio 2017, n. 75, il problema risulta superato.

La scelta del legislatore del 2017 è stata quella della tutela reale per i pubblici impiegati, non espressamente prevista dalla legge delega, argomentata su norme di delega per contrasto

antinomie e sulla base degli interventi giurisprudenziali di Cassazione e Corte Costituzionale e condivisa dal parere del Consiglio di Stato

L'art. 63 d.lgs 165/01, comma 2, a seguito delle modifiche introdotto dal D.Lgs. 75/2017, art. 21, lett. a) risulta così formulato: “Il Giudice, con la sentenza con la quale annulla o dichiara nullo il licenziamento, condanna l'amministrazione alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, e comunque in misura non superiore alle ventiquattro mensilità, dedotto quanto il lavoratore abbia percepito per lo svolgimento di altre attività lavorative. Il datore di lavoro è condannato, altresì, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali”. Dal 22 giugno 2017 in avanti, a tutte le ipotesi di licenziamento illegittimo del dipendente pubblico si applica pertanto la tutela reale, in virtù dei criteri di delega di cui all'art.16, co 2, lett.b) e c) dicono i lavori preparatori.

Vale a dire che la previsione della tutela reale sarebbe stata introdotto in virtù dei seguenti criteri di delega: “b) Coordinamento formale e sostanziale del testo con modifiche strettamente necessarie per garantire coerenza giuridica, logica e sistematica normativa, per adeguare linguaggio normativo” e “c) risoluzione antinomie in base ai principi dell'ordinamento e alle discipline regolatrici della materia”.

Occorre però evidenziare un'altra norma introdotta dall'art. 21, co 1, lett. C) d.lgs.75/2017 al comma 2- bis all'art. 63 d.lgs.165/01, che può avere effetto mitigante dell'intervento giudiziale, a fronte della severità della prevista tutela reale: “2-bis. Nel caso di annullamento della sanzione disciplinare per difetto di proporzionalità, il giudice può rideterminare la sanzione, in applicazione delle disposizioni normative e contrattuali vigenti, tenendo conto della gravità del comportamento e dello specifico interesse pubblico violato”.

Il Consiglio di Stato, nel parere sullo schema del d.lgs., ritiene la scelta del legislatore sia conforme a Corte Costituzionale n. 358/11 (nel settore pubblico garanzie e limiti sono non solo nell'interesse del dipendente ma anche a protezione di generali interessi collettivi; forme di riparazione economica non sono strumenti efficaci di tutela degli interessi collettivi lesi da atti illegittimi di rimozione -dei dirigenti amministrativi ndr-) e a C. Cass. n. 11868/16, definita diritto vivente; il parere scioglie i dubbi sulla mancanza di delega, affermando che il legislatore ha voluto risolvere le antinomie sulla base dei principi generali dell'ordinamento, critica invece la dequotazione dei vizi formali, comma 9 ter, sostenendo che la loro violazione resterebbe

senza sanzione e troppo generica tanto più che è stata introdotta la perentorietà termine contestazione e conclusione procedimento.

A nostro sommo giudizio in tal modo si è definitivamente accentuata la diversificazione dei due ambiti, pubblico e privato, nonché attuata la piena legificazione del rapporto impiego pubblico, in contrasto con la previsione di cui all'art.2 comma 2, diversificazione e legificazione peraltro iniziate fin dal d.lgs. n. 150/09.

## **Il Decreto legislativo 20 giugno 2016 n. 116 e l'attestazione della presenza in servizio: conseguenze disciplinari**

*Enrico Ravera*

*Presidente del Tribunale di Genova e già presidente della Sezione lavoro del Tribunale di Genova*

Il decreto legislativo 20 giugno 2016 n. 116 è intervenuto per porre rimedio ad un diffuso fenomeno di malcostume che ha interessato a lungo i media nazionali.

Si tratta del fenomeno della falsa attestazione della presenza in servizio da parte dei dipendenti pubblici, definiti giornalmisticamente “i c.d. furbetti del cartellino”.

Peraltro il decreto 116/2016 entrava in vigore richiedendo da subito un intervento della Corte Costituzionale (sentenza 251 del 2016) che ha però inciso non sul decreto legislativo (d. lgs 116/2016) attuativo della legge delega 124 del 2015, ma su quest'ultima, in quanto, per un mero errore procedurale, non era stato chiesto il parere in sede di Conferenza unificata, ma una mera intesa in sede di Conferenza Stato-Regioni<sup>20</sup>.

La conseguente dichiarata illegittimità costituzionale parziale non ha compromesso il complessivo impianto della normativa.

Infatti, le norme censurate intervengono in settori non di esclusiva competenza statale, ma su una pluralità di materie e di interessi, inscindibilmente connessi e riconducibili a competenze statali (ordinamento civile) e regionali (organizzazione amministrativa regionale).

La illegittimità costituzionale delle norme impugnate è stata dichiarata nella parte in cui, pur incidendo su materia di competenza sia statale sia regionale, prevedono che i decreti attuativi siano adottati con una forma di raccordo con le Regioni, che non è quella dell'intesa, ma quella del semplice parere, non idonea a realizzare un confronto autentico con le autonomie locali.

La ricaduta della pronuncia di incostituzionalità è stata quindi assai contenuta. La stessa Corte al paragrafo nove della sentenza ha del resto delimitato il perimetro della pronuncia affermando che “le pronunce di illegittimità costituzionale, contenute in questa decisione, sono

---

<sup>20</sup> La Corte costituzionale ha dichiarato infatti la illegittimità costituzionale dell' art. 17 comma 1 lettera a), b), c), d), e), f), l), m), o), q), r), s), e t), della legge 124 del 2015 nella parte in cui in combinato disposto con l'art. 16 commi 1 e 4 della medesima legge n. 124 del 2015, prevede che il Governo adotti i relativi decreti legislativi attuativi previo parere in sede di Conferenza unificata, anziché previa intesa in sede Conferenza stato-Regioni; la Corte ha quindi giudicato la legge delega (l. 124 del 2015) e non i decreti attuativi (d. lgs 116 del 2016); successivamente il legislatore è intervenuto con il D.lgs. 20.7.2017 n. 118;

circoscritte alle disposizioni di delegazione della legge n. 124 del 2015, oggetto del ricorso, e non si estendono alle relative disposizioni attuative. Nel caso di impugnazione di tali disposizioni, si dovrà accertare l'effettiva lesione di competenze regionali, anche alla luce della soluzione correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di legale collaborazione”.

La necessità dell'intervento legislativo era resa necessaria per dare una risposta sanzionatoria rapida ed efficace nei confronti di dipendenti infedeli, per combattere il fenomeno dell'assenteismo nella Pubblica amministrazione che aveva raggiunto livelli non più tollerabili. D'altro canto, l'intervento mirava anche a rafforzare l'efficienza della Pubblica amministrazione sul fronte disciplinare, attuando una maggiore prevenzione generale con il fine dichiarato di rompere l'omertà che nel settore pubblico copriva le condotte illecite, responsabilizzando maggiormente dirigenti e responsabili di struttura. La sintesi era nel motto: “chi sbaglia paga!!”.

Il TU 165 del 2001 prevedeva già all'art. 55 quater come ipotesi tipizzata di illecito disciplinare che determina il licenziamento “la 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”.

Come noto la tipizzazione della causa di licenziamento pone problemi di conflitto/coordinamento con il principio di proporzionalità. Nel caso in esame la tipizzazione legale pone una valutazione delle proporzionalità svolta a monte dal legislatore, sicché sembrerebbe precluso a valle un intervento del giudice e del titolare del potere disciplinare. Ma l'art. 55 comma 2 del TU richiamando l'articolo 2106 del codice civile pone un esplicito richiamo al principio di proporzionalità.

Tale richiamo secondo orientamento della Suprema Corte (Cass. 26 gennaio 2016 n. 1351, che richiama precedenti della Corte costituzionale) determina il permanere del sindacato giurisdizionale sulla proporzionalità della sanzione rispetto al fatto addebitato, con conseguente possibilità per il giudice di annullamento della sanzione “eccessiva”, proprio per il divieto di automatismi sanzionatori, non essendo possibile introdurre, con legge o con contratto, sanzioni disciplinari automaticamente conseguenziali ad illeciti disciplinari.

Il Decreto 116 del 2016 aggiunge all'art. 55 quater il comma 1 bis che definisce cosa debba intendersi per falsa attestazione della presenza in servizio<sup>21</sup> ed è quindi funzionale alla

---

<sup>21</sup> “Costituisce falsa attestazione della presenza in servizio qualunque modalità fraudolenta posta in essere, anche avvalendosi di terzi, per fare risultare il dipendente in servizio o trarre in inganno l'amministrazione presso la

sanzione di cui alla lettera a) della prima parte dell'art. 55 quater e non riguarda la lettera b), che riguarda invece l'assenza reiterata dal servizio. Il legislatore infatti con le ipotesi di cui alla lettera a) aveva isolato le ipotesi più gravi di assenza dal servizio perché connotate dall'intento fraudolento, e quindi tali da giustificare il licenziamento in tronco anche per una sola assenza o per un allentamento di pochi minuti dal posto di lavoro.

Il *quid novi* della disposizione introdotta dal d. lgs 116/2016 rispetto alla disposizione di cui alla lettera a) dell'art. 55 quater comma 1, è soprattutto nel concorso del terzo, atteso che il trarre in inganno la Pubblica amministrazione sul rispetto dell'orario di lavoro può ritenersi già insito nella modalità fraudolenta, terzo che agevola appunto la condotta fraudolenta. Viene in sostanza introdotto il principio del concorso per sanzionare in sede disciplinare il collega di lavoro correo, la cui condotta però non è tipizzata.

È evidente che la disposizione si applica solamene nel caso in cui il terzo sia dipendente della PA, anche se la disposizione pone delicate questioni sia in termini di sanzione sia in termini di procedura disciplinare.

Infatti il terzo non è chiaro se risponda della stessa sanzione del lavoratore agevolato (cioè con il licenziamento) o se la sanzione debba essere proporzionata all'effettivo contributo apportato nella condotta illecita (e quindi con una sanzione conservativa). Infine la speciale procedura di cui all'art. 55 quater comma 3 bis, su cui torneremo tra breve, richiama le condotte di cui al comma 1 lettera a) e non quelle di cui al comma 1 bis.

Particolare disciplina (art. 55 quinquies comma 3) è prevista inoltre nel caso in cui il terzo agevolatore sia un medico dipendente di una struttura sanitaria pubblica o con essa convenzionato: infatti “la sentenza definitiva di condanna o di applicazione della pena per il delitto di cui al comma 1 comporta, per il medico, la sanzione disciplinare della radiazione dall'albo ed altresì, se dipendente di una struttura sanitaria pubblica o se convenzionato con il servizio sanitario nazionale, il licenziamento per giusta causa o la decadenza dalla convenzione. Le medesime sanzioni disciplinari si applicano se il medico, in relazione all'assenza dal servizio, rilascia certificazioni che attestano dati clinici non direttamente constatati né oggettivamente documentati”.

Ma la principale novità è il procedimento disciplinare che dovrebbe, nelle intenzioni del legislatore, portare in tempi rapidissimi al licenziamento del dipendente infedele.

È stato infatti introdotto, all'art. 55 quater, il comma 3 bis che disciplina un procedimento disciplinare abbreviato e speciale rispetto a quello ordinario di cui all'art. 55 bis.

---

quale il dipendente presta attività lavorativa circa il rispetto dell'orario di lavoro dello stesso,. Della violazione risponde anche chi abbia agevolato con la propria condotta attiva o omissiva la condotta fraudolenta”.

Tale procedimento si applica solo nel caso in cui la falsa attestazione della presenza in servizio sia accertata:

- a) in flagranza;
- b) mediante strumento di sorveglianza o di registrazione degli accessi o delle presenze;

Se invece l'accertamento della falsa attestazione in servizio avviene con altre modalità si applica il procedimento ordinario di cui all'art. 55 bis.

Il nuovo procedimento disciplinare può sintetizzarsi nei seguenti passaggi:

- a) **Sospensione immediata del dipendente senza stipendio (salvo diritto all'assegno alimentare) e comunque entro 48 ore dalla conoscenza dell'infrazione;**

**Il termine di 48 ore è ordinatorio:**

<La violazione di tale termine non determina la decadenza dall'azione disciplinare né l'inefficacia della sospensione cautelare, fatta salva l'eventuale responsabilità del dipendente cui essa sia imputabile>.

- b) **Non è previsto obbligo di preventiva audizione;**
- c) **Il provvedimento di sospensione deve essere motivato;**
- d) **Immediata contestuale contestazione per iscritto dell'addebito e alla convocazione del dipendente dinanzi all'UPD**
- e) **UPD deve concludere il procedimento entro trenta giorni dalla ricezione, da parte del dipendente, della contestazione dell'addebito**

**Drastica riduzione dei termini:**

**da 40 giorni a 48 ore termine per contestare l'infrazione dalla conoscenza del fatto;**

**da 120 a trenta giorni il termine per concludere il procedimento disciplinare.**

Al riguardo deve precisarsi che la sospensione immediata del dipendente dal servizio e la relativa contestazione disciplinare devono essere operate dal responsabile della struttura in cui il dipendente lavora ovvero, ove ne venga a conoscenza per primo, l'ufficio di cui all'art. 55 bis, comma 4 (cioè l'Ufficio competente per i procedimenti disciplinari c.d. UPD).

Il dipendente, dopo la sospensione e la contestazione, deve essere convocato, per il contraddittorio a sua difesa, con un preavviso di almeno 15 giorni e può farsi assistere da un procuratore ovvero da un rappresentante dell'associazione sindacale cui il lavoratore aderisce o conferisce mandato. Fino alla data dell'audizione, il dipendente convocato può inviare una memoria scritta o, in caso di grave, oggettivo e assoluto impedimento, formulare motivata

istanza di rinvio del termine per l'esercizio della sua difesa per un periodo non superiore a cinque giorni. Il differimento del termine a difesa del dipendente può essere disposto solo una volta nel corso del procedimento.

I termini indicati non sono perentori e l'articolo 55 quater comma 3 ter ne conferma la natura ordinatoria: "la violazione dei suddetti termini, fatta salva l'eventuale responsabilità del dipendente cui essa sia imputabile, non determina la decadenza dall'azione disciplinare né l'invalidità della sanzione irrogata, purché non risulti irrimediabilmente compromesso il diritto di difesa del dipendente e non sia superato il termine per la conclusione del procedimento di cui all'articolo 55-bis, comma 4". Vale a dire il termine di 120 giorni.

La disposizione citata, in uno con il comma 3 bis, contraddice la dichiarata *ratio* acceleratoria della riforma.

Punto critico è poi quello del coordinamento tra responsabile della struttura e l'UPD.

Infatti il responsabile della struttura che ha proceduto alla sospensione e contestazione disciplinare deve convocare il dipendente per l'udizione non nanti a sé bensì dinanzi all'UPD, ma non è previsto quando e come il responsabile della struttura che ha disposto la sospensione cautelare trasmetta gli atti all'UPD per l'audizione, il che può determinare una ricaduta sui tempi procedurali.

L'art. 55 quater comma quater prevede poi che entro 15 giorni dall'avvio del procedimento disciplinare debba essere effettuata denuncia dei fatti al Pubblico Ministero e segnalazione alla competente procura regionale della Corte dei Conti.

Merita di essere sottolineato come la Corte dei Conti possa agire anche per il danno all'immagine eventualmente procurato alla PA e nella liquidazione equitativa del danno si debba tenere conto della rilevanza che il fatto ha avuto sui mezzi di informazione e "comunque l'eventuale condanna non può essere inferiore a sei mensilità dell'ultimo stipendio in godimento, oltre interessi e spese di giustizia".

La novella legislativa ha poi voluto rompere definitivamente il clima, spesso di connivenza, che si veniva a determinare in certi uffici e che imbarazzanti dichiarazioni televisive hanno testimoniato, allorché dirigenti e responsabili di struttura pur in presenza di uffici semi deserti, dichiaravano di non esserne a conoscenza.

L'art. 55 quater al comma 3 quinquies prevede infatti che per i dirigenti che abbiano acquisito conoscenza del fatto, ovvero, negli enti privi di qualifica dirigenziale, per i responsabili di servizio competenti, l'omessa attivazione del procedimento disciplinare e l'omessa adozione del provvedimento di sospensione cautelare, senza giustificato motivo, costituiscono illecito disciplinare punibile con il licenziamento e di esse è data notizia, da parte

dell'ufficio competente per il procedimento disciplinare, all'Autorità giudiziaria ai fini dell'accertamento della sussistenza di eventuali reati.

Una chiamata quindi a maggiori controlli e maggiore assunzione di responsabilità da parte di chi deve vigilare e organizzare i servizi pubblici.

## Riflessioni sui D.Lgs. n. 116/2016 e 75/2017 (e dintorni)

Marco Barilati

Avvocato amministrativista del Foro di Genova specializzato in diritto del lavoro presso  
le p.a.

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari; - 2. L'art. 55 quater del D.Lgs. n. 165/2001 e le modifiche introdotte dai decreti Madia. Una norma da ripensare (e superare); - 3. I decreti Madia e le norme con finalità (in tutto o in parte) di propaganda; - 4. I decreti Madia e la mancanza di fiducia verso gli organi di gestione; - 5. I miglioramenti introdotti dai decreti Madia; - 6. Conclusioni

### 1. Considerazioni preliminari

1.1. Come noto, l'art. 17 della Legge delega 7 agosto 2015, n. 124 ha attribuito al Governo il potere di adottare una serie di decreti legislativi *“per il riordino della disciplina in materia di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche e connessi profili di organizzazione amministrativa”*.

In particolare, il comma 1, lettera s), dell'art. 17 della L. n. 124/2015, ha delegato il Governo ad introdurre *“norme in materia di responsabilità disciplinare dei pubblici dipendenti finalizzate ad accelerare e rendere concreto e certo nei tempi di espletamento e di conclusione l'esercizio dell'azione disciplinare”*.

Il Governo ha provveduto ad esercitare la delega con due decreti legislativi che sono comunemente noti con il nome del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione Marianna Madia.

1.2. Il primo dei due decreti è il D.Lgs. 20 giugno 2016, n. 116.

Tale decreto si è limitato a modificare l'art. 55 *quater* del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (a sua volta introdotto dalla c.d. riforma Brunetta di cui al D.Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150) aggiungendo ai commi 1, 2 e 3, i commi 1 *bis*, 3 *bis*, 3 *ter*, 3 *quater*, 3 *quinqües* e 3 *sexies*.

L'art. 55 *quater* del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 introdotto dalla riforma Brunetta, è opportuno ricordarlo, faceva parte di una profonda ed organica revisione dell'originario art. 55 del D.Lgs. n. 165/2001 che veniva sviluppato in sette articoli (dall'art. 55 all'art. 55 *septies*:

sebbene l'art. 55, al comma 1, faccia riferimento anche all'art. 55 *octies*, la parte che interessa il procedimento disciplinare riguarda solo i primi sette articoli, in quanto l'art. 55 *octies* ha introdotto soltanto alcune disposizioni per dipendenti pubblici che si trovino in una situazione di permanente inidoneità psicofisica) e che, attraverso il riconoscimento della natura di norme imperative a tutte le disposizioni comprese tra l'art. 55 e l'art. 55 *octies*, aveva fondamentalmente lo scopo di superare quelle disposizioni dei CCNL del comparto pubblico che prevedevano sanzioni considerate (dall'opinione pubblica prima e) dal legislatore (poi) del tutto inadeguate rispetto alla gravità del comportamento.

È l'art. 55 *quater* del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, infatti, ad avere imposto alle pubbliche amministrazioni (e, più in generale, alle c.d. parti sociali le quali, per effetto del riconoscimento quale norma imperativa operata, come detto, dall'art. 55, comma 1, del D.Lgs. n. 165/2001 non potevano più superare la nuova disposizione introdotta dall'art. 55 *quater* con i CCNL, com'era stato fin lì possibile in forza dell'art. 2, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001 che consentiva ai CCNL del comparto del pubblico impiego di derogare alle norme di legge) il licenziamento (con o senza preavviso, a seconda delle fattispecie: vedasi il comma 3 dell'art. 55 *quater*) dei propri dipendenti qualora avessero rilevato gravi comportamenti specificamente individuati dal medesimo art. 55 *quater* (primi fra tutti i comportamenti dei c.d. “furbetti del cartellino”) per i quali i CCNL prevedevano fin lì solo sanzioni conservative che non superavano i 6 mesi di sospensione dal servizio e dalla retribuzione.

All'uopo vedasi, ad esempio, l'art. 3, comma 6, lettera g, del CCNL 11 aprile 2008 del comparto Regioni e autonomie locali, che, per l'appunto, concerneva il fenomeno dei c.d. furbetti del cartellino (*“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”*) prevedendo una sanzione di soli 6 mesi.

Il secondo dei due decreti è il D.Lgs. 25 maggio 2017, n. 75.

Questo decreto legislativo (artt. 12 - 17) ha apportato modifiche sia di carattere sostanziale che di carattere procedurale a tutti gli articoli che vanno dal 55 al 55 *sexies* del D.Lgs. n. 165/2001.

1.3. Va subito detto che le due riforme Madia rappresentano, per molteplici ragioni, un passo indietro rispetto alla riforma Brunetta.

Non che la riforma Brunetta non fosse suscettibile di miglioramenti.

Persino alcune disposizioni del D.Lgs. n. 75/2017, nonostante tutti gli aspetti critici, introducono elementi di miglioramento rispetto al D.Lgs. n. 150/2009 di cui si dirà.

Tuttavia, è sufficiente leggere e confrontare i D.Lgs. n. 150/2009, n. 116/2016 e n. 75/2017 per accorgersi che manca in questi decreti la rigorosa coerenza ed organicità che era riscontrabile, invece, nel D.Lgs. n. 150/2009 (sia pure con alcune lacune e limiti).

Ciò non di meno i decreti legislativi n. 116/2016 e n. 75/2017 sono, per altri versi, documenti di grande interesse.

E questo non solo per il fatto che le norme (alcune mal scritte; altre di dubbia costituzionalità; altre ancora confuse, illogiche e contraddittorie) introdotte da tali decreti documentano il progressivo declino della qualità delle leggi che vengono promulgate da un po' di tempo a questa parte.

Per rendersene conto sarebbe sufficiente leggere (nel vero e letterale senso della parola) l'art. 55 *bis*, comma 9 *ter* del D.Lgs. n. 165/2001 introdotto dal D.Lgs. n. 75/2017, oppure l'art. 55 *quater*, comma 3 *quinqües*, ultimo periodo, introdotto dal D.Lgs. n. 116/2016.

Ed anzi, per ciò che concerne l'art. 55 *quater*, comma 3 *quinqües*, ultimo periodo, meriterebbe di essere esaminata a questo scopo l'originaria formulazione del comma (apprezzabile nel testo dello schema di decreto legislativo che prefigurava l'omissione di atti d'ufficio per gli apicali che non denunciavano ovvero non perseguivano i furbetti del cartellino, testo poi modificato nella versione finale) che addirittura conteneva un reato impossibile a verificarsi non essendo giuridicamente possibile che l'esercizio o meno del potere disciplinare (che rientra più in generale nelle capacità e poteri del datore di lavoro ai sensi dell'art. 5, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001) possa dar luogo ad un delitto contro la pubblica amministrazione quale è il rifiuto/omissione di atti d'ufficio che presuppone necessariamente la qualità di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio (all'uopo rinvio a quanto ho già avuto modo di osservare in "*Falsa attestazione della presenza in servizio più "pesante". In arrivo nuove regole (e tanti dubbi)*", in *Pubblica Amministrazione* 24 - Gruppo24Ore, febbraio 2016, pagg. 5 - 6).

Dai decreti legislativi n. 116/2016 e n. 75/2017 si desume che il legislatore ha inteso privilegiare il semplice sondaggio o l'inseguimento di un facile ed immediato apprezzamento dell'opinione pubblica (e, dunque, gli aspetti che potremmo definire "propagandistici" delle norme) e questo anche a costo di sacrificare il principio cardine della "buona amministrazione" sancito dall'art. 97 della Costituzione, mettendo così in difficoltà (a volte anche grave) le pubbliche amministrazioni che devono applicare le norme.

Non solo.

I decreti Madia trascurano di considerare i molteplici fattori che possono influire sull'esercizio dell'azione disciplinare (basti pensare al mancato coordinamento tra Autorità giudiziaria penale ed i tempi di esercizio dell'azione disciplinare proprio nel caso dei furbetti del cartellino di cui all'art. 55 *quater*) mettendo a grave rischio la medesima azione e non solo la sua efficace esecuzione.

Di più.

I decreti legislativi n. 116/2016 e n. 75/2017 ribadiscono, nell'ambito del pubblico impiego, la sostanziale sfiducia del legislatore nell'apparato burocratico del Paese (in generale e di chi compone gli Uffici e dei procedimenti disciplinari -U.P.D.- in particolare) che, implicitamente, si era già manifestata nella Legge 11 febbraio 2005, n. 15 di riforma del procedimento amministrato (ossia della L. 7 agosto 1990, n. 241).

Passiamo a vedere questi singoli aspetti nel dettaglio.

## ***2. L'art. 55 quater del D.Lgs. n. 165/2001 e le modifiche introdotte dai decreti Madia. Una norma da ripensare (e superare)***

2.1. Una efficace sintesi di tutti gli aspetti suindicati è rappresentata dalla prima disposizione concepita dalla riforma Madia, ossia l'art. 1 del D.Lgs. n. 116/2016 che ha introdotto alcune modifiche all'art. 55 *quater* del D.Lgs. n. 165/2001.

Tale disposizione prevede (commi 3 *bis* e 3 *ter*) che, in caso di “*falsa attestazione della presenza in servizio, accertata in flagranza ovvero mediante strumenti di sorveglianza o di registrazione degli accessi o delle presenze*” ai sensi dell'art. 55 *quater*, comma 1, lettera a), del D.Lgs. n. 165/2001, la contestazione dell'addebito debba essere contestuale al provvedimento di sospensione cautelare.

In questo modo il legislatore delegato ha imposto all'Amministrazione di promuovere l'azione disciplinare entro le 48 ore dall'avvenuta conoscenza dei fatti e di concluderla entro 30 giorni dalla ricezione da parte del dipendente della contestazione d'addebito. Salvo, poi, aggiungere, che “*La violazione dei suddetti termini, fatta salva l'eventuale responsabilità del dipendente cui essa sia imputabile, non determina la decadenza dall'azione disciplinare né l'invalidità della sanzione irrogata, purché non risulti irrimediabilmente compromesso il diritto di difesa del dipendente e non sia superato il termine per la conclusione del procedimento di cui all'articolo 55-bis, comma 4*”, ossia il termine di 120 giorni dalla contestazione dell'addebito.

L'art. 1 del D.Lgs. n. 116/2016 è norma chiaramente propagandistica, che si limita a considerare il fenomeno dei furbetti del cartellino in modo superficiale, senza immaginare che la condotta della falsa attestazione della presenza in servizio potrebbe anche essere molto più articolata e complessa di quella basica presa in esame dal legislatore e senza valutare il ruolo dell'Autorità giudiziaria (sia quella penale sia quella competente a giudicare le cause di lavoro) sul procedimento/provvedimento disciplinare.

È, in definitiva, norma di cui non si avvertiva l'esigenza, di difficile (se non impossibile) applicazione pratica, e che pone diversi problemi di costituzionalità.

In buona sostanza, l'intero impianto normativo dell'art. 1 del D.Lgs. n. 116/2016 è funzionale alla rappresentazione mediatico/propagandistica secondo la quale il legislatore vuole che i c.d. furbetti del cartellino, entro 32/37 giorni al massimo (2 per la contestazione; altri 30 per la conclusione del procedimento; 5 per l'eventuale istanza di rinvio del termine per l'esercizio del termine a difesa) vengano licenziati ed all'uopo ha messo a disposizione delle pubbliche amministrazioni gli strumenti necessari.

È per questo che il D.Lgs. n. 116/2016 ha introdotto la speciale disciplina di cui all'art. 55 *quater*, comma 3 *ter*, del D.Lgs. n. 165/2001 che riguarda esclusivamente il fenomeno dei furbetti del cartellino, in deroga alla disciplina generale prevista dall'art. 55 *bis* per tutte le altre violazioni di rilevanza disciplinare.

Nel fare questo il legislatore ha, tuttavia, omesso di considerare molte cose.

2.2. Innanzitutto una simile disposizione non sembra coerente e neppure conforme ai principi di uguaglianza e di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.

Non si vede, infatti, perché mai tutte le condotte disciplinarmente rilevanti trovino, indistintamente, la loro disciplina procedimentale nell'art. 55 *bis*, con l'unica eccezione rappresentata dalla sola condotta della "*falsa attestazione della presenza in servizio, accertata in flagranza ovvero mediante strumenti di sorveglianza o di registrazione degli accessi o delle presenze*" prevista dall'art. 55 *quater*.

Detta scelta, già di per sé di dubbia costituzionalità sul piano dei principi di uguaglianza e di ragionevolezza, appare ancor più irragionevole se si considera che l'ordinamento prevede dei termini procedimentali ristrettissimi per una fattispecie specifica come quella suindicata che è assai meno grave di altri possibili comportamenti.

Si pensi, ad esempio, ad un dipendente pubblico che aggredisca o, peggio ancora, uccida un suo collega o un amministratore. Si tratta di un caso sicuramente limite (e che, per fortuna, si verifica molto raramente), ma di gravità certo infinitamente più grave di quello del dipendente

che timbra il cartellino e va a fare la spesa. Eppure al primo si applicherebbero i tempi ordinariamente previsti dall'art. 55 bis sia per la contestazione d'addebiti (30/40 giorni, a seconda che si tratti di un comportamento *ante* o *post* D.Lgs. n. 75/2017, giusta l'art. 22, comma 13) sia per la conclusione del procedimento (120 giorni dalla notizia ovvero dalla contestazione, sempre a seconda che si tratti di un comportamento *ante* o *post* D.Lgs. n. 75/2017), mentre al secondo i termini ristrettissimi (48 ore per la contestazione; 30 giorni per il provvedimento disciplinare) di cui si è detto.

2.3. Altri dubbi di costituzionalità riguardano l'ultima parte dell'art. 55 *quater*, comma 3 *ter* laddove stabilisce che *“La violazione dei suddetti termini, fatta salva l'eventuale responsabilità del dipendente cui essa sia imputabile, non determina la decadenza dall'azione disciplinare né l'invalidità della sanzione irrogata, purché non risulti irrimediabilmente compromesso il diritto di difesa del dipendente e non sia superato il termine per la conclusione del procedimento di cui all'articolo 55-bis, comma 4”*.

In altre parole, ai sensi della norma sopra richiamata, il procedimento si deve concludere entro 30 giorni dalla contestazione dell'addebito.

Ma se non si rispetta detto termine, l'importante è che il procedimento finisca al massimo entro 120 giorni perché la violazione del primo termine non comporterebbe la decadenza dall'esercizio dell'azione disciplinare e neppure invalidità del provvedimento se adottato tra il 31° ed il 120° giorno.

Dunque, ai sensi dell'ultima parte dell'art. 55 *quater*, comma 3 *ter*, lo stesso procedimento prevede due diversi termini per la conclusione del medesimo.

Una simile disposizione pone diversi dubbi di costituzionalità, al di là dell'evidente confusione che la medesima genera negli operatori chiamati ad applicarla.

Infatti, i termini per la conclusione di un procedimento disciplinare sono perentori.

Ciò lo si desume anche dall'art. 55 *bis* (sia nella formulazione prevista dalla riforma Brunetta: vedasi all'uopo i commi 2 e 4; sia nell'attuale versione modificata dal D.Lgs. n. 75/2017: vedasi il comma 9 *ter*).

Orbene, è evidente che non è possibile che vi siano due termini conclusivi perentori del medesimo procedimento.

Lo esclude per prima cosa il buon senso e la logica (e, dunque, l'art. 3 Cost. sotto il profilo del principio di ragionevolezza).

Lo escludono poi i principi ed i criteri direttivi dettati dal comma 1, lettera s), dell'art. 17 della Legge delega n. 124/2015 che, nel delegare il Governo ad introdurre *“norme in materia*

*di responsabilità disciplinare dei pubblici dipendenti*” ha specificato che tali norme devono essere *“finalizzate ad accelerare e rendere concreto e certo nei tempi di espletamento e di conclusione l’esercizio dell’azione disciplinare”*.

Il che pone dei dubbi sulla conformità dell’art. 55 *quater*, comma 3 *ter* anche rispetto all’art. 76 Cost..

Per dare un’interpretazione della disposizione coerente con i principi costituzionali, si dovrebbe, dunque, ritenere che il termine perentorio sia solo il secondo (ossia quello che vieta di superare i 120 giorni previsti dall’art. 55 *bis*, comma 4 per concludere il procedimento) e non il primo (30 giorni).

Ma se così è, non si comprende la conformità a Costituzione (artt. 3 e 97) dell’art. 55 *quater*, comma 3 *ter*, laddove impone di contestare l’addebito entro 48 ore anzichè entro i 30/40 giorni previsti dall’art. 55 *bis*.

Che ragione vi sarebbe, infatti, di prevedere un termine (48 ore) così ristretto per contestare l’addebito se poi il termine ultimo per la conclusione del procedimento (120 giorni) è comunque lo stesso previsto dall’art. 55 *bis*?

E, più in generale, a che cosa serve una simile norma se non a creare confusione e delle inutili difficoltà a chi è preposto all’UPD?

2.4. Le considerazioni che precedono vanno estese anche al termine iniziale per la contestazione d’addebiti sui quali i decreti Madia introducono numerosi elementi di confusione.

L’art. 55 *bis*, comma 9 *ter*, aggiunto dal D.Lgs. n. 75/2017 stabilisce che *“La violazione dei termini e delle disposizioni sul procedimento disciplinare previste dagli articoli da 55 a 55-*quater*, fatta salva l’eventuale responsabilità del dipendente cui essa sia imputabile, non determina la decadenza dall’azione disciplinare né l’invalidità degli atti e della sanzione irrogata, purché non risulti irrimediabilmente compromesso il diritto di difesa del dipendente, e le modalità di esercizio dell’azione disciplinare, anche in ragione della natura degli accertamenti svolti nel caso concreto, risultino comunque compatibili con il principio di tempestività. Fatto salvo quanto previsto dall’articolo 55-*quater*, commi 3-*bis* e 3-*ter*, sono da considerarsi perentori il termine per la contestazione dell’addebito e il termine per la conclusione del procedimento”*.

Tale disposizione, dunque, riconosce la perentorietà di ambedue i termini (sia quello di avvio che quello di conclusione del procedimento).

Non dice, invece, espressamente, che la perentorietà dei termini implica, in caso di violazione, la decadenza dell'azione disciplinare così com'era espressamente previsto dall'art. 55 *bis*, commi 2 e 4, nella versione introdotta dalla riforma Brunetta del 2009.

La decadenza dell'azione disciplinare per violazione del termine perentorio dovrebbe essere una conseguenza implicita ed automatica della perentorietà del termine (e questo sia alla luce dei principi e dei criteri direttivi di cui al comma 1, lettera s, dell'art. 17 della Legge delega n. 124/2015; sia alla luce della giurisprudenza della Corte Costituzionale -28 maggio 1999, n. 197- e della Corte di Cassazione -cfr. Sez. Lav., 15 settembre 2016, n. 18128), originariamente non prevista dallo schema di decreto legislativo ed inserita solo a seguito dei rilievi e delle sollecitazioni del Consiglio di Stato che aveva espresso il suo parere su detto schema (si rinvia, sul punto al §3.5.4.2 dell'Ad. della Commissione Speciale n. 916 del 21 aprile 2017).

Ma l'assenza di una espressa previsione in questo senso, in un articolo che stabilisce che *“La violazione dei termini e delle disposizioni sul procedimento disciplinare previste dagli articoli da 55 a 55-quater, ... non determina la decadenza dall'azione disciplinare né l'invalidità degli atti e della sanzione irrogata”* solamente *“purché non risulti irrimediabilmente compromesso il diritto di difesa del dipendente, e le modalità di esercizio dell'azione disciplinare, anche in ragione della natura degli accertamenti svolti nel caso concreto, risultino comunque compatibili con il principio di tempestività. Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 55-quater, commi 3-bis e 3-ter”*, fa dell'art. 55 *bis*, comma 9 *ter*, una norma con intrinseci elementi di incoerenza e di contraddittorietà, se non di ambiguità, tanto più evidenti se si ha riguardo alla formulazione del successivo art. 55 *quater*, comma 3 *ter*.

L'art. 55 *quater*, comma 3 *ter*, infatti, nell'ultimo periodo, facendo riferimento ai termini ivi previsti per contestare gli addebiti (48 ore) e per concludere il procedimento (30 giorni dalla ricezione della contestazione dell'addebito; nei quali sono inclusi anche i 5 giorni di eventuale differimento del termine per l'esercizio della difesa) stabilisce che *“La violazione dei suddetti termini, ... non determina la decadenza dall'azione disciplinare né l'invalidità della sanzione irrogata, purché non risulti irrimediabilmente compromesso il diritto di difesa del dipendente e non sia superato il termine per la conclusione del procedimento di cui all'articolo 55-bis, comma 4”*.

Dunque l'art. 55 *quater*, comma 3 *ter*, a differenza dell'art. 55 *bis*, comma 9 *ter*, fa riferimento alla decadenza dell'azione disciplinare ma la collega al solo superamento del termine di 120 giorni di cui all'art. 55 *bis*, comma 4, e non anche al termine iniziale di 48 ore e neppure al termine di 30 giorni che, essendo un termine di conclusione, dovrebbe essere pure perentorio.

Si potrebbe ipotizzare di applicare la disposizione contenuta nell'art. 55 *quater*, comma 3 *ter*, estensivamente e per analogia, se non fosse che tale disposizione è una *lex specialis* (derogatoria della disciplina generale di cui all'art. 55 *bis*) e, come tale, non suscettibile di estensione analogica (Cass. Civ., Sez. II, 2 ottobre 2014, n. 20839).

Il che, una volta di più, evidenzia la confusione del legislatore delegato il quale ha privilegiato gli aspetti propagandistici sacrificando ad essi la coerente organicità (pur suscettibile di miglioramenti) della precedente disciplina che, a differenza dei decreti Madia, non presentava situazioni di criticità evidenti di conformità al dettato costituzionale.

2.5. Sempre per restare agli elementi di confusione insiti nell'art. 55 *quater* introdotto dal D.Lgs. n. 116/2016, ne va evidenziato un altro che si desume dal combinato disposto dei commi 3 *bis* e 3 *ter*.

Il D.Lgs. n. 116/2016 ha voluto che, nelle 48 ore, non solo venisse avviata la contestazione d'addebiti (comma 3 *ter*) ma ha previsto anche l'immediata sospensione dal servizio del dipendente c.d. furbetto del cartellino (comma 3 *bis*).

Il comma 3 *bis* attribuisce il potere di sospendere il dipendente sia al "*responsabile della struttura in cui il dipendente lavora*" sia "*ove ne venga a conoscenza per primo*" all' "*ufficio di cui all'articolo 55-bis, comma 4*", ossia all'UPD.

Dimentico, però, del fatto che ai sensi dell'art. 55 *bis*, comma 2, il potere disciplinare spetta all'UPD individuato da ciascuna Amministrazione secondo il proprio ordinamento e secondo la propria organizzazione, il legislatore delegato, al comma 3 *ter* dell'art. 55 *quater*, ha stabilito che "*Con il medesimo provvedimento di sospensione cautelare di cui al comma 3-bis si procede anche alla contestuale contestazione per iscritto dell'addebito e alla convocazione del dipendente dinanzi all'Ufficio di cui all'articolo 55-bis, comma 4*", senza considerare che se la sospensione dovesse essere disposta dal "*responsabile della struttura in cui il dipendente lavora*" siccome prevede il comma 3 *bis*, la contestazione, che deve avvenire contestualmente, sarebbe effettuata da organo del tutto privo di competenza sul piano disciplinare (salvo l'ipotetico caso in cui il "*responsabile della struttura in cui il dipendente lavora*" coincida con il titolare dell'azione disciplinare, in composizione, ovviamente monocratica).

2.6. Le considerazioni che precedono fanno sorgere dei dubbi sulla costituzionalità della disposizione anche con riguardo al principio di buona amministrazione di cui all'art. 97 Cost..

In effetti il termine iniziale (48 ore) previsto dal legislatore della 116/2016 per promuovere l'azione disciplinare nello specifico caso qui in considerazione è termine che, nella migliore delle ipotesi, crea rilevanti difficoltà all'UPD e, nella peggiore, è impossibile da rispettare.

Basti pensare ad un caso come quello che ha riguardato il Comune di Sanremo, in cui sono stati coinvolti a vario titolo 196 dipendenti (di cui 35 sottoposti agli arresti domiciliari): se la riforma Madia fosse stata in vigore all'epoca in cui l'Autorità giudiziaria ha rivelato l'esistenza del procedimento penale, ben difficilmente si sarebbe potuto procedere entro 48 ore alla materiale contestazione degli addebiti nei confronti di un così grande numero di persone.

Ma anche se fosse coinvolta una sola persona, per l'UPD non sarebbe comunque agevole rispettare tale disposizione e questo sia a causa dello scarso coordinamento dell'art. 55 *quater* con l'art. 55 *bis*, sia per la mancata considerazione dell'esistenza di un altro soggetto, l'Autorità giudiziaria (nelle sue diverse articolazioni), che è ovviamente estranea all'UPD ma che, con la sua attività, può condizionare significativamente l'azione disciplinare.

## 2.8. Vediamo il perché.

Innanzitutto, il legislatore con l'art. 55 *quater*, comma 3 *ter*, da un lato, aveva in mente una situazione basica standardizzata, ossia quella del dipendente che, dopo aver timbrato, esce dall'ufficio e va a farsi gli affari suoi (ad esempio: fare la spesa; coltivare l'orto; farsi un giro con la moto da cross o quattro passi con moglie/fidanzata; a casa propria; dedicarsi ai suoi hobby -ad esempio il canottaggio- ovvero ad altra attività lavorativa; farsi accompagnare dalla escort con l'auto di servizio) venendo sorpreso sul fatto da qualche amministratore o dirigente; dall'altro lato, faceva affidamento sulla possibilità che gli strumenti di sorveglianza (telecamere) o di registrazione degli accessi o delle presenze fossero di per sé sufficienti per scoprire il furbetto del cartellino.

Il legislatore, tuttavia, non ha considerato che ben difficilmente un'Amministrazione, sulla base di un solo, singolo, episodio (perché, nel caso del dipendente che viene sorpreso fuori dal posto di lavoro dopo aver timbrato, di un episodio singolo si tratta), procederebbe davvero al licenziamento del dipendente.

Infatti, se l'UPD procedesse indiscriminatamente in questo senso (come forse era nelle intenzioni del legislatore), l'Amministrazione rischierebbe di essere poi sconfessata dal Giudice del lavoro, minando così la sua autorevolezza.

All'uopo si pensi al noto caso del Comune di Sanremo in cui, le infrazioni dell'attestazione dal servizio sono state differenziate (sia dalla Procura che dal Comune), a

seconda del numero degli episodi e della gravità dell'infrazione, sia dall'Autorità giudiziaria penale, sia dallo stesso UPD; ovvero si pensi, a quelle situazioni in cui lo stesso Giudice penale, una volta completata la fase istruttoria, ha disposto l'archiviazione del procedimento penale sui presunti furbetti del cartellino (è ciò che si è verificato, ad esempio, con l'ordinanza di archiviazione del GIP del Tribunale di Imperia in data 28 novembre 2014, emessa quando era in vigore la riforma Brunetta che già aveva introdotto l'art. 55 *quater*, comma 1, lettera a).

Ma si consideri, altresì, l'intrinseca contraddittorietà tra le fattispecie previste dall'art. 55 *quater*, comma 3 *ter*, e quella prevista dalla medesima disposizione al comma 1, lettera b).

Quest'ultima norma prevede il licenziamento per chi resti assente ingiustificato dal servizio per più di 3 giorni in un biennio e di 7 giorni in un decennio. Non prevede il licenziamento per chi resta assente ingiustificato per un giorno soltanto.

Ebbene, non sembra né ragionevole né proporzionato intendere l'art. 55 *quater*, comma 3 *ter* come una norma che consenta il licenziamento del dipendente anche in presenza di un solo episodio di falsa attestazione della presenza in flagranza a fronte di un'altra disposizione, contenuta sempre nell'art. 55 *quater* (al comma 1, lettera b) che esclude il licenziamento per assenza ingiustificata per un intero giorno, richiedendone, invece, almeno tre (in un biennio).

Sotto questo aspetto, l'ipotesi dell' "accertamento in flagranza" appare del tutto irrealistico sul piano pratico (essendo possibili molte giustificazioni) ed il rischio di annullamento da parte del Giudice del lavoro elevato.

Tutto ciò trova conferma nell'ordinanza del Tribunale di Roma, Sez. Lav., n. 29414 del 27 marzo 2018 che ha dichiarato l'illegittimità del licenziamento di una dipendente la quale, dopo aver timbrato, si era recata al bar (omettendo di timbrare il cartellino in uscita), lasciando in ufficio i suoi effetti personali (dal che il giudice ne ha dedotto che l'allontanamento fosse momentaneo), e poi si era infortunata (finendo all'ospedale) mentre stava per rientrare in Comune, inciampando accidentalmente. Per questo unico episodio, il Tribunale ha ritenuto la sanzione del licenziamento sproporzionata, valutazione che il giudice ha ritenuto di poter fare, nonostante *"il legislatore abbia voluto ai fini dell'identificazione della fattispecie disciplinarmente (ed anche penalmente) rilevante dare preponderante rilievo all'elemento oggettivo della timbratura od omessa timbratura del cartellino in entrata ed in uscita che non sia corrispondente alla effettiva presenza in servizio del dipendente"*, avendo la giurisprudenza affermato che *"la tipizzazione legale della sanzione espulsiva operata dall'art 55 quater Dlgs 165/2001 non configura alcun automatismo nell'irrigazione della sanzione, essendo comunque necessario che il Giudice verifichi la legittimità del provvedimento espulsivo procedendo ad un*

*giudizio di proporzionalità della sanzione rispetto all'infrazione (cfr anche Cass. n. 24574/2016 e 24570/2016 )".*

Valutazione di proporzionalità che è stata recentemente ribadita proprio con riferimento ad un caso di applicazione dell'art. 55 *quater* del D.Lgs. n. 165/2001 dall'ordinanza del Tribunale di Savona, Sez. Lav. n. 30 del 3 aprile 2019.

Ma questi non sono gli unici esempi (e ragioni) che dimostrano l'inopportunità di una disciplina come quella introdotta dall'art. 55 *quater*, comma 3 *ter*.

Il fenomeno della falsa attestazione della presenza in servizio è, invero, più complesso di quello immaginato dal legislatore, a conferma del fatto che la realtà è assai più articolata e complessa di quanto si possa pensare.

La "*falsa attestazione della presenza in servizio, mediante l'alterazione dei sistemi di rilevamento della presenza o con altre modalità fraudolente*" di cui al 55 *quater*, comma 1, lettera a), infatti, non riguarda i soli casi in cui un dipendente timbra il suo badge e poi esca dall'ufficio per svolgere attività estranee.

Vi sono altre fattispecie che possono essere ricondotte alla "*falsa attestazione della presenza in servizio ... con altre modalità fraudolente*".

Si pensi, ad esempio, al dipendente che timbra il badge e poi si metta a giocare durante l'orario di servizio con il computer ovvero navighi su siti internet, tra cui facebook (è il caso di cui si è occupata la Sezione lavoro della Suprema Corte nella recente sentenza del 1° febbraio 2019, n. 3133).

Anche in questo caso il dipendente, timbrando il badge d'ingresso, dà l'impressione (come chi entra ed esce per fare la spesa) di essere in servizio mentre invece non lo è perché si dedica ad attività del tutto estranee a quelle alle quali dovrebbe dedicarsi. Ed anzi, questo comportamento, a ben vedere, è più grave di quello del "semplice" e classico furbetto del cartellino.

Il comportamento di quest'ultimo, infatti, è più evidente ed immediatamente rilevabile.

Quello del dipendente pubblico che timbra il proprio cartellino delle presenze dando l'apparenza di essere in servizio e di svolgere le relative funzioni mentre, in realtà, svolge attività di interesse personale e/o privato o comunque estranee alle attività istituzionali cui è invece preposto è modalità fraudolenta più difficile da individuare e rilevare (se uno vede un dipendente in giro per negozi o al mercato in orario di servizio può rilevare il comportamento contrario alla legge con maggiore facilità; ben più difficile è individuare il dipendente che sembra essere sul posto di lavoro, e materialmente lo è, dando così l'impressione di svolgere

attività d'ufficio mentre invece è impegnato a seguire tutt'altre attività che niente hanno a che vedere con le funzioni istituzionali cui è preposto).

A tale proposito va detto che vi sono anche altre situazioni, sempre riconducibili alla fattispecie di cui trattasi, che sono al tempo stesso più articolate/complesse e più gravi.

Si pensi, ad esempio, al caso verificatosi in un'Amministrazione in cui si venga casualmente a scoprire che un dipendente ha scritto sul computer del suo ufficio durante l'orario di lavoro (e per circa 24 ore complessive) numerosi files (in tutto 13, alcuni dei quali modificati più volte nel corso di diversi giorni) contenenti per lo più interrogazioni ed interpellanze nell'interesse di forze politiche di opposizione alla maggioranza di Governo in carica ed esposti/denunce inviate alla Procura della Repubblica o alla Procure regionale della Corte dei Conti alcune delle quali redatte sempre nell'interesse delle forze politiche di opposizione, altre sotto mentite spoglie utilizzando nomi di fantasia ai quali non corrispondeva alcuna persona fisica ovvero nomi di associazioni private e di persone fisiche vere che però erano del tutto estranee ed inconsapevoli dell'uso illecito del proprio nome e di quello dell'associazione, altre ancora nell'apparente interesse di un'organizzazione sindacale di cui il dipendente era un esponente locale.

In effetti, tra gli strumenti che rilevano la presenza del dipendente non ci sono solo le apparecchiature per la timbratura del badge, ma gli stessi computer che registrano i metadati fornendo tutta una serie di elementi che sono utili per ricostruire l'orario in cui il dipendente si è dedicato ad attività estranee al servizio.

Ebbene, nonostante si trattasse di numerosi documenti, trovati sul computer del dipendente, lavorati più volte per quasi 24 ore complessive in un arco di tempo compreso in circa due anni e nonostante il dipendente stesso (nel frattempo licenziato) avesse riconosciuto nel corso del giudizio Fornero, in almeno un caso, di aver redatto uno dei documenti ed un esponente politico di opposizione (uno di quelli nel cui interesse venivano erano stati redatti alcuni degli esposti/denunce e le interrogazioni) sentito nel corso del giudizio, avesse ammesso (quanto meno) di avvalersi del dipendente per farsi correggere i documenti (tra i quali ha riconosciuto quelli trovati sul computer i quali, però, dai metadati risultavano essere stati redatti dal dipendente stesso), il Giudice ha accolto il ricorso e reintegrato in servizio il dipendente sul presupposto che, sebbene vi fosse il sospetto che il dipendente non si fosse limitato a consultare i documenti (che, in un caso almeno, come detto, il dipendente aveva riconosciuto di aver concorso a redigere, non fosse altro che per il fatto che si trattava di appunti difensivi in un altro procedimento penale che lo riguardava direttamente), non vi sarebbero state prove idonee a sostenere pienamente il punto di vista probatorio dell'Amministrazione.

2.9. Dalle considerazioni che precedono è agevole desumere che l'ipotesi della "flagranza" del comportamento di cui all'art. 55 *quater*, commi 1, lettera a) e 3 *ter* dal quale ne derivi il licenziamento del dipendente, è assai difficile che si verifichi davvero in concreto.

E lo stesso vale anche per l'ipotesi della "*falsa attestazione della presenza in servizio, accertata ... mediante strumenti di sorveglianza o di registrazione degli accessi o delle presenze*": come si è avuto modo di vedere nel procedimento conclusosi con la citata ordinanza di archiviazione del GIP del Tribunale di Imperia in data 28 novembre 2014, persino le registrazioni eseguite dalla polizia giudiziaria non sono sempre di per sé decisive per provare il comportamento fraudolento del dipendente.

A maggior ragione, è ben difficile che un Ente, sulla base dei soli "*strumenti di sorveglianza o di registrazione degli accessi o delle presenze*" a sua disposizione e senza il supporto di contributi della polizia giudiziaria e dell'Autorità giudiziaria (penale) sia in condizione di contestare al dipendente le infrazioni di cui all'art. 55 *quater*, commi 1, lettera a) e 3 *ter*.

Per simili infrazioni è dunque pressoché insostituibile l'opera delle Procure e degli organi di polizia giudiziaria nonché l'acquisizione da parte dell'Amministrazione degli atti di indagine.

Il che pone altre problematiche che il legislatore ha completamente ignorato ma che nella gestione pratica di un procedimento disciplinare si pongono e creano notevoli difficoltà sia di interpretazione (e, dunque, di applicazione) delle norme sia di materiale gestione del procedimento.

2.10. Un primo problema è dato dall'applicabilità (o meno) dell'art. 55 *quater*, comma 3 *ter*, all'ipotesi in cui l'infrazione di cui al precedente comma 1 lettera a) (il furbetto del cartellino, per intenderci) sia desumibile solo dagli atti di indagine di una Procura della Repubblica sui dipendenti di un'Amministrazione.

La norma non affronta il problema.

Dal suo tenore sembrerebbe che sia l'ipotesi della flagranza che quella dell'accertamento mediante strumenti di sorveglianza o di registrazione degli accessi o delle presenze, sia riferibile soltanto all'attività dell'Amministrazione e non a quella di indagine di una Procura.

Per i casi, tipo quello di Sanremo, in cui le infrazioni sono desumibili solo dagli atti di indagine di una Procura, si dovrebbe, dunque, applicare la procedura ordinaria (di cui all'art. 55 *bis*) e non quella "accelerata" di cui all'art. 55 *quater*, comma 3 *ter*.

Sennonché, un comprensibile criterio di prudenza (tanto maggiore se si considerano tutte le disposizioni introdotte proprio dal D.Lgs. n. 75/2017 che minacciano sanzioni, anche molto gravi, ai componenti degli UPD che violino le norme disciplinari), induce, di norma e per scrupolo, l'Amministrazione ad applicare l'art. 55 *quater*, comma 3 *ter* anche nei casi in cui i furbetti del cartellino emergano solo dalle indagini della Magistratura e della polizia giudiziaria.

Questi sono gli effetti di una norma (l'art. 55 *quater*, comma 3 *ter*) che, per finalità propagandistiche, ha introdotto elementi che non solo, come detto, pongono dei problemi di costituzionalità, ma anche di grave confusione rispetto ad una procedura ordinaria introdotta dal D.Lgs. n. 150/2009 che sarebbe stato opportuno mantenere così com'era.

Del resto, se per ipotesi estremamente gravi (e per fortuna estremamente rare, come quella di un dipendente che tenti di uccidere o, peggio ancora, che uccida un/una collega com'è avvenuto, ad esempio, a Lerici il 5 maggio 2003; ovvero meno rare, come i casi di corruzione/concussione) i tempi del procedimento disciplinare sono quelli ordinari dell'art. 55 *bis*, i medesimi potevano essere tranquillamente mantenuti anche per le fattispecie di cui all'art. 55 *quater* come aveva previsto la riforma Brunetta del 2009, senza creare inutili (e gravi) problemi interpretativi e di gestione del procedimento in capo all'UPD, con il rischio di commettere errori procedurali che non è affatto sicuro possano essere davvero messi al riparo dalle disposizioni (dell'art. 55 *bis*, comma 9 *ter* e dell'art. 55 *quater*, comma 3 *ter*) che intendono escludere effetti decadenziali in caso di violazione dei termini e di norme procedurali.

2.11. Un secondo problema è dato dalla mancata considerazione, da parte del legislatore, di norme di coordinamento tra UPD e Autorità giudiziaria (penale).

È noto che l'ordinamento conosce diverse disposizioni che prevedono che l'Autorità giudiziaria (penale), ovvero le sue articolazioni amministrative, comunichino alle Amministrazioni l'esistenza di procedimenti penali a carico di propri dipendenti (è il caso dell'art. 129 delle disposizioni attuative del c.p.p. ai sensi del quale il Pubblico Ministero, quando esercita l'azione penale nei confronti di un impiegato dello Stato o di altro ente pubblico, informa l'autorità da cui l'impiegato dipende, dando notizia dell'imputazione) ovvero di sentenze penali pronunciate sempre nei confronti di dipendenti pubblici (si veda l'art. 70 del D.Lgs. n. 150/2009 che ha introdotto l'articolo 154-bis del D.Lgs. 28 luglio 1989, n. 271 ai sensi 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).

Ciò non di meno non è infrequente che le Amministrazioni vengano altrimenti (e casualmente) a conoscenza (da articoli di stampa; o da istruttorie eseguite per controdedurre ad un ricorso promosso da un dipendente) dell'esistenza di procedimenti penali che coinvolgono propri dipendenti.

Questo accade anche per i casi di cui all'art. 55 *quater*.

Con l'aggravante che le Amministrazioni, per questa specifica fattispecie, devono darsi carico se procedere o meno entro le 48 ore.

Ulteriore problema: decorrenza da quando?

La questione si pone perché l'art. 22, comma 13, del D.Lgs. n. 75/2017 distingue le infrazioni commesse prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo (22 giugno 2017) da quelle commesse successivamente, distinguendo conseguentemente, anche la disciplina procedimentale (e sostanziale) applicabile: solo le infrazioni commesse dopo il 22 giugno 2017 sono disciplinate dalle nuove disposizioni introdotte dal D.Lgs. n. 75/2017; per le altre, anche se scoperte dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 75/2017, si continuano ad applicare le norme precedentemente in vigore.

Può così accadere che la disciplina del *dies a quo* della contestazione d'addebiti sia diversa a seconda che il comportamento sia anteriore o successivo all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 75/2017.

Orbene, l'art. 55 *bis*, nella formulazione introdotta dalla riforma Brunetta (cfr. i commi 2 e 4), faceva riferimento alla conoscenza della "*notizia dell'infrazione*", mentre l'art. 55 *bis* nell'attuale formulazione, la disposizione fa riferimento alla "*piena conoscenza*" dei fatti ritenuti di rilevanza disciplinare.

Di queste problematiche che concernono essenzialmente l'attività e le competenze dell'UPD, l'Autorità giudiziaria penale e gli organi di polizia giudiziaria (comprensibilmente, visto che la materia disciplinare non rientra nel loro normale ambito di azione) non hanno, spesso, cognizione.

Può così accadere (come in effetti è avvenuto in un Comune che in due anni è stato interessato da due procedimenti penali che hanno coinvolto, rispettivamente, uno e due dipendenti) che un'Amministrazione venga a sapere dagli organi di stampa dell'esistenza di un procedimento penale a carico di presunti furbetti del cartellino solo perché l'Autorità giudiziaria ha tenuto una conferenza stampa a conclusione delle indagini.

In tali situazioni è chiara l'inadeguatezza del termine di 48 ore per procedere alla immediata contestazione d'addebiti (soprattutto nei casi di comportamenti illeciti *ante* D.Lgs. n. 75/2017 per i quali, come detto, occorre avere riguardo alla "*notizia dell'infrazione*" non

essendo richiesta in allora la “*piena conoscenza*” dei fatti; ma non sono infrequenti i casi in cui, per prudenza, si cerca, se possibile, di rispettare comunque le 48 ore anche per le infrazioni *post* D.Lgs. n. 75/2017): l’Amministrazione, infatti, non ha a disposizione gli atti di indagine che deve comunque acquisire dall’Autorità giudiziaria, il che rende difficile (se non impossibile) procedere in 48 ore ad una contestazione d’addebiti che presuppone, invece, la cognizione del fatto da contestare.

Peggio ancora (com’è avvenuto nei casi cui ho fatto cenno poc’anzi) se la conferenza stampa dell’Autorità giudiziaria è avvenuta di sabato, non essendo prevista dal decreto Madia una sospensione delle 48 ore nei giorni festivi.

Tutti problemi che, naturalmente, si sarebbero potuti facilmente evitare se il legislatore, con il D.Lgs. n. 116/2016, non avesse improvvidamente inserito l’art. 55 *quater*, comma 3 *ter* ed avesse mantenuto, anche per le fattispecie di cui all’art. 55 *quater*, comma 1, il termine ordinario di contestazione previsto dall’art. 55 *bis* (comma 4).

2.12. Stante ciò, è auspicabile che il legislatore riveda profondamente l’art. 55 *quater* (ed anche l’art. 55 *bis*), eliminandone i profili che lo rendono di dubbia legittimità costituzionale sotto diversi profili e superando gli aspetti che, lungi dall’essere davvero utili, anche rispetto alle finalità sottese alla riforma, costituiscono solo un inutile aggravio dell’azione disciplinare che potrebbe persino incidere sul regolare esercizio della funzione medesima.

All’uopo vale la pena ricordare che già la Commissione Speciale del Consiglio di Stato, nel rendere il parere (n. 916 del 21 aprile 2017) sullo schema di decreto legislativo, aveva rappresentato (con poca fortuna, peraltro) al legislatore delegato che alcune disposizioni del decreto acuivano “*il rischio della “fuga” dall’assunzione di una così delicata funzione (l’esercizio dell’azione disciplinare) o, ancora, quello di un esercizio rispettoso esclusivamente dell’elemento formalistico, senza alcun miglioramento del complessivo standard di rendimento del pubblico dipendente*”.

Se il primo dei due rischi non è facile a verificarsi (più che altro per il fatto che colui al quale viene attribuito il potere disciplinare difficilmente può sottrarsi all’esercizio delle relative funzioni assegnate, rientrando nei poteri dell’ “organo politico” assegnare gli incarichi: si veda, ad esempio, l’art. 50 del D.Lgs. n. 267/2000), il secondo dei due rischi è sicuramente reale ed attendibile.

### **3. I decreti Madia e le norme con finalità (in tutto o in parte) di propaganda**

Passiamo ad altre norme aventi (anche; ed in alcuni caso, solo) un contenuto e/o una funzione propagandistica.

3.1. Una funzione di propaganda è insita nelle modifiche introdotte dai decreti Madia nell'art. 55 *quater* di cui si è già detto.

Basti pensare all'art. 55 *quater*, comma 3 *ter* che ha fissato in 30 giorni il termine per concludere il procedimento per evidenziare che il legislatore ha come primario obiettivo quello di combattere con immediatezza e severità il fenomeno dei furbetti del cartellino al punto di adottare una disciplina speciale distinta da quella (dell'art. 55 *bis*) applicabile a tutti gli altri tipi di infrazione e di comportamento disciplinarmente rilevanti. Salvo poi aggiungere, contraddittoriamente, che la decadenza dall'azione disciplinare consegue al superamento del termine per la conclusione del procedimento di 120 giorni di cui all'articolo 55-bis, comma 4.

3.2. Un'altra disposizione con funzione di propaganda è l'art. 55 *quinquies*, comma 3 bis, del D.Lgs. n. 165/2001 introdotto dal D.Lgs. n. 75/2017: *“Fermo restando quanto previsto dall'articolo 55-quater, comma 1, lettere a) e b), i contratti collettivi nazionali individuano le condotte e fissano le corrispondenti sanzioni disciplinari con riferimento alle ipotesi di ripetute e ingiustificate assenze dal servizio in continuità con le giornate festive e di riposo settimanale, nonché con riferimento ai casi di ingiustificate assenze collettive in determinati periodi nei quali è necessario assicurare continuità nell'erogazione dei servizi all'utenza”*.

Si tratta di una disposizione che, nella prima parte, ha inteso dare una risposta (del tutto apparente) a fenomeni di assenteismo collettivo come quello che ha interessato la Città di Roma il 31 dicembre 2014 allorchè qualche centinaio di agenti di polizia municipale si è assentato contemporaneamente per malattia.

La natura propagandistica della disposizione è di per sé evidente.

Innanzitutto, senza un adeguato supporto dell'Autorità giudiziaria penale (pedinamenti; intercettazioni ambientali ecc.), è pressoché impossibile dimostrare questo genere di infrazioni di carattere, per così dire, collettivo.

Certamente non ci si può attendere che simili infrazioni siano denunciate dai medici, non fosse altro che per il fatto che ne risponderebbero a loro volta ai sensi dell'art. 55 *quinquies*, comma 1 (già introdotto dal D.Lgs. n. 150/2009): all'uopo si rinvia, a mero titolo di esempio, al decreto di archiviazione del G.I.P. del Tribunale di Imperia del 28 marzo 2018 (relativamente al quale va osservato che, di fronte ad un medico che durante il periodo di malattia o di permesso retribuito per assistere un congiunto malato svolgeva presso il suo studio medico privato visite

specialistiche a numerosi pazienti, oltre a valutare l'ipotesi della giustificazione dell'assenza dal servizio mediante una certificazione medica falsa si sarebbe potuto esplorare anche l'ipotesi, prevista sempre dall'art. 55 *quater*, comma 1, lettera a, e dall'art. 55 *quinqüies*, comma 1, della falsa attestazione di uno stato di malattia per il quale pure è previsto il licenziamento disciplinare e la sanzione penale: in effetti, se un medico è in grado di esercitare l'attività libero professionale c.d. *extra moenia* durante lo stato di malattia dovrebbe essere anche in grado di lavorare per l'Amministrazione cui appartiene per cui qualche dubbio sull'effettiva consistenza ed esistenza della malattia potrebbe legittimamente sorgere).

In secondo luogo, le norme esistenti già consentivano di perseguire simili comportamenti illeciti e fraudolenti.

In particolare potevano operare le disposizioni di cui all'art. 55 *quater*, comma 1, lettera a (furbetto del cartellino; certificazione medica falsa o falsa attestazione di malattia) ovvero le più generali disposizioni di cui agli artt. 2104, 2105 e 2106 c.c. (quest'ultimo richiamato dall'art. 55, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001).

In terzo luogo, i CCNL dei diversi comparti del pubblico impiego avrebbero già potuto prevedere una simile ipotesi senza dover prevedere un'apposita disposizione normativa.

Sarebbe stato sufficiente, in altre parole, che il Governo desse delle indicazioni di indirizzo in tale senso all'ARAN secondo le modalità stabilite dall'art. 41 del D.Lgs. n. 165/2001.

Ciò a maggior ragione se si considera che l'art. 55 *quinqüies*, comma 3 *bis*, non vincolava le parti sociali a trovare un accordo su questa specifica fattispecie.

A conferma di tutto ciò vale la pena avere riguardo a come i CCNL hanno applicato tale disposizione.

All'uopo vengono in rilievo l'art. 59, comma 8, lettera g), del CCNL 21 maggio 2018 del CCNL del comparto funzioni locali e lo speculare art. 66, comma 8, lettera g) del CCNL 21 maggio 2018 del comparto sanità che prevedono la sanzione disciplinare della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da 11 giorni fino ad un massimo di 6 mesi in caso di "*ingiustificate assenze collettive nei periodi in cui è necessario assicurare continuità nell'erogazione di servizi all'utenza*".

Il che conferma la natura propagandistica dell'art. 55 *quinqüies*, comma 3 *bis* (e l'intrinseca illogicità delle disposizioni dei CCNL che ne costituiscono la "teorica" applicazione) e l'assenza di coerenti azioni di indirizzo del Governo verso l'ARAN: è, infatti, evidente che le ingiustificate assenze collettive non solo presuppongono un accordo a monte tra più dipendenti ma sono comportamenti che pregiudicano maggiormente l'erogazione del

servizio pubblico rispetto ad una semplice assenza individuale. Ciò nonostante, del tutto illogicamente, per una fattispecie di maggiore gravità, sebbene più difficile da dimostrare, il CCNL (per un evidente accordo al ribasso con le organizzazioni sindacali, analogo a quello che la riforma Brunetta aveva inteso superare con l'art. 55 *quater* originario) prevede solamente una sanzione da 11 giorni a 6 mesi al massimo; mentre per quella del c.d. furbetto del cartellino l'art. 55 *quater*, comma 1, lettera a) prevede il licenziamento senza preavviso.

Passando, invece, alla disposizione, sempre dell'art. 55 *quinquies*, comma 3 bis, secondo cui “... *i contratti collettivi nazionali individuano le condotte e fissano le corrispondenti sanzioni disciplinari con riferimento alle ipotesi di ripetute e ingiustificate assenze dal servizio in continuità con le giornate festive e di riposo settimanale...*” è difficile pensare che simili comportamenti possano essere scoperti e contestati senza l'ausilio dell'Autorità giudiziaria penale.

3.3. Quando i due decreti legislativi Madia sono stati promulgati, era invalsa l'idea che le nuove disposizioni avrebbero velocizzato i procedimenti disciplinari.

Questo in generale, non solo con riguardo alle fattispecie di cui all'art. 55 *quater*.

Ciò anche in considerazione del fatto che l'art. 17, comma 1, lettera s), della Legge delega n. 124/2015 attribuiva al Governo il potere di introdurre “*norme in materia di responsabilità disciplinare dei pubblici dipendenti finalizzate ad accelerare e rendere concreto e certo nei tempi di espletamento e di conclusione l'esercizio dell'azione disciplinare*”.

Anche questa rappresentazione della riforma Madia è sostanzialmente propagandistica in quanto, salvo uno/due casi, i decreti legislativi hanno allungato, e non accelerato, i tempi procedurali.

Dell'art. 55 *quater*, comma 3 *ter*, si è già detto: apparentemente i termini sono stati ridotti a 48 ore (per la contestazione d'addebiti) ed a 30 giorni per la conclusione del procedimento per le ipotesi di cui all'art. 55 *quater*, commi 3 *bis* e 3 *ter* [che disciplinano i procedimenti che concernono i casi di cui all'art. 55 *quater*, comma 1, lettera a), prima parte, ossia la falsa attestazione della presenza in servizio accertata in flagranza, d), e), f) accertate in flagranza].

In realtà (e ferme restando le considerazioni che precedono), poichè la decadenza dell'azione disciplinare sembrerebbe essere prevista solo per l'ipotesi di superamento del termine di conclusione del procedimento di cui all'art. 55 *bis*, comma 4, ecco che l'accelerazione procedimentale si rivela essere solo apparente (limitandosi alle 48 ore della contestazione d'addebiti).

Ma anche i termini che regolano in generale il procedimento sono stati allungati (e non abbreviati), eccezion fatta per uno (che, peraltro, sarebbe stato opportuno mantenere nell'originaria formulazione).

All'uopo si consideri che:

- il Responsabile della struttura comunica all'UPD entro 10 giorni i fatti ritenuti rilevanza disciplinare: dunque il numero dei giorni passa da 5 (ex art. 55 *bis*, comma 3) a 10 (attuale art. 55 *bis*, comma 4);

- non si parla più di notizia di comportamenti (ex art. 55 *bis*, comma 3) ma di fatti ritenuti di rilevanza disciplinare (attuale art. 55 *bis*, comma 4 dove viene poi specificato che dei fatti si debba avere piena conoscenza, il che implica, in genere uno slittamento dei termini);

- a seguito della riforma Madia:

- la contestazione dell'addebito deve avvenire con immediatezza e comunque non oltre 30 giorni decorrenti dalla segnalazione del responsabile della struttura ovvero dal momento in cui l'UPD abbia avuto altrimenti piena conoscenza dei fatti ritenuti di rilevanza disciplinare; La convocazione in contraddittorio a difesa deve avvenire con un preavviso di almeno 20 giorni dalla contestazione;

- la conclusione del procedimento deve avvenire entro 120 giorni dalla contestazione dell'addebito dalla ricezione della contestazione dell'addebito.

Rispetto alla riforma Brunetta del 2009, dunque, i decreti Madia hanno in generale allungato ed in un caso soltanto li hanno abbreviati in quanto:

- per le infrazioni minori (sotto gli 11 giorni di sospensione) aumentano sia i giorni per la contestazione (da 20 a 30 giorni), sia i giorni per la convocazione in contraddittorio (da 10 a 20 giorni), sia i giorni per la chiusura del procedimento (da 60 a 120 giorni);

- per le altre infrazioni (da 11 giorni di sospensione dal servizio e dalla retribuzione in su fino al licenziamento) diminuiscono i giorni per la contestazione (da 40 a 30 giorni: riguardando le fattispecie più gravi e complesse questo è l'unico termine che sarebbe stato preferibile mantenere com'era), mentre rimane invariato il termine per la convocazione in contraddittorio (almeno 20 giorni) ed aumentano i giorni per la chiusura del procedimento (da 120 giorni dalla data di prima acquisizione della notizia dell'infrazione anche da parte del responsabile della struttura si passa a 120 giorni dalla contestazione dell'addebito).

Dunque, eccezion fatta per le situazioni suindicate in cui i tempi procedurali sono stati abbreviati, non è vero che i decreti legislativi n. 116/2016 e n. 75/2017 abbiano accelerato i tempi.

3.4. Tra le norme propagandistiche ne va annoverata, poi, una che, a dire il vero, non è stata originariamente introdotta dalla riforma Madia bensì dalla riforma Brunetta.

Si tratta dell'art. 55 *sexies*, comma 3.

L'art. 69 del D.Lgs. n. 150/2009, nell'introdurre tale disposizione, aveva stabilito 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”*.

L'art. 17 del D.Lgs. n. 75/2017 ha così sostituito la disposizione suddetta: *“Il mancato esercizio o la decadenza dall'azione disciplinare, dovuti all'omissione o al ritardo, senza giustificato motivo, degli atti del procedimento disciplinare, inclusa la segnalazione di cui all'articolo 55-bis, comma 4, ovvero a valutazioni manifestamente irragionevoli di insussistenza dell'illecito in relazione a condotte aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare, comporta, per i soggetti responsabili, l'applicazione della sospensione dal servizio fino a un massimo di tre mesi, salva la maggiore sanzione del licenziamento prevista nei casi di cui all'articolo 55-quater, comma 1, lettera f-ter), e comma 3-quinquies. Tale condotta, per il personale con qualifica dirigenziale o titolare di funzioni o incarichi dirigenziali, è valutata anche ai fini della responsabilità di cui all'articolo 21 del presente decreto. Ogni amministrazione individua preventivamente il titolare dell'azione disciplinare per le infrazioni di cui al presente comma commesse da soggetti responsabili dell'ufficio di cui all'articolo 55-bis, comma 4”*.

Apparentemente la norma appare particolarmente rigorosa e foriera di possibili, gravissime conseguenze per i componenti dell'UPD: nei casi più gravi, infatti, è possibile procedere anche al loro licenziamento, fattispecie specificamente introdotta (dal D.Lgs. n. 75/2017) dall'art. 55-quater, comma 1, lettera f-ter e, comunque, già prevista (dal D.Lgs. n. 116/2016) dall'art. 55 quater, comma 3-quinquies.

Ma, a ben vedere, a parte il caso del mancato esercizio o della decadenza dall'azione disciplinare, dovuti all'omissione o al ritardo, senza giustificato motivo, per sterilizzare le gravi conseguenze suindicate è sufficiente irrogare una sanzione, anche minima.

La disposizione in questione, infatti, sanziona gravemente solo le “*valutazioni manifestamente irragionevoli di insussistenza dell'illecito in relazione a condotte aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare*”, e non è, dunque, applicabile nel diverso caso in cui l'UPD abbia considerato sussistente l'illecito disciplinare ma lo abbia ritenuto non di gravità tale da meritare la sanzione massima del licenziamento.

In questo modo sarebbe dunque possibile per i componenti dell'UPD evitare le gravissime sanzioni previste dall'art. 55-*quater*, comma 1, lettera *f-ter* e dall'art. 55 *quater*, comma 3-*quinquies* anche senza licenziare dipendenti pubblici pur in presenza di comportamenti per i quali il legislatore stesso ha previsto espressamente la sanzione massima e questo anche quando la decisione sia manifestamente irragionevole (magari perché contraria addirittura alla legge: si pensi ai comportamenti di cui all'art. 55 *quater*; ma si pensi, altresì, ad altre ipotesi come quella di cui all'art. 1, comma 61, della L. n. 662/1996 in relazione alla violazione delle disposizioni di cui all'art. 53 del D.Lgs. n. 165/2001 che, al comma 1, richiama gli artt. 1, commi 57 e ss, della L. n. 662/1996).

Eventualità questa facilitata anche dal fatto che:

- sono ben poche le Amministrazioni che abbiano davvero “*individuato preventivamente il titolare dell'azione disciplinare per le infrazioni di cui al presente comma commesse da soggetti responsabili dell'ufficio di cui all'articolo 55-bis, comma 4*” (ossia l'UPD, in diversa composizione ovviamente, che deve giudicare le infrazioni che dovessero essere eventualmente commesse dai componenti dell'UPD) così come prescritto dall'ultimo periodo della norma qui in considerazione;

- tale disposizione non prevede alcuna sanzione per le Amministrazioni che non ottemperino ad essa (e tanto meno prevede un UPD in grado di agire in sostituzione dell'Amministrazione inadempiente): anche questo fa dell'art. 55 *sexies*, comma 3 una disposizione sostanzialmente propagandistica ma di scarsa efficacia ed impatto reale.

3.5. Le riflessioni di cui al § 5 mi inducono a fare una digressione su un'altra delle disposizioni del D.Lgs. n. 75/2017 e, segnatamente, quella dell'art. 21 che ha inserito il comma 2 bis dell'art. 63 del D.Lgs. n. 165/2001.

Come detto, è possibile che l'UPD, per le ragioni più diverse (dolosa volontà di favorire il dipendente sottoposto a procedimento disciplinare; mancata cognizione delle disposizioni

applicabili alle diverse fattispecie, ecc.), ometta di licenziare il dipendente anche quando ne sussistono i presupposti di legge.

Poc' anzi ho richiamato le ipotesi di cui all'art. 55 *quater* del D.Lgs. n. 165/2001 e di cui all'art. 1, comma 61, della L. n. 662/1996.

Ipotizziamo adesso che, per qualche oscura ragione il dipendente "graziato" impugni comunque la sanzione disciplinare, nel convincimento di non meritare neppure la sanzione più lieve che l'UPD abbia erroneamente irrogato.

Ebbene, il comma 2 *bis* dell'art. 63 introdotto dal D.Lgs. n. 75/2017, prevede che il Giudice del lavoro, a seguito dell'annullamento della sanzione disciplinare per difetto di proporzionalità, possa "*rideterminare la sanzione, in applicazione delle disposizioni normative e contrattuali vigenti, tenendo conto della gravità del comportamento e dello specifico interesse pubblico violato*"

Così come è formulato, l'art. 63, comma 2 *bis*, dunque, consente, di fatto, al medesimo Giudice di applicare al dipendente anche una sanzione più grave di quella materialmente irrogata, in concreto, dall'UPD.

Ed invero, essendo il Giudice vincolato a dare esecuzione alle norme di legge, non potrebbe certo esimersi dall'applicare, per esempio, l'art. 55 *quater* del D.Lgs. n. 165/2001 ovvero l'art. 1, comma 61, della L. n. 662/1996 qualora le sanzioni ivi previste non fossero state applicate dall'UPD.

A ciò si aggiunga che l'art. 63, comma 2 *bis*, dando la possibilità al Giudice del lavoro di annullare la sanzione disciplinare per difetto di proporzionalità e di "*rideterminare la sanzione, in applicazione delle disposizioni normative e contrattuali vigenti, tenendo conto della gravità del comportamento e dello specifico interesse pubblico violato*", non prevede alcun divieto di *reformatio in peius* della sanzione originaria. La norma di legge, infatti, impone comunque l'applicazione della medesima anche in caso di applicazione sbagliata da parte dell'UPD.

In conclusione, il potere di rideterminazione affidato al Giudice del lavoro, dovrebbe essere inteso in senso bi-direzionale e non in senso uni-direzionale.

Semmai anche per l'art. 63, comma 2 *bis*, si potrebbero porre dei dubbi di legittimità costituzionale in relazione al principio della separazione dei poteri ed al principio secondo cui il Giudice non compie atti di amministrazione attiva e non si sostituisce all'Amministrazione nelle valutazioni di merito.

Qui viene in rilievo, in particolare, la conformità della norma suddetta rispetto all'art. 97 Cost. comma 2 (*I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge in modo che siano assicurati il buon andamento e la imparzialità dell'amministrazione*) e comma 3

*(Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari).*

#### **4. I decreti Madia e la mancanza di fiducia verso gli organi di gestione**

4.1. Come detto, i decreti Madia n. 116/2016 e n. 75/2017 sono espressione di una sostanziale sfiducia nei confronti degli organi di gestione (“dimenticando” però di considerare il ruolo degli organi politici nei procedimenti disciplinari).

In altre parole, i decreti Madia certificano la sostanziale sfiducia del legislatore nell'apparato burocratico del Paese (nonché dello strumento del CCNL e del momento della contrattazione), che non viene considerato in grado di applicare adeguatamente e/o correttamente le norme e gli strumenti a disposizione in materia disciplinare e di irrogare quindi, sanzioni coerenti con le aspettative del legislatore.

In parte tale sfiducia era già stata manifestata dal legislatore nella riforma Brunetta del 2009 mediante l'introduzione dell'art. 55 *quater* che non solo aveva inteso superare diverse disposizioni dei CCNL da poco entrate in vigore e ritenute dal legislatore poco severe rispetto alla gravità dei comportamenti, ma aveva anche voluto cristallizzare le nuove disposizioni che vanno dall'art. 55 all'art. 55 *octies* riconoscendone la natura imperativa (e, dunque, l'immodificabilità delle medesime da parte dei successivi CCNL, con conseguente sterilizzazione dell'art. 2, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001).

Con i decreti Madia questa tendenza è stata ancor più accentuata.

Basti vedere il contenuto delle disposizioni introdotte dal D.Lgs. n. 116/2016 e dal D.Lgs. n. 75/2017 ed anche la tecnica legislativa utilizzata nei due decreti.

4.2. Si veda, innanzitutto l'art. 55 *bis*, comma 9 *ter* di cui si è già avuto modo di riferire e che così recita:

*“La violazione dei termini e delle disposizioni sul procedimento disciplinare previste dagli articoli da 55 a 55-quater, fatta salva l'eventuale responsabilità del dipendente cui essa sia imputabile, non determina la decadenza dall'azione disciplinare né l'invalidità degli atti e della sanzione irrogata, purché non risulti irrimediabilmente compromesso il diritto di difesa del dipendente, e le modalità di esercizio dell'azione disciplinare, anche in ragione della natura degli accertamenti svolti nel caso concreto, risultino comunque compatibili con il principio di tempestività. Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 55-quater, commi 3-bis e 3-ter, sono da*

*considerarsi perentori il termine per la contestazione dell'addebito e il termine per la conclusione del procedimento”.*

I decreti Madia hanno inserito disposizioni analoghe anche in un'altra disposizione, l'art. 55 *quater*, comma 3 *ter* (ed anche nel precedente comma 3 *bis*), di cui si è già trattato.

Da tale disposizione si evince chiaramente che il legislatore dubita che gli UPD siano generalmente in condizione/capaci di svolgere le proprie funzioni nel pieno rispetto delle regole e di evitare vizi procedurali.

Ed invero, se così non fosse, che senso avrebbe l'inserimento di una norma come quella sopra richiamata che, quanto meno, cerca (senza, peraltro, essere sicura di riuscire nell'intento) di salvare sempre e comunque il procedimento e le sanzioni irrogate?

4.3. L'art. 55 *bis*, comma 9 *ter* è norma, oltretutto, intrinsecamente contraddittoria ed illogica in quanto, se davvero qualsiasi vizio procedimentale (fatta salva, forse, la violazione dei termini perentori, relativamente alla quale si rinvia alle considerazioni già svolte) non dovesse/potesse mai determinare la decadenza dall'azione disciplinare e/o l'invalidità degli atti e della sanzione irrogata, perché mai il legislatore delegato ha avvertito l'esigenza e l'urgenza di specificare in questa stessa disposizione (e di ribadire ulteriormente il concetto in molte altre norme, sparse un po' in tutte le disposizioni dei decreti legislativi) che è comunque *“fatta salva l'eventuale responsabilità del dipendente cui essa sia imputabile”?*

È, infatti, evidente che, senza decadenze e senza invalidità di atti e sanzioni, nessun dipendente potrebbe/dovrebbe essere responsabile di alcunchè (a dimostrazione del fatto che neppure il legislatore delegato è certo che questa disposizione copra davvero qualsiasi vizio procedimentale).

4.4. Di norme come quella contenuta nell'art. 55 *bis*, comma 9 *ter*, ve ne sono altre.

All'uopo si richiamano:

- l'ultimo periodo dell'art. 55, comma 1, il quale, alla formulazione della disposizione introdotta dalla riforma Brunetta (*“Le disposizioni del presente articolo e di quelli seguenti, fino all'articolo 55-octies, costituiscono norme imperative, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile, e si applicano ai rapporti di lavoro di cui all'articolo 2, comma 2, alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2”*) ha aggiunto il seguente periodo: *“La violazione dolosa o colposa delle suddette disposizioni costituisce illecito disciplinare in capo ai dipendenti preposti alla loro applicazione”;*

- l'art. 55 *quater*, comma 1, lettera *f-ter*) che prevede comunque la sanzione disciplinare del licenziamento in caso di “*commissione dolosa, o gravemente colposa, dell’infrazione di cui all’articolo 55-sexies, comma 3* (al quale si è già fatto cenno e che, a sua volta, dispone: “*Il mancato esercizio o la decadenza dall’azione disciplinare, dovuti all’omissione o al ritardo, senza giustificato motivo, degli atti del procedimento disciplinare, inclusa la segnalazione di cui all’articolo 55-bis, comma 4, ovvero a valutazioni manifestamente irragionevoli di insussistenza dell’illecito in relazione a condotte aventi oggettiva e palese rilevanza disciplinare, comporta, per i soggetti responsabili, l’applicazione della sospensione dal servizio fino a un massimo di tre mesi, salva la maggiore sanzione del licenziamento prevista nei casi di cui all’articolo 55-quater, comma 1, lettera f-ter, e comma 3-quinquies*”);

- l'art. 55 *quater*, comma 3 *quinquies*, di cui pure si è riferito, ai sensi del quale “*Nei casi di cui al comma 3-bis, per i dirigenti che abbiano acquisito conoscenza del fatto, ovvero, negli enti privi di qualifica dirigenziale, per i responsabili di servizio competenti, l’omessa attivazione del procedimento disciplinare e l’omessa adozione del provvedimento di sospensione cautelare, senza giustificato motivo, costituiscono illecito disciplinare punibile con il licenziamento e di esse è data notizia, da parte dell’ufficio competente per il procedimento disciplinare, all’Autorità giudiziaria ai fini dell’accertamento della sussistenza di eventuali reati*”.

4.5. Anche la tecnica legislativa utilizzata dal legislatore delegato conferma, a ben vedere, la sua sfiducia in chi fa parte dell’UPD che non viene considerato in grado di applicare adeguatamente e/o correttamente le norme e gli strumenti a disposizione.

Che altro senso (e scopo) avrebbe l’elenco, sempre più dettagliato, di fattispecie in relazione alle quali il legislatore delegato impone all’UPD di licenziare comunque il dipendente?

Si veda, al riguardo, le lettere (dalla “a” alla “*f-quinquies*”) dell’art. 55 *quater*, comma 1 (che, per certo versi, ricordano il vecchio art. 85 del D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 dichiarato incostituzionale, per mancanza delle garanzie procedurali, dalla sentenza del Giudice delle leggi n. 971/1988).

La riforma Brunetta, come detto, aveva introdotto l’art. 55 *quater* già nel 2009 (dalla lettera “a” alla lettera “f”) perché non soddisfatto sia delle norme dei vari CCNL del comparto pubblico sia di come gli UPD (pur potendolo fare in base alle norme a disposizione) non sanzionassero con il licenziamento alcuni comportamenti specifici, donde la previsione e l’imposizione, per l’appunto, del licenziamento nei casi elencati dalla lettera “a” alla lettera “f”

dell'art. 55 *quater* (non modificabile dai CCNL, stante la natura di norma imperativa di cui all'art. 55, comma 1).

Era poi intervenuta la Legge Severino 6 novembre 2012, n. 190, la quale, nel sostituire l'art. 54 del D.Lgs. n. 165/2001, al comma 3, ha stabilito che *“La violazione dei doveri contenuti nel codice di comportamento, compresi quelli relativi all’attuazione del Piano di prevenzione della corruzione, è fonte di responsabilità disciplinare. La violazione dei doveri è altresì rilevante ai fini della responsabilità civile, amministrativa e contabile ogniquale volta le stesse responsabilità siano collegate alla violazione di doveri, obblighi, leggi o regolamenti. Violazioni gravi o reiterate del codice comportano l’applicazione della sanzione di cui all’articolo 55-quater, comma 1”*. Tale disposizione evita di aggiungere altre fattispecie a quelle già elencate dall'art. 55 *quater* e si limita a prevedere una norma di carattere generale ed a rimettere la valutazione sulla gravità delle violazioni all'UPD al quale la disposizione suddetta consente di irrogare anche la sanzione massima del licenziamento in caso di *“violazioni gravi o reiterate del codice”* di comportamento.

I decreti Madia, infine, hanno accentuato (rispetto alla Legge Severino) quella sostanziale sfiducia che già la riforma Brunetta aveva manifestato nei confronti degli UPD aggiungendo all'art. 55 *quater* altre fattispecie, elencate dalla lettera *f-bis*) alla lettera *f-quinquies*), per le quali, pure, è previsto il licenziamento.

4.6. Va detto che la tendenziale sfiducia del legislatore delegato nei confronti degli UPD non è privo di fondamento.

E questa sfiducia non è dovuta solo al fatto che, nonostante la riforma Brunetta risalga all'ottobre del 2009, negli anni sono stati numerosi i casi di falsa attestazione della presenza in servizio periodicamente scoperti, in genere, dalle indagini dell'Autorità giudiziaria penale, come se la riforma non fosse esistita; o come se, quanto accaduto in un Comune, non potesse accadere anche in un Ente limitrofo (qui v'è sicuramente un aspetto, per così dire, psicologico diffuso tra i dipendenti della pubblica amministrazione che tende a sottovalutare la gravità dei propri comportamenti -e delle conseguenze che ne possono derivare- e che, in qualche modo, impedisce ad alcuni di accorgersi che il comportamento illecito rilevato in altre Amministrazioni è identico a quello da loro stessi praticato).

Una delle ragioni dell'introduzione sia dell'art. 55 *bis*, comma 9 *ter* (e, dunque, del tentativo di superare comunque qualsiasi vizio procedimentale) sia dell'art. 55 *quater* (e, quindi, la previsione *ex lege* di una molteplicità di ulteriori comportamenti per i quali il legislatore pretende la sanzione del licenziamento) è data dalla storica difficoltà dell'apparato burocratico

(ma anche degli organi politici che, sebbene estranei all'attività dell'UPD, in alcuni casi intervengono comunque negli *iter* decisionali):

a) di gestire il rapporto di lavoro secondo modalità che sono, invece, usuali per un datore di lavoro privato (ma anche per società, come, ad esempio, Poste Italiane che, pur avendo un azionariato con forte presenza pubblica, hanno da tempo una gestione delle risorse umane fortemente imprenditoriale). Difficoltà nella gestione del rapporto di lavoro da parte delle pubbliche amministrazioni che concerne anche gli aspetti relativi al controllo delle risorse umane.

In parte ciò è dovuto:

- specie in questi ultimi anni, alla progressiva e diffusa diminuzione delle risorse umane a disposizione degli Enti pubblici che ha aggravato i carichi di lavoro di chi, oltre ad essere responsabile dell'UPD, ha molteplici altre funzioni da seguire;

- ad una progressiva diminuzione delle competenze/capacità tecniche di redazione degli atti disciplinari (in particolare l'atto di contestazione d'addebiti ed il provvedimento conclusivo) in un ambito (quello disciplinare) che (anche a causa delle continue riforme e di norme che, come si è avuto modo di rilevare, non sempre sono di agevole comprensione ed applicazione) è diventato sempre più complesso e delicato (a maggior ragione alla luce delle norme che pronosticano, almeno in apparenza, le più gravi sanzioni ai titolari dell'UPD in caso di errore).

Tale difficoltà si traduce in alcuni casi, anche nell'incapacità di comprendere appieno la complessità delle fattispecie le quali non vengono sviluppate ed articolate dagli UPD secondo le loro reali "potenzialità" se così vogliamo dire. In altri termini, vi sono casi in cui le contestazioni si limitano ad una parte (a volte anche minima) delle contestazioni che pure sarebbero possibili.

Ciò dipende, a volte, da chi è titolare dell'UPD e dalle sue competenze specifiche.

In altri casi dipende dalla mancata consapevolezza nei dipendenti (ma anche negli organi politici che magari se ne avvalgono) della obiettiva gravità dei comportamenti posti in essere. Lo dimostrano tutti i comportamenti dei c.d. furbetti del cartellino emersi in questi anni (sia prima che dopo la riforma Brunetta). Ma lo dimostrano anche casi come quello del funzionario che si lasci coinvolgere nelle logiche e nelle dinamiche politico amministrative fornendo così non solo attività di supporto ad alcune forze politiche (in genere quelle di opposizione) di nascosto ed al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 43 del D.Lgs. n. 267/2000 (il che costituisce una violazione dei doveri di fedeltà e dei principi d'imparzialità, trasparenza e buona amministrazione cui all'art. 97 Cost.) ma integrando altresì in alcuni casi dei veri e propri

illeciti penali (si pensi al dipendente che, per conto terzi -forze politiche di opposizioni, associazioni o privati cittadini- rediga esposti o denunce alla Procura della Repubblica: il dipendente pubblico, se viene a conoscenza di un possibile reato, lo deve denunciare lui e non farlo di nascosto demandando ad altri la denuncia);

- ad aspetti che potremmo definire “psicologici” o “culturali” che possono essere di generalizzata sottovalutazione della gravità dei comportamenti (che in alcuni casi arrivano anche a manifestazioni di solidarietà o perfino di simpatia verso il dipendente pubblico, all’insegna del “ma in fondo cosa ha fatto, cosa è successo: mica ha ammazzato qualcuno”); ovvero di imbarazzo nei confronti di colleghi conosciuti da tempo e sui quali non si vorrebbe “infiere” applicando rigorosamente le norme.

Si pensi al caso (non di scuola o teorico, ma verificatosi in concreto alcuni anni fa) in cui il dirigente di un Ente, per 30 anni assegnato a determinate funzioni, ad un certo punto viene incaricato delle funzioni del personale e dell’UPD. Alla naturale difficoltà di prendere dimestichezza con le nuove funzioni (problema di cui, a volte, sia la Funzione pubblica che l’ANAC non si danno adeguatamente carico, allorchè pretendono ovvero sollecitano una rotazione tra dirigenti o apicali dei servizi che è possibile per Ministeri o Enti di significative dimensioni, ma assai meno per quelle amministrazioni dove il numero delle posizioni apicali -dirigenziali o non- è limitato a poche unità) si aggiunge il problema di dover avviare un procedimento disciplinare (che avrebbe potuto in quel caso portare anche al licenziamento) a carico del collega dirigente che aveva da poco sostituito. Pur consapevole dei suoi doveri, il dirigente aveva un notevole imbarazzo, ed anche una certa, comprensibile, difficoltà psicologica a procedere nei confronti di una persona con cui aveva rapporti di lavoro da decenni.

Questa è la ragione per la quale, nei Comuni almeno, ho sempre ritenuto che il Segretario (comunale o generale) sia la figura più adatta a ricoprire l’incarico di responsabile dell’UPD, senza che abbia alcun rilievo il fatto che il medesimo rivesta l’incarico di responsabile dell’anticorruzione.

Il Segretario, infatti, sia perché (in genere) è scelto dal Sindaco all’inizio di ogni mandato (e non è detto, quindi, che venga confermato nell’incarico ricoperto), sia perché spesso, per ragioni di carriera, tende, dopo alcuni anni, a trasferirsi in altre Amministrazioni, è figura che più delle altre è in grado di garantire una gestione dell’UPD imparziale e senza particolari condizionamenti di colleganza (che invece possono esservi tra gli apicali di un Ente, a maggior ragione se dirigenti).

È appena il caso di ricordare, al riguardo, che l’art. 55 *bis* (sia nella versione della riforma Brunetta che in quella della riforma Madia), attribuisce a ciascuna amministrazione il potere (e,

dunque, la libertà) di individuare “*secondo il proprio ordinamento e nell’ambito della propria organizzazione, ... l’ufficio per i procedimenti disciplinari competente per le infrazioni punibili con sanzione superiore al rimprovero verbale e ne attribuisce la titolarità e responsabilità*”, per cui il fatto che il Segretario possa essere anche il responsabile dell’anticorruzione è del tutto irrilevante (a tale conclusione è giunta anche l’ANAC, nella nota inviata al Comune di Sanremo il 6 novembre 2015 allorchè, in risposta ad una domanda del Comune, ha ricordato che il potenziale conflitto di interessi per un Segretario che ricopra ambedue le funzioni sussiste, ovviamente, nel solo caso in cui il medesimo sia interessato dal procedimento disciplinare. Curiosamente, in questo caso, l’ANAC non si chiese il perché di un simile quesito, che avrebbe avuto senso solo nel caso in cui il posto di responsabile dell’UPD fosse vacante, il che non era in quella specifica fattispecie, essendo le funzioni dell’UPD assegnate al dirigente del personale; conseguentemente l’Autorità non si diede neppure carico del fatto che un dirigente incaricato non può essere distolto dalle sue funzioni se non con la procedura di revoca prevista dal CCNL);

- alla confusione indotta dalla Legge Severino n. 190/2012 allorchè, sostituendo l’art. 54 del D.Lgs. n. 165/2001, al comma 5 ha stabilito che “*Ciascuna pubblica amministrazione definisce, con procedura aperta alla partecipazione e previo parere obbligatorio del proprio organismo indipendente di valutazione, un proprio codice di comportamento che integra e specifica il codice di comportamento di cui al comma 1. Al codice di comportamento di cui al presente comma si applicano le disposizioni del comma 3. A tali fini, la Commissione per la valutazione, la trasparenza e l’integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT) definisce criteri, linee guida e modelli uniformi per singoli settori o tipologie di amministrazione*” (la medesima disposizione è richiamata anche dall’art. 57, comma 1, del CCNL 21 maggio 2018 del comparto funzioni locali, e dall’art. 66, comma 1, del CCNL 21 maggio 2018 del comparto sanità).

Sebbene lo scopo della norma sia comprensibile, oltre che lodevole, nella pratica, e nel migliore dei casi, è inutile mentre, nel peggiore dei casi, è addirittura controproducente.

È inutile perché il codice penale (e le leggi penali contenute in altri testi normativi), il D.Lgs. n. 165/2001 (dall’art. 55 all’art. 55 *septies*), gli artt. 2104, 2105 e 2106 del c.c., i CCNL di comparto ed il Codice di comportamento dei dipendenti pubblici (D.P.R. 28 novembre 2000 prima e D.P. 16 aprile 2013, n. 62 poi) dovrebbero essere più che sufficienti (e forse sono addirittura troppi) per coadiuvare l’azione dell’UPD e non si vede, a ben vedere, che cosa il Codice di comportamento aziendale dovrebbe integrare e specificare.

Potrebbe essere addirittura controproducente (se non addirittura pericoloso per l'Amministrazione) perché l'attività di integrazione e specificazione (come ho già avuto modo di rilevare in alcune occasioni) potrebbe introdurre elementi di confusione, se non, addirittura, di illegittima attenuazione della gravità del comportamento e della sanzione finale, in controtendenza sia a ciò che il legislatore ha voluto con le riforme Brunetta e Madia sia a ormai consolidati orientamenti della Suprema Corte di Cassazione che valuta con severità anche comportamenti che, apparentemente, potrebbero non essere considerati tali (all'uopo meritano di essere ricordati, a titolo di esempio, le sentenze della Sez. Lav. della Cassazione 12 ottobre 2017, n. 24014 e 4 aprile 2018, n. 8194);

- agli eventuali condizionamenti degli organi politici sull'esercizio dell'azione disciplinare. Si tratta di un aspetto che è stato dimenticato non solo dai decreti Madia ma, prima ancora, dalla riforma Brunetta ed anche dalla Legge Severino.

Sono molti i casi virtuosi in cui gli organi di politici non sono in alcun modo intervenuti sulle autonome valutazioni e decisioni dell'UPD.

Ma non sono affatto rari i casi in cui gli organi politici delle Amministrazioni intervengono per scongiurare l'adozione di provvedimenti disciplinari per comportamenti che avrebbero potuto portare anche al licenziamento. Nella "migliore" delle ipotesi, gli organi politici (con interventi diretti o indiretti) hanno indotto il titolare dell'azione disciplinare a sospendere il procedimento (naturalmente in pendenza di un procedimento penale che consentiva di sospendere il procedimento disciplinare ai sensi dell'art. 55 *ter*) in attesa della definizione del procedimento penale; in altri casi hanno addirittura "costretto" l'UPD ad archiviare i procedimenti, con grave violazione del principio di separazione dei poteri tra organi politici ed organi di gestione sancito sia dal D.Lgs. n. 267/2000 (artt. 50 e 107) che dal D.Lgs. n. 165/2001 (art. 4).

Ma v'è un'altra ipotesi che il legislatore (specie nella Legge Severino) non ha minimamente considerato: la possibilità che sia l'organo politico ad avere davvero, in concreto, l'ultima e definitiva parola sul provvedimento disciplinare, anche quelli per i quali l'ordinamento chiede l'adozione della sanzione più grave.

L'UPD, infatti, può anche irrogare la sanzione del licenziamento ed è solo sua competenza farlo.

Ma in caso d'impugnazione della sanzione l'UPD non può impedire all'organo politico (ad esempio il Sindaco che rappresenta l'Amministrazione in giudizio; ovvero la Giunta che delibera su una proposta di conciliazione) di decidere che, in sede di conciliazione giudiziale, la sanzione del licenziamento venga sostituita con altra conservativa più lieve (il divieto di cui

all'art. 55, comma 3, del D.Lgs. n. 165/2001 di concordare in sede di conciliazione una sanzione di specie diversa da quella prevista, dalla legge o dal contratto collettivo, per l'infrazione per la quale si procede, vale ovviamente solo per l'UPD nell'ambito del procedimento disciplinare, ma non impedisce all'organo politico dell'Amministrazione di decidere altrimenti in sede giudiziale). oppure di decidere di non difendere ulteriormente un provvedimento sanzionatorio nei vari successivi gradi di giudizio (è capitato, ad esempio, in un caso deciso con sentenza della Corte d'Appello di Torino n. 145/2016) e questo pur in presenza di elementi validi per sostenere fino in fondo il provvedimento adottato dall'UPD.

Si tratta, indubbiamente, di una lacuna significativa del quadro normativo qui in considerazione.

Perché è sicuramente vero che non si può negare ad un'Amministrazione di decidere di conciliare una causa in sede giudiziale.

Ma è altrettanto vero che, per scongiurare che l'organo politico possa assumere decisioni volte a superare le sanzioni più gravi che l'art. 55, comma 1 riconduce al novero delle norme imperative, il legislatore dovrebbe introdurre una qualche disposizione volta ad evitare che tali sanzioni possano essere facilmente eluse dalle Amministrazioni (ad esempio, impedendo all'organo politico di giungere ad una conciliazione in assenza del previo parere favorevole vincolante dell'UPD nella composizione -salvo causa di forza maggiore- che ha adottato la sanzione, anche se non più titolare delle relative funzioni), magari da quelle che succedono temporalmente durante le diverse fasi processuali.

Pertanto la previsione di cui alla parte conclusiva dell'art. 55 bis, comma 4 (*“Gli atti di avvio e conclusione del procedimento disciplinare, nonché l'eventuale provvedimento di sospensione cautelare del dipendente, sono comunicati dall'ufficio competente di ogni amministrazione, per via telematica, all'Ispettorato per la funzione pubblica, entro venti giorni dalla loro adozione”*) e quella di cui all'art. 55 quater (*“I provvedimenti di cui ai commi 3-bis e 3-ter e quelli conclusivi dei procedimenti di cui al presente articolo sono comunicati all'Ispettorato per la funzione pubblica ai sensi di quanto previsto dall'articolo 55-bis, comma 4”*) si rivelano, a ben vedere, delle disposizioni che focalizzando la loro attenzione solo sulla fase procedimentale, dimenticano che ciò che davvero importa, a ben vedere, è che il provvedimento sanzionatorio resista anche nella successiva fase processuale;

- b) di utilizzare ed applicare le norme che già esistono.

Si è detto che per l'apparato burocratico, in alcuni casi, è difficile sviluppare le fattispecie secondo le potenzialità che le medesime possono avere sul piano disciplinare.

Ma in molti altri casi le difficoltà dell'apparato burocratico dipendono dalla mancata consapevolezza e/o cognizione dell'esistenza delle norme e delle loro intrinseche potenzialità.

Basti pensare alle ipotesi disciplinate dal già citato art. 1, comma 61, della L. n. 662/1996 in relazione alle violazioni di cui all'art. 53 del D.Lgs. n. 165/2001 (la cui reale portata, a volte, è sottovalutata ben più di quanto si possa credere, come si può evincere, ad esempio, dall'ordinanza del Tribunale della Spezia, Sez. Lavoro, n. 523 del 4 febbraio 2014, o dalla sentenza del medesimo Tribunale, Sez. Pen. n. 646 del 10 maggio 2018); ovvero alla sottovalutazione da parte delle pubbliche amministrazioni dell'importanza del rapporto fiduciario nell'ambito disciplinare e delle situazioni che possono determinarne la irrimediabile compromissione.

Peraltro tutto ciò non deve stupire più di tanto se si pensa che sia il D.Lgs. n. 150/2009 sia il D.Lgs. n. 75/2017, nell'aggiungere le fattispecie di cui all'art. 55 *quater*, spesso non hanno fatto che ribadire casi per i quali l'ordinamento già prevedeva sanzioni molto rigorose.

All'uopo si consideri che:

- l'art. 55 *quater* comma 1 lettera c (*ingiustificato rifiuto del trasferimento disposto dall'amministrazione per motivate esigenze di servizio*), introdotto dal D.Lgs. n. 150/2009, non ha fatto che ribadire la sanzione del licenziamento che era già prevista dall'art. 3, comma 7 lettera c del CCNL 11 aprile 2008 (*ingiustificato rifiuto del trasferimento disposto dall'ente per riconosciute e motivate esigenze di servizio nel rispetto delle vigenti procedure, adottate nel rispetto dei modelli di relazioni sindacali previsti, in relazione alla tipologia di mobilità attivata*);

- l'ipotesi di licenziamento di cui alla lettera f-*bis* (*gravi o reiterate violazioni dei codici di comportamento, ai sensi dell'articolo 54, comma 3*) era già prevista, per l'appunto, dall'art. 54, comma 3, che, a ben vedere, rientra anche nella valutazione dell'art. 2106 c.c.; anche questa disposizione è, dunque, sostanzialmente superflua;

- l'ipotesi di licenziamento di cui alla lettera f-*quater* (*la reiterata violazione di obblighi concernenti la prestazione lavorativa, che abbia determinato l'applicazione, in sede disciplinare, della sospensione dal servizio per un periodo complessivo superiore a un anno nell'arco di un biennio*) era in qualche modo già prevista dall'art. 3, comma 7 lettera a) del CCNL 11 aprile 2008 (*recidiva plurima, almeno tre volte nell'anno, nelle mancanze previste ai commi 5 e 6, anche se di diversa natura, o recidiva, nel biennio, in una mancanza tra quelle previste nei medesimi commi, che abbia comportato l'applicazione della sanzione massima di 6 mesi di sospensione dal dal servizio e dalla retribuzione*);

- l'ipotesi di licenziamento di cui alla lettera f-*quinquies* (*insufficiente rendimento, dovuto alla reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione lavorativa, stabiliti da norme legislative o regolamentari, dal contratto collettivo o individuale, da atti e provvedimenti dell'amministrazione di appartenenza, e rilevato dalla costante valutazione negativa della performance del dipendente per ciascun anno dell'ultimo triennio, resa a tali specifici fini ai sensi dell'articolo 3, comma 5-bis, del decreto legislativo n. 150 del 2009*) altro non è che il soppresso comma 2 dell'art. 55 *quater*, comma 1.

4.7. Se alla sfiducia insita nei D.Lgs. n. 116/2016 e n. 75/2017 (in parte già presente nella riforma Brunetta) hanno contribuito i vari fattori ed elementi sopra richiamati, occorre considerare che i medesimi decreti legislativi non hanno fatto altro che sviluppare una tendenza che era già in atto da tempo.

Ed invero, si è detto che dalle disposizioni di cui all'art. 55 *bis*, comma 9 *ter*, ed all'art 55 *quater*, comma 3 *ter*, si evince che il legislatore delegato dubita che gli UPD siano generalmente in condizione/capaci di svolgere le proprie funzioni nel pieno rispetto delle regole e di evitare vizi procedimentali. Diversamente non avrebbe senso l'inserimento di norme come quelle sopra richiamate che cercano, in qualche modo, di salvare sempre e comunque il procedimento e le sanzioni irrogate.

Ma questa "sfiducia" non è una novità.

Già la riforma della Legge sul procedimento amministrativo, introdotta dalla L. 14 febbraio 2005, n. 15, al comma 2 dell'art. 21 *octies*, nel regolare l'annullabilità del provvedimento amministrativo, aveva inserito una norma che presenta diverse analogie con le citate disposizioni di cui all'art. 55 *bis*, comma 9 *ter*, ed all'art 55 *quater*, comma 3 *ter*: "*Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*".

Anche l'art. 21 *octies*, comma 2 (così come l'art. 55 *bis*, comma 9 *ter*, e l'art 55 *quater*, comma 3 *ter*) ha lo scopo di privilegiare, in qualche modo, la sostanza dell'attività e di conservare il procedimento e l'atto e di impedirne il travolgimento per vizi procedimentali.

Il che è coerente con il principio generale della conservazione degli atti.

Ma è anche una presa di coscienza delle difficoltà che il sistema burocratico-amministrativo incontra nell'applicare e rispettare le norme, quelle procedurali *in primis*.

Difficoltà alle quali non è certamente estraneo lo stesso legislatore che molto ha contribuito negli ultimi decenni, da un lato, a costruire un *corpus* normativo sempre più complesso al punto che persino il "legislatore", in alcuni casi si trova in difficoltà e lavora per compartimenti stagni predisponendo testi normativi che non sempre tengono conto della concorrente esistenza di altre disposizioni che dovrebbero invece tenere in considerazione.

Giusto per fare qualche esempio pratico, rinvio a quanto ho già avuto modo di evidenziare a pagg. 5 e 6 del già citato articolo "*Falsa attestazione della presenza in servizio più "pesante". In arrivo nuove regole (e tanti dubbi)*" a proposito dell'originaria formulazione dell'art. 55 *quater*, comma 3 *quinquies*, ultimo contenuto nello primo schema di D.Lgs. Madia del 2016.

Si pensi, altresì, alla disciplina sulla protezione civile, incentratata sulla L. n. 225/1992, anteriore alle Leggi di riforma sul pubblico impiego degli anni '90, e sugli atti amministrativi che le singole amministrazioni adottano in esecuzione della Legge del 1992: le Amministrazioni, ed a volte anche l'Autorità giudiziaria, dimenticano all'uopo che l'art. 45, comma 1, del D.Lgs. n. 80/1998 prima e l'art.107, comma 5, del D.Lgs. n. 267/2000 poi, hanno attribuito *ex lege* ai dirigenti le competenze che le norme affidavano in precedenza al Sindaco per cui non è possibile, in assenza di una nuova disposizione legislativa, continuare ad imputare al Sindaco compiti che il vecchio ordinamento gli attribuiva ma che la riforma Bassanini del 1998, poi trasfusa nel .U. n. 267/2000, ha affidato ai dirigenti.

4.8. Rispetto all'art. 21 *octies*, comma 2, della L. n. 241/1990 introdotta dalla L. n. 15/2005, le previsioni dell'art. 55 *bis*, comma 9 *ter*, e dell'art 55 *quater*, comma 3 *ter*, costituiscono un passaggio "evolutivo" ulteriore.

L'art. 21 *octies*, comma 2, della L. n. 241/1990, infatti, mira a salvaguardare gli atti (impedendone l'annullamento da parte del Giudice amministrativo), solo in quei casi in cui il provvedimento conclusivo da adottare debba ritenersi vincolato.

Gli artt. 55 *bis*, comma 9 *ter*, e 55 *quater*, comma 3 *ter*, invece, nelle intenzioni del legislatore, vorrebbero tendenzialmente sanare comunque *ex ante* qualsiasi violazione dei termini (ivi compresi, forse, i termini iniziali e finali che, sebbene dichiarati perentori dopo il richiamo del Consiglio di Stato, reso dalla Commissione Speciale nel parere sullo schema di decreto legislativo n. 916 del 21 aprile 2017, non vengono espressamente dichiarati a pena di decadenza dell'azione disciplinare -come accadeva nei commi 2 e 4 dell'art. 55 *bis* della riforma Brunetta del 2009- con la sola eccezione dell'art. 55 *quater*, comma 3 *ter*, ultimo periodo che

sancisce la decadenza dall'azione disciplinare nell'ipotesi di superamento del termine per la conclusione del procedimento di cui all'articolo 55-bis, comma 4) e questo a prescindere dalla vincolatività o meno del provvedimento finale.

Tale "evoluzione" consente di formulare un'annotazione critica sulla riforma introdotta dalla L. n. 15/2005: sebbene animata dalle migliori intenzioni, che non si limitano alla conservazione degli atti amministrativi ma si estendono al desiderio di ridurre il contenzioso amministrativo, non v'è dubbio che tale disposizione, anche sul piano psicologico, ha per certi versi deresponsabilizzato l'apparato burocratico il quale, negli ultimi anni, sembra sottovalutare, fin dal momento della selezione, l'importanza di osservare le norme ed i principi della L. n. 241/1990<sup>22</sup>.

E la progressiva deresponsabilizzazione dell'apparato burocratico non fa altro che peggiorare tendenzialmente la qualità complessiva degli atti (giustificando così il ricorso del legislatore a disposizioni come quelle sopra richiamate), anche perché, nel frattempo, le riforme che hanno interessato la scuola nel suo complesso (dalle modalità di reclutamento del personale, a partire dalla L. n. 341/1990, che è all'origine, tra l'altro, del fenomeno del precariato, nella scuola e nel pubblico impiego; alla definizione dei programmi nei vari cicli di studi; alle modalità di finanziamento delle Università) aggravano la situazione generale (anche perché non sempre le risorse umane collocate a riposo trovano un'adeguata sostituzione).

4.9. V'è peraltro da chiedersi se è davvero l'art. 55 bis, comma 9 ter così com'è formulato sia idoneo agli scopi che i decreti Madia si erano prefissi.

In altre parole, è proprio vero che la disposizione secondo cui "*La violazione dei termini e delle disposizioni sul procedimento disciplinare previste dagli articoli da 55 a 55-quater, ...*

---

<sup>22</sup> Due esempi per meglio chiarire cosa intendo. Alcuni anni fa, una Commissione di concorso per la copertura di un posto di istruttore amministrativo di Categoria C, ebbe un confronto al suo interno sulla scelta delle domande da sottoporre ai candidati per la prova scritta. Ciò è ovviamente fisiologico. Ma nella fattispecie la cosa interessante è che la discussione tra i componenti della Commissione verteva sul fatto che v'era chi nella Commissione riteneva che un candidato per il posto istruttore amministrativo di Categoria C dovesse dimostrare di conoscere la L. n. 241/1990, e, in particolare, le disposizioni che regolano la partecipazione al procedimento amministrativo, mentre altri ritenevano più importante che desse dimostrazione di conoscere cosa fosse il bilancio sociale di un Comune. Più recentemente, è capitato che un provvedimento impugnato davanti al Giudice amministrativo, contenente tutte le motivazioni del diniego all'istanza presentata da un cittadino, in realtà fosse un atto adottato ai sensi dell'art. 10 bis della L. n. 241/1990 che, come noto, è un atto che anticipa le ragioni ostative all'accoglimento dell'istanza del privato cui deve fare seguito il provvedimento finale che si deve dare carico delle eventuali osservazioni dell'interessato. Nel caso di specie, tuttavia, il provvedimento finale non era mai stato adottato in concreto. A domanda del perché della mancata adozione del provvedimento finale, il funzionario dell'Ente rispose che il provvedimento conclusivo del procedimento era quello adottato ai sensi dell'art. 10 bis. Fu chiesto al funzionario il perché del riferimento all'art. 10 bis se considerava quello il provvedimento conclusivo (nel qual caso sarebbe comunque mancata la fase partecipativa prevista dall'art. 10 bis). La risposta del funzionario fu che gli sembrava che la citazione dell'art. 10 bis nell'atto figurasse bene nel provvedimento ...

*non determina la decadenza dall'azione disciplinare né l'invalidità degli atti e della sanzione irrogata” a fronte di qualsiasi violazione procedurale o di termini valga a salvaguardare il procedimento/provvedimento disciplinare viziato a condizione soltanto che “non risulti irrimediabilmente compromesso il diritto di difesa del dipendente, e le modalità di esercizio dell'azione disciplinare, anche in ragione della natura degli accertamenti svolti nel caso concreto, risultino comunque compatibili con il principio di tempestività”?*

Tale disposizione è sicuramente ragionevole per situazioni come quella della violazione del termine (di 5 giorni; ora di 10 giorni) entro il quale il responsabile della struttura presso cui presta servizio il dipendente deve comunicare i fatti ritenuti di rilevanza disciplinare di cui abbia avuto conoscenza all'UPD.

Più incerto è il caso che riguarda la violazione del termine (prima di 10 o di 20 giorni a seconda della tipologia di sanzione irrogabile; ora di 20 giorni per tutte le fattispecie di competenza dell'UPD) per l'audizione in contraddittorio. In questo caso si dovrebbe considerare se davvero l'assegnazione di un termine inferiore possa aver irrimediabilmente compromesso il diritto di difesa del dipendente. All'uopo, il Tribunale di Savona, Sez. Lav., sentenza del 16 settembre 2014, ha ritenuto che il preavviso di soli 7 giorni per l'audizione in contraddittorio (anzichè i 10 giorni previsti dall'ordinamento in un procedimento in cui la sanzione massima irrogabile era inferiore agli 11 giorni di sospensione dal servizio con privazione della retribuzione) determinasse l'illegittimità della sanzione irrogata e la decadenza dall'azione disciplinare.

4.10. Ma vi sono altre situazioni in cui è da dubitare che la violazione di termini o di norme procedurali possa essere comunque ed in ogni caso “sanata” dall'art. 55 *bis*, comma 9 *ter* o dall'art 55 *quater*, comma 3 *ter*<sup>23</sup>.

a) Si pensi, ad esempio, alla notifica dell'atto di contestazione d'addebiti al domicilio eletto del dipendente nel procedimento penale.

Dovendo il primo atto del procedimento disciplinare essere notificato alla residenza del dipendente, la notifica effettuata presso lo studio del legale che lo assiste nel diverso, separato ed autonomo procedimento penale, dovrebbe portare alla conclusione che un atto di contestazione d'addebito regolarmente notificato non esiste e, con esso, non esiste l'intero procedimento disciplinare che non si può considerare essere mai stato realmente avviato.

---

<sup>23</sup> Per una prima applicazione dall'art. 55 *bis*, comma 9 *ter*, si richiama la sentenza del Tribunale della Spezia, Sez. Lav., n. 141 del 2 aprile 2019.

Se così non fosse, si porrebbe il dubbio della legittimità costituzionale delle disposizioni suddette con riferimento ai principi di cui agli artt. 3 e 97 Cost..

Sotto questo profilo non appare condivisibile l'ordinanza del Tribunale di Genova, Sez. Lav., del 13 marzo 2015 che, anticipando addirittura la previsione degli artt. 55 *bis*, comma 9 *ter*, e 55 *quater*, comma 3 *ter*, ha ritenuto che la notifica dell'atto di contestazione presso lo studio del legale penalista che assisteva il dipendente non gli avesse impedito di difendersi, donde il rigetto dell'eccezione di nullità/inesistenza dell'atto di contestazione mai notificato regolarmente.

b) Si pensi, poi, agli atti di contestazione che omettono di individuare la sanzione (massima) teoricamente applicabile, impedendo così al dipendente non solo di conoscere un elemento importante per l'esercizio del proprio diritto di difesa ma anche quale sia l'organo competente a pronunciarsi sul piano disciplinare (ciò vale soprattutto per i fatti disciplinarmente rilevanti anteriori all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 75/2017, ai quali si deve ritenere applicabile la normativa previgente sulla base della disposizione contenuta nell'art. 22, comma 13, del medesimo decreto legislativo).

c) Vi sono, poi, casi in cui l'applicazione dell'art. 55 *bis*, comma 9 *ter* o dall'art 55 *quater*, comma 3 *ter* mal si concilia con i principi di trasparenza, imparzialità e buona amministrazione di cui all'art. 97 Cost.

Si pensi alla seguente ipotesi (che poi ipotesi non è perché il caso si è già verificato) che richiede una piccola digressione normativa.

L'art. 55 *bis* (sia nella versione introdotta dalla riforma Brunetta sia in quella modificata dai decreti Madia) prevede che *“Ciascuna amministrazione, secondo il proprio ordinamento e nell'ambito della propria organizzazione, individua l'ufficio per i procedimenti disciplinari competente per le infrazioni punibili con sanzione superiore al rimprovero verbale e ne attribuisce la titolarità e responsabilità”*.

L'art. 19, comma 1 *ter*, D.Lgs. n. 165/2001 stabilisce che *“Gli incarichi dirigenziali possono essere revocati esclusivamente nei casi e con le modalità di cui all'art. 21, comma 1, secondo periodo”* che, a sua volta prevede che *“Il mancato raggiungimento degli obiettivi accertato attraverso le risultanze del sistema di valutazione di cui al Titolo II 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 ovvero l'inosservanza delle direttive imputabili al dirigente comportano, previa contestazione*

*e ferma restando l'eventuale responsabilità disciplinare secondo la disciplina contenuta nel contratto collettivo, l'impossibilità di rinnovo dello stesso incarico dirigenziale. In relazione alla gravità dei casi, l'amministrazione può inoltre, previa contestazione e nel rispetto del principio del contraddittorio, revocare l'incarico collocando il dirigente a disposizione dei ruoli di cui all'articolo 23 ovvero recedere dal rapporto di lavoro secondo le disposizioni del contratto collettivo".*

L'art. 22 del CCNL per il personale dirigente del comparto Enti locali 1° dicembre 1995, al comma 3 (ma esistono disposizioni analoghe anche nei CCNL degli altri comparti), stabilisce che *"La revoca anticipata dell'incarico rispetto alla scadenza può avvenire solo per motivate ragioni organizzative e produttive o per effetto dell'applicazione del procedimento di valutazione"* che è previsto dai successivi artt. 23 e 23 bis del medesimo CCNL.

Dunque, ciascuna Amministrazione stabilisce chi debba esercitare le funzioni di titolare dell'UPD (ad esempio il Segretario comunale; ovvero il dirigente del personale o magari quello degli Affari legali). Il Sindaco, poi, individua chi tra le figure apicali a sua disposizione debba ricoprire quella determinata funzione definendo la durata dell'incarico.

Ebbene, un dirigente al quale il Sindaco abbia conferito un certo incarico, per l'intera sua durata, non può essere sottratto dalle funzioni istituzionali che gli sono state attribuite salvo che non abbia raggiunto degli obiettivi previo esperimento in contraddittorio della procedura suddetta; oppure, salvo il caso in cui vi siano ragioni organizzative che inducano l'Amministrazione a rivedere la macro struttura dell'Ente ed a ridistribuire diversamente le competenze tra gli uffici di massima dimensione (rivedendo, così anche gli incarichi precedentemente assegnati).

Ciò premesso, facciamo l'ipotesi che, in un Comune, il Sindaco decida che all'UPD sia preposto un dirigente dell'Amministrazione e che gli affidi tale incarico per uno o più anni.

È evidente che, qualora in detto periodo si verifichi un caso rilevante ai fini disciplinari che interessi uno o più dipendenti, il Sindaco (o chi decide per lui) non può distogliere a sua discrezione l'organo preposto alle funzioni suddette in base alle sue soggettive preferenze, e questo indipendentemente dalle motivazioni che ne stanno alla base. E, comunque, per farlo, deve attivare la specifica procedura per la revoca del dirigente prevista dal CCNL.

Tutto questo, senza considerare i principi di precostituzione dell'organo giudicante e del giudice naturale che pure sono fondamentali per (e da rispettare in) qualsiasi ordinamento, principi che non possono (o, almeno, in un Paese che abbia la pretesa di definirsi civile, non dovrebbero/potrebbero) essere violati.

È, infatti, evidente che il Sindaco, anche nella sua qualità di organo politico che non può ingerirsi negli aspetti gestionali dell'Ente, non può scegliere di volta in volta a chi far decidere un procedimento disciplinare, magari perché, a seconda dei casi, ritiene (a torto o a ragione) che il titolare non dia sufficienti garanzie sull'esito del procedimento per come il medesimo lo immagina o vorrebbe preferendo che del procedimento disciplinare se ne occupi, a seconda dei casi, qualcuno che assicuri un maggior rigore nell'applicare la sanzione oppure, al contrario, qualcuno che sia meno rigoroso nell'applicare la sanzione.

Ebbene, è da dubitare che un'Amministrazione possa invocare l'art. 55 *bis*, comma 9 *ter* o dall'art 55 *quater*, comma 3 *ter* per superare l'eventuale violazione delle disposizioni e dei principi sopra richiamati per scegliere, di volta in volta ed a seconda dei casi, chi debba svolgere la funzione disciplinare.

In altre parole, venendo in rilievo anche fondamentali principi costituzionali (di cui all'art. 97 Cost.: ma anche quelli di uguaglianza e di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost.), è da dubitare che la scelta di un altro titolare dell'UPD in sostituzione di quello già individuato e competente a procedere per l'intera durata del suo incarico, possa davvero avvenire in violazione degli artt. 19, comma 1 *ter* del D.Lgs. n. 165/2001 e delle procedure di revoca previste dal CCNL e ciò non di meno essere "sanata" (per giunta *ex ante*) da una norma come quella di cui all'art. 55 *bis*, comma 9 *ter* (o quella di cui all'art 55 *quater*, comma 3 *ter*).

A maggior ragione se si considera che l'ordinamento vuole che l'organo preposto a decidere il procedimento disciplinare sia precostituito dalla legge in base a criteri generali, automatici, obiettivi e predeterminati stabiliti in anticipo (art. 55 *bis*, comma 2), e non scelto di volta in volta a seconda del caso, e questo anche al fine di dare garanzia di imparzialità, terzietà e serenità funzionale dell'organo competente.

Diversamente opinando si dovrebbe dubitare della legittimità costituzionale di una simile norma.

Per completezza va rilevato che v'è chi ha ritenuto di poter superare il problema assumendo che della violazione delle norme suddette avrebbe interesse giuridico a dolersene solo il dirigente e non il dipendente che si sia visto sostituire il titolare della funzione disciplinare che sarebbe stato preposto a decidere il suo caso Tribunale Imperia n. 2213 del 15 dicembre 2016. Una simile tesi non è condivisibile alla luce delle norme e dei principi (anche di ordine costituzionale che costituiscono guarentigie fondamentali per qualsiasi ordinamento giuridico, come quelli del giudice naturale e della precostituzione dell'organo giudicante) sopra richiamati: un cittadino, un dipendente che, in base alle norme vigenti ed agli atti adottati da un'Amministrazione, debba essere giudicato da un organo giudicante precostituito dalla legge

in base a criteri generali, automatici, obiettivi e predeterminati stabiliti in anticipo (art. 55 *bis*, comma 2), non può non essere titolare del diritto (o, almeno di un interesse giuridicamente tutelato dall'ordinamento) di contestare la violazione delle norme e dei principi che vanno ad incidere sul procedimento. E questo, a maggior ragione, se la sostituzione del titolare dell'UPD, è avvenuta proprio in relazione al procedimento che lo riguarda.

4.11. L'art. 55 *bis*, comma 9 *ter* (e l'art 55 *quater*, comma 3 *ter*) pone altri dubbi di legittimità costituzionale sul piano della ragionevolezza e della buona amministrazione (artt. 3 e 97 Cost.).

Le sanzioni disciplinari e la relativa procedura sono volte a sanzionare comportamenti contrari a norme fondamentali ed alle regole di comportamento previste dalla legge, dal CCNL o dal codice di comportamento.

Ebbene, che senso ha sanzionare i più svariati comportamenti, più o meno gravi, ma non la violazione di termini o di norme procedurali che, per di più, essendo contenuti negli articoli che vanno dal 55 al 55 *septies*, costituiscono norme imperative ai sensi dell'art. 55, comma 1?

Ancora, com'è possibile sanare disposizioni o vizi procedurali per i quali l'ordinamento prevede addirittura la nullità ?

All'uopo va ricordato che l'art. 55 *bis*, comma 9 *bis*, introdotto dal D.Lgs. n. 75/2017 stabilisce che *“Sono nulle le disposizioni di regolamento, le clausole contrattuali o le disposizioni interne, comunque qualificate, che prevedano per l'irrogazione di sanzioni disciplinari requisiti formali o procedurali ulteriori rispetto a quelli indicati nel presente articolo o che comunque aggravino il procedimento disciplinare”* (disposizione che dovrebbe portare ad un profondo ripensamento del ruolo, e della stessa utilità, dei codici di comportamento aziendale).

Ebbene, di fronte a vizi procedurali che ai sensi dell'ordinamento dovrebbero determinare addirittura la nullità di disposizioni o di atti, come potrebbe operare in concreto l'art. 55 *bis*, comma 9 *ter* (e l'art 55 *quater*, comma 3 *ter*) che vorrebbe, invece, sanare qualsiasi vizio che non abbia *“irrimediabilmente compromesso il diritto di difesa del dipendente, e le modalità di esercizio dell'azione disciplinare, anche in ragione della natura degli accertamenti svolti nel caso concreto, risultino comunque compatibili con il principio di tempestività”*?

Le contraddizioni dell'impianto normativo della riforma appaiono evidenti, così come i dubbi sulla legittimità costituzionale delle norme suddette.

## **5. I miglioramenti introdotti dai decreti Madia**

5.1. Le considerazioni che precedono inducono ad una riflessione di fondo.

Le riforme non sono sempre e per forza di cose sinonimo di progresso e di miglioramento.

Il quadro normativo esistente è sempre suscettibile di modifiche, di miglioramenti, e, comunque, di adeguamenti e/o adattamenti alle mutate situazioni che si evolvono.

Tuttavia le riforme, a dispetto ed a prescindere dalla volontà del legislatore, possono anche costituire un passo indietro e peggiorare l'ambito in cui sono destinate ad operare.

I decreti Madia, sotto questo profilo, andrebbero rivisti profondamente.

E qui viene da chiedersi: tali decreti hanno introdotto qualche miglioramento rispetto alla riforma Brunetta?

Certamente: qualche pregio lo si trova anche in questi decreti.

5.2. Innanzitutto, è positivo il superamento della riforma Brunetta laddove suddivideva la competenza disciplinare tra il responsabile della struttura presso la quale prestava servizio il dipendente e l'UPD a seconda della tipologia di sanzione irrogabile (superiore o inferiore agli 11 giorni di sospensione dal servizio con privazione della retribuzione).

L'art. 55 *bis*, commi 1 e 2, come modificato dai decreti Madia, attribuisce ora la competenza esclusivamente all'UPD, indipendentemente dalla tipologia di infrazione (l'unica eccezione è costituita dalle infrazioni per le quali è previsto il rimprovero verbale cui si applica la disciplina stabilita dal contratto collettivo).

Tale scelta è ancora più positiva per le Aziende del S.S.N.: i dirigenti medici responsabili delle diverse articolazioni della macro struttura, competenti anche sul piano disciplinare, incontravano una certa difficoltà ad applicare le procedure e le sanzioni, ragion per cui l'aver ricondotto tutte le competenze all'UPD è stata senz'altro una decisione positiva.

Non solo.

Tale scelta consente di superare anche alcune incongruenze contenute nei CCNL, poco coerenti con la previsione dell'originario art. 55 *bis* che distingueva, come detto, l'organo giudicante a seconda della tipologia di sanzione (superiore o inferiore agli 11 giorni di sospensione).

Le incongruenze non erano dovute alla riforma Brunetta, bensì ai CCNL di comparto che, nel prevedere i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare e le relative sanzioni, stabilivano delle sanzioni che non tenevano conto dell'art. 55 *bis*.

Alcune delle sanzioni previste dai CCNL., infatti, prevedevano sanzioni a cavallo degli 11 giorni suddetti.

È il caso, ad esempio, dei commi 5, 6, 7 ed 8 dell'art. 7 del CCNL 22 febbraio 2010 della dirigenza degli Enti locali e dei commi 5, 6, 7 ed 8 dell'art. 8 del CCNL 6 maggio 2010 della dirigenza medica (*La sanzione disciplinare della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da un minimo di 3 giorni fino ad un massimo di 15 giorni, 3 mesi, 6 mesi*).

Tali disposizioni contrattuali, in pratica, costringevano il responsabile della struttura presso la quale prestava servizio il dipendente e l'UPD a valutare previamente, in astratto, (prima ancora di contestare l'addebito) la sanzione da irrogare, al fine di definire di chi fosse la competenza.

Con la riforma Madia tutto questo non ha più ragion d'essere, il che costituisce un indubbio miglioramento rispetto a quanto accadeva in precedenza.

5.3. Altro aspetto positivo della riforma Madia: si è detto che il termine ultimo per la conclusione del procedimento disciplinare non è stato accorciato, bensì ampliato.

L'art. 55 *bis*, infatti, prevede che il procedimento si concluda entro 120 giorni dalla contestazione dell'addebito.

La riforma Brunetta, sempre all'art. 55 *bis*, ai commi 2 e 4, prevedeva invece che il procedimento si concludesse entro 60 o entro 120 giorni a seconda che la sanzione irrogabile fosse superiore o inferiore agli 11 giorni di sospensione dal servizio e dalla retribuzione.

Il passaggio innovativo è costituito dal *dies a quo*.

La riforma Brunetta non prevedeva, infatti, un *dies a quo* omogeneo.

Per le procedure sanzionabili fino a 10 giorni di sospensione dal servizio e dalla retribuzione il procedimento doveva concludersi entro 60 giorni dalla contestazione dell'addebito (art. 55 *bis*, comma 2); per le procedure sanzionabili da 11 giorni di sospensione dal servizio e dalla retribuzione fino al licenziamento, il procedimento si doveva invece concludere entro 120 giorni (il doppio del termine previsto dal precedente comma 2) che però non decorrevano dalla contestazione d'addebiti (come sarebbe stato logico prevedere) bensì dalla "*data di prima acquisizione della notizia dell'infrazione, anche se avvenuta da parte del responsabile della struttura in cui il dipendente lavora*". In sostanza, la riforma Brunetta poteva indurre l'UPD in errore perché, nei procedimenti di maggiore gravità, finiva con il ridurre i termini procedurali. Poteva, invero accadere, che il tempo disponibile per l'istruttoria si riducesse ad 80 giorni complessivi, dovendo la contestazione d'addebiti intervenire entro 40 giorni 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*".

L'aver uniformato il termine per la conclusione del procedimento a 120 giorni dalla contestazione dell'addebito costituisce, dunque, un aspetto positivo della riforma Madia.

5.4. Positivo, sebbene lasci un margine di indeterminazione (che si può però considerare "fisiologico"), è la disposizione, sempre dell'art. 55 bis, secondo la quale l'UPD "*provvede alla contestazione scritta dell'addebito, con immediatezza e comunque non oltre trenta giorni decorrenti dal ricevimento della predetta segnalazione, ovvero dal momento in cui abbia altrimenti avuto piena conoscenza dei fatti ritenuti di rilevanza disciplinare*".

La riforma Brunetta, come si è appena detto, faceva, infatti, riferimento non già alla "piena conoscenza dei fatti" bensì alla "notizia" dell'infrazione.

Il che poteva far sorgere alcune problematiche sui tempi a disposizione dell'Ente per la contestazione dell'addebito, specie quando i comportamenti illeciti si potevano desumere dall'avvenuta cognizione (magari dagli organi di stampa) dell'esistenza di procedimenti penali in corso.

5.5. Altra precisazione positiva è quella introdotta dal D.Lgs. n. 75/2017 dall'art. 55 bis, comma 9.

La riforma Brunetta stabiliva, infatti, che "*In caso di dimissioni del dipendente, se per l'infrazione commessa è prevista la sanzione del licenziamento o se comunque è stata disposta la sospensione cautelare dal servizio, il procedimento disciplinare ha egualmente corso 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*".

Tale disposizione non faceva cenno ad altre ipotesi di interruzione del rapporto di lavoro.

La *ratio legis* sottesa alla disposizione suddetta (volta ad impedire di rientrare in servizio sia a chi, "licenziabile", potesse, per l'età, partecipare ancora ad un concorso pubblico il quale, come noto, richiede al candidato, come requisito soggettivo di partecipazione, di non essere stato destituito/licenziato: art. 2 D.P.R. n. 487/1994; sia a chi avrebbe potuto chiedere di essere riassunto in servizio ai sensi dell'art. 132 del D.P.R. n. 3/1957 o delle norme di CCNL che a tale norma si richiamano: ad esempio l'art. 21 del CCNL 10 febbraio 2004 della dirigenza medica) induceva ad estendere la fattispecie anche ai casi di risoluzione del rapporto di lavoro non dovuto strettamente alle dimissioni.

La precisazione introdotta dal D.Lgs. n. 75/2017 all'art. 55 bis, comma 9, che oggi fa riferimento alla "*cessazione del rapporto di lavoro*", qualunque sia la causa dell'interruzione del rapporto, chiarisce definitivamente la questione.

5.6. Un'altra disposizione che introduce una importante (forse, la più importante) novità è quella inserita dal D.Lgs. n. 75/2017 all'art. 55 *ter*, comma 1: *“il procedimento disciplinare sospeso può essere riattivato qualora l'amministrazione giunga in possesso di elementi nuovi, sufficienti per concludere il procedimento, ivi incluso un provvedimento giurisdizionale non definitivo”*.

La riforma Brunetta aveva già introdotto una significativa novità rispetto al passato, consentendo all'Amministrazione di concludere il procedimento disciplinare pur in pendenza del procedimento penale.

Prima della riforma Brunetta, infatti, l'Amministrazione, in pendenza di un procedimento penale nei confronti di un dipendente, doveva/poteva soltanto avviare il procedimento disciplinare e sospenderlo contestualmente fino alla definizione del procedimento penale medesimo.

Il limite del pur innovativo art. 55 *ter* introdotto dal D.Lgs. n. 150/2009 era rappresentato dal fatto che l'Amministrazione o aveva gli elementi a disposizione per poter concludere subito il procedimento disciplinare ovvero doveva attendere la definizione del procedimento penale, per il quale potevano occorrere anche molti anni.

Il D.Lgs. n. 75/2017, opportunamente, attribuisce ora all'Amministrazione la possibilità di riattivare il procedimento sospeso qualora dovessero emergere ulteriori elementi, non disponibili al tempo della contestazione, in grado di consentire la definizione del procedimento disciplinare senza attendere per forza la conclusione del procedimento penale (e, dunque, il passaggio in giudicato della sentenza penale).

In genere, qualora emergano elementi di novità è possibile (per non dire probabile) che l'Amministrazione, oltre a riattivare il procedimento già avviato, debba procedere ad ulteriori contestazioni (con l'atto di riattivazione o con separato atto di contestazione d'addebiti, da riunire, in questo caso, con il primo procedimento).

La novella dell'art. 55 *ter* è positiva anche per un altro ordine di ragioni.

Come si è già avuto modo di rilevare, i CCNL contengono alcune incongruenze rispetto al D.Lgs. n. 165/2001.

Si confrontino, ad esempio, l'art. 8, comma 11, n. 1, lettera c) CCNL 6 maggio 2010 dirigenza medica e art. 7, comma 9, n. 2, lettera c) CCNL 22 febbraio 2010 dirigenza enti locali i quali prevedono che l'UPD possa procedere al licenziamento pure in caso di condanna anche non passata in giudicato; mentre il corrispondente art. 3, comma 8, lettera c, n. 1 del CCNL 11

aprile 2008 del personale non dirigente enti locali consente, invece, il licenziamento solo a seguito della condanna passata in giudicato.

Disposizioni (quelle che consentivano di procedere al licenziamento pure in caso di condanna anche non passata in giudicato) che, oltretutto, con il quadro normativo *ante* D.Lgs. n. 75/2017, non avrebbero potuto avere pratica applicazione stante la natura imperativa dell'art. 55 *ter* ai sensi dell'art. 55, comma 1.

Da ciò il miglioramento che deriva dalla nuova formulazione della disposizione in questione che attribuisce all'Amministrazione una nuova possibilità di proseguire il procedimento disciplinare senza dover attendere la definizione del procedimento penale e fermo restando che l'esercizio di tale potere rimane in ogni caso una semplice facoltà per l'Amministrazione e non un obbligo (potendo l'Ente decidere di attendere comunque la definizione del procedimento penale).

Ad ulteriore conferma del fatto che i CCNL non riescono a coordinarsi pienamente con le norme dettate dal D.Lgs. n. 165/2001 in materia disciplinare si osservi che il CCNL degli Enti locali per il personale non dirigente, mentre è coerente, in alcune parti (vedasi, ad esempio, l'art. 59, comma 9, n. 2, lett. e CCNL 21 maggio 2018), con la nuova formulazione dell'art. 55 *ter*, comma 1 in altre parti (come nel caso dell'art. 59, comma 9, n. 1, lett. e; n. 2, lett. c CCNL 21 maggio 2018) sembra prescindere creando così un inutile elemento di confusione.(che, in realtà, è superata dal fatto che l'art. 55 *ter*, in quanto norma di legge, per di più norma imperativa, prevale chiaramente sulle difformi previsioni del CCNL).

## **6. Conclusioni**

Per concludere, vediamo in che cosa il legislatore potrebbe migliorare la riforma.

Dei punti di criticità e di dubbia costituzionalità dei decreti Madia si è detto.

Certamente il legislatore non può pensare che il problema sia costituito solo dai furbetti del cartellino.

E neppure si può pensare che il problema dei furbetti si risolva solo con l'introduzione della rilevazione delle presenze mediante il rilevamento delle impronte digitali.

Tale modalità può impedire il fenomeno del collega che timbra per un altro, ma non quello di chi timbra ed esce (a meno che l'uscita non venga impedita da tornelli che si aprono solo con l'impronta digitale).

Semmai, a proposito di strumenti, occorrerebbe dotare le Amministrazioni di più efficaci sistemi di controllo e verifica.

L'adozione di alcuni di questi sistemi potrebbe creare qualche problema di coordinamento con lo Statuto dei lavoratori e soprattutto, qualche problema di relazione con le organizzazioni sindacali.

Ma è fuori di dubbio che i casi (assai gravi) di dipendenti infedeli che lavorano contro la propria Amministrazione ovvero i casi di chi, durante l'orario di servizio, gioca a carte al computer o chatta su internet (salvo che il sistema informatico dell'Ente non lo impedisca a priori) o comunque si occupa di questioni personali, sarebbero difficilmente accertabili dai dirigenti e/o dal Segretario comunale senza strumenti legislativi e tecnici adeguati, in assenza dei quali, l'azione dell'Autorità giudiziaria penale (e degli organi di polizia giudiziaria) rimarrebbe comunque insostituibile.

Dell'opportunità di riflettere sulla odierna possibilità per gli organi politici di influire, direttamente o indirettamente, sull'azione disciplinare pur in assenza di una competenza in materia ho già detto.

Un altro elemento che sarebbe opportuno chiarire, è, infine, quello della natura recettizia o meno dell'atto di contestazione e del provvedimento disciplinare, ossia: nel termine previsto dal legislatore è sufficiente che l'UPD adotti l'atto di contestazione e/o il provvedimento conclusivo o è necessario che nello stesso termine l'atto di contestazione e/o il provvedimento conclusivo venga anche notificato/comunicato all'interessato?

Sul punto si segnala che la Corte di Cassazione ha sostenuto che, ai fini del rispetto della perentorietà del termine, rileva solo l'adozione dell'atto "*non avendo a tale fine rilievo la data della successiva comunicazione all'interessato*" (Cass. Civ., Sez. Lav., 2 marzo 2017, n. 5317). Il Tribunale di Imperia (Sez. Lav., 1242 del 9 agosto 2017) ha, invece, ritenuto che l'atto di contestazione sia sì un atto recettizio ma che ai fini della tempestiva comunicazione al dipendente sia sufficiente affidare l'atto alle poste (analogamente a ciò che accade con la notifica degli atti processuali).

# **Recenti aspetti problematici nell'individuazione del giudice munito di giurisdizione in materia di impiego alle dipendenze della PA**

Comunicazione al Convegno

*Matteo Timo*

Ricercatore t.d.A in diritto amministrativo e docente presso l'Università di Genova, abilitato alle funzioni di professore di seconda fascia di diritto amministrativo

Sommario: 1. Premessa: il riparto *ex lege* nel pubblico impiego; - 2. Le principali problematiche del riparto fra giudice ordinario e giudice amministrativo nell'impiego presso le pubbliche amministrazioni; - 3. (Segue) Procedure concorsuali e procedure di mobilità; - 4. (Segue) Lo scorrimento delle graduatorie; - 5. Osservazioni conclusive: l'insufficienza della regola legislativa.

## **1. Premessa: il riparto *ex lege* nel pubblico impiego**

L'ordinamento italiano, come noto, è caratterizzato dalla duplicità dei plessi giurisdizionali<sup>24</sup>, giacchè talune controversie sono devolute alla cognizione del giudice ordinario – e, per quanto oggetto della presente comunicazione, di quello civile, quale giudice del lavoro – mentre altre vengono sottoposte a quella dei giudici amministrativi.

Il modello italiano, connotato dalla suddetta coesistenza di una giurisdizione “ordinaria” e di una “amministrativa” – per il vero, talvolta, affiancata da corpi giudicanti “speciali”, quali la Corte dei conti, i tribunali militari e le commissioni tributarie –, ha sempre necessitato di un criterio attributivo del potere giurisdizionale, tanto è vero che già la legge abolitrice del contenzioso amministrativo<sup>25</sup> disponeva in tal senso agli articoli 2 e seguenti. È proprio alla legge del 1865 che si deve porre l'attenzione, in quanto essa ha provveduto alla definizione della regola fondamentale in materia di riparto fra le giurisdizioni, poi recepita dalla stessa Costituzione repubblicana.

---

<sup>24</sup> Per un'analisi sulla duplicità dei moduli giurisdizionali, F. SAITTA, *Giustizia amministrativa: un dualismo da perfezionare*, intervento al Congresso nazionale A.N.M.A. su: «Giustizia amministrativa per i cittadini», Catania, 16 novembre 2018, disponibile in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), 19 novembre 2018.

<sup>25</sup> L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E.

In effetti, il *discrimen* fra le materie conosciute dal giudice amministrativo e quelle rientranti nella giurisdizione ordinaria tuttora fa capo alla distinzione fra interesse legittimo e diritto soggettivo<sup>26</sup>, tanto che siffatta alterità è espressamente richiamata dalla Carta costituzionale, agli artt. 103 e 113, nell'evidenziare due aspetti rilevanti per la disamina che seguirà. Sotto un primo punto di vista, le disposizioni costituzionali richiamate ammettono la sussistenza di due giurisdizioni, di regola vertenti l'una (quella ordinaria) su diritti soggettivi e l'altra (quella amministrativa) su interessi legittimi<sup>27</sup> e, alla luce di un altro punto di vista, ammettono che la legge possa, di volta in volta, ricondurre la cognizione di «particolari materie»<sup>28</sup> al giudice amministrativo indipendentemente dalla posizione giuridica soggettiva azionata.

Dal quadro costituzionale abbozzato emerge – nel rispetto della regola generale che contrappone i diritti soggettivi agli interessi legittimi, prevedendo che i primi siano conosciuti dai giudici ordinari, mentre i secondi da quelli amministrativi – come spetti al legislatore ordinario approntare un sistema in cui, anche in osservanza del diritto inviolabile al conseguimento della tutela giurisdizionale, sia possibile agevolmente individuare il giudice cui rivolgersi: in tal senso, il legislatore ha, innanzitutto, rimarcato la regola costituzionale e, secondariamente, fatto ricorso al potere d'individuare talune materie e assegnarle *ex lege* ad uno specifico giudice, sia esso quello ordinario o quello amministrativo.

---

<sup>26</sup> Per un'autorevole, ancorché risalente, definizione di giurisdizione amministrativa si veda M.S. GIANNINI - A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. Dir.*, Vol. XIX, Milano, 1970: per giurisdizione amministrativa si deve avere riguardo agli «organi giurisdizionali diversi dalla giurisdizione ordinaria civile e penale, aventi una competenza-giurisdizione sulle controversie tra privati e amministrazioni pubbliche. In tal senso, nel nostro ordinamento, la giurisdizione amministrativa è costituita dai (futuri) tribunali regionali di giustizia amministrativa, dal consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana e dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale». Più recentemente e in riferimento al riparto fondato sulla contrapposizione fra interessi legittimi e diritti soggettivi, A TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, XII ed., Torino, 2018, p. 11 e pp. 115 ss., nonché C.E. GALLO, *Manuale di giustizia amministrativa*, Torino, 2018, pp. 55 ss. Si veda anche E. PICOZZA, *La dinamica delle situazioni giuridiche soggettive nell'ordinamento giuridico multilivello*, in V. Fanti (a cura di), *Diritto e processo amministrativo. Giornate di studio in onore di Enrico Follieri*, in *Dir. e proc. amm., Quaderni*, n. 30, Napoli, 2019, Tomo I, pp. 57 ss. Sulla giurisdizione esclusiva, F. SATTA, *Giurisdizione esclusiva*, in *Enc. dir., Agg. V*, Milano, 2001, e P.M. VIPIANA, *Giurisdizione amministrativa esclusiva*, 1991, aggiornamento a cura di F. Pavoni, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 2011, «per giurisdizione esclusiva amministrativa si intende quel determinato ambito della competenza giurisdizionale del Consiglio di Stato, del Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione siciliana e dei T.A.R. in cui detti giudici, con tendenziale esclusione degli altri, conoscono, principaliter, anche di controversie riguardanti diritti soggettivi». A titolo esaustivo si rinvia anche a G.B. GARRONE, *Giurisdizione amministrativa di merito*, 1991, aggiornamento a cura di F. Pavoni, *ivi*, 2011, a E. CANNADA BARTOLI, *Giustizia amministrativa*, *ivi*, 1991, § 47 e ss. in particolare; a C.E. GALLO, *Processo amministrativo*, *ivi*, 1996

<sup>27</sup> Il ché è desumibile anche dal precedente art. 24 Cost., allorché il medesimo riconosce, per un verso, il diritto fondamentale alla difesa dei propri diritti e dei propri interessi legittimi e, per un altro verso, assicura ai non abbienti i mezzi per difendersi «davanti ad ogni giurisdizione».

<sup>28</sup> Così, in particolare, l'art. 103 Cost. nell'ammettere che i giudici amministrativi, «in particolari materie», possano conoscere di diritto soggettivi.

Ad esempio, il codice del processo amministrativo<sup>29</sup> (di seguito anche c.p.a.) all'art. 7 ha, da un lato, ricondotto alla giurisdizione amministrativa tutte le controversie a vario titolo involventi i poteri di una pubblica amministrazione o di un soggetto alla medesima equiparato, in cui si faccia questione d'interessi legittimi, ma, da un altro lato<sup>30</sup>, ha fatto emergere un elenco di materie in cui i T.A.R. e il Consiglio di Stato possono avere contezza anche di diritti soggettivi.

Nell'ipotesi da ultimo menzionata il legislatore ha operato un "riparto *ex lege*", il quale, invero, è pratica che può avere ad oggetto sia la devoluzione a favore del giudice amministrativo – in sede di cd. "giurisdizione esclusiva" –, sia quella nei riguardi del giudice ordinario. Proprio in quest'ultimo senso si è orientata la legge nel caso del lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, sicchè al verificarsi della privatizzazione del rapporto di lavoro<sup>31</sup> è conseguita l'assegnazione delle relative controversie al giudice civile, in sede di giudice del lavoro.

Prima di esporre talune considerazioni in merito alle principali tematiche connesse alla giurisdizione sul rapporto d'impiego pubblico contrattualizzato<sup>32</sup>, è opportuno osservare come il riparto *ex lege* possa apparire uno strumento idoneo a favorire la massima chiarezza nell'individuazione del giudice dotato di giurisdizione, posto che il medesimo è esplicitato dalla lettera della legge. Tuttavia le materie conferite al solo giudice ordinario, al pari di quelle di giurisdizione esclusiva, sovente danno luogo a contrasti giurisprudenziali, scaturenti dall'impossibilità per la disposizione di legge attributiva della giurisdizione di esaurire tutta la gamma di possibili controversie aventi ad oggetto il settore attribuito alla cognizione di un certo giudice: negli interstizi lasciati scoperti dal legislatore o, più semplicemente, nelle zone d'ombra non facilmente definibili, si annidano interpretazioni contrapposte che frequentemente giungono al vaglio delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Un simile accadimento si riscontra nella disciplina sulla giurisdizione dettata per l'impiego presso le pubbliche amministrazioni, la quale, ad avviso di chi scrive, appare emblematica della difficoltà – ma anche dell'avventatezza – con cui il legislatore ha eseguito il riparto in forza di legge, in quanto questi non si è limitato al mero trasferimento della cognizione dal giudice amministrativo a quello ordinario, ma ha inteso elaborare un'eccezione alla regola

---

<sup>29</sup> Di cui al D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

<sup>30</sup> Artt. 7, comma 5, e 133 c.p.a.

<sup>31</sup> Sul punto, diffusamente, G. GALLENCA, *Pubblico impiego*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 2008, § 7 ss. in particolare. Precedentemente, M.S. GIANNINI, *Impiego pubblico (profili storici e teorici)*, in *Enc. dir.*, Vol. XX, Milano, 1970.

<sup>32</sup> Sulla cd. privatizzazione del pubblico impiego si veda anche E.A. APICELLA, *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, 2002, § 1 ss. in particolare.

generale di riparto, a sua volta, come si scriverà subito appresso, connotata da ulteriori eccezioni, foriere di non secondari dubbi interpretativi.

Attualmente, la disciplina è recata dall'art. 63<sup>33</sup> del D.Lgs. n. 165/2001<sup>34</sup>, il quale – come si avrà modo di meglio descrivere –, in apparente deroga al criterio fondato sulla posizione giuridica soggettiva, devolve al giudice ordinario «tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni», salve alcune eccezioni di carattere tanto soggettivo, quanto oggettivo<sup>35</sup>.

Circa l'eccezione di carattere soggettivo, il comma 1 della disposizione citata esclude dalla giurisdizione ordinaria i rapporti di lavoro permanenti nella regolazione puramente pubblicistica, vale a dire quelli regolati dall'art. 3 D.Lgs. n. 165/2001<sup>36</sup>: per essi opera un riparto *ex lege* sostanzialmente di verso opposto, poichè essi sono ricondotti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo<sup>37</sup>.

Maggiormente sostanziosa è l'eccezione di natura oggettiva, la quale preclude al giudice ordinario il sindacato circa le procedure «procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti

---

<sup>33</sup> Il vigente articolo, nelle disposizioni qui d'interesse (commi 1, 2 e 4), dispone che «1. Sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, ad eccezione di quelle relative ai rapporti di lavoro di cui al comma 4, incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale, nonché quelle concernenti le indennità di fine rapporto, comunque denominate e corrisposte, ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti. Quando questi ultimi siano rilevanti ai fini della decisione, il giudice li disapplica, se illegittimi. L'impugnazione davanti al giudice amministrativo dell'atto amministrativo rilevante nella controversia non è causa di sospensione del processo. 2. Il giudice adotta, nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati. Le sentenze con le quali riconosce il diritto all'assunzione, ovvero accerta che l'assunzione è avvenuta in violazione di norme sostanziali o procedurali, hanno anche effetto rispettivamente costitutivo o estintivo del rapporto di lavoro. Il giudice, con la sentenza con la quale annulla o dichiara nullo il licenziamento, condanna l'amministrazione alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, e comunque in misura non superiore alle ventiquattro mensilità, dedotto quanto il lavoratore abbia percepito per lo svolgimento di altre attività lavorative. Il datore di lavoro è condannato, altresì, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali. 4. Restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, nonché, in sede di giurisdizione esclusiva, le controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all'articolo 3, ivi comprese quelle attinenti ai diritti patrimoniali connessi».

<sup>34</sup> D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, recante il cd. «Testo unico sul pubblico impiego».

<sup>35</sup> Sull'interpretazione dell'art. 63, si veda diffusamente, S. DEL GATTO, *Il riparto di giurisdizione in materia di pubblico impiego. Sull'incerta (e variabile) nozione di "procedure concorsuali"*, in S. Del Gatto - F. Dinelli - G. Fares - G. Mari - M. Sinisi, *Problematiche del riparto di giurisdizione dopo il codice del processo amministrativo*, Napoli, 2013, pp. 33 ss.

<sup>36</sup> Ossia «i magistrati ordinari, amministrativi e contabili, gli avvocati e procuratori dello Stato, il personale militare e delle Forze di polizia di Stato, il personale della carriera diplomatica e della carriera prefettizia nonché i dipendenti degli enti che svolgono la loro attività nelle materie contemplate dall'articolo 1 del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 17 luglio 1947, n.691, e dalle leggi 4 giugno 1985, n.281, e successive modificazioni ed integrazioni, e 10 ottobre 1990, n.287» (comma 1), nonché, in attesa della riforma del settore, i professori e i ricercatori universitari, a tempo determinato o indeterminato (comma 2).

<sup>37</sup> Ai sensi dell'art. 63, comma 4, D.Lgs. n. 165/2001.

delle pubbliche amministrazioni»: ne deriva una scissione fra la fase selettiva e quella di gestione del rapporto.

Quest'ultima caratteristica – nonostante discenda da un riparto qualificato direttamente dalla legge – ha ingenerato molteplici e significative controversie circa la corretta individuazione dell'autorità giudiziaria presso la quale radicare il giudizio avente ad oggetto l'impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, di cui si dirà nei paragrafi seguenti

## ***2. Le principali problematiche del riparto fra giudice ordinario e giudice amministrativo nell'impiego presso le pubbliche amministrazioni***

Il menzionato criterio di cui all'art. 63 D.Lgs. n. 165/2001 ha, nel corso degli anni, manifestato una difficoltà interpretativa con riguardo a taluni istituti propri del lavoro presso le amministrazioni pubbliche, che usualmente non sono riscontrabili nel lavoro disciplinato dalle leggi civili.

In effetti, come si faceva cenno, se il legislatore delegato del 1993<sup>38</sup>, poi confermato da quello del D.Lgs. n. 165/2001, ha inteso ricondurre al diritto privato il rapporto d'impegno pubblico, non ha potuto omettere talune fasi connotate da un carattere prettamente pubblicistico: parimenti, ha ritenuto opportuno che per le stesse s'istaurasse la giurisdizione del giudice amministrativo, vertendosi in ipotesi di esercizio del pubblico potere e, pertanto, insorgendo posizioni d'interesse legittimi.

Tradizionalmente le problematiche insite nel riparto in oggetto sono dipese dalla corretta delimitazione del concetto di “procedura concorsuale”<sup>39</sup> e dalla qualificazione delle controversie connesse alle graduatorie stilate dall'amministrazione datrice di lavoro all'esito delle medesime procedure.

Più recentemente alle due menzionate problematiche si è assommata anche quella inerente alle procedure di mobilità tra pubbliche amministrazioni rese obbligatorie dal vigente art. 30 del D.Lgs. n. 165/2001 prima dell'esperimento di un concorso finalizzato a nuove assunzioni.

---

<sup>38</sup> *Ex multis*, si vedano L. ZOPPOLI, *Dieci anni di riforma del lavoro pubblico (1993-2003)*, in *Lavoro nelle p.a.*, 2003, 5, pp. 751 ss.; F. CARINCI, *Una riforma “conclusa”. Fra norma scritta e prassi applicativa*, *ivi*, 2004, 2, pp. 239 ss.; F. PUTORTÌ, *Il rapporto di pubblico impiego*, in *Osservatorio politiche pubbliche per le autonomie*; F. CARINCI, *Privatizzazione del pubblico impiego e ripartizione della giurisdizione per materia (breve storia di una scommessa perduta)*, in *Lavoro nelle p.a.*, 2006, 6, pp. 1049 ss.

<sup>39</sup> Si veda, sin da ora, G. NICOSIA, *La “carriera” dei dipendenti pubblici nel prisma delle procedure selettive e concorsuali*, in *Lavoro nelle p.a.*, 2012, 1, pp. 109 ss.

Dall'esame della giurisprudenza amministrativa e di legittimità, che ha avuto modo di pronunciarsi sui tre gruppi di questioni che sono stati ricordati, è possibile desumere un criterio generale – fatto proprio anche dalle numerose pronunce sopraggiunte nel 2019, che si avrà modo di richiamare nei due paragrafi seguenti – fondato sulla finalità d'instaurare un nuovo rapporto lavorativo o meno con l'amministrazione. In effetti, ad avviso di chi scrive, pare potersi dire che, in generale, la giurisprudenza tende a ricondurre al giudice amministrativo l'esame di tutte le questioni che attengono a procedure dirette all'insorgenza di un nuovo o diverso legame contrattuale tra prestatore e datore di lavoro pubblico, mentre riserva al giudice civile le controversie che attengono all'evolversi di contratti di lavoro in essere.

La regola non è scontata, giacchè le Sezioni unite e i giudici amministrativi vi sono giunti all'esito d'una complessa interpretazione dell'ambiguo richiamo legislativo alle “procedure concorsuali”, di volta in volta calato nelle singole fattispecie.

### **3. (Segue) Procedure concorsuali e procedure di mobilità**

Un primo filone interpretativo si è dipanato con riferimento diretto, come evidenziato, alla disposizione del 4 comma dell'art. 63 e, di conseguenza, alla definizione di “procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni”. Esso ha riguardato la possibilità o meno di annoverare in siffatta nozione tutti i procedimenti amministrativi volti al reclutamento di nuovo personale. Un secondo filone attiene invece alla qualificazione delle procedure di mobilità di cui all'art. 30 D.Lgs. n. 165/2001: anche in tal caso oggetto di dubbio interpretativo era la riconducibilità alla nozione di procedura concorsuale del passaggio del lavoratore da un'amministrazione ad un'altra.

Circa il primo aspetto<sup>40</sup>, pare potersi riscontrare un consolidamento della giurisprudenza amministrativa, come osservato dalla dottrina<sup>41</sup>, che è giunta alla conclusione che la procedura concorsuale non sia quella genericamente finalizzata alla nuova assunzione, bensì solo quella che implichi una valutazione comparativa e discrezionale dei candidati da parte dell'amministrazione datrice di lavoro. In tal senso, l'Adunanza Plenaria ha avuto modo di osservare che la procedura concorsuale è caratterizzata dal susseguirsi di scansioni prettamente pubblicistiche e dall'esercizio di un potere discrezionale di comparazione: essa ha osservato

---

<sup>40</sup> Cfr. anche S. DEL GATTO, *op. cit.*, pp. 35 ss.

<sup>41</sup> P.M. VIPIANA, *Il riparto fra le giurisdizioni*, in P.M. Vipiana - V. Fanti - M. Trimarchi (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Milano, 2019, pp. 67 ss.

che la giurisdizione amministrativa di legittimità «è limitata alle sole procedure che iniziano con l’emanazione di un bando, sono contrassegnate dalla valutazione comparativa dei candidati e si concludono con la compilazione di una graduatoria»<sup>42</sup>.

Ne deriva l’esclusione di tutte quelle procedure non connotate dall’esperienza di una selezione – sia essa per titoli o per esami<sup>43</sup> –, bensì fondate sulla semplice verifica del possesso di requisiti o di qualifiche: così ragionando spetta al giudice ordinario il sindacato sulla procedura di formazione di una “rosa di candidati” cui l’amministrazione attingerà di volta in volta il prestatore di lavoro, con scelta discrezionale e fiduciaria<sup>44</sup>.

I giudici amministrativi, negli anni seguenti alla citata Plenaria<sup>45</sup>, hanno evidenziato come il requisito selettivo esuli, ad esempio, dai procedimenti di mera valutazione interna di personale già assunto, come accade nell’ipotesi delle graduatorie permanenti degli insegnanti<sup>46</sup> redatte ai sensi degli artt. 399 ss. del D.Lgs. n. 297/1994<sup>47</sup>. In anni più recenti, la giurisprudenza – sia civile<sup>48</sup>, sia amministrativa<sup>49</sup> – ha ad ogni modo ribadito che, anche con riferimento alle graduatorie permanenti o a esaurimento, la riserva a favore del giudice ordinario trova spazio solo nell’ipotesi in cui non sia oggetto di contestazione una previa scelta amministrativa di carattere organizzativo: in questo caso, infatti, non emergono valutazioni di singole posizioni

---

<sup>42</sup> Ad. Plen., 12 luglio 2011, n. 11, in *Foro it.*, 2011, 10, III, p. 525: la sentenza è stata annotata da G. FERRARI - L. TARANTINO, *La plenaria sul riparto di giurisdizione in tema di procedure concorsuali per l’assunzione nel pubblico impiego*, in *Urb. app.*, 2011, 9, pp. 1117 ss.

<sup>43</sup> P.M. VIPIANA, *ult. op. cit.*, p. 67.

<sup>44</sup> In questi termini, T.A.R. Toscana, Sez. I, 11 febbraio 2019, n. 223, in *www.giustizia-amministrativa.it.*

<sup>45</sup> Così T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 22 agosto 2013, n. 4129, in *Diritto & Giustizia*, 7 ottobre 2013: «nell’ipotesi delineata in materia scolastica dall’art. 401 d.lg. n. 297/1994, e caratterizzata dall’inserimento dei docenti in possesso di determinati requisiti in apposite graduatorie permanenti o ad esaurimento, nonché preordinata al conferimento delle cattedre man mano disponibili, non sussistono gli elementi caratterizzanti una procedura concorsuale in senso stretto, ossia un bando, delle prove selettive, una valutazione dei candidati [...], una compilazione ed approvazione finale di una graduatoria che individui i vincitori». Più recentemente, Cons. Stato, Sez. VI, 30 novembre 2015, n. 5418, in *Foro amm.*, 2015, 11, p. 2819: «La fase relativa all’inserimento, formazione e aggiornamento delle graduatorie non integra una fase amministrativa assimilabile ad una procedura concorsuale, in quanto vengono in rilievo soggetti che sono in possesso di determinati requisiti, anche sulla base della partecipazione a concorso. La giurisdizione, in relazione a tale tipologia di controversie, appartiene al giudice ordinario».

<sup>46</sup> In tema di graduatorie dei docenti della scuola pubblica vasto è il panorama degli studi e delle pronunce dei giudici ordinari e amministrativi: sul punto, cfr. G. PENDOLINO, *Ancora dubbi sulla giurisdizione nel pubblico impiego: il caso paradigmatico delle graduatorie del personale della scuola*, in *Lavoro nella giur.*, 2010, 5, pp. 447 ss.

<sup>47</sup> D.Lgs. 16 aprile 1994, n. 267.

<sup>48</sup> Cfr. Corte d’Appello di Roma, Sez. lav., 16 novembre 2019, n. 4232, in *Redazione Giuffrè*, 2019, «In relazione alle controversie concernenti il diritto all’inserimento in una graduatoria ad esaurimento nell’ambito del comparto scolastico, sussiste la giurisdizione amministrativa quando si impugnano non atti di valutazione di singole posizioni soggettive, con riguardo alle relative modalità con cui si sarebbe proceduto, ma in via diretta e principale atti di carattere generale quanto a profili organizzativi pure di carattere generale, contestandosi la regolamentazione in via autoritativa del settore effettuata all’Amministrazione con poteri eccedenti dall’ambito privatistico».

<sup>49</sup> T.A.R. Molise, 4 gennaio 2019, n. 2, in *Redazione Giuffrè amm.*, 2019.

soggettive, bensì veri e propri atti amministrativi cd. di “macro-organizzazione”<sup>50</sup>, sui quali permane la giurisdizione amministrativa. Si tratta, in effetti, di atti autoritativi, non aventi carattere gestionale e non adottati dalle pubbliche amministrazioni con i poteri, civilistici, tipici del datore di lavoro<sup>51</sup>.

Copiosa è poi la giurisprudenza che nell’ultimo anno ha – ribadendo espressamente o implicitamente la citata sentenza dell’Adunanza plenaria – fatto applicazione concreta della definizione di procedura concorsuale alle peculiari forme di reclutamento del pubblico impiego. In siffatto senso è stata confermata la consueta distinzione fra progressioni orizzontali e progressioni verticali<sup>52</sup>, affermando che solo le seconde, comportando il passaggio da un’area funzionale ad un’altra, sono compartecipi della natura di procedura selettiva<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> In proposito, già, T.A.R. Umbria, Sez. I, Sent., 3 febbraio 2009, n. 34, con richiami di G. FERRARI, *Giurisdizione in materia di pubblico impiego privatizzato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 5, p. 540. Più recentemente, Cons. Stato, Sez. VI, 16 aprile 2019, n. 2474, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), «la ragione della preferenza per questa seconda tesi risiede nel fatto che oggetto di contestazione sono atti di macroorganizzazione. La pubblica amministrazione, infatti, con l’adozione dei provvedimenti in esame, a prescindere dalla loro natura di atti normativi o amministrativi generali, definisce le linee fondamentali di organizzazione degli uffici, determinando anche le dotazioni organiche complessive. La giurisdizione compete, pertanto, al giudice amministrativo. Né, in senso contrario, potrebbe rilevare la questione relativa all’incidenza “diretta” o “indiretta” di tali provvedimenti sui singoli rapporti di lavoro, trattandosi di un profilo che non ne muta la intrinseca natura e dunque le regole di riparto della giurisdizione. Questo aspetto può, al più, assumere rilevanza ai fini della individuazione dell’ambito del potere disapplicativo del giudice ordinario e se cioè esso può essere esercitato soltanto quando il provvedimento amministrativo di macro-organizzazione rilevi in via “indiretta” ai fini della risoluzione della controversia in linea con la regola generale posta dall’art. 5 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. E, ovvero anche quando esso venga in rilievo quale fonte “diretta” della lesione della posizione soggettiva individuale fatta valere in giudizio, nel qual caso, peraltro, risolvendosi la disapplicazione in una cognizione diretta, e non incidentale, del provvedimento amministrativo (in questo senso, anche, Cons. Stato, Sez. VI, 29 gennaio 2016 n. 365 e 30 novembre 2015 n. 5418)».

<sup>51</sup> Più in generale, Cass. civ., Sez. lav., 26 giugno 2019, n., in *Giustizia Civile Massimario*, 2019.

<sup>52</sup> Sulla nozione di “concorsi interni”, anche S. DEL GATTO, *op. cit.*, pp. 38 ss. Assai vasta è la dottrina che si è occupata di questo: in questa sede sia sufficiente il richiamo a A. GARILLI, *Le controversie sui concorsi e sulla progressione verticale: riparto di giurisdizione, discrezionalità amministrativa e poteri del giudice ordinario*, in *Lavoro nelle p.a.*, 2003, 1, pp. 3 ss.; A. POZZI, *Principi concorsuali e progressioni verticali dei pubblici dipendenti*, in *Giust. civ.*, 2003, 5, pp. 181 ss.; E.A. APICELLA, *Concorsi interni nelle pubbliche amministrazioni, Posizioni soggettive del dipendente pubblico e riparto della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.* 2004, 5, pp. 1157 ss.; S. PALMIERI, *Giurisdizione e concorsi interni nel pubblico impiego: le sezioni unite nel solco della Corte costituzionale*, in *Corr. Giur.*, 2004, 2, pp. 180 ss.; G. MORO, *La giurisdizione sui concorsi interni dei dipendenti pubblici*, in *Lavoro nelle p.a.*, 2005, 3-4, pp. 679 ss.; F. PANTANO, *Progressioni interne nel pubblico impiego e giurisdizione del giudice ordinario*, in *Arg. dir. lav.*, 2006, 1; G. PENDOLINO, *La giurisdizione sui concorsi interni nel pubblico impiego privatizzato e lo scorrimento della graduatoria concorsuale*, in *Lavoro nella giur.*, 2010, 9, pp. 921 ss.

<sup>53</sup> In tal senso, si veda T.A.R. Basilicata, Sez. I, 4 marzo 2019, n. 252, in *Redazione Giuffré*, 2019, il quale ha osservato che «L’art. 63, comma 4, d.lgs. 30 marzo 2001, n.165 riserva alla giurisdizione del giudice amministrativo “le controversie in materia di procedure concorsuali per l’assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni”, ambito nel quale vanno fatte rientrare anche le procedure concorsuali per soli interni che comportino il passaggio da un’area funzionale ad un’altra». In senso analogo, T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. III, 7 febbraio 2019, n. 338, in *Foro amm.*, 2019, 2, p. 336: «Le progressioni, invece, all’interno di ciascuna area professionale o categoria, sia con acquisizione di posizioni più elevate meramente retributive, sia con il conferimento di qualifiche (livello funzionale connotato da un complesso di mansioni e di responsabilità) superiori (art. 52, comma 1 del d.lgs. n. 165 del 2001), sono affidate a procedure poste in essere dall’amministrazione con la capacità ed i poteri del datore di lavoro privato (art. 5, comma 2 dello stesso d.lgs.)».

Più in generale, i giudici amministrativi sono orientati nel ritenere che la relazione gestoria del contratto di lavoro successiva alla formazione della graduatoria ricada nella giurisdizione ordinaria<sup>54</sup>, mentre non hanno mancato di evidenziare la molteplicità di selezioni in cui si possono esprimere le procedure concorsuali. Per tal via, la più recente giurisprudenza amministrativa ha richiamato alla propria riserva le selezioni per le prestazioni di lavoro anche occasionali<sup>55</sup>, per i contratti parasubordinati<sup>56</sup>, nonché, se precedute da una valutazione comparativa, quelle per l'attribuzione di incarichi dirigenziali<sup>57</sup>.

Di converso, gli stessi giudici amministrativi hanno, da un lato, sottolineato i limiti della propria giurisdizione di legittimità – ad esempio nei procedimenti per la stabilizzazione dei cd. “precari”<sup>58</sup> – e, da un altro lato, della propria giurisdizione esclusiva in materia di pubblico impiego non privatizzato. Sotto quest'ultimo aspetto, si è accertato che i professori e i ricercatori universitari che prestano la propria attività in una struttura ospedaliera tanto come docenti, quanto nella veste di personale sanitario, sono titolari di un duplice rapporto lavorativo: uno con l'università e uno con l'azienda ospedaliera. Ne deriva che essi, come docenti universitari, sono assoggettati alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e, come “medici”, residuano nella giurisdizione di legittimità del medesimo nei limiti delle controversie vertenti su procedure concorsuali finalizzate all'assunzione<sup>59</sup>.

Circa il secondo degli aspetti menzionati all'inizio del paragrafo, quello delle procedure di mobilità<sup>60</sup>, le quali – essendo obbligatorie ai sensi dall'art. 30 del D.Lgs. n. 165/2001 prima

---

<sup>54</sup> *Ex multis*, T.A.R. Abruzzo, 7 febbraio 2019, n. 87, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>55</sup> T.A.R. Toscana, Sez. II, 11 febbraio 2019, n. 218, in *Foro amm.*, 2019, 2, p. 283, «È necessaria un'interpretazione estensiva della nozione di “assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni” fatta propria dall'art. 63 comma 4 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, nella quale debbono ritenersi incluse non soltanto le procedure concorsuali volte all'assunzione di lavoratori subordinati, ma anche quelle aventi specificamente ad oggetto il conferimento di incarichi ex art. 7 comma 6 del medesimo d.lgs. n. 165/2001, assegnati a esperti mediante contratti di lavoro autonomo di natura occasionale, o coordinata e continuativa, per far fronte alle medesime esigenze cui ordinariamente sono preordinati i lavoratori subordinati della pubblica amministrazione».

<sup>56</sup> T.A.R. Molise, Sez. I, 31 maggio 2019, n. 200, in *Foro amm.*, 2019, 5, p. 910.

<sup>57</sup> In tal senso, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 9 aprile 2019, n. 4608 (in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)), conforme a Cass., S.U. sentenze 21 dicembre 2018, n. 33212 (in *Giustizia Civile Massimario*, 2019), e 18 gennaio 2019, n. 1413 (in *Foro amm.* 2019, 7-8, p. 1219). In dottrina, P. SORDI, *Le controversie in tema di incarichi dirigenziali*, in *Lavoro nelle p.a.*, 2005, 5, pp. 765 ss.

<sup>58</sup> T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. III, 1° febbraio 2019, n. 168, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), e, in senso analogo, una recente pronuncia del giudice ordinario (Tribunale La Spezia, Sez. lav., 29 gennaio 2019, n. 37, in *Redazione Giuffrè*, 2019): «Premesso che la giurisdizione del giudice ordinario ovvero del giudice amministrativo deve essere verificata con riferimento all'oggetto della domanda, delineato alla stregua del petitum sostanziale individuato in funzione della causa petendi, ossia dell'intrinseca natura della posizione soggettiva dedotta in giudizio e in base agli elementi oggettivi che caratterizzano la sostanza del rapporto giuridico posto a fondamento della pretesa fatta valere, va affermata la giurisdizione ordinaria nelle controversie attinenti alla stabilizzazione dei precari».

<sup>59</sup> T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 18 febbraio 2019, n. 921, in *Foro it.*, 2019, 4, III, p. 246, e T.A.R. Toscana, Sez. I, 4 aprile 2019, n. 500, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>60</sup> In generale, A. RICCOBONO, *La mobilità nel lavoro alle dipendenze della p.a. dalla “riforma brunetta” alla “spending review”*, in *Lavoro nelle p.a.*, 2012, 6, pp. 1073 ss., e C. GOLINO, *Il ruolo della spending review e il*

di nuove assunzioni – possono assumere carattere sostitutivo delle procedure concorsuali, la giurisprudenza di legittimità ha interpretato l'art. 63, comma 4, del D.Lgs. n. 165/2001 nel senso che per «assunzioni di dipendenti» debbano intendersi le assunzioni “nuove”, tanto sotto il profilo soggettivo, quanto sotto quello oggettivo: in altri termini, le procedure di selezione comparativa tese all'instaurazione di un nuovo rapporto di lavoro tra parti non già legate da un contratto di prestazione lavorativa.

In tal modo ragionando, le Sezioni unite hanno statuito che «in tema di mobilità per passaggio diretto tra pubbliche amministrazioni, disciplinata attualmente dal d.lg. 30 marzo 2001, n. 165, art. 30, integrando siffatta procedura una mera modificazione soggettiva del rapporto di lavoro con il consenso di tutte le parti e, quindi, una cessione del contratto, la giurisdizione sulla controversia ad essa relativa spetta al giudice ordinario, non venendo in rilievo la costituzione di un nuovo rapporto lavorativo a seguito di procedura selettiva concorsuale e, dunque, la residuale area di giurisdizione del giudice amministrativo di cui al d.lg. 30 marzo 2001, n. 165, art. 63, comma 4»<sup>61</sup>.

Peraltro, il principio – pur enunciato da più pronunce della Corte regolatrice – non appare pienamente condiviso dai giudici amministrativi, essendo possibile individuare un orientamento alla stregua del quale l'indizione della procedura concorsuale o quella di mobilità, anziché il ricorso al personale precario preesistente, costituisce un provvedimento emanato nell'esercizio dei poteri pubblicistici dell'amministrazione e, pertanto, tutelabile innanzi al giudice amministrativo<sup>62</sup>. La posizione, non condivisa da tutta la giurisprudenza amministrativa<sup>63</sup>, pare scontare il fatto che anche le procedure per la stabilizzazione del personale precario sono ricondotte alla giurisdizione ordinaria<sup>64</sup>.

---

*lavoro pubblico*, *ivi*, 2013, 2, pp. 407 ss. In precedenza, S. MAINARDI, *Piccolo requiem per la flessibilità del lavoro nelle pubbliche amministrazioni. a proposito della L. 9 marzo 2006, n. 80*, *ivi*, 2006, 1, pp. 12 ss.

<sup>61</sup> Cass., S.U., 17 dicembre 2018, n. 32624, in *Diritto & Giustizia*, 18 dicembre 2018. In senso conforme, Cass., S.U., 21 dicembre 2018, n. 33213, in *Giustizia Civile Massimario*, 2019.

<sup>62</sup> T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, 8 marzo 2019, n. 228, in *Foro amm.*, 2019, 3, p. 530: «una nuova procedura concorsuale, ovvero avvia una procedura di mobilità, anziché avvalersi del personale precario preesistente, la pretesa da parte di quest'ultimo al riconoscimento del proprio diritto alla stabilizzazione è connessa e consequenziale alla contestazione di un provvedimento che investe l'esercizio del potere dell'Amministrazione, a cui corrisponde una situazione di interesse legittimo, tutelabile innanzi al giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 63, comma 4, d.lg. n. 165 del 2001». In senso non dissimile, T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 11 marzo 2019, n. 740, in *Foro amm.*, 2019, 3, p. 608.

<sup>63</sup> In senso conforme alle Sezioni Unite, T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 11 gennaio 2019, n. 46 e T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 11 settembre 2019, n. 541, entrambi in *Redazione Giuffrè amministrativo*, 2019.

<sup>64</sup> Cfr. *Supra* in questo stesso paragrafo.

#### 4. (Segue) *Lo scorrimento delle graduatorie*

Infine, un ultimo aspetto dibattuto attiene alle controversie ingeneratesi circa le graduatorie stilate dall'amministrazione all'esito della procedura concorsuale<sup>65</sup>: esse, infatti, rappresentano il cardine del modello, ponendosi all'esito della procedura concorsuale ed essendo propedeutiche all'individuazione del soggetto con cui stipulare il contratto di lavoro.

Dall'applicazione della giurisprudenza civile ed amministrativa sopra menzionata circa la riserva di cui all'art. 63, comma 4, D.Lgs. n. 165/2001, deriverebbe, innanzitutto, che nella fase "selettiva" di formazione della graduatoria persista un aspetto della procedura concorsuale e quindi la giurisdizione amministrativa<sup>66</sup> e che, secondariamente, nel momento successivo alla sua definitiva stesura, opererebbero i normali poteri gestori del datore di lavoro, con giurisdizione ordinaria. Fatto questo che sarebbe coerente anche con una lettura del rapporto in prospettiva della situazione giuridica soggettiva emergente: nel primo caso, sarebbe individuabile un interesse legittimo al corretto svolgimento della selezione comparativa, mentre nel secondo un diritto soggettivo al corretto dipanarsi del rapporto di lavoro.

Il succitato metodo di riparto – pur corrispondendo all'elaborazione giurisprudenziale del concetto di "procedura concorsuale" – sconta il fatto che, nell'impiego presso le pubbliche amministrazioni, l'utilizzo delle graduatorie si espone non solo ad atti di gestione "privatistici" del datore di lavoro, ma anche a poteri pubblicistici dell'amministrazione. Ciò avviene nel caso in cui la pubblica amministrazione ascriva le decisioni in merito alle graduatorie già compilate a scelte di carattere organizzativo, impiegando poteri autoritativi non riconducibili al normale sviluppo del rapporto di lavoro e facendo insorgere posizioni di interesse legittimo.

S'individuano, pertanto, delle eccezioni alla regola generale, già di per sé frutto di una non scontata evoluzione pretoria. Tradizionalmente, la giurisprudenza tende a scindere le questioni alla luce del *petitum* sostanziale, identificando diverse tipologie di utilizzazione delle graduatorie. In particolare, è possibile imbattersi nel caso in cui il ricorrente faccia valere, come candidato utilmente collocato, esclusivamente il suo diritto all'assunzione sulla base di una

---

<sup>65</sup> Ampie considerazioni sul tema sono svolte da E.M. MASTINU, *Annullamento della graduatoria concorsuale e assunzione alle dipendenze della pubblica amministrazione. Ancora sul lato oscuro di un rapporto controverso*, in *Lavoro nelle p.a.*, 2013, 3-4, pp. 539 ss.

<sup>66</sup> In generale, si veda anche T.A.R. Piemonte, Sez. I, 25 marzo 2019, n. 336, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

graduatoria non inficiata da ulteriori scelte amministrative e quindi un diritto soggettivo scaturente dalle dinamiche lavorative, con giurisdizione ordinaria.

Di converso è possibile constatare talune ipotesi in cui l'azione sia volta al cd. "scorrimento" della graduatoria: qui la giurisprudenza distingue<sup>67</sup> a seconda che il preteso scorrimento sia finalizzato all'ottenimento di una posizione migliore in graduatoria e, conseguentemente, all'assunzione, dal caso in cui esso sia diretto alla contestazione di provvedimenti amministrativi che negano gli effetti della graduatoria medesima, come può accadere allorchè l'amministrazione si indirizzi per l'indizione di una nuova procedura concorsuale in luogo dell'impiego della preesistente graduatoria. Nel primo caso, vi è giurisdizione ordinaria; nel secondo, giurisdizione amministrativa di legittimità vertente su scelte discrezionali e organizzative della pubblica amministrazione.

Invero, dall'esame della giurisprudenza più recente, sembra trasparire la propensione dei giudici, ordinari e amministrativi, a qualificare le controversie da ultimo esaminate non tanto in applicazione dell'art. 63 del D.Lgs. n. 165/2001, quanto in diretta attuazione del criterio di riparto fondato sulla posizione giuridica soggettiva azionata. In effetti, una volta appurato che la cognizione non attinge ad una procedura concorsuale, la giurisprudenza non attua il disposto dell'art. 63 citato che imporrebbe una riserva del giudice ordinario sulle controversie lavorative, ma tende ad espungere le questioni sollevate dalla materia lavorativa, andando a sindacare se il *petutim* sostanziale verta su atti amministrativi o su scelte del datore di lavoro.

Le Sezioni Unite hanno recentemente ribadito che, «in tema di pubblico impiego contrattualizzato, è devoluta al giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 63, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001, la controversia relativa al c.d. scorrimento delle graduatorie dei concorsi, quando la pretesa al riconoscimento del diritto all'assunzione sia consequenziale alla negazione degli effetti di un provvedimento amministrativo che disponga di non coprire più (o di coprire diversamente, come nel caso di indizione di un nuovo concorso) i posti resisi vacanti, anzichè avvalersi dello scorrimento della graduatoria del concorso anteriormente espletato; in tale caso, infatti, si è in presenza di una contestazione che – diversamente dall'ipotesi in cui si contestino le modalità di attuazione dello scorrimento della graduatoria – investe l'esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione, cui corrisponde una situazione di interesse legittimo»<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> Cass., S.U. sentenze 16 novembre 2009, n. 24185, e 13 giugno 2011, n. 12895; Cons. Stato, Sez. V, 7 novembre 2011, n. 5885, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>68</sup> Cass., S.U. 22 agosto 2019, n. 21607, in *Giustizia Civile Massimario*, 2019. Il principio, per il vero, è stato sancito dalle Sezioni Unite anche con riferimento alle graduatorie ad esaurimento degli insegnanti della scuola: Cass., S.U., 26 giugno 2019, n. 17123, in *Giustizia Civile Massimario*, 2019.

Analogamente, il Consiglio di Stato<sup>69</sup> ha osservato che «la cognizione della domanda, avanzata dal candidato utilmente collocato nella graduatoria finale, riguardante la pretesa al riconoscimento del diritto allo “scorrimento” della graduatoria del concorso espletato, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, facendosi valere, al di fuori dell’ambito della procedura concorsuale, il “diritto all’assunzione”; ove, invece, la pretesa al riconoscimento del suddetto diritto sia consequenziale alla negazione degli effetti del provvedimento di indizione di una nuova procedura concorsuale, la contestazione investe l’esercizio del potere dell’amministrazione di merito, a cui corrisponde una situazione di interesse legittimo, la cui tutela spetta al giudice amministrativo ai sensi dell’art. 63, comma 4, d.lg. 30 marzo 2001, n. 165».

In sintesi, ad avviso di chi scrive, è possibile affermare come, in questa specifica sottocategoria del pubblico impiego, di fatto la giurisprudenza non s’interroghi tanto sulla sussistenza o meno di una procedura concorsuale, quanto sul fatto che sussistano atti riconducibili all’esercizio di un pubblico potere e, di conseguenza, interessi legittimi.

##### ***5. Osservazioni conclusive: l’insufficienza della regola legislativa***

Alla luce delle considerazioni che sono state esposte nei paragrafi precedenti, la scissione fra fase concorsuale e fase di svolgimento del rapporto lavorativo consente di mettere in evidenza una tendenziale ridondanza della soluzione legislativa, giacchè si sarebbe potuti sostanzialmente giungere al medesimo riparto compiuto dall’art. 63 D.Lgs. n. 165/2001 anche sulla base del criterio della posizione soggettiva azionata. Invero e pur essendo di tutta evidenza che la disciplina dell’impiego pubblico si presta ad una commistione fra diritti soggettivi ed interessi legittimi, è tuttavia possibile osservare quanto segue: per i rapporti dell’art. 3 del D.Lgs. n. 165/2001 e per le procedure concorsuali – in quanto disciplinate dal diritto pubblico – è naturale l’emersione di posizioni d’interesse legittimo e la conseguente giurisdizione amministrativa; mentre per i restanti rapporti di impegno presso le pubbliche amministrazioni, che nella fase successiva all’assunzione, sono regolati essenzialmente da disposizioni privatistiche, è prevalente il diritto soggettivo, con la conseguente giurisdizione ordinaria.

Sotto un primo profilo, il legislatore, lungi dall’aver elaborato un riparto innovativo, sembra, dunque, aver semplicemente codificato una regola ricavabile dal metodo generale;

---

<sup>69</sup> Cons. Stato, Sez. V, 30 aprile 2019, n. 2790, in *Redazione amministrativo Giuffrè*, 2019. Si veda anche Corte d’Appello di Bari, Sez. lav., 13 giugno 2019, n. 1416, in *Redazione Giuffrè*, 2019.

sotto un altro profilo, lo stesso non ha fornito una soluzione alle fattispecie maggiormente complesse e scaturenti dal rapporto di pubblico impiego: quali la compiuta definizione del concetto di “concorso” o la corretta qualificazione dello scorrimento della graduatoria. A siffatti controversi aspetti pare si possano assommare quelli discendenti dalle procedure di mobilità, divenute obbligatorie – ai sensi dell’art. 30 del D.Lgs. n. 165/2001 – prioritariamente all’espletamento di nuove procedure concorsuali.

Conclusivamente, ad un bilancio a quasi vent’anni dall’entrata in vigore dell’art. 63 D.Lgs. n. 165/2001, è possibile notare come la disposizione che, negli intenti del legislatore, avrebbe dovuto facilitare il riparto con una regola *ad hoc*, ha finito con l’incrementare le incertezze, documentate dalla mole di ricorsi alle Sezioni unite e di contributi della dottrina. Forse, il legislatore avrebbe meglio operato qualora avesse compiuto una scelta coraggiosa, optando per il mantenimento dell’intera materia, in tutte le sue fasi, o al giudice amministrativo o a quello civile, ovvero evitando di ricorrere a nozioni dagli incerti confini, quale quella di procedura concorsuale.

A tal fine, ad avviso di chi scrive, sarebbe quantomeno opportuno un adeguamento del portato letterale dell’art. 63 del D.Lgs. n. 165/2001 alla sopravvenuta giurisprudenza di legittimità e amministrativa, dalla quale è possibile evincere un approccio tendenzialmente unitario sia in materia di concorsi, sia in materia di mobilità, sia in tema di graduatorie. La dizione “procedure concorsuali finalizzate all’assunzione” appare infatti foriera di dubbi e non più effettiva. Non sembra scorretto che la stessa possa essere sostituita da una formulazione più ampia quale “procedure volte all’instaurazione di un nuovo rapporto di lavoro”, di modo che ogni procedura che determini la stipula di un contratto, non precedentemente esistente – tanto sotto il profilo oggettivo, quanto sotto quello soggettivo – rientri certamente nella giurisdizione amministrativa, poichè implicante una seppur minima valutazione dell’amministrazione datrice di lavoro.

Il criterio ora proposto, con ogni probabilità, ricondurrebbe al giudice amministrativo anche procedure d’incerta qualificazione – quali le cd. “chiamate dirette” – ampliandone la cognizione, tuttavia consentirebbe un guadagno in termini di certezza del diritto e, dunque, di speditezza e dinamicità dell’organizzazione amministrativa, con conseguente riduzione del relativo contenzioso.

