

Introduzione

1. – Il licenziamento del dipendente pubblico, nell’ambito della costante evoluzione della disciplina del pubblico impiego, è argomento di grande attualità; esso si inserisce in un più ampio dibattito, in atto ormai da tempo, sugli strumenti più adeguati per consentire alla pubblica amministrazione di recuperare efficienza e produttività, tra i quali, appunto, la possibilità di licenziare “liberamente” i dipendenti pubblici “nullafacenti”¹.

Un rinnovato interesse per l’argomento è sorto a seguito dell’emanazione della legge n. 92/2012 (c.d. riforma “Fornero”). Quest’ultima infatti, intervenendo sull’art. 18 dello Statuto dei lavoratori, ha riaperto un interessante dibattito – che sembrava ormai tendenzialmente consolidato, almeno in giurisprudenza – sulle conseguenze dell’eventuale illegittimità del recesso intimato dalla pubblica amministrazione, e in particolare sull’applicabilità dell’art. 18 al lavoro pubblico. Ci si è chiesti, sin dai primi commenti, se l’art. 18 dello Statuto, unica norma che disciplina le conseguenze dell’illegittimità del recesso nell’ambito del lavoro pubblico (v. *infra*), debba trovare applicazione nella sua versione novellata o in quella antecedente alla legge Fornero (*infra*, cap. III). Infatti, stando alla previsione dell’art. 1 della legge n. 92/2012, le innovazioni apportate dalla riforma non dovrebbero essere immediatamente applicabili anche al lavoro nella pubblica amministrazione; la giurisprudenza però, come si vedrà, si è orientata in senso diverso.

Una ulteriore difficoltà interpretativa, forse ancor più ardua della precedente, si è creata a seguito dell’emanazione della recente delega legislativa in materia di lavoro (legge 10 dicembre 2014, n. 183; c.d. Jobs Act), che ha avuto una prima, rapida attuazione, mediante il decreto delegato n. 23/2015 in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuova disciplina dei licenziamenti. La legge delega, nella parte dedicata alla revisione della disciplina del recesso individuale (art. 1, comma 7, lett. c) non chiarisce affatto il punto relativo all’applicazione al pubblico impiego delle nuove tutele per il lavoratore illegittimamente licenziato: tutele che prevedono, rispetto al (recente) passato, e cioè alle modifiche del 2012, il conteni-

¹ Secondo l’espressione, ormai famosa, utilizzata da P. ICHINO, *I nullafacenti. Perché e come reagire alla più grave ingiustizia della nostra amministrazione pubblica*, Milano, 2006; v. anche B. CARUSO-L. ZAPPALÀ, *La riforma “continua” delle pubbliche amministrazioni: licenziare i nullafacenti o riorganizzarne la governance?*, in *LPA*, 2007, 1 ss.

mento della reintegrazione ad ipotesi specifiche e l'espansione della garanzia meramente risarcitoria.

Non essendovi alcuna previsione nella legge delega n. 183/2014, era prevedibile che nemmeno il decreto delegato si esprimesse sul punto, probabilmente per evitare il rischio di eccedere dalla delega ricevuta; e tuttavia, la circostanza che il Governo abbia disatteso il suggerimento, contenuto nel parere della Commissione parlamentare, di esplicitare l'esclusione del pubblico impiego (v. *infra*, cap. III) mostra chiaramente che l'orientamento del legislatore è stato quello di regolamentare la materia limitatamente al lavoro nell'impresa privata.

Nel medesimo solco si colloca il recente decreto "dignità" (d.l. n. 87/2018), che esclude espressamente dal suo ambito applicativo – con una formulazione molto approssimativa – i "contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni".

In questo contesto di generale incertezza interpretativa, la più recente legislazione in tema di contenimento del costo del personale pubblico ha inserito – talora in contesti non appropriati – ulteriori ipotesi di licenziamento individuale di carattere "oggettivo". Ad esempio, è stato lasciato alle amministrazioni un margine di intervento, più o meno ampio, al fine di far cessare unilateralmente rapporti di lavoro di dipendenti che siano già in possesso dei requisiti pensionistici (cfr. cap. II).

Infine il d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75, attuativo della legge delega c.d. "Madia", n. 124/2015, ha introdotto un nuovo regime di tutela per il dipendente pubblico ingiustamente licenziato, il quale prevede, in tutti i casi di invalidità del licenziamento, la reintegrazione nel posto di lavoro, oltre a un risarcimento "attenuato" e cioè con un limite massimo di ventiquattro mensilità di retribuzione (*infra*, cap. III). La nuova disciplina differisce sia dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, sia dal d.lgs. n. 23/2015 sul contratto a tutele crescenti.

La più recente evoluzione della materia, qui sommariamente tracciata, ha reso necessaria una rettifica del titolo stesso di questo volume, che nella presente edizione perde il riferimento al "Jobs Act", ormai non più di attualità, almeno per quanto riguarda il licenziamento nella pubblica amministrazione.

2. – Nonostante l'importanza del tema, nelle ormai numerose trattazioni dedicate al lavoro pubblico "contrattualizzato" da parte della dottrina giuslavoristica (accanto a quelle di elaborazione giuspubblicistica), non sempre è dato riscontrare una parte espressamente e diffusamente dedicata al tema del licenziamento del pubblico dipendente. Anche nella manualistica specifica di settore, sebbene ampia e qualificata, la trattazione si riduce di consueto a poche pagine, sostanzialmente prive di commento.

Questa situazione è forse dovuta, innanzitutto, al convincimento – tuttora assai diffuso anche tra gli addetti ai lavori – che il licenziamento del dipendente pubblico sia ancora un'ipotesi numericamente marginale e concretamente difficile da attuare. Eppure, una simile opinione, se può avere qualche fondamento nell'ambito di una comparazione tra lavoro pubblico e privato, non è del tutto vera in termini asso-

luti; è anzi un luogo comune, come tale privo di sostanza nella sua generalizzazione, quello secondo il quale non è possibile licenziare nella pubblica amministrazione.

In secondo luogo, la scarsità di contributi specifici sul licenziamento del pubblico dipendente deriva dal fatto che la stessa normativa generale sul lavoro nelle pubbliche amministrazioni, e cioè il noto d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, non contiene un'organica disciplina delle cause di risoluzione del rapporto di lavoro pubblico e in particolare del licenziamento individuale.

È pur vero, peraltro, che dopo l'entrata in vigore della riforma "Brunetta" (d.lgs. n. 150/2009), vi è ora una specifica e controversa norma, sebbene non esaustiva, sul licenziamento disciplinare del lavoratore non appartenente ai ruoli della dirigenza (art. 55-*quater*, d.lgs. n. 165/2001, sul quale pure si v. diffusamente al cap. I). Il legislatore più recente, da un lato, ha incrementato (con il d.lgs. n. 75/2017) i casi di licenziamento *ex lege*, e dall'altro, assecondando un diffuso sentimento di "sdegno sociale" per alcuni clamorosi episodi di assenteismo, ha ulteriormente disciplinato, in senso fortemente sanzionatorio, l'ipotesi, prevista nell'art. 55-*quater*, di falsa attestazione della presenza in servizio (d.lgs. n. 116/2016 e d.lgs. n. 118/2017, sui quali si veda il cap. III).

La ragione della scelta legislativa adottata nel 2009, e confermata nel 2017, è da riscontrarsi nella presenza della norma-quadro di cui all'art. 2, comma 2 dello stesso decreto n. 165/2001 (anch'essa riformata dalla legge delega n. 30/2009), la quale, com'è noto, estende, in linea generale, al lavoro pubblico le regole vigenti per il rapporto di lavoro subordinato nell'impresa privata. Sulla stessa linea è la netta "scelta di campo" del legislatore nel successivo art. 5, comma 2 del medesimo decreto, secondo la quale le pubbliche amministrazioni agiscono, nella gestione dei rapporti di lavoro, "con le capacità e i poteri" di un privato datore di lavoro.

In questo contesto, le norme speciali dirette alla disciplina del licenziamento nel lavoro pubblico si affiancano – ma, come si vedrà, non si sostituiscono *in toto* – alle norme generali in materia di recesso dal rapporto di lavoro. In particolare, se è un dato assodato quello relativo all'applicabilità al lavoro nella pubblica amministrazione della disciplina "privatistica" in materia di licenziamenti e segnatamente, oltre che degli artt. 2118 e 2119 cod. civ., della legge 15 luglio 1966, n. 604 (con esclusione dell'art. 8), dell'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, a prescindere dal numero dei dipendenti (art. 51, comma 2, d.lgs. n. 165/2001), e finanche della legge 11 maggio 1990, n. 108², nulla si dice, come si è visto, a proposito della riforma dei licenziamenti attuata tra la fine del 2014 e l'inizio del 2015; il legislatore del 2017, poi, anziché chiarire i dubbi applicativi della disciplina preesistente, ha preferito inserire un regime di tutela completamente nuovo e diverso rispetto a quelli che valgono nell'impresa privata.

Sicura è invece l'esclusione, dalla disciplina "privatistica" dei licenziamenti, del

² In senso analogo V. BAVARO, *Potere disciplinare e licenziamento individuale*, in U. CARABELLI-M.T. CARINCI (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Bari, 2007, 109.

personale in regime di diritto pubblico, di cui all'art. 3, d.lgs. n. 165/2001 (magistrati, avvocati dello Stato, personale della carriera diplomatica e prefettizia, e altre categorie ancora), il quale rimane assoggettato alla disciplina prevista dagli specifici ordinamenti di settore anche per quanto riguarda gli aspetti sostanziali e procedurali dell'eventuale recesso dell'amministrazione.

Tornando per un momento alle specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare introdotte nel contesto del d.lgs. n. 165/2001 ad opera del citato decreto n. 150/2009, e ulteriormente arricchite nel 2017, è stato detto che la "maggiore originalità" di tali norme sta "nel delineare ipotesi specifiche di licenziamento, distinguendo per legge anche la causale giustificativa cui ciascuna va ricondotta, e, soprattutto, nella previsione, in alcuni casi, di un vero e proprio obbligo di licenziare"³.

È indubbio che nel pubblico impiego si manifesti una precisa linea di tendenza legislativa orientata nel senso di affidare alla fonte legale la materia disciplinare e in particolare del recesso, mediante previsioni inderogabili da parte della contrattazione collettiva. L'operazione non era sconosciuta anche nella normativa speciale del pubblico impiego precedente al 2009, dove era dato riscontrare ipotesi legalmente "predeterminate" di licenziamento per ragioni disciplinari, ad esempio in materia di incompatibilità, cumulo di incarichi e *part-time* (legge n. 23 dicembre 1996, n. 662, sulla quale pure v. *infra*).

Questo modo di operare del legislatore va tuttavia in controtendenza rispetto al principio generale della "privatizzazione" del rapporto di lavoro pubblico, di cui si è detto in precedenza, creando un effetto di "deriva" del lavoro pubblico rispetto a quello privato (cap. III, sezione I).

3. – A completamento di queste brevi note introduttive, è opportuno precisare che non verrà trattata in questa sede la disciplina delle eccedenze collettive di personale nelle pubbliche amministrazioni (cfr. artt. 33 ss. del d.lgs. n. 165/2001 e, da ultimo, l'art. 2, comma 11 del d.l. n. 95/2012 e gli artt. 4 e 5 del d.l. n. 90/2014). Nemmeno si farà riferimento al conseguente collocamento in disponibilità dei dipendenti pubblici in esubero, fatta eccezione per l'ipotesi, completamente diversa quanto a finalità e presupposti, della collocazione in disponibilità quale sanzione disciplinare (sulla quale si v. il cap. I).

Si tratta di una scelta sistematica, derivante dalla constatazione che la disciplina delle eccedenze collettive è sensibilmente divergente rispetto a quella privatistica, oltre che complessa al punto tale da risultare del tutto ineffettiva. Va dato atto però che il legislatore, con il d.l. n. 90/2014, poi convertito dalla legge n. 114/2014, ha tentato nuovamente di rilanciare il tema della mobilità volontaria tra amministrazioni o, in alternativa, della mobilità obbligatoria tra sedi collocate nel territorio dello

³ Così L. CALCATERRA, *Il licenziamento individuale nel lavoro pubblico*, in U. CARABELLI-M.T. CARINCI (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*², Bari, 2010, 225.

stesso comune, ovvero a una distanza non superiore ai cinquanta chilometri dalla sede cui il dipendente è adibito (art. 4, comma 2, d.l. n. 90/2014). Anche la recente legge “concretezza”, n. 56/2019, continua in questa direzione, “sanzionando” con la risoluzione del rapporto di lavoro il reiterato rifiuto di ricollocazione da parte del dipendente in disponibilità.

Un accenno verrà comunque dedicato, nel quadro delle ipotesi “oggettive” di cessazione individuale del rapporto di lavoro, al licenziamento per sopravvenuta inidoneità fisica o psichica del lavoratore, che come in altri casi ha ottenuto, in sede legislativa, una norma speciale dedicata al lavoro pubblico (art. 55-*octies*, d.lgs. n. 165/2001, introdotto dal d.lgs. n. 150/2009).

Capitolo I

Il licenziamento disciplinare del dipendente pubblico: aspetti sostanziali e procedurali

SOMMARIO: 1. Licenziamento e risoluzione del contratto di lavoro per impossibilità sopravvenuta. – 2. I requisiti sostanziali: giusta causa e giustificato motivo. Il principio di proporzionalità. – 3. La definizione delle infrazioni tra legge e contratto collettivo: l'art. 55-*quater* d.lgs. n. 165/2001. – 4. *Segue*: le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 75/2017. – 5. *Segue*: lo scarso rendimento quale motivo di licenziamento. – 6. La permanenza del giudizio di proporzionalità dopo l'art. 55-*quater*. – 7. Le modifiche all'art. 55-*quater* introdotte dai d.lgs. 20 giugno 2016, n. 116 e 20 luglio 2017, n. 118: la sospensione cautelare. – 8. *Segue*: le novità procedurali e le conseguenze dell'inosservanza dei termini. – 9. Osservazioni critiche sul decreto n. 116/2016, sulla base dei pareri del Consiglio di Stato del 5 aprile 2016 e del 18 aprile 2017. – 10. I controlli sulle assenze e il licenziamento *ex art. 55-septies*, comma 4, d.lgs. n. 165/2001. – 11. Il licenziamento per violazione del dovere di esclusiva: la legge n. 662/1996 e l'art. 53 del d.lgs. n. 165/2001. – 12. Il procedimento disciplinare: la pubblicità del codice e la contestazione degli addebiti. – 13. La convocazione per l'audizione personale del dipendente incolpato. – 14. La competenza a porre in essere il procedimento disciplinare e i termini. – 15. Istituzione e funzioni dell'ufficio competente per i procedimenti disciplinari. – 16. L'organo competente a licenziare. – 17. *Segue*: la legittimità dell'eventuale delega a licenziare. – 18. La motivazione del provvedimento di recesso. – 19. I rapporti tra procedimento penale e disciplinare nel caso di licenziamento.

1. Licenziamento e risoluzione del contratto di lavoro per impossibilità sopravvenuta

La trattazione sul licenziamento disciplinare nell'ambito del lavoro pubblico ha un ruolo centrale nel più ampio quadro della disciplina del recesso individuale dal contratto di lavoro. Infatti le ipotesi di licenziamento per ragioni disciplinari nella pubblica amministrazione sono probabilmente – se si eccettuano le ipotesi di recesso per sopravvenuta inidoneità fisica – quelle numericamente prevalenti, nell'ambito del complesso dei licenziamenti irrogati da enti pubblici.

Prima di passare alla specifica analisi dell'argomento, è bene accennare a una questione in qualche modo preliminare, che riguarda il rapporto che intercorre tra la regolamentazione speciale in materia di licenziamenti individuali e la disciplina civilistica, di carattere generale, sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di la-

voro non imputabile ad alcuno dei contraenti (artt. 1463 e 1464 cod. civ.).

Il problema in questione assume un rilievo del tutto peculiare nell'ambito del lavoro alle dipendenze dalla pubblica amministrazione, che com'è noto è caratterizzato da una procedura di reclutamento del personale basata sulla regola del concorso, avente legittimazione e fondamento addirittura costituzionale (art. 97, comma 4, Cost.). Ebbene, proprio questa particolarità del lavoro pubblico rende la fase preliminare alla costituzione del rapporto di impiego, come dimostra anche l'esperienza quotidiana, particolarmente vulnerabile a un eventuale contenzioso; quest'ultimo può riguardare – come più frequentemente avviene – aspetti strettamente procedurali, relativi allo svolgimento del concorso (con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo: art. 63, comma 4, d.lgs. n. 165/2001); e anche profili sostanziali, come ad esempio la legittimità del “potere pubblico” di bandire un nuovo concorso¹.

In tutti i casi, qualora il contenzioso sfoci in provvedimenti giurisdizionali di annullamento, questi saranno inevitabilmente destinati ad avere ripercussioni sull'efficacia e sulla prosecuzione del contratto individuale di lavoro, che sta – per così dire – “a valle” del concorso.

Va osservato che giurisprudenza e dottrina, anche in tempi recenti, hanno ripetutamente sostenuto che nel diritto del lavoro (privato e pubblico), le norme speciali sui licenziamenti individuali tendenzialmente escludono l'operatività della risoluzione del contratto di lavoro, secondo i principi del diritto civile². Ciò in quanto gli eventi che normalmente porterebbero all'impossibilità sopravvenuta della prestazione, e quindi alla risoluzione del contratto, si traducono, in questo ambito peculiare, in giusta causa o in giustificato motivo di licenziamento, e quindi vengono in qualche modo “assorbite” dalla disciplina speciale lavoristica³.

Vi sono, tuttavia, alcune posizioni orientate in senso parzialmente diverso, che riguardano proprio alcuni contratti di lavoro stipulati nell'ambito della pubblica am-

¹ Come dimostra ad esempio l'ormai ampia giurisprudenza in merito al c.d. scorrimento delle graduatorie concorsuali e riparto di giurisdizione: cfr. tra le tante Cons. Stato, sez. VI, 19 febbraio 2016, n. 671, in *Foro amm.*, 2016, 337; TAR Puglia – Lecce, sez. II, 14 luglio 2016, n. 1154; TAR Lazio, sez. III, 4 gennaio 2014, n. 74, in *Foro amm.*, 2014, 281; Cons. Stato, sez. I, 7 dicembre 2012, n. 5217, in *Giust. civ.*, 2013, 1, I, 239; Cass., sez. un., 20 ottobre 2017, n. 24878; TAR Puglia – Lecce, sez. II, 28 maggio 2018, n. 915.

² In dottrina cfr. M. MISCIONE, *Nel contratto di lavoro non sono ammessi i mezzi di cessazione di diritto comune*, in *Lav. giur.*, 2000, 605.

³ La clausola contrattuale sulla cessazione immediata del rapporto di lavoro al raggiungimento dell'età pensionabile, con esonero dal preavviso, per i dipendenti delle Poste italiane è stata dichiarata invalida dalla giurisprudenza appunto sul presupposto dell'impossibilità, per l'autonomia negoziale, di escludere la disciplina limitativa dei licenziamenti. Cfr., tra le tante, Cass. 12 agosto 2000, n. 10782 e Cass. 17 novembre 2000, n. 14882. Cfr. altresì Cass. 18 dicembre 1998, n. 12719, cit., secondo la quale “l'impossibilità sopravvenuta di svolgimento delle mansioni contrattuali per ‘factum principis’ o per altra ragione, comunque non imputabile al lavoratore non può essere considerata come una fattispecie estintiva autonoma alla stregua del diritto comune ... ma va valutata alla stregua delle norme particolari che regolamentano l'estinzione di tale rapporto”, e cioè facendo riferimento alla disciplina dei licenziamenti individuali.

ministrazione. La giurisprudenza di legittimità ha, ad esempio, richiamato la categoria dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione "di diritto comune" per giustificare la legittimità della cessazione anticipata del rapporto di lavoro del direttore generale di un'Azienda sanitaria locale, a seguito dell'annullamento dell'atto di nomina da parte del Tribunale amministrativo regionale⁴. La decisione del giudice amministrativo, infatti, oltre a far venir meno il rapporto di ufficio e di immedesimazione organica tra il lavoratore e l'amministrazione, incide – secondo questo orientamento – direttamente sul rapporto di servizio, provocandone l'automatica estinzione, appunto per impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa e non già a seguito di licenziamento⁵.

È dunque da considerarsi quale causa di risoluzione "di diritto comune" del contratto individuale di lavoro del dipendente pubblico (e non già quale licenziamento individuale) l'invalidazione della procedura selettiva che ha portato alla costituzione del rapporto. Ciò non solo quando l'annullamento consegue (come nel caso sopra citato) ad una decisione giudiziale, ma anche qualora vi sia stato un eventuale provvedimento emesso dall'amministrazione stessa in sede di autotutela. Ed è del tutto evidente come una simile conclusione sia in grado di influire in modo notevole sulle conseguenze della eventuale illegittimità del provvedimento di cessazione del rapporto di lavoro.

Secondo una previsione che si riscontra nei contratti collettivi di comparto dei pubblici dipendenti, sin dalla prima tornata negoziale successiva alla riforma del settore (e cioè dal quadriennio 1994-97), mai modificata o soppressa nel corso dei successivi rinnovi contrattuali, ma anzi esplicitamente ripresa nella più recente contrattazione della tornata 2016-2018⁶, è condizione risolutiva del contratto individuale di lavoro, "senza obbligo di preavviso", l'annullamento della procedura di reclutamento che ne costituisce il presupposto⁷.

In proposito, la giurisprudenza di merito ha appunto chiarito che "la condizione risolutiva determina il venir meno *ex tunc* del vincolo contrattuale anche nell'ipotesi di annullamento, in via di autotutela, della graduatoria per l'avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento" (art. 35, lett. *b*), d.lgs. n. 165/2001). La fattispecie in que-

⁴ Cfr. Cass. 5 agosto 2000, n. 10322.

⁵ Altre note decisioni, relative però al lavoro privato, riguardano il ritiro della licenza prefettizia alle guardie particolari giurate (Cass. 10 luglio 2015, n. 12072; Cass. 7 settembre 1988, n. 5076), la revoca del permesso di soggiorno di un lavoratore extracomunitario (Cass. 11 luglio 2001, n. 9407, in *Lav. giur.*, 2002, 244), la revoca della patente valida all'estero ad un lavoratore dell'autotrasporto (Cass. 19 dicembre 1998, n. 12719, in *Notiziario giur. lav.*, 1999, 212), il venir meno dell'autorizzazione ad accedere allo scalo aereo ad un dipendente aeroportuale condannato in sede penale (Cass. 28 luglio 1994, n. 7048, in *Mass. giur. lav.*, 1994, 565; Cass. 30 maggio 2018, n. 13662).

⁶ Cfr. ad esempio l'art. 19, comma 3 del CCNL Funzioni Locali 21 maggio 2018.

⁷ Simile – in quanto riguarda l'atto negoziale di recesso e non il contratto di lavoro – è l'ipotesi prevista dall'art. 3, comma 4 del CCNL 22 febbraio 2010 per la dirigenza dell'area II (Regioni – autonomie locali), secondo il quale "costituisce condizione risolutiva del recesso" (in questo caso per responsabilità dirigenziale) "l'annullamento della procedura di accertamento della responsabilità del dirigente".

stione riguardava l'annullamento, in sede di autotutela, da parte del Centro per l'impiego, dell'avviamento al lavoro di un dipendente presso un'Azienda sanitaria, a seguito del riscontro dell'errata compilazione della graduatoria degli aventi diritto.

Il giudice del lavoro ha escluso che si trattasse di licenziamento, ravvisando invece un "atto dovuto" da parte dell'ente, di natura provvedimento-amministrativa, consequenziale rispetto all'annullamento o all'invalidità della procedura "a monte" della costituzione del rapporto; il comportamento dell'ente pubblico è stato dunque conforme al principio di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, i quali "esigono che sia assunto colui che effettivamente ne avrebbe avuto diritto"⁸. La conclusione cui è pervenuto il Tribunale è del tutto logica e ineccepibile, oltre che conforme alla volontà manifestata dalle parti collettive in sede di contratto nazionale di comparto.

Anche nel contratto collettivo nazionale dei dirigenti dell'area II è contenuta una norma secondo cui "costituisce condizione risolutiva del recesso l'annullamento della procedura di accertamento della responsabilità del dirigente, disciplinata da ciascun ente ai sensi dell'art. 23 del CCNL del 10 aprile 1996, come sostituito dall'art. 14 del CCNL 23 dicembre 1999". La disposizione viene ripetuta – sia pure con lievi modifiche e con una formulazione più imprecisa – nell'art. 41, comma 5 del CCNL Area I del 21 aprile 2006, secondo il quale l'annullamento della procedura "fa venir meno il recesso".

Tutte queste fattispecie sono, appunto, caratterizzate dalla non imputabilità della causa di recesso ad alcuna delle parti, e quindi esulano dall'ambito specifico del licenziamento, specie di quello disciplinare. La stessa cosa può dirsi, nonostante possa apparire diversamente, nelle ipotesi – rare, ma non per questo del tutto inesistenti nella pratica quotidiana delle relazioni di lavoro – in cui il rapporto di lavoro pubblico sia stato instaurato, addirittura, in carenza di procedura concorsuale, come ad esempio nel caso di assunzione diretta con contratto a termine, poi ripetutamente prorogato, "di fatto", dall'amministrazione, magari per anni.

Nel diritto del lavoro pubblico, la risoluzione del rapporto di lavoro di tipo "civiltistico" per impossibilità sopravvenuta della prestazione, pur se giuridicamente diversa dal licenziamento, comporta pur sempre l'applicazione, a favore del lavoratore, della disciplina "pubblicistica" del c.d. "funzionario di fatto"⁹, specie in relazione ai rapporti con i terzi e gli utenti, ed anche dell'art. 2126 cod. civ., quanto alle conseguenze economiche dell'attività lavorativa svolta in violazione di legge.

Per completezza e a conclusione del discorso, va detto che nemmeno può considerarsi una fattispecie di recesso disciplinare l'ipotesi della cessazione del rapporto di lavoro che consegue "de jure", quale pena accessoria, alla condanna penale definitiva del dipendente per alcuni gravi reati (*infra*, cap. II): ipotesi in presenza della quale, infatti, non è necessario, per unanime giurisprudenza, l'espletamento del procedimento disciplinare. Così come, infine, non è licenziamento la cessazione del rap-

⁸ Trib. Modena, 26 novembre 2003, in *Guida al p.i. locale*, n. 2/2004, 55.

⁹ Cfr. ad esempio, di recente, TAR Molise – Campobasso, sez. I, 23 gennaio 2014, n. 43.

porto di lavoro dirigenziale in applicazione del c.d. “spoils system”, sia pure negli angusti limiti entro i quali l’istituto è stato confinato dalla Corte costituzionale (*infra*, cap. IV).

Conclusivamente, la risoluzione del contratto di lavoro, in tutti questi casi – cui si può aggiungere la risoluzione consensuale del contratto, espressamente prevista nella contrattazione collettiva per i dirigenti: *infra*, cap. IV – non integra un licenziamento, né tantomeno un licenziamento disciplinare.

2. I requisiti sostanziali: giusta causa e giustificato motivo. Il principio di proporzionalità

Come si è accennato nell’introduzione, una fattispecie rilevante, nell’ambito della disciplina del licenziamento individuale del dipendente pubblico, è quella del recesso per motivi disciplinari. E ciò soprattutto grazie alle novità apportate, in materia, dal d.lgs. n. 150/2009 (cui già si è accennato), che riguardano non solamente i profili procedurali ma soprattutto quelli sostanziali.

In generale, la responsabilità disciplinare del pubblico dipendente, di origine e fondamento sia negoziale, sia – dopo il d.lgs. n. 150/2009 – anche legale, va inserita in un più ampio contesto, che muove originariamente dall’art. 28 Cost., secondo il quale “i funzionari e i dipendenti dello Stato e degli enti pubblici sono direttamente responsabili, secondo le leggi penali, civili e amministrative, degli atti compiuti in violazione dei diritti”.

Il lavoratore dipendente da una pubblica amministrazione – come del resto si afferma esplicitamente, nella legge, per il dirigente: art. 21 del d.lgs. n. 165/2001 – deve ritenersi dunque sottoposto ad almeno tre diversi tipi di responsabilità: penale, ravvisabile quando il comportamento del dipendente costituisca reato; patrimoniale o erariale, che sorge allorché il dipendente, nell’ambito del suo operato, abbia cagionato un danno all’amministrazione di appartenenza; civile, nel caso di danni arrecati a terzi; disciplinare, che interessa in questa sede e che si configura quando il funzionario pubblico commette specifiche infrazioni agli obblighi previsti dal rapporto di lavoro.

Non vi è dubbio (ma la constatazione vale anche per il lavoro privato) che la responsabilità disciplinare sia quella più particolare, in quanto, in questo caso, le sanzioni vengono applicate non già da una pubblica autorità (in senso lato), bensì nell’ambito di un rapporto di tipo negoziale tra soggetti privati. In tal modo infatti deve considerarsi anche la pubblica amministrazione, allorché si ponga, come avviene nel lavoro pubblico “privatizzato”, quale parte contrattuale-datore di lavoro (art. 5, d.lgs. n. 165/2001, cit.) e non nella tradizionale veste di “supremazia speciale”.

Un obiettivo, per così dire, “ulteriore” della responsabilità disciplinare nel lavoro pubblico è quello di incrementare il livello di efficienza dell’amministrazione e di contrastare i fenomeni di scarsa produttività e di assenteismo. Naturalmente, però, non è estranea anche al lavoro pubblico la funzione “organizzativa”, che viene nor-

malmente ravvisata nel potere disciplinare esercitato nel rapporto di lavoro privato, e che giustifica la non tassatività delle disposizioni contenute nel codice disciplinare contenuto nei CCNL (v. *infra*).

Tornando al licenziamento disciplinare, le nozioni legali di giusta causa e giustificato motivo soggettivo, che integrano gli aspetti sostanziali del licenziamento disciplinare in chiave “ontologica”, sono sicuramente utilizzabili nel lavoro pubblico in virtù dell’art. 2, comma 2 del d.lgs. n. 165/2001¹⁰. È peraltro necessario, nel dettaglio, fare riferimento, anche nel lavoro pubblico, alle ipotesi previste dal CCNL di comparto, nella parte dedicata alla materia disciplinare, la quale, insieme all’individuazione delle infrazioni, integra il c.d. codice disciplinare. Ciò nonostante, il già più volte ricordato d.lgs. n. 150/2009 ha inopinatamente (e inopportuno) introdotto fattispecie di licenziamento disciplinare *ex lege*.

Anche nel lavoro pubblico vale poi il principio per cui è il giudice del lavoro, nel caso concreto, a dover stabilire se il fatto sottoposto alla sua valutazione debba essere ricondotto alla giusta causa o piuttosto al giustificato motivo soggettivo di licenziamento, con conseguente condanna, in quest’ultimo caso, al versamento dell’indennità di mancato preavviso. Ai fini di tale decisione si dovrà tenere conto della specifica inadempienza addebitata e delle circostanze del caso – ad esempio le modalità con cui il comportamento inadempiente è stato realizzato, ovvero l’intensità dell’elemento psicologico – in modo da operare un giudizio di proporzionalità tra il fatto commesso e la sanzione applicabile.

Il principio di proporzionalità, sul quale si tornerà anche in seguito, è com’è noto uno dei cardini della materia disciplinare (art. 2106 cod. civ.), ed è preliminare e centrale nel sindacato del giudice sulla legittimità delle sanzioni irrogate.¹¹

La disciplina negoziale – così come la prassi amministrativa, e quindi le circolari e gli orientamenti applicativi provenienti dagli organi della pubblica amministrazione – assume per il giudice un valore soltanto indicativo e non vincolante; pertanto egli potrà liberamente valutare un comportamento del lavoratore come giusta causa o come giustificato motivo di licenziamento, indipendentemente dal fatto che la contrattazione collettiva lo preveda quale causa di recesso da parte del datore di lavoro. Tale conclusione non pare smentita dalla norma sulla portata delle “clausole generali” (art. 30 della legge n. 183/2010), secondo la quale, “nel valutare le motivazioni poste a base del licenziamento, il giudice tiene conto” – evidentemente non in senso necessariamente vincolante – “delle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi” (art. 30, comma 3).

¹⁰ Cfr. V. BAVARO, *op. cit.*, 109. Sulla rilevanza, quale giustificato motivo di recesso, di fatti commessi al di fuori del rapporto di lavoro (che per la verità avevano portato ad una condanna penale del dipendente licenziato), cfr. TAR Lazio, sez. I, 3 maggio 1999, n. 979, in *Foro amm.*, 2000, 1015.

¹¹ Da ultimo, sulla valenza (e sui limiti) del principio di proporzionalità in materia disciplinare, con riferimento alla legge notarile del 1913, si vedano le interessanti considerazioni di Corte cost. 29 maggio 2019, n. 133.

Il principio generale di proporzionalità ha tuttavia subito una deroga – circoscritta, ma non per questo meno importante – ad opera dell’art. 3, comma 2 del d.lgs. n. 23/2015, sul contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, nell’ambito del c.d. “Jobs Act” (sul quale v. *infra*, cap. II): secondo la norma in questione, il giudice del lavoro, accertata la sussistenza, seppur minima, del fatto contestato al lavoratore, non può operare alcuna valutazione “circa la sproporzione del licenziamento” disciplinare eventualmente irrogato, restando dunque preclusa la reintegrazione.

Non è peraltro escluso che anche in questo caso, come avvenuto per l’art. 55-*quater* d.lgs. n. 165/2001 (v. *infra*, par. 3), la giurisprudenza intenda ribadire, *praeter legem* (se non addirittura *contra legem*), la perdurante validità del criterio generale della proporzionalità tra sanzione e infrazione, quale “regola valida per tutto il diritto punitivo”¹², e quindi del correlativo apprezzamento del giudice.

Quanto poi all’individuazione delle infrazioni in sede contrattuale, che altro non sono se non, appunto, ipotesi “tipizzate” di giustificato motivo soggettivo e giusta causa di recesso, va detto che nel lavoro pubblico la struttura dei codici disciplinari, sia pure aggiornati ripetutamente nel tempo mediante i rinnovi dei CCNL di comparto, è tuttora “tradizionale”; ciò significa che il codice disciplinare si articola secondo un consolidato e preesistente modello negoziale, tipico del lavoro privato, che vede una progressione delle sanzioni da quelle conservative, di minor peso, sino alla sanzione espulsiva, con o senza preavviso.

In giurisprudenza è stata posta in grande rilievo l’importanza della previsione del codice disciplinare: si è detto infatti che “in tema di impiego pubblico privatizzato, è illegittimo il licenziamento disciplinare qualora l’amministrazione abbia considerato la violazione di obblighi di condotta previsti dal contratto collettivo e dal codice di comportamento come incapacità di adempiere agli obblighi di servizio, omettendo di dare conto, anche in giudizio, delle ragioni per le quali da tale violazione si possa desumere la predetta incapacità ad adempiere la prestazione”¹³.

Per quanto riguarda invece la regolamentazione legale della materia disciplinare, il fondamento della responsabilità in questione, anche nel lavoro pubblico, è ravvisabile altresì, come si è anticipato, nell’art. 2106 cod. civ., la cui diretta applicabilità alla p.a. – anche per quanto riguarda il principio di proporzionalità – è espressamente affermata dal comma 2 dell’art. 55 d.lgs. n. 165/2001, come modificato dal d.lgs. n. 150/2009. L’importanza del principio di proporzionalità e del suo rispetto da parte del datore di lavoro che procede all’applicazione della sanzione disciplina-

¹² Cass. 26 gennaio 2016, n. 1351, in *GiustiziaCivile.com*, 11 aprile 2016, sulla quale cfr. anche *infra*, par. 5. In questa direzione sembra muovere Trib. Roma, 15 maggio 2019, n. 4661, che ha applicato la tutela reintegratoria di cui all’art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015 in un’ipotesi di fatto contestato *sussistente* ma sanzionato in via conservativa dal contratto collettivo. Il Tribunale ha sostanzialmente distinto tra proporzionalità valutata *in concreto* dal giudice (soggettiva), che è vietata dalla legge, e proporzionalità prevista *in via generale* dal CCNL, che è consentita.

¹³ Trib. Catanzaro, 28 febbraio 2013, in *Giust. civ.*, 2013, I, 1255; nella fattispecie era stata contestata al dipendente l’alterazione di documenti e la liquidazione di prestazioni fittizie.

re è indiscutibile ed è già stata ricordata; la proporzionalità tra infrazione commessa e sanzione applicata è spesso un fattore discriminante ai fini della valutazione in termini di giustificatezza (o meno) del comportamento datoriale. Un'applicazione di tale principio si ha, a ben vedere, anche nel nuovo testo dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori (sul quale *infra*, cap. III), allorché esso distingue tra fatto (contestato) "insussistente", che giustifica la reintegrazione del lavoratore ingiustamente licenziato (art. 18, comma 4) e fatto "insufficiente", che comporta soltanto l'applicazione della tutela indennitaria (art. 18, comma 5).

La più importante novità degli ultimi tempi, nel lavoro pubblico, riguarda però la già ricordata previsione, da parte della legge stessa (e in particolare del d.lgs. n. 150/2009), di ipotesi predeterminate di licenziamento disciplinare, spesso riconducibili anche a disposizioni contrattuali, delle quali vengono a costituire duplicazioni e sovrapposizioni, non di rado indebite. Il riferimento è in particolar modo all'art. 55-*quater* d.lgs. n. 165/2001, appunto introdotto dal d.lgs. n. 150/2009, norma sulla quale ci si soffermerà analiticamente oltre.

In sostanza il d.lgs. n. 150/2009 ha previsto una sorta di obbligo legale, a carico del soggetto preposto all'esercizio del potere disciplinare, di esercitarlo (in determinate ipotesi), come si desume dall'esistenza di specifiche sanzioni disciplinari *ex lege* in caso di inerzia o reticenza da parte del titolare dell'azione. Questa importante novità riguarda anche la sanzione del licenziamento, che passa da una semplice facoltà datoriale a vero e proprio obbligo legislativamente previsto e sanzionato – naturalmente previo vaglio di proporzionalità – a beneficio dell'interesse al buon andamento e all'efficienza della p.a.

Infine, dal nuovo testo dell'art. 55 del d.lgs. n. 165/2001 si desume altresì che i principi che hanno ispirato il legislatore del 2009 in materia di responsabilità del dipendente pubblico sono gli stessi contenuti nello Statuto dei lavoratori; in particolare, è applicabile l'art. 7 dello Statuto, in tema di predeterminazione del codice disciplinare, quale atto predisposto dal datore di lavoro che individua *a priori*, e in modo obiettivo, le norme in materia disciplinare, le quali "devono applicare quanto in materia è stabilito da accordi e contratti di lavoro ove esistano".

Entro i confini di questa formulazione, assai nota e studiata anche nel lavoro privato, si muove la contrattazione collettiva, che svolge, ormai, una funzione di carattere integrativo e specificativo della disciplina di legge.

3. La definizione delle infrazioni tra legge e contratto collettivo: l'art. 55-*quater* d.lgs. n. 165/2001

Nel lavoro pubblico, come del resto da tempo nel lavoro privato, il codice disciplinare contenuto nei contratti nazionali di comparto ha la funzione di individuare non solo le infrazioni e le sanzioni applicabili, ma anche i criteri in base ai quali determinare la sanzione applicabile a un dato comportamento, tenendo conto del prin-

cipio di proporzionalità. La sanzione deve essere calibrata non solo in rapporto alla tipologia della infrazione ma anche alla sua entità: anche nel pubblico, infatti, il codice disciplinare prevede usualmente i soli limiti minimi e massimi della sanzione, la cui quantificazione concreta è lasciata alla valutazione unilaterale del datore di lavoro pubblico, salvo ovviamente il successivo, eventuale vaglio giurisdizionale.

Come avviene nel lavoro privato, è da ritenere che la pubblicità del codice disciplinare, necessaria per la validità delle sanzioni conservative eventualmente irrogate, non sia richiesta (v. *infra*) ove la giusta causa o il giustificato motivo soggettivo addotto dall'amministrazione siano direttamente riconducibili all'inadempimento di obblighi di legge. È noto infatti che, secondo una costante giurisprudenza, i comportamenti che costituiscono gravi violazioni dei doveri fondamentali del lavoratore sono sanzionabili con il licenziamento disciplinare anche a prescindere da una loro inclusione tra le sanzioni previste dalla regolamentazione del rapporto, ed anche in difetto di pubblicazione del codice disciplinare.

È invece del tutto teorica la possibilità che, da parte della pubblica amministrazione (ma in realtà anche da parte dell'imprenditore privato), vengano unilateralmente individuate, in via ulteriore e complementare rispetto al codice disciplinare, condotte idonee a giustificare il licenziamento in relazione alle specifiche esigenze dell'organizzazione di lavoro¹⁴.

Il d.lgs. n. 150/2009 ha manifestato una palese sfiducia nei confronti della fonte negoziale – ribadita del resto, più in generale e al di fuori della materia disciplinare, dal nuovo testo dell'art. 2, comma 2, d.lgs. n. 165/2001 – predeterminando alcune fattispecie legali di recesso per giusta causa e giustificato motivo soggettivo. Sono stati inserite, a tale scopo, nel d.lgs. n. 165/2001, alcune previsioni innovative, che tuttavia finiscono per occupare spazi che erano riservati alla contrattazione collettiva, pur se formalmente destinate alla sola integrazione delle norme contrattuali.

In particolare, l'art. 55-*quater* del d.lgs. n. 165/2001, introdotto dall'art. 69 del d.lgs. n. 165/2001 e poi modificato dal d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75¹⁵, significativamente rubricato “licenziamento disciplinare”, prevede appunto alcune ipotesi per le quali, secondo il legislatore, “si applica *comunque* la sanzione disciplinare del licenziamento” (art. 55-*quater*, comma 1).

Il termine “comunque”, contenuto nel comma 1 della norma, deve ritenersi riferito alla possibilità di irrogare il licenziamento disciplinare, per le ipotesi *ivi* indicate, indipendentemente dalla presenza o meno di simili fattispecie di infrazione nella contrattazione collettiva di comparto, il cui ruolo quindi viene ridimensionato. Non

¹⁴ Cfr. Cass., sez. un., 1° giugno 1987, n. 4823. In tal senso cfr. altresì Cass. 16 aprile 2018, n. 9314, secondo la quale “la giusta causa di licenziamento tipizzata dalla legge non costituisce un'ipotesi di destituzione di diritto, rimanendo affidata al giudice di merito la verifica in concreto dei presupposti per il legittimo esercizio del potere di recesso, con esclusione di ogni automatismo”.

¹⁵ Sul punto cfr. R. VOZA, *Il riassetto del sistema disciplinare nel lavoro pubblico*, in LPA, n. 1/2018, 1; R. CAVALLO PERIN, *Codice di comportamento e sistema disciplinare*, in A. CORPACI-R. DEL PUNTA, M.P. MONACO (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico*, Milano, 2018, 146.

potrebbe, invece, intendersi tale espressione come possibilità di prescindere “comunque” dall’espletamento del procedimento disciplinare, a maggior ragione se si considera che quest’ultimo è necessario anche qualora si intenda pervenire (soltanto) al collocamento in disponibilità del dipendente, in caso di conclamata inefficienza, ai sensi dell’art. 55-*sexies*, comma 2¹⁶.

Le fattispecie contemplate nella norma in esame (art. 55-*quater*) sono molteplici e di indubbia rilevanza disciplinare, oltre che gravità; esse tuttavia non esauriscono le ipotesi di licenziamento disciplinare, come del resto dimostra la salvaguardia delle eventuali “ulteriori ipotesi previste dal contratto collettivo”, contenuto nel primo comma della norma.

Si prevede, innanzitutto, il licenziamento senza preavviso in caso di falsa attestazione della presenza in servizio o della malattia che giustifica l’assenza (art. 55-*quater*, lett. a)¹⁷. In questo caso il licenziamento per giusta causa si estende anche al medico dipendente pubblico che si presti al rilascio di false certificazioni di malattia. Il licenziamento del medico sarà invece sorretto da un giustificato motivo soggettivo, e quindi con preavviso, in caso di reiterata inosservanza degli obblighi di trasmissione all’INPS delle certificazioni concernenti le assenze per malattia dei pubblici dipendenti¹⁸.

Il licenziamento con preavviso sia ha altresì in caso di assenza priva di valida giustificazione per un numero di giorni, anche non continuativi, superiori a tre nell’arco di un biennio o comunque superiori a sette negli ultimi dieci anni; la mancata ripresa del servizio, in caso di assenza ingiustificata, entro il termine fissato dall’amministrazione (lett. b)¹⁹; ingiustificato rifiuto del trasferimento disposto dall’amministra-

¹⁶ Nello stesso senso cfr. F. BORGOGELLI, *La responsabilità disciplinare del dipendente pubblico*, in L. ZOPPOLI (a cura di), *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*, Napoli, 2009, 411, la quale parla di “norma manifesto” che vale soprattutto quale “sollecitazione psicologica” a punire in modo adeguato il dipendente inadempiente; M. BARBIERI, *Note critiche sul licenziamento disciplinare nel lavoro pubblico dopo l’intervento legislativo del 2017*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2019, 161; U. GARGIULO, *Il licenziamento disciplinare*, in M. ESPOSITO-V. LUCIANI-A. ZOPPOLI-L. ZOPPOLI (a cura di), *La riforma dei rapporti di lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, Torino, 2018, 251.

¹⁷ Cfr. Cass. 10 gennaio 2019, n. 448, in *Foro it.*, 2019, I, 445 che ha ritenuto legittimo il licenziamento del dipendente assenteista anche se l’amministrazione aveva adottato, in casi analoghi, sanzioni conservative.

¹⁸ Per una fattispecie giurisprudenziale di licenziamento disciplinare di un medico dipendente del Servizio sanitario nazionale, il quale aveva rilasciato una certificazione (nella specie, per il rilascio di un porto d’armi) nell’ambito dell’attività libero professionale, in consapevole violazione della normativa vigente e delle disposizioni datoriali, cfr. Cass. 30 maggio 2016, n. 11130.

¹⁹ Ai sensi dell’art. 25 del d.p.c.m. 3 marzo 1995, il provvedimento disciplinare del licenziamento con preavviso è legittimamente adottato nei confronti del pubblico dipendente che si assenti arbitrariamente e ingiustificatamente dal servizio per un periodo superiore a dieci giorni consecutivi, senza fornire comunicazioni, giustificazioni o certificazioni, e si renda responsabile di mancato reperimento a visita fiscale, senza fornire del pari comunicazioni preventive o giustificazioni successive, nonché di omessa trasmissione di giustificazioni o documentazioni attestanti una verificabile condizione o situazione di forza maggiore (così Cons. Stato, sez. IV, 31 luglio 2009, n. 4846, in *Foro amm.*, 2009, 1720). Cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 30 ottobre 2003, n. 6746, in *LPA*, 2003, 1241.

zione per motivate esigenze di servizio (lett. c); falsità in atti, o dichiarazioni false rilasciate ai fini o in occasione dell'instaurazione del rapporto o della progressione di carriera (lett. d)²⁰; reiterazione di condotte gravemente indisciplinate nell'ambiente di lavoro lesive dell'onore e della dignità personale altrui (lett. e), e infine in caso di condanna penale definitiva, in relazione alla quale è prevista la interdizione perpetua dai pubblici uffici ovvero l'estinzione, comunque denominata, del rapporto di lavoro (lett. f)²¹. Di quest'ultimo caso si riparerà nel cap. II.

4. Segue: le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 75/2017

Come già detto, il d.lgs. n. 75/2017 (art. 15) ha incrementato le ipotesi di licenziamento disciplinare “per legge”, inserendo nell'elencazione di cui al comma 1 dell'art. 55-*quater* le lett. *f-bis*, *f-ter*, *f-quater* e *f-quinquies*²².

La prima di esse (lett. *f-bis*) sanziona con il licenziamento le gravi o reiterate violazioni dei codici di comportamento di cui all'art. 54, comma 3 del medesimo decreto n. 165/2001²³. La previsione però è superflua, perché già il comma 3 dell'art. 54 afferma che la violazione dei codici di comportamento è fonte di responsabilità disciplinare; l'ultimo periodo del comma 3 ribadisce infatti che “violazioni gravi o reiterate del codice comportano l'applicazione della sanzione di cui all'articolo 55-*quater*, comma 1”, rendendo così inutile la nuova lettera *f-bis*.

Un'ulteriore specificazione di questa fattispecie – inadempimento alle previsioni del codice di comportamento e possibile licenziamento – riguarda il lavoratore “agile” nella pubblica amministrazione: si vedano l'art. 18 della legge 22 maggio 2017, n. 81 e l'art. 14 della legge delega n. 124/2015, come interpretati dalla direttiva della Funzione Pubblica n. 3/2017²⁴.

La lettera *f-ter* sanziona con il licenziamento la violazione “*dolosa o gravemente colposa*” dell'art. 55-*sexies*, comma 3, e cioè il “*mancato esercizio o la decadenza dall'azione disciplinare*”, per omissione o ritardo, da parte dei soggetti a ciò deputati.

²⁰ Per una fattispecie in materia cfr. Cass. 16 aprile 2018, n. 9314, cit.

²¹ Sul licenziamento per giusta causa di un dipendente pubblico condannato per il reato di tentato omicidio, cfr. Cass. 23 agosto 2016, n. 17260.

²² Cfr. M. BARBIERI, *Note critiche sul licenziamento disciplinare nel lavoro pubblico dopo l'intervento legislativo del 2017*, cit., 163; A. TAMPIERI, *Il licenziamento disciplinare nelle disposizioni di legge*, in *LPA*, n. 1/2018, 7.

²³ Cfr. U. GARGIULO, *Il licenziamento disciplinare*, cit., 262.

²⁴ Nella direttiva n. 3/2017, al punto 3), lett. G), si dice che nella pubblica amministrazione è il codice di comportamento la fonte privilegiata per la definizione degli “*aspetti comportamentali specifici*” del lavoratore agile; e ciò vale anche per i casi di licenziamento disciplinare di cui all'art. 55-*quater* d.lgs. n. 165/2001, fermo restando che “*si applicano, in ogni caso, gli istituti previsti dalla normativa vigente*”. Questa espressione non è affatto chiara: ad esempio ci si potrebbe domandare se il procedimento abbreviato per il caso di falsa attestazione della presenza in servizio, accertata in flagranza (sul quale *infra*) si applichi o meno anche ai lavoratori “agili”, e in quali casi.

Anche in questo caso vi è, almeno a mio avviso, un eccesso di regolamentazione, poiché lo stesso comma 3 dell'art. 5-*sexies* rinvia alla lettera f-*ter* dell'art. 55-*quater*, per dire che l'omissione dolosa o gravemente colposa dell'azione disciplinare giustifica il licenziamento e non solo la sospensione fino a tre mesi (normalmente prevista dall'art. 55-*sexies*), che a questo punto è da intendersi circoscritta alla colpa lieve.

Il licenziamento è previsto anche in caso di ingiustificata omissione dell'attivazione del procedimento disciplinare, o di ingiustificata omissione della sospensione cautelare, da parte dei dirigenti o dei funzionari apicali che abbiano avuto notizia della falsa attestazione della presenza di un dipendente, accertata in flagranza (art. 55-*quater*, comma 3-*quinquies*). L'ufficio procedente in via disciplinare dovrà darne conoscenza all'Autorità giudiziaria, ai fini dell'accertamento di eventuali reati²⁵. Sul punto ritornerò anche successivamente, trattando dell'accertamento in flagranza delle infrazioni disciplinari.

Infine, la lettera f-*quater* sanziona con il licenziamento “la reiterata violazione di obblighi concernenti la prestazione lavorativa” che abbia determinato l'applicazione della sospensione complessivamente superiore a un anno nell'arco di un biennio.

La norma, oltre a essere assolutamente generica, non parla espressamente di recidiva, come ad esempio si legge nei codici disciplinari a proposito del licenziamento, ma più genericamente di violazione di “obblighi concernenti la prestazione lavorativa”, senza alcuna precisazione²⁶. Da questo punto di vista è difficile comprendere l'originalità di una simile infrazione, sia rispetto a quelle contrattualmente previste, sia anche con riferimento allo scarso rendimento “imputabile” di cui alla successiva lettera f-*quinquies*.

5. Segue: lo scarso rendimento quale motivo di licenziamento

L'ipotesi più problematica, tra le nuove fattispecie inserite nel 2017, è appunto quella del licenziamento disciplinare per “scarso rendimento”, prevista nella nuova lettera f-*quinquies*, la quale riprende, con qualche modifica, il precedente comma 2 dell'art. 55-*quater*, abrogato dall'art. 15 del d.lgs. n. 75/2017²⁷.

²⁵ Il parere preventivo del Consiglio di Stato n. 864/2016 del 5 aprile 2016, reso sullo schema di decreto poi divenuto il n. 116/2016, ha ritenuto – a differenza di altre parti del decreto legislativo – sostanzialmente ammissibili le disposizioni del comma 3-*quinquies* (cfr. pag. 6-7 del parere); anche se ha sottolineato che la previsione del licenziamento è poco rispettosa del principio di proporzionalità, “considerato che si finisce sostanzialmente per equiparare il dirigente, sotto il profilo sanzionatorio, ad un soggetto che ha concorso nella commissione dell'illecito”.

²⁶ Il quadro normativo si complica ulteriormente se si considera che la violazione di obblighi concernenti la prestazione lavorativa viene sanzionata – con la sospensione fino a tre mesi – anche dall'art. 55-*sexies*, comma 1, nel caso però in cui tale violazione “abbia determinato la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno”.

²⁷ Cfr. S. MAINARDI, *Questioni in merito al licenziamento disciplinare del dipendente e dirigente pubblico*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, n. 1/2019, 176; R. URSI, *Alcune considerazioni sul nuovo regime delle*

La lettera *f-quinquies* prefigura il licenziamento disciplinare, per insufficiente rendimento, nel caso in cui l'amministrazione formuli, per un triennio, un giudizio costantemente negativo sulla *performance* del dipendente, ai sensi dell'art. 3, comma 5-*bis*, del d.lgs. n. 150/2009, e tale giudizio sia dovuto "alla reiterata violazione degli obblighi concernenti la prestazione stessa" stabiliti dalla legge, da regolamenti, da contratti collettivi o individuali, da atti e provvedimenti dell'amministrazione e da codici di comportamento.

Il tema dello scarso rendimento è presente da tempo nella giurisprudenza amministrativa²⁸ e anche nel contesto legislativo, sebbene in modo non sempre lineare²⁹. La novità del decreto n. 150/2009 e delle modifiche introdotte nel 2017, risiede semmai nel raccordo tra scarso rendimento e valutazione del dipendente.

Nel caso di licenziamento per insufficiente rendimento, l'ambito discrezionale dell'amministrazione (e quello, eventuale, del giudice del lavoro) è indubbiamente assai ampio rispetto a quanto avviene in relazione ad altre fattispecie che presuppongono un sostrato documentale, come ad esempio l'assenza ingiustificata dal servizio o il rifiuto del trasferimento.

Naturalmente, anche nell'ipotesi di cui alla lettera *f-quinquies* è da ritenersi necessario, oltre che il presupposto della valutazione in termini negativi, l'espletamento del procedimento disciplinare, ivi compresa, se costitutiva dell'addebito, la specifica contestazione della recidiva³⁰.

Rimangono comunque seri problemi di coordinamento tra la lettera *f-quinquies* e la precedente lettera *f-quater* (si v. il paragrafo precedente), nonché con il successivo art. 55-*sexies*, comma 2 (non interessato dal decreto n. 75/2017), il quale prevede il collocamento in disponibilità, come sanzione disciplinare, del dipendente che abbia cagionato "grave danno al normale funzionamento dell'amministrazione" per "inefficienza o incompetenza professionale".

Anche in quest'ultimo caso siamo in presenza, infatti, di un inadempimento imputabile e sicuramente di uno scarso rendimento, addirittura *gravemente pregiudizievole* per l'amministrazione: eppure è prevista una sanzione conservativa, peraltro "atipica", qual è il collocamento in disponibilità, normalmente previsto nelle ipotesi (peraltro teoriche) di eccedenza collettiva di personale nel pubblico impiego (art. 33, comma 7, d.lgs. n. 165/2001).

Si può ipotizzare che la differenza tra le ipotesi di scarso rendimento previste nell'art. 55-*quater* e nell'art. 55-*sexies* risieda nell'elemento soggettivo: in altre paro-

sanzioni disciplinari dopo il decreto Brunetta, in *LPA*, 2009, 765. In giurisprudenza cfr. Trib. Roma, sez. I, 24 dicembre 2015; Cass. 10 novembre 2017, n. 26676.

²⁸ Cfr. ad esempio TAR Emilia-Romagna – Bologna, 20 febbraio 2009, n. 178, in *Foro amm.*, 2009, 398; Cons. Stato, sez. IV, 31 marzo 2009, n. 1916, in *Foro amm.*, 2009, 710, rientrando nell'ampia giurisprudenza esistente sulla dispensa per scarso rendimento del personale militare.

²⁹ Per una ricostruzione dell'istituto dello scarso rendimento del pubblico dipendente e dei rapporti con il licenziamento, cfr. R. SALOMONE, *Scarso rendimento e lavoro pubblico: perché no?*, in *LPA*, 2008, 37 ss.

³⁰ Trib. Bari, 16 ottobre 2008, in *LPA*, 2008, 868.

le, avremmo una violazione *intenzionale* di obblighi legali o contrattuali nell'art. 55-*quater*, lettera f-*quinquies*, e una violazione soltanto (gravemente) *colposa* nel caso dell'art. 55-*sexies*, comma 2, che si ridurrebbe alla incompetenza e "inefficienza" professionale. In quest'ultimo caso, il procedimento disciplinare va inteso essenzialmente come garanzia del contraddittorio, e sembrerebbe doversi limitare all'accertamento della riconducibilità causale del comportamento inefficiente alla persona del dipendente.

In ogni caso, la moltiplicazione delle fattispecie sanzionatorie per lo scarso rendimento non è certamente opportuna, poiché crea problemi interpretativi, peraltro in un contesto normativo già molto complesso. La stessa previsione del collocamento in disponibilità quale sanzione disciplinare "atipica" nell'art. 55-*sexies*, comma 2 è poi discutibile, dato che la misura in questione è – come già detto – di norma riservata al caso di eccedenze collettive di personale (cfr. artt. 33 e 34, d.lgs. n. 165/2001, richiamati nello stesso art. 55-*sexies*, comma 2).

Infine, la previsione di uno scarso rendimento "imputabile"³¹ non impedisce di ravvisare anche l'ipotesi di insufficiente rendimento del lavoratore del tutto "incolpevole", e cioè compatibile con un impegno ed uno zelo anche notevoli, al quale tuttavia non corrispondono risultati³². Questa problematica è stata affrontata particolarmente con riferimento alla responsabilità del dirigente³³, sia di tipo disciplinare che "manageriale", con l'ulteriore complicazione derivante dalla previsione, in entrambe le fattispecie di responsabilità, di una sanzione espulsiva (v. *infra*, cap. IV).

6. La permanenza del giudizio di proporzionalità dopo l'art. 55-*quater*

Ai sensi dell'art. 55-*quater*, comma 3, il licenziamento di cui al precedente comma 1, lett. a), d), e) ed f) (vale a dire per falsa attestazione della presenza in servizio³⁴ o dello stato di malattia; false attestazioni ai fini dell'instaurazione del rapporto o della

³¹ Sulla nozione di scarso rendimento "colpevole" cfr. App. L'Aquila, 18 giugno 2015.

³² Cfr. ad esempio Cons. Stato, sez. IV, 28 novembre 2006, n. 6955, in *Foro amm.*, 2006, 3040.

³³ Si consenta il rinvio ad A. TAMPIERI, *Note in tema di responsabilità e licenziamento del dirigente pubblico*, in *Dir. merc. lav.*, 2008, 405.

³⁴ La quale, oltre al reato specifico introdotto dall'art. 55-*quinquies* d.lgs. n. 165/2001, può configurare il reato di truffa aggravata di cui all'art. 640, comma 2, n. 1 cod. pen.: cfr. Cass. pen., sez. III, 27 ottobre 2015, n. 45698, in *Foro it.*, 2016, II, 79; Cass. pen., sez. III, 27 ottobre 2015, n. 47043. Anche secondo la giurisprudenza amministrativa, il licenziamento senza preavviso ben può essere disposto nei confronti di un pubblico dipendente che faccia ricorso a pratiche elusive dei sistemi di rilevazione delle presenze, determinando detto comportamento il venir meno del rapporto fiduciario che deve intercorrere tra amministrazione e pubblico dipendente, sul quale incombe il dovere primario di "rispettare l'orario di lavoro, adempiere alle formalità previste per la rilevazione delle presenze e non assentarsi dal luogo di lavoro senza l'autorizzazione del dirigente responsabile" (Cons. Stato, sez. VI, 30 maggio 2008, n. 2599, in *Foro amm.*, 2008, 1569).

progressione in carriera; condotte aggressive o minacciose; condanna penale con interdizione dai pubblici uffici o pena accessoria dell'estinzione del rapporto) è senza preavviso³⁵.

Ciò consente di desumere che, al contrario, è per giustificato motivo soggettivo, e quindi con preavviso, il recesso per le altre fattispecie, evidentemente considerate di minore gravità, come l'assenza ingiustificata e reiterata (lett. *b*), per ingiustificato rifiuto del trasferimento (comma 1, lett. *c*), nonché quello intimato per le infrazioni elencate nelle nuove lettere da *f-bis* a *f-quinquies*.

Questo aspetto si ricollega al tema del giudizio di proporzionalità sulla sanzione disciplinare del licenziamento, in particolare di quello previsto *ex lege*.

Con un'importante pronuncia, la Suprema corte ha avuto modo di chiarire opportunamente che il giudizio di proporzionalità sulla legittimità del licenziamento non è precluso al giudice nemmeno dalla "tipizzazione legale" della sanzione espulsiva, operata dall'art. 55-*quater* d.lgs. n. 165/2001.

Posto infatti che il criterio di proporzionalità tra sanzione e infrazione, di cui all'art. 2106 cod. civ., è – come già detto – "regola valida per tutto il diritto punitivo", la Corte ha affermato che "se è pur vero che nel caso in esame la massima sanzione è tipizzata dalla legge (art. 55-*quater*) ..., ciò nondimeno anche tale previsione è sindacabile alla luce del principio di civiltà giuridica del canone di proporzionalità della sanzione"; pertanto "anche in tal caso l'accertamento in concreto della giustificazione del licenziamento costituisce apprezzamento di fatto, riservato al giudice del merito ed incensurabile in sede di legittimità se sorretto da motivazione congrua e immune da vizi"³⁶.

Si tratta indubbiamente, se non di una forzatura della norma, quantomeno di un'interpretazione oltremodo garantista, che probabilmente non risponde alla *ratio* sottesa all'art. 55-*quater*; e del resto, è evidente che il più recente legislatore propende per la compressione della discrezionalità del giudice nella materia disciplinare (art. 3, comma 2 del d.lgs. n. 23/2015, sul quale anche *infra*, cap. II).

Eppure sembra indiscutibile che, proprio come il principio del contraddittorio, così anche la proporzionalità tra sanzione e infrazione, del resto espressamente sancita nella prima delle numerose disposizioni sul procedimento disciplinare nella pubblica amministrazione (art. 55, comma 2, d.lgs. n. 165/2001), abbia il carattere – come sostiene la Corte – di "norma generale" per tutto il diritto punitivo, e addirittura di principio di "civiltà giuridica". Dunque, così com'è indubbio che le sanzioni espulsive prefigurate dall'art. 55-*quater* presuppongano comunque l'espletamento del procedimento disciplinare e del contraddittorio con il dipendente, allo stesso modo non può (e non deve) essere preclusa al giudice del lavoro una va-

³⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 13 gennaio 2010, n. 93.

³⁶ Così Cass. 26 gennaio 2016, n. 1351, cit., in motivazione. La Corte, nel caso specifico, ha tuttavia concluso per la legittimità del licenziamento, in relazione alla gravità della condotta. In senso conforme anche Cass. 1° dicembre 2016, n. 24574, in *Dir. rel. ind.*, n. 1/2017, 209; Cass. 6 giugno 2014, n. 12806.

lutazione in termini di proporzionalità del licenziamento, rispetto alla natura e all'entità della infrazione concretamente accertata³⁷.

Il suddetto orientamento è peraltro conforme a quello manifestato dalla stessa Suprema corte (oltre che da alcuni giudici di merito) in relazione alla sanzione del licenziamento prevista dalla legge n. 662/1996 in caso di violazione delle norme sull'incompatibilità e sull'esercizio di attività lavorative e di incarichi non autorizzati (*infra*, par. 11). Anche in questo caso, come nei precedenti, il particolare "rigore" seguito dal legislatore (ma spesso privo di riscontro negli atteggiamenti seguiti dalle amministrazioni) deve fare i conti con il necessario temperamento costituito dal principio di proporzionalità.

7. Le modifiche all'art. 55-*quater* introdotte dai d.lgs. 20 giugno 2016, n. 116 e 20 luglio 2017, n. 118: la sospensione cautelare

Il d.lgs. 20 giugno 2016, n. 116, entrato in vigore il 13 luglio 2016, ha dato attuazione all'art. 17, comma 1, lett. s) della legge di delegazione n. 124/2015, c.d. legge "Madia", di riforma della pubblica amministrazione³⁸. Tale decreto, poi ulteriormente modificato dal d.lgs. 20 luglio 2017, n. 118, per adeguarlo ai rilievi mossi dalla sentenza della Corte costituzionale n. 251/2016³⁹, modifica l'art. 55-*quater* del d.lgs. n. 165/2001, del quale si è detto in precedenza, intervenendo in particolare sulla prima delle ipotesi ivi contemplate, e cioè quella della falsa attestazione della presenza in servizio (art. 55-*quater*, comma 1, lett. a)⁴⁰.

Il decreto delegato inserisce innanzitutto nell'art. 55-*quater* un comma 1-*bis*, che mira a definire in modo più ampio e articolato la fattispecie della "falsa attestazione della presenza in servizio": essa è costituita da "qualunque modalità fraudolenta"

³⁷ In dottrina S. MAINARDI, *Questioni in merito al licenziamento disciplinare del dipendente e dirigente pubblico*, cit., 174. In tal senso cfr. di recente, in giurisprudenza, Cass. 7 maggio 2019, n. 11949, che ha escluso – sulla scorta di una consolidata giurisprudenza di legittimità – qualsiasi "automatismo" nell'applicazione di sanzioni disciplinari e in particolare del licenziamento.

³⁸ Cfr. A. GARILLI, *Dirigenza pubblica e poteri datoriali*, in *Dir. merc. lav.*, n. 1/2017, 27; A.E. MATAZZO, *Il decreto legislativo n. 116/2016 e le ulteriori novità in tema di licenziamento disciplinare nel pubblico impiego*, in *Stato civ. it.*, 2017, 70.

³⁹ Corte cost. 9-25 novembre 2016, n. 251, in *Foro it.*, 2017, I, 451, la quale ha ritenuto costituzionalmente illegittime alcune norme della legge delega n. 124/2015 nella parte in cui prevedono "che il Governo adotti i relativi decreti legislativi attuativi previo parere, anziché previa intesa, in sede di Conferenza unificata"; si è pertanto intervenuti sul decreto delegato n. 116/2016, pur se la Corte stessa aveva affermato espressamente 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". In argomento cfr. A. GARILLI, *Dirigenza pubblica e poteri datoriali*, cit., 28; L. DE ANGELIS, *La portata della sentenza 251/2016 della Corte Costituzionale sulla riforma Madia*, in <https://www.promopa.it/approfondimenti/1552-portata-sentenza-251-2016-legge-124-2015-riforma-pa-madia.html>.

⁴⁰ Per un caso recente di alterazione del registro delle presenze, cfr. Cass. 23 agosto 2016, n. 17259.

posta in essere, anche “avvalendosi di terzi” – il riferimento è ovviamente ai casi di “timbratura del cartellino” da parte di colleghi compiacenti – che sia idonea a far risultare in servizio il lavoratore o a “trarre in inganno l’amministrazione” circa il “rispetto dell’orario di lavoro” del dipendente interessato.

Qui il legislatore recepisce gli orientamenti giurisprudenziali sull’assenza ingiustificata che avvenga *senza alterazione* dei sistemi di rilevazione: infatti, secondo la Suprema corte, la sanzione espulsiva si giustifica non solo in caso di alterazione materiale del sistema, ma in ogni caso in cui la timbratura miri a far risultare falsamente la presenza in servizio del dipendente⁴¹, come nel caso di uscita e rientro dal lavoro senza timbrare. In questo caso l’intenzionalità o meno – o meglio la consapevolezza o meno – del comportamento fraudolento è del tutto irrilevante⁴².

Infatti “la registrazione effettuata attraverso l’utilizzo del sistema di rilevazione della presenza sul luogo di lavoro è corretta e non falsa solo se nell’intervallo compreso tra le timbrature in entrata e in uscita il lavoratore è effettivamente presente in ufficio, mentre è falsa e fraudolentemente attestata nei casi in cui miri a far emergere, in contrasto con il vero, che il lavoratore è presente in ufficio”⁴³.

Si precisa poi, nell’art. 55-*quater*, che “della violazione risponde anche chi abbia agevolato con la propria condotta attiva o omissiva la condotta fraudolenta”, e cioè non solo il dipendente “assenteista”, ma anche il collega che attesta (falsamente) la presenza per lui.

I nuovi commi 3-*bis* e 3-*ter* dell’art. 55-*quater* introducono poi, rispettivamente, una nuova fattispecie di sospensione cautelare non disciplinare, dal servizio e dalla retribuzione (“senza stipendio”, come un po’ impropriamente si esprime il comma 3-*bis*)⁴⁴, che si applica nel caso di falsa attestazione della presenza “accertata in flagranza”. In questo caso, l’ufficio competente per i procedimenti disciplinari dispone “in via immediata” la sospensione del dipendente colto in flagrante, e comunque non oltre 48 ore dal momento della scoperta del fatto.

La competenza a disporre la sospensione deve ritenersi appunto concentrata in capo all’UCPD, sia in base alla nuova ripartizione di competenze in materia disciplinare introdotta nell’art. 55-*bis* del d.lgs. n. 165/2001, come modificato dal d.lgs. n. 75/2017 (v. *infra*), sia anche perché il successivo comma 3-*ter* aggiunge 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”: adempimento, quest’ultimo, che dopo la riforma del 2017 compete esclusivamente all’UCPD.

⁴¹ Cass. 1° dicembre 2016, n. 24574, cit.; Cass. 14 dicembre 2016, n. 25750; Cass. 9 marzo 2017, n. 6099.

⁴² Cass. 6 settembre 2016, n. 17637, in *Foro it.*, 2016, I, 3066.

⁴³ Così Cass. 9 marzo 2017, n. 6099, cit.

⁴⁴ Rimane fermo il diritto del dipendente alla corresponsione dell’assegno alimentare, nella misura prevista dalle norme di legge e di contratto collettivo.

All'accertamento in flagranza, e cioè di persona, equivale l'accertamento effettuato mediante "strumenti di sorveglianza o di registrazione degli accessi o delle presenze"⁴⁵. In tal modo va inteso l'avverbio "ovvero", contenuto nel comma 3-*bis*.

La suddetta sospensione cautelare non è quindi discrezionale ma doverosa; tuttavia il termine di legge di 48 ore è da considerarsi ordinatorio (e quindi, in realtà, privo di efficacia sostanziale), dal momento che la sua eventuale violazione "non determina la decadenza dell'azione disciplinare o l'inefficacia della sospensione cautelare", pur essendo fonte di responsabilità – evidentemente disciplinare, anche se il comma 3-*bis* non lo dice – "per il dipendente che ne sia responsabile".

La sospensione cautelare viene disposta con provvedimento motivato, ma "senza obbligo di preventiva audizione dell'interessato" e quindi, potenzialmente – per usare un'espressione del linguaggio processuale – *inaudita altera parte*.

Il d.lgs. n. 75/2017 ha successivamente esteso la procedura di sospensione e contestazione a tutti i "*casi in cui le condotte punibili con il licenziamento sono accertate in flagranza*" (nuovo art. 55-*quater*, comma 3, ultimo periodo). Nonostante la carente formulazione della norma, il comma 3 si riferisce evidentemente soltanto ai casi di licenziamento *ex lege* e non a quelli previsti dal contratto collettivo; inoltre, poiché l'accertamento in flagranza è concretamente configurabile soltanto nel caso di falsa attestazione della presenza e non nelle altre ipotesi previste dall'art. 55-*quater* (ad esempio nel caso di condanna penale definitiva, rifiuto del trasferimento, assenza ingiustificata, scarso rendimento e così via) la norma, anche in questo caso, ha un significato più "politico" che giuridico.

8. Segue: le novità procedurali e le conseguenze dell'inosservanza dei termini

Il nuovo comma 3-*ter* dell'art. 55-*quater* prevede poi che, contestualmente all'adozione del provvedimento di sospensione, si proceda anche alla contestuale contestazione per iscritto dell'addebito e alla convocazione del dipendente dinanzi all'Ufficio competente per i procedimenti disciplinari; in tal modo prende avvio il procedimento disciplinare, che dovrà "concludersi entro trenta giorni" dalla ricezione, da parte del dipendente, della contestazione di addebito.

Coerentemente con quanto previsto, in via generale, dall'art. 55-*bis* del d.lgs. n. 165/2001, la convocazione per l'audizione personale del lavoratore è obbligatoria,

⁴⁵ La previsione in questione va coordinata con il nuovo testo dell'art. 4 della legge n. 300/1970, recentemente modificato dall'art. 23 del d.lgs. n. 151/2001, sempre nell'ambito del "Jobs Act": l'attuale comma 2 dell'art. 4 dello Statuto esclude espressamente dalla necessità di accordo sindacale (tra l'altro) gli "strumenti di rilevazione degli accessi e delle presenze". Dunque, a quanto sembra, tali strumenti possono essere utilizzati, senza incorrere nella violazione del comma 1 dell'art. 4, anche per il controllo a distanza della regolarità della "timbratura", come previsto dal nuovo decreto n. 116/2016. In argomento, per tutti, cfr. A. BELLAVISTA, *Il nuovo art. 4 dello Statuto dei lavoratori*, in G. ZILIO GRANDI-M. BIASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Padova, 2016, 717.

con un preavviso non inferiore a venti giorni; anche in questo caso il lavoratore può farsi difendere da un rappresentante sindacale o da un procuratore⁴⁶, e limitarsi a una difesa scritta. Altrettanto in linea con quanto prevede l'art. 55-*bis*, anche se sottoposta a condizioni più rigorose, è la facoltà accordata al dipendente di chiedere, per una sola volta, il differimento dell'audizione, "in caso di grave, oggettivo e assoluto impedimento"⁴⁷.

Come per la sospensione cautelare di cui al suddetto comma 1-*bis*, la violazione dei termini del procedimento disciplinare "abbreviato" non comporta conseguenze sul piano della decadenza dall'azione disciplinare o della validità della sanzione irrogata, a condizione però che non sia superato il termine complessivo del procedimento di cui all'art. 55-*bis*, comma 4 (e cioè 120 giorni), ovvero che non risulti "irrimediabilmente compromesso il diritto di difesa del dipendente" (comma 3-*ter*, ultimo periodo).

Quest'ultima specificazione non è affatto chiara, potendosi – semmai – realizzare un'ipotetica violazione del diritto di difesa in caso di eccessiva brevità dei termini, e non certo di dilatazione dei medesimi; mentre è comunque garantita, come si è visto, la possibilità di chiedere il differimento dell'audizione, in presenza di gravi motivi.

L'eventuale superamento dei termini del procedimento (ferma restando la perentorietà del termine di 120 giorni di cui all'art. 55-*bis*, comma 4 del d.lgs. n. 165/2001) è unicamente fonte di responsabilità (disciplinare) per il dipendente al quale il ritardo sia imputabile, anche in questo caso in analogia con quanto previsto per la sospensione cautelare dal comma 1-*bis*. Deve quindi ritenersi che la sospensione cautelare di cui al comma 3-*bis* dell'art. 55-*quater* mantenga la sua efficacia anche nel caso di superamento dei termini "interni".

La natura ordinatoria dei termini procedurali, prevista dal nuovo comma 3-*ter*, ultima parte, potrebbe tuttavia, in concreto, vanificare la rapidità del procedimento, voluta dal nuovo decreto n. 116/2016 al fine di contrastare l'assenteismo "in flagranza"; è infatti plausibile che le amministrazioni faranno, in realtà, affidamento sull'unico termine finale e perentorio di 120 giorni, sopra richiamato, mentre è obiettivamente difficile, specie allorché il procedimento coinvolga una pluralità di soggetti (come ad esempio nel caso di UCPD collegiale) ritenere effettiva la norma che prevede la responsabilità del dipendente al quale l'eventuale dilazione dei termini sia imputabile (commi 3-*bis* e 3-*quinqies*).

A questo proposito, inoltre, non è facile capire, vista la generale "ordinarietà" dei termini per l'avvio del procedimento e per la sospensione cautelare, quando si possa dire che vi è stata "omissione". In altre parole, se l'amministrazione accerta che il dirigente responsabile non ha agito in nessun modo a fronte di un accertamento in flagranza, in teoria già dopo le 48 ore si potrebbe dire che vi sia stata inerzia colpevole.

⁴⁶ Sull'assistenza di un avvocato, cfr. Cass. 21 marzo 2018, n. 6994.

⁴⁷ Sul differimento dei termini del procedimento in questa eventualità, cfr. Cass. 25 ottobre 2017, n. 25379.